

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**“LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES
EN EL PERÚ”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social**

AUTOR

Angela Culqui Fernández

ASESOR

Dr. Miguel F. Canessa Montejo

JURADO

Guillermo Boza Pro

Sergio Arturo Quiñones Infante

LIMA – PERÚ

2015



A Angel, Jesús, Isaias y Vanesa, mi amada familia

RESUMEN EJECUTIVO

La tesis que presentamos ha tenido como motivo el impulso que ha tomado en los últimos años la migración internacional hacia nuestro país, enfocándonos en la búsqueda de oportunidades de trabajo en el mercado laboral peruano. Es de nuestro interés analizar la regulación laboral peruana aplicable a los trabajadores extranjeros, de modo que podamos determinar si es una legislación adecuada y acorde a los estándares internacionales sobre migración laboral, que garantice el respeto de los derechos laborales de los trabajadores migrantes al Perú. Ello en la medida que los migrantes pueden convertirse en un grupo vulnerable, por razones de desigualdad, discriminación, xenofobia, etc., siendo importante garantizar una regulación adecuada que les asegure la titularidad de sus derechos, en este caso los laborales.

Nuestro trabajo se ha dividido en tres capítulos, el primero analiza el fenómeno actual de la migración, como se ha venido desarrollando durante años pasados y cuál es la tendencia actual de la migración hacia nuestro país; en el segundo capítulo estudiamos los estándares internacionales más importantes sobre migración laboral, de modo que nos sirvan como referente para analizar nuestra normativa interna; en el tercer capítulo analizamos la legislación peruana interna sobre migración y contratación de trabajadores extranjeros, de modo que determinemos cuáles son los puntos que coadyuvan o no con el reconocimiento de derechos, para ello el análisis abarca la inserción del migrante en su condición de trabajador, el desarrollo de la relación laboral con el empleador, hasta la culminación de la misma. Asimismo se revisan los principales acuerdos suscritos por el Perú para la movilización de trabajadores. Creemos que frente a los hechos actuales es importante el estudio, análisis y propuesta de una política migratoria integral y coherente, que coadyuven al reconocimiento, respeto y protección de derechos de los trabajadores migrantes, en beneficio de los migrantes, sus familias y el país.

Los derechos laborales de los trabajadores migrantes en el Perú

| | |
|---|-----|
| Capítulo I: El fenómeno actual de la migración laboral..... | 9 |
| 1.1 Migración y Globalización. | 10 |
| 1.2 Migración Laboral..... | 15 |
| 1.3 El Perú como país de destino en la movilización de la fuerza laboral..... | 17 |
| Capítulo II: Estándares internacionales sobre migración laboral | 30 |
| 2.1 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas 1990..... | 30 |
| 2.2 Instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo sobre migración laboral y protección de los trabajadores migrantes..... | 46 |
| 2.2.1 Instrumentos Internacionales de la OIT de 1939..... | 48 |
| 2.2.2 Instrumentos Internacionales de la OIT de 1949..... | 52 |
| 2.2.2.1 Recomendación 86 sobre los trabajadores migrantes de 1949..... | 58 |
| 2.2.3 Instrumentos Internacionales de la OIT de 1975..... | 64 |
| 2.2.3.1 Recomendación 151 sobre los trabajadores migrantes de 1975..... | 69 |
| 2.2.4 Resolución relativa a un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada adoptada en la 92 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo: El Marco Multilateral de la Organización Internacional de Trabajo sobre Migraciones Laborales..... | 76 |
| 2.3 Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los migrantes indocumentados..... | 88 |
| Capítulo III: Los derechos laborales de los trabajadores migrantes en el Perú | 113 |
| 3.1 La política de inmigración peruana..... | 115 |
| 3.1.1 La articulación del marco normativo peruano sobre inmigración de trabajadores: Ley de Extranjería, el Texto Unico Ordenado de la Superintendencia Nacional de Migraciones y la Ley de Contratación de Extranjeros..... | 122 |
| 3.1.1.1 Inserción del trabajador migrante..... | 129 |
| 3.1.1.2 Desarrollo de la relación laboral del trabajador migrante..... | 141 |
| 3.1.1.3 Culminación de la relación laboral y salida del migrante del territorio nacional..... | 143 |

| | |
|---|-----|
| 3.2 Derechos laborales migratorios en la Comunidad Andina de Naciones y su aplicación en el Perú..... | 147 |
| 3.3 Derechos laborales migratorios en el Mercado Común del Sur y su aplicación en el Perú | 152 |
| Conclusiones..... | 156 |



INTRODUCCION

La globalización, el acceso a información, la baja de los costos del transporte y los avances tecnológicos, entre otros, han permitido que se facilite la migración internacional de personas, siendo el principal motivo de la migración, según la Organización Internacional del Trabajo, la búsqueda de nuevas oportunidades de empleo. Si bien hay países que tradicionalmente se caracterizan por ser países de acogida de migrantes en búsqueda de mejores oportunidades de vida, hoy en día, al existir menores dificultades para migrar por los bajos costos de transporte, la disponibilidad de información, la revolución tecnológica, etcétera, casi todos los países reciben migrantes internacionales en alguna medida. Esta situación, exige a todos los países encontrarse preparados para afrontar este fenómeno, más que desde una postura centrada solo en la seguridad nacional o en el proteccionismo nacional, desde un enfoque de políticas adecuadas que aseguren el respeto de los derechos fundamentales de los migrantes.

El Perú, no se ha mantenido ajeno al fenómeno de la migración. En el ámbito de la inmigración (personas de nacionalidad extranjera que vienen al Perú), desde el año 2007 nuestro país ha venido recibiendo un número cada vez mayor de migrantes en búsqueda de oportunidades laborales. Esta investigación busca establecer cuál es la actual política migratoria para los migrantes internacionales que vienen a trabajar al Perú, procurando centrarnos en los derechos laborales que se garantizan a este grupo de personas.

En la actualidad, el Perú cuenta con normas que regulan la inmigración de trabajadores, sin embargo creemos que estas normas no necesariamente se ajustan a la normativa internacional que el Perú ha ratificado, debiendo ser revisadas y actualizadas, de modo que aseguren una protección adecuada de los derechos humanos de los migrantes, en este caso los derechos laborales.

Nuestro primer capítulo se centra en estudiar el fenómeno de la migración, sus antecedentes, como se ha venido dando este fenómeno en el Perú, especialmente la migración laboral y cuál es la tendencia actual. Seguidamente, en el segundo capítulo revisaremos los principales estándares internacionales sobre migración laboral, revisando la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de

los trabajadores migrantes y sus familiares, así como también, los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo para regular este fenómeno, y finalmente un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relevante para la regulación de los derechos laborales de trabajadores migrantes con situación irregular en el país donde desarrollan su actividad laboral. En el tercer capítulo, procederemos a analizar la política de inmigración peruana, con énfasis en los derechos laborales de los trabajadores migrantes al Perú, revisando si nuestra legislación se encuentra conforme a los derechos humanos y al marco internacional vigente, lo que nos permitirá realizar un diagnóstico de nuestra normativa y a través de la revisión de la misma, proponer y discutir lo que debería cambiarse.

Nuestro objeto de investigación serán los trabajadores migrantes al Perú, entendiendo como tales a aquellos extranjeros que vienen al Perú a realizar un trabajo temporal o permanente, sujetos a nuestra normativa laboral interna, y que realizan un trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado, excluyendo de nuestro campo de investigación a los trabajadores marítimos, fronterizos y designados, por no encontrarse regulados por nuestra normativa laboral interna.

Debemos precisar que si bien consideramos un tema relevante, el análisis de temas que pueden estar vinculados con las corrientes migratorias, como son el trabajo forzoso, la trata de personas y los movimientos clandestinos de migración o tráfico de migrantes, no han sido considerados en el desarrollo de nuestra investigación por limitaciones en la data e información. Varios motivos concurren para esta exclusión. En primer lugar, sobre estos temas en general el Estado Peruano no cuenta con líneas de base o fuentes estadísticas que permitan establecer en qué medida esta problemática afecta a la mano de obra extranjera asentada en nuestro país. En segundo lugar, siendo el enfoque de nuestra investigación el acceso y ejercicio de derechos laborales por parte de los migrantes, debe ponerse en relieve que los temas excluidos (trata de personas y trabajo forzoso) versan, más bien, sobre supuestos en los que derechos fundamentales como la libertad personal o la libertad de trabajo se ven restringidas y el goce de derechos los sitúa en una problemática que exorbita a los asuntos que nos hemos propuesto en esta investigación. De modo similar, tampoco se ha considerado al caso de migrantes refugiados. Ninguna de estas exclusiones debe ser entendida como una infravaloración de la situación de estos colectivos de personas. Más bien, debe ponerse en relieve que la complejidad de sus realidades amerita un abordaje extenso e interdisciplinario, por la complejidad de su tratamiento.

Retomando el objeto de nuestra investigación, creemos que el análisis y revisión de nuestra política migratoria, respecto a la protección de los derechos laborales de los migrantes en búsqueda de empleo en el Perú, trae a debate un asunto relevante en la actualidad. Nuestro país se encuentra en un punto de su historia en el cual debería proponerse fijar una política migratoria acorde con su renovada identificación como mercado de trabajo interesante para trabajadores extranjeros, pero sobre todo, acorde con un enfoque basado en el reconocimiento de los derechos fundamentales en el trabajo. Creemos que asegurando una adecuada política migratoria se darán oportunidades reales a los migrantes de obtener un trabajo decente en nuestro país, lo que redundará en el bienestar de los trabajadores migrantes al Perú y sus familias.

Lima, junio de 2015



CAPÍTULO I

EL FENÓMENO ACTUAL DE LA MIGRACIÓN LABORAL

La migración es el movimiento de personas de un lugar a otro, con el propósito de residir permanentemente o temporalmente en un lugar distinto al de su origen. Es un proceso dinámico que se ha producido a lo largo de la historia de la humanidad, a partir de los movimientos de los primeros grupos humanos, desde sus orígenes en el África oriental hasta su ubicación actual en el mundo. La migración tiene diversas causas: los cambios demográficos, los conflictos, las desigualdades de los ingresos, el cambio climático, etcétera, lo que impulsa cada vez a más trabajadores y sus familias a cruzar las fronteras en busca de oportunidades de empleo y seguridad. Sin duda los motivos que motivan a las personas a migrar son muy variados.

Según el Glosario sobre Migración de la Organización Internacional de las Migraciones (en adelante OIM), el término “Migración” es el movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo. En el presente trabajo, nos interesa abordar la migración internacional, que es el movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tienen residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo. Estas personas para ello han debido atravesar una frontera.¹

De acuerdo con la OIM, el término “Migración” ha sido utilizado para describir el movimiento de personas en contextos y situaciones muy diferentes, incluyendo invasiones, conquistas, desplazamientos forzados por conflictos armados, por desastres naturales, por motivos mercantiles, etcétera.

En el contexto de la migración, el trabajo termina siendo un factor importante, toda vez que constituye el sustento de los migrantes en su nueva localidad. Es por ello que migración y trabajo tienen un punto de intersección.

¿Qué entendemos por trabajo? En este trabajo abordaremos el tema de “trabajo” tomando como punto de partida a una categorización sentada por la doctrina: trabajo

¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Glosario sobre Migración*. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2006.p.38

humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado². Sin embargo debemos precisar que en el campo de los procesos migratorios, se dan los casos de trabajos que no son prestados en supuestos de libertad, fenómeno que, lamentablemente, tiene una presencia importante dentro de los procesos migratorios laborales, siendo por ello trascendental la preocupación de crear un marco normativo idóneo que erradique cualquier forma de trabajo forzado e ilegal.

Algunos ejemplos de trabajadores que se encuentran dentro de los procesos migratorios serían: los movimientos migratorios estacionales de los jornaleros agrícolas, que migran en búsqueda de la mejor estación para sembrar; otro caso distinto, es el de las personas que son captadas mediante engaños para ser trasladadas a zonas distintas de las de su origen, donde se les priva del ejercicio de sus derechos fundamentales para que presten servicios bajo condiciones forzadas.

Lo anterior grafica bien que este movimiento de personas puede darse de manera voluntaria (caso de los jornaleros agrícolas) o puede producirse de manera forzada (caso de las víctimas de trata de personas, en la modalidad de trabajo forzoso).

Este primer capítulo, tiene como finalidad revisar el fenómeno de la migración y enmarcarlo en la migración laboral hacia el Perú de los últimos años, ello como antecedente al tema central del presente trabajo que son los derechos laborales de los trabajadores migrantes en el Perú.

1.1 Migración y Globalización

Como se ha dicho ya, la migración de personas es un fenómeno consustancial a la historia de la humanidad, teniendo como motor elemental al instinto de supervivencia de las personas. Inclusive sin registros fiables sobre los medios que utilizaban y condiciones climáticas que soportaban para movilizarse, existen evidencias de este desplazamiento por todo el mundo, inclusive trazando trayectos intercontinentales. Las evidencias que arrojan estudios sobre las similitudes en el lenguaje de poblaciones de uno y otro continente y su composición genética son pruebas de ello.

Después de la migración inicial principalmente motivada por cambios climáticos, se conocen en la historia de la humanidad otras causas de migración relacionadas con fenómenos como las invasiones, los peregrinajes, las expediciones comerciales, colonizaciones, etc., movimientos en la historia que han construido el mundo que hoy

² NEVES, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 10

conocemos. Por ejemplo, la conexión entre religión y migración es una cuestión transversal en la historia del mundo: en las principales religiones de nuestra era, como lo es en el caso del cristianismo, el islamismo y el judaísmo, al haber jugado la migración un rol fundamental, tanto en los desencadenantes movimientos masivos de su población, como en su influencia en las vidas y en las condiciones de desplazamiento de sus migrantes.³

Durante la colonización de las Américas, entre los siglos XV y XVII, la población europea, especialmente la española y la portuguesa, emprendió expediciones marítimas de exploración. Este viaje transoceánico condujo al descubrimiento de nuevas tierras, a la expansión de las relaciones comerciales y al crecimiento de las economías de los países de origen y destino.⁴ En este punto de la historia, las relaciones económicas en los países colonizadores y los países colonizados, influirá en los procesos migratorios de siglos posteriores. Aún a pesar que no existían las facilidades modernas de la migración, se presenciaba este fenómeno con frecuencia.

Ahora bien, la migración hoy en día se ha vuelto cada vez más compleja, producto de las innovaciones tecnológicas —que, por ejemplo, han favorecido enormemente la movilidad de las personas con el desarrollo del transporte— que han alimentado las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea. La globalización, en nuestros días, actúa como un facilitador para la movilización de las personas, en un contexto en el cual el intercambio entre sociedades se ha intensificado, tratándose de un proceso abierto, sobre el que cabe detenernos para establecer la dimensión de su relevancia en la historia del trabajo.

Para los historiadores modernos, la globalización puede ser dividida en tres fases, la primera fase de globalización se da entre 1870 a 1913, periodo que se caracterizó por una gran movilidad de capitales y de mano de obra, aunado a un auge comercial basado en una reducción de los costos de transporte, más que por el libre comercio (en sí mismo).⁵ Se estima que durante esos años aproximadamente 60 millones de personas abandonaron Europa —continente donde se contaba con escasos recursos naturales y un excesivo número de mano de obra— para dirigirse a países del Nuevo

³ Cf. INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES. *The phenomenon of migration: Its significance or meaning in human societies through history*. International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, 2012, p. 2.

⁴ Ídem, p. 3.

⁵ Cf. CEPAL. *Globalización y Desarrollo*. Brasilia: Naciones Unidas – CEPAL, 2002, p. 18.

Mundo con recursos abundantes y escasez de mano de obra, como se dio en los casos de Argentina, Australia, Brasil, Canadá, los Estados Unidos y Nueva Zelanda.⁶

En la primera fase, la tendencia de las políticas migratorias de los países receptores de migrantes evolucionó desde una política de puertas abiertas (con escasas restricciones al ingreso de mano de obra extranjera), hasta la creación de *ciertas barreras*, a finales del siglo XIX (la más llamativa de las cuales fue la exclusión de la población china de la mayor parte de los países receptores).⁷

La primera fase de globalización se vio interrumpida por la primera guerra mundial (1914 a 1918), periodo que siguió a la alta inflación de los años veinte, la crisis económica de los años treinta y la inestabilidad política consecuente. Todos estos eventos frenaron la integración económica de los años precedentes—inclusive, a este periodo ha merecido el nombre de *desglobalización*— dándose origen a una era de políticas nacionales más restrictivas en relación a las migraciones.⁸

Con el término de la segunda guerra mundial y las lecciones aprendidas de esta etapa de la humanidad, se inicia la segunda fase de globalización, que comprende de 1945 a 1973, se caracterizó por un gran esfuerzo por desarrollar instituciones internacionales de cooperación financiera y comercial, por la notable expansión del comercio de manufacturas entre países desarrollados, así como la existencia de dos modelos predominantes de organización económica—que mantuvieron una relación de competencia enmarcada en las relaciones internacionales— y una limitada movilidad de capitales y de mano de obra.⁹

En el último cuarto del siglo XX se consolidó una tercera fase de globalización, cuyas principales características son: la gradual generalización del libre comercio, la creciente presencia en el escenario mundial de empresas transnacionales (las cuales funcionan como sistemas de producción integrados, cuya importancia y vinculación integrada ha llevado a considerar nuevas fuentes de derecho como el derecho transnacional de trabajo); la expansión y la considerable movilidad de los capitales, y una notable tendencia a la homogeneización de los modelos de desarrollo.¹⁰

⁶ Cf. SOLIMANO, Andrés. "Globalización y migración internacional: la experiencia latinoamericana". *Revista de la CEPAL* N° 80, 2003, p. 57.

⁷ Cf. SANCHEZ-ALONSO, Blanca. "La racionalidad de las políticas migratorias en la primera globalización: el caso argentino". *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados* N° 46, 2007, p. 234.

⁸ Cf. SOLIMANO, Andrés. *óp. cit.*, p. 56.

⁹ Cf. CEPAL, *óp. cit.*, p. 19

¹⁰ *Ibíd.*

Las raíces de este largo proceso se nutren de las sucesivas revoluciones tecnológicas y, en particular, de la reducción de los costos de transporte, información y comunicaciones.

La internacionalización de la producción de las empresas también es un síntoma de este fenómeno, donde las empresas pueden crear centros de producción en cualquier parte del mundo, de acuerdo a su conveniencia. Es a partir de la década de 1970 que se fue haciendo común la subcontratación internacional de las tareas que suponen un uso más intensivo de mano de obra, como el ensamble o la maquila. Hoy en día, es frecuente que las empresas transnacionales ubiquen sus talleres de producción, en un país del mundo financieramente o económicamente conveniente para ellos, por los bajos costos, y distribuir su producción a nivel mundial, generando así una nueva forma de comercio que tiene efectos sociológicos, económicos, políticos, etc., que las legislaciones en todos los países deberían procurar su regulación.

Cabe resaltar que aunque el intercambio de información, bienes y servicios son productos de libre intercambio, no sucede lo mismo con la migración de personas. Si bien la globalización ha contribuido a la movilización de personas en busca de nuevas o mejores oportunidades, las restricciones y barreras para los migrantes son una realidad y su tendencia es generalizada, por lo que no se puede hablar de una libre circulación de personas en la actualidad.

Si bien la política migratoria de cada país es distinta, mayoritariamente está orientada a desincentivar la migración y solo en muy pocos casos a alentarla, básicamente se da este último caso en los países que tienen déficit demográfico o para el caso de la migración de mano de obra calificada. Tenemos como ejemplo a Australia, con respecto al fomento de la migración de mano de obra calificada, o los países que desean cubrir necesidades temporales de empleabilidad, como en el caso de Filipinas y sus acuerdos con Arabia Saudita o Kuwait para la “exportación” de trabajadores temporales con la finalidad de aliviar sus altas tasas de desempleo.

A pesar de la persistencia de las barreras para el ingreso, la migración humana ha persistido, lo que pone de relieve la incompatibilidad existente entre las posturas restrictivas migratorias de los países —especialmente los países desarrollados— frente a una realidad globalizada (en tecnologías, comunicación y transporte). Es así que el Secretario General de Naciones Unidas (en adelante ONU) en su discurso para la inauguración de la 46ª Sesión de la Comisión de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, recordó que la cantidad de migrantes internacionales aumentó de 155

millones anuales en 1990 a 214 millones en 2010, es decir un 38% por ciento en 20 años.

En el contexto internacional se observa una proliferación de políticas migratorias represivas y restrictivas a lo largo de la última década. Tenemos por ejemplo a la Directiva de Retorno en Europa y los programas de migración selectiva en diversos países, o políticas de otro tipo como la doctrina de seguridad nacional desarrollada por los Estados Unidos de Norteamérica.

De acuerdo a un estudio de mayo 2013 de la Organización Civil Espacio Sin Fronteras, las diferencias de desarrollo, la gran desigualdad, las necesidades simultáneas de mano de obra barata y calificada, por un lado determinan la movilidad y, por otro, la tentativa de los Estados de controlar esta movilidad de acuerdo exclusivamente con sus intereses económicos. En este contexto, la reivindicación y el respeto de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y hechos propios por parte de los Estados para todas las personas bajo su jurisdicción, son un elemento fundamental en el enfrentamiento de este estado de situación, lo cual implica la obligación de adoptar medidas necesarias para crear tales condiciones.¹¹

El creciente movimiento migratorio y la disminución de las garantías a los derechos de las personas migrantes puede tornarse peligrosa, porque esta inconsistencia puede ser, en gran medida, responsable del gran incremento de los casos de indocumentación y de la emergencia de los territorios de tránsito migratorio irregular, como ejemplo tenemos a la frontera de México con Estados Unidos, que deja espacio a uno de los más graves delitos que atentan contra los derechos humanos: el tráfico y la trata de personas. El aumento de estas situaciones hace evidente la necesidad de propiciar acuerdos entre los países para lograr políticas idóneas para la regulación de la migración internacional, de reconocer el papel fundamental de la sociedad civil en la formulación de acciones relativas a los desplazamientos humanos y de dar mayor ímpetu al pleno respeto de los derechos de los migrantes¹².

Como vemos la evolución de la migración hace que sea en un tema central de las políticas nacionales, regionales y mundiales, muy especialmente porque si no se encuentra regulada de manera idónea, puede generar abusos en contra de las personas migrantes por su especial vulnerabilidad, por lo cual los países tienen la responsabilidad de regularlo, de modo que garanticen su protección.

¹¹ Cf. ESPACIO SIN FRONTERAS. *Políticas migratorias e integración en América del Sur*. Sao Paulo, Brasil: Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Inmigrante (CDHIC).2013, pp. 15-16.

¹² Cf. MARTINEZ PIZARRO, Jorge. *La migración internacional y el desarrollo en la era de la globalización e integración: temas para una agenda regional*. Chile: CEPAL.2000,p. 9.

1.2 Migración Laboral

La migración está íntimamente relacionada con el trabajo y como fruto de ello con el derecho laboral, de acuerdo a la Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT), en la mayoría de los casos el horizonte y finalidad de la migración es el trabajo. Aun cuando el conseguir un empleo no sea la principal motivación para trasladarse de un país a otro, como sucede en el caso de las personas que huyen de conflictos o de los efectos del cambio climático, encontrar trabajo se convierte inevitablemente en un aspecto importante en alguna etapa del proceso de migración.¹³ Más aún cuando la migración no solo se trata de traslado sino también del establecimiento del migrante en otro país diferente al suyo, y todos los factores socioeconómicos que implican para el migrante y su familia el establecerse en un nuevo lugar.

Actualmente, los gobiernos enfrentan los retos crecientes de encauzar la migración conforme el flujo migratorio, el cual se hace más y más prevaleciente y globalizado. De acuerdo a las previsiones de la OIM basadas en las estadísticas del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas (en adelante DAES) del año 2009, si la población de migrantes continúa incrementándose al mismo ritmo que en los últimos 20 años, el contingente de migrantes internacionales en todo el mundo en el año 2050 podría alcanzar la cifra de 405 millones.

Anteriormente, como por ejemplo por el año 1965, sólo un número pequeño de países eran identificados como “países de destino”¹⁴ de los migrantes. Sin embargo actualmente, casi cualquier país es receptor de algún tipo de migración, y las clasificaciones tradicionales de “países afectados por la migración en países de origen,¹⁵ tránsito,¹⁶ y destino” actualmente adquieren cada vez menos sentido debido a que la mayoría de países actualmente envían migrantes, reciben migrantes, o tienen migrantes que cruzan a través de sus puntos de ingreso.¹⁷

Las cifras mundiales más recientes de la OIT revelan la existencia de 232 millones de migrantes internacionales en el planeta. La actual cifra supera en 57 millones a la

¹³ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Migración Equitativa: un programa de la OIT. *Conferencia Internacional del Trabajo 103ava reunión*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2014, p. 12.

¹⁴ De acuerdo al Glosario de las Migraciones de la OIM, país de destino es el país al que se dirigen flujos migratorios ya sea legal o ilegalmente.

¹⁵ De acuerdo al Glosario de las Migraciones de la OIM, país de origen es el país del cual procede un migrante o flujos migratorios

¹⁶ De acuerdo al Glosario de las Migraciones de la OIM, país de tránsito es el país a través del cual pasa la persona o el grupo migratorio hacia su destino.

¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). óp. cit. p. 4.

registrada en el año 2000, y durante la primera década del siglo el número total de migrantes aumentó el doble de rápido que en los diez años anteriores.¹⁸

El Departamento de Comunicaciones de la OIT en marzo del 2014 ha publicado los siguientes datos y cifras relevantes para nuestra materia de interés:

- A nivel mundial, se estima que hay 232 millones de migrantes internacionales, lo cual representa 31,1 % de la población mundial.
- 48 % de los migrantes internacionales son mujeres quienes, cada vez con mayor frecuencia, migran por motivos laborales.
- La mayor parte de la migración internacional de hoy día está relacionada con la búsqueda de trabajo. Más de 90 % de todos los migrantes internacionales está constituido por los trabajadores y sus familias.
- En 2013, los asiáticos constituyeron el grupo más numeroso de personas que residían fuera de su lugar de nacimiento.
- En la actualidad, el corredor migratorio internacional más transitado se encuentra entre Estados Unidos y México.
- Se estima que uno de cada ocho migrantes tiene entre 15 y 24 años.¹⁹

Se observa que el número total de migrantes supera al número de población de varios países. Así, los migrantes se imponen como importantes actores en diversas realidades nacionales, adquiriendo importancia la migración no solo para los propios migrantes y sus familias, sino también para cada Estado.

Ante este panorama, debería ser de principal interés de los gobiernos diseñar políticas de migración que gestionen de manera adecuada la circulación de los trabajadores y respondan al desajuste que existe actualmente entre la distribución de oportunidades de trabajo y la distribución de la población en edad de trabajar en el mundo.²⁰ Las políticas de trabajo se enfrentan a la necesidad de abordar un mercado de trabajo en el que la migración, como proceso, y los migrantes colectivamente considerados conforman un hecho social. El desafío que esto supone para la implementación de políticas de trabajo decente se aborda mediante la promoción de oportunidades de trabajo en los países donde éstas escasean,²¹ asegurando —en la medida de lo posible— que no haya diferencias en cuanto al reconocimiento de los derechos laborales de los migrantes.

¹⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). óp. cit. p. 11.

¹⁹ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). óp. cit. p. 12.

²⁰ Ibídem.

²¹ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). óp. cit. p. 7.

En ese sentido, al no ser ningún país ajeno al fenómeno de migración laboral, consideramos relevante analizar la política migratoria de nuestro país y determinar cuál es la tendencia migratoria que se está presentado.

1.3 El Perú como país de destino en la movilización de la fuerza laboral

Nuestro país desde la época del virreinato fue un país receptor de movilizaciones de migrantes, producto de la conquista de los españoles, y la llegada de mano de obra “esclava” desde el África para la actividad de la agricultura en las haciendas. Por historiadores de la época, se tienen fuentes que dan cuenta de importantes corrientes migratorias como la de españoles —muchos de los cuales tenían ascendencia morisca y judía— y africanos, que fueron trasladados al país como esclavos.

Fueron los españoles los fundadores de las ciudades más importantes de lo que pasó a llamarse el Virreinato del Perú. En términos demográficos, los primeros treinta años de ocupación hispana trajeron entre unos cinco a diez mil españoles al Perú.²²

La composición de la capital del Perú en el Virreinato era la siguiente:²³

Cuadro N°1

Lima: Población por grupos étnicos según sexo, 1613

| | Varones | Mujeres | % |
|------------|---------|---------|------|
| Espanoles | 5271 | 4359 | 38.9 |
| Religiosos | 894 | 826 | 6.9 |
| Negros | 4529 | 58557 | 41.9 |
| Mulatos | 326 | 418 | 3 |
| Indios | 1116 | 862 | 7.9 |
| Mestizos | 97 | 95 | 0.8 |

Fuente: Empadronamiento de Lima 1614

Elaboración: SANCHEZ, Aníbal. *Cambios demográficos y movilidad laboral en la región Asia Pacífico 2007-2008*. Lima: INEI. 2009.

Como se aprecia en el cuadro, la capital del Perú en la época de la colonia era una ciudad principalmente conformada por inmigrantes, siendo que el 38.9% eran migrantes españoles, y un 41.9% eran como lo denominaba el censo, negros, los

²² Cf. KLARÉN, Peter. *Nación y Sociedad en la Historia del Perú*. Lima: IEP, 2004, p 81.

²³ Cf. PADRON DE LOS INDIOS EN LIMA EN 1613. *Introducción de Noble David Cook*. 1968. Lima, pp. II y III. Citado por: SANCHEZ, Aníbal. *Cambios demográficos y movilidad laboral en la región Asia Pacífico 2007-2008*. Lima: INEI. 2009, p. 79.

mismos que podemos presumir que pertenecían a la mano de obra esclava proveniente del África. Es por ello que si el Perú había sido conquistado por la corona española, y en su capital, la mayoría de sus habitantes provenía de otras regiones o países, no es de extrañar que durante este período se mantuviera una política de puertas abiertas para los migrantes, especialmente para la migración española, en busca de ofrecer nuevas oportunidades a los nativos españoles en las Américas.

Esta situación de acogida para los migrantes, se habría mantenido en los primeros tiempos de la República. Así tenemos, el Decreto del 14 de marzo de 1835 del Gobierno de Felipe Santiago de Salaverry, el cual establecía en su artículo 1:

“Todo individuo de cualquier punto del globo, era ciudadano del Perú desde el momento que pisando su territorio, quisiera inscribirse en el registro cívico, excluyendo a aquellos que no profesaban industria alguna”.

Siendo una medida que buscaba incentivar la inmigración de extranjeros a nuestro país, a través de la facilitación legal de su establecimiento en el Perú.

Durante esta época, se fomentó los programas de colonización, así José Gregorio Paz Soldán, en su informe al Congreso de 1847 señaló que la única posible solución a la ausencia de mano de obra para el desarrollo de la agricultura costeña²⁴, era el amparo de una ley especial, dirigido a empresas que tengan por objeto traer inmigrantes de países donde abunda la mano de obra²⁵. Es por ello que podemos señalar que la inmigración no solo era fomentada por los españoles para colonizar nuestro país, sino también se debió a una necesidad para el desarrollo de nuestra economía.

En 1854, mediante Decreto del 03 de diciembre, se abolió la esclavitud durante el Gobierno de Ramón Castilla, hito importante de nuestra historia republicana. La libertad de los esclavos, que laboraban principalmente en las haciendas y en los hogares como criados, originó la necesidad de regular la nueva dinámica del mercado de trabajo de finales del siglo XIX. Así, mediante Decreto del 25 de enero de 1855 se establecieron algunas medidas para convertir a los ex esclavos en jornaleros asalariados, las cuales fueron necesarias para cubrir los requerimientos de la nueva fuerza laboral en las haciendas.²⁶

²⁴ La agricultura en el siglo XIX constituía uno de los sectores productivos más importantes para el país.

²⁵ Cf. GARCÍA, Pilar. "Reflexiones sobre el darwinismo social. Inmigración y colonización, mitos de los grupos modernizadores peruanos, (1821-1919)". *Bulletin de l'Institut Français d'Etudes Andines*. Lima:N°21, 1992, p.964

²⁶ El decreto del 25 de enero de 1855 estableció entre sus principales medidas para regular el mercado de trabajo, las siguientes:

Por el lado de la inmigración, el Decreto del 03 de diciembre de 1854 que abolió la esclavitud en el Perú, declaró en un inciso 5:

“Se anticipará por el Gobierno, en cuenta de pago, los fondos que los propietarios calculen bastantes para sistemar, bajo la administración de ellos mismos, una inmigración europea capaz de reanimar la agricultura de la costa”.

De acuerdo a este artículo se prefirió la inmigración para reanimar nuestra economía, sin embargo, llama nuestra atención, la promoción de la inmigración únicamente europea, lo cual se debió muy probablemente a la influencia de las relaciones que se mantenían aún con el viejo continente producto de la conquista española, que produjo que la migración europea haya sido probablemente mayor valorada en nuestro país.

Con la abolición de la esclavitud, las olas migratorias provenientes de China, aumentaron sustantivamente, esto obedeció a la necesidad de contar con mano de obra “barata” para la agricultura, la construcción de caminos, la explotación de minas, al ser la mano de obra existente en el Perú insuficiente, más aún cuando la fuerza laboral dedicada a cubrir estas actividades habían sido liberadas, por lo cual los hacendados debían salir en búsqueda de personal fuera del país.²⁷

Una mirada más atenta de las condiciones de trabajo que se aplicaba a la inmigración en este caso china, muestra que era atraída al Perú a través de la firma de contratos de trabajo celebrados por las grandes haciendas, cuya duración mínima era de ocho

“Artículo 1

(..) 4° Por hallarse pendientes las cosechas y no poder recogerse sino dentro de tres meses, y por tener todos los trabajadores, cuando son de antemano contratados, obligación de cumplir con el deber protector de la agricultura, que consiste en que todo trabajador llene con fidelidad el compromiso temporal de servir en la recolección de los frutos pendientes que tomó a su cargo; los que han dejado de ser esclavos o siervos libertos deben asistir, por su jornal, al trabajo de levantar las cosechas pendientes, cuyas faenas terminan en todo el próximo mes de abril del presente año.(...)

5° El jornal de los que fueron esclavos o siervos libertos se arreglará por mutuo convenio entre el dueño, ó administrador, ó mayordomo del fundo, y el trabajador, con proporción a las fuerzas e inteligencia de este y con arreglo a la costumbre del lugar. El jornal se pagará – la mitad como socorro diario, y la otra mitad al fin de cada semana, ajustando su ascendencia. (..)

7° Todos los que han dejado de ser esclavos ó siervos libertos que no se contraigan al trabajo dentro de los tres meses en que serán levantadas la cosechas, o después de haberlas recogido, serán tratados como vagos, y remitidos á las islas de Chincha, donde por cuenta del Gobierno se les pagará el jornal correspondiente á lo que allí trabajaren. El Gobierno influirá para que, de los peones libres que se ocupan actualmente en dichas islas, se devuelvan como brazos útiles para la agricultura, tantas personas, cuantas sean las que se remitan y queden en ellas por razón de vagos.(...)”

²⁷ Ídem. pág. 84.

años. Es así que mediante la denominada "Ley China" de 1849 se permitió el ingreso masivo de trabajadores chinos al Perú.

Si observamos las cifras vemos que entre los años 1849 a 1880 vinieron al Perú alrededor de noventa a cien mil chinos, a pesar de la durísima travesía que demoraba cerca de 120 días en realizarse y que por las malas condiciones del viaje, solo el 75% de los que salían al Perú llegaban al destino final.²⁸ Esta política de inmigración de ciudadanos chinos, trajo muchas críticas, al tratarse de mano de obra barata que brindaba servicios en condiciones de una esclavitud encubierta, si bien no eran esclavos, sus condiciones de trabajo no eran las idóneas, estos inmigrantes debido a la carencia de trabajo en su país de origen aunado al hecho de ser inmigrantes, aceptaban las condiciones que se les ofreciera. Por esa razón, en 1853 se derogó Ley que permitía el ingreso masivo de trabajadores inmigrantes chinos al Perú, debido a las fuertes críticas que generaba. Luego, en 1856 se prohibió el ingreso a los asiáticos - con excepción de los que vinieran voluntariamente - sin embargo su vigencia se vio culminada cinco años después, fruto de la presión de varios de los hacendados que requerían de mano de obra barata para sus proyectos, produciéndose la derogatoria de la mencionada Ley.²⁹

Como otro ejemplo de la promoción de la inmigración al Perú durante el siglo XIX, tenemos el dado por el primer Gobierno de Manuel Pardo y Lavalle (1872 --1876), mediante un programa liderado por el Gobierno peruano enviaba comisionados a Europa con el objeto de promocionar y fomentar la migración europea, creando así en el año 1872 la denominada "Sociedad de Inmigración Europea", que se encargaría de fomentar la inmigración de ciudadanos europeos hacia nuestro país. Este programa funcionó hasta el año 1876, año de la conclusión del Gobierno de Manuel Pardo.

A su vez, la migración de ciudadanos japoneses a nuestro país comenzó a partir del año 1899. Esta migración fue supervisada e impulsada por el propio Gobierno Japonés y se realizó a través de contratos de trabajo de cuatro años de duración. Esta inmigración de ciudadanos japoneses al Perú fue patrocinado por el propio país de origen, como producto del crecimiento demográfico que el Gobierno Japonés no estaba en condiciones de atender. Así el Perú actuó como un país de destino aliado para el desplazamiento de la fuerza laboral japonesa.

En esta primera etapa de la República, vemos que el Perú se desarrolló como un país receptor de inmigrantes, proceso que se puede clasificar como plural (aunque faltó de planificación u homogeneidad en el trato a los migrantes). Estas

²⁸ *Ibidem*

²⁹ *Ídem*. pág. 85.

características distinguen a este proceso del de emigración, que más bien involucraba mayoritariamente a personas de la oligarquía comercial, terrateniente e industrial de nuestro país. Para estos grupos sociales, migrar y poder insertarse en las sociedades europeas era señal de prestigio y de poder.³⁰

Podemos señalar que hasta esta etapa de la historia del Perú, nuestro país no tenía limitaciones para la inmigración, no existiendo límites ni restricciones para los migrantes, a excepción del caso de inmigración china que se prohibió durante un periodo. Con ello, podemos apreciar claramente la voluntad de parte del Estado peruano de recibir migrantes en el siglo XIX con la finalidad de cubrir las necesidades de fuerza laboral en los sectores carentes de la misma.

Es necesario resaltar que durante gran parte del siglo XIX el Estado Peruano —al igual que otros países de la región, como Chile y Argentina— tuvo por política el fomentar la migración de población europea, para su empleo en diversas actividades económicas, otorgándoles ciertos incentivos, como ofrecerles un lugar para colonizar (lugar de residencia), como es el caso de la inmigración alemana a Pozuzo donde se les ofreció no solo residencia sino también el otorgamiento de tierras para su manutención, por medio de la agricultura, ganadería, etcétera. Nótese que la migración laboral proveniente de Europa tenía un destino laboral completamente distinto a la de las migraciones provenientes de África o Asia. Mientras que en estos últimos casos las personas eran destinadas a prestar servicios en condiciones realmente penosas, los trabajadores migrantes europeos normalmente habían recibido una serie de facilidades. Así, por ejemplo, mientras que es sabido que existía una frecuencia elevada de casos de siniestralidad en el trabajo de los *coolíes*³¹ en la extracción del guano, una gran porción de las personas provenientes de Italia se desempeñaban en emprendimientos propios dentro de ámbitos urbanos. Así, podemos apreciar la voluntad del gobierno de fomentar la migración de mano de obra barata a través de la migración asiática, mientras que para la migración europea les dejaba los territorios despoblados para su colonización.

A comienzos del siglo XX, en el año 1906 nuestro país promulgó la Ley N° 440 sobre fomento de la inmigración, la cual destinaba una parte del presupuesto general de la República a su fomento. Una norma de similar contenido se emitió en 1907, con la Ley N° 517, y lo propio ocurrió en 1909, con la dación de la Ley N° 993, que también destinaban presupuesto para dicho fomento. Como vemos, la asignación presupuestal

³⁰ ABUSADA SALAH, Rafael & PASTOR VARGAS, Cinthya. *Migración en el Perú*. Lima: Instituto Peruano de Economía. 2008. p. 5.

³¹ Se denominaba así a los inmigrantes chinos que llegaban al Perú.

al fomento de la inmigración, denota que continuaba siendo un aspecto importante para el Gobierno Peruano, asignando de esta manera los recursos del país para su desarrollo.

Ahora bien, la situación mundial comenzaba a cambiar con la entrada al siglo XX. Tras las restricciones impuestas por los Estados Unidos de Norteamérica a la migración luego de la primera guerra mundial, primero hacia los emigrantes europeos en la década de 1920 para llegar al cierre definitivo de todos los países de inmigración a partir de 1930³²; América Latina fue el destino buscado por los migrantes que voluntariamente migraban a otros países con mejores oportunidades, dado que América Latina era una de las pocas regiones del Nuevo Mundo que continuaba abierta a la inmigración de masas después de 1914.³³

Si realizamos un comparativo de nuestra situación económica con la de América Latina, medido en base al producto bruto interno (en adelante PBI), observamos que el PBI del Perú para el año de 1913 estaba por debajo del ingreso per cápita promedio de la región, conforme observamos en el siguiente cuadro.

Por lo cual en dicha época nuestro país difícilmente podía ser visto como un país de destino favorito para la migración laboral, a diferencia de lo que ocurría en otros países de la región. Tal era el caso de Argentina, que ostentaba un ingreso per cápita más alto que el que tenían varios países europeos, excediendo en 30% al ingreso per cápita de países europeos como España e Italia.

³² Cf. SANCHEZ-ALONSO, Blanca. óp. cit. p. 234.

³³ *Ibíd*em

Cuadro N° 2

Países de Europa, América Latina y otros países de la OCDE: PIB per cápita, 1820-2000

(En dólares de 1990)^a

| | Primera fase de Globalización Era de la Migración Masiva | | | Segunda fase de Globalización Migración Restringida | | | | |
|-----------------------|---|-------------|-------------|--|--------------|--------------|--------------|--------------|
| | 1820 | 1870 | 1913 | 1950 | 1973 | 1990 | 1998 | 2000 |
| Europa | | | | | | | | |
| Italia | 1117 | 1499 | 2564 | 3502 | 10643 | 16320 | 17759 | 19223 |
| España | 1063 | 1376 | 2255 | 2387 | 8739 | 12210 | 14227 | 17392 |
| Portugal | 963 | 997 | 1244 | 2069 | 7343 | 10852 | 13929 | 15295 |
| Noruega | 1104 | 1432 | 2501 | 5463 | 11246 | 18470 | 23660 | 29523 |
| Suecia | 1198 | 1664 | 3096 | 6738 | 13493 | 17680 | 18685 | 20532 |
| Promedio | 1089 | 1394 | 2332 | 4032 | 10293 | 15106 | 17452 | 20393 |
| | | | | | | | | |
| América Latina | | | | | | | | |
| Argentina | | 1311 | 3797 | 4987 | 7973 | 6512 | 9219 | 8645 |
| Brasil | 646 | 713 | 811 | 1672 | 3882 | 4924 | 5459 | 5594 |
| Chile | | | 2653 | 3821 | 5093 | 6401 | 9756 | 9957 |
| Colombia | | | 1236 | 2153 | 3499 | 4822 | 5317 | 5044 |
| México | 759 | 674 | 1732 | 2365 | 4845 | 6097 | 6655 | 7087 |
| Perú | | | 1037 | 2263 | 3952 | 2955 | 3666 | 3684 |
| Uruguay | | 2005 | 3309 | 4660 | 4975 | 6473 | 8314 | 7790 |
| Venezuela | | 569 | 1104 | 7462 | 10625 | 8313 | 8965 | 8440 |

Fuente: Revista del Cepal N° 80, Agosto 2003

^a Ajustados por la paridad de poder adquisitivo

Elaboración: CEPAL

En nuestro país, la política migratoria comenzó a cambiar en 1920, año en el que se promulgó la Ley N° 4145 sobre “extranjeros peligrosos”.³⁴ A dicha Ley le sucedió la Ley N° 7505 en 1932 que prohibía a los patrones emplear más de un 20% de salarios pagados por la empresa a trabajadores extranjeros, y para el año 1936 el gobierno de Oscar R. Benavides emitió un Decreto Supremo que establecía la cuota máxima (inmigrantes por nacionalidad) en 16 mil personas para la inmigración, la cual era una cifra que excedían muchas colonias en el Perú, como ya entonces ocurría con la

³⁴ El artículo número uno de la Ley N° 4145 sobre “*exclusión*” señalaba que no se admitirán en el territorio nacional a los extranjeros locos o idiotas, o los mendigos profesionales o vagabundos, o los enfermos sin recursos e incapaces de ganarse la vida o que padecieren enfermedad que según las leyes y reglamentos sea peligrosa para la salud pública, o los que traficaren con la prostitución, o los condenados en el extranjero por delito que en el país merezca penitenciaría, sino hubiera cumplido su condena, o si habiéndola cumplido no hubieran transcurrido dos años desde su liberación.

colonia china. Este cambio de política probablemente se deba a que ya no existía déficit de fuerza laboral como en épocas pasadas, por tanto ya no era necesario el fomento de la inmigración de trabajadores.

De acuerdo al Decreto Ley N° 7000 de enero de 1931, los extranjeros de ambos sexos, establecidos en el país, o que residan en el por más de treinta días, mayores de dieciséis años, que posean o no carnet de permanencia, estaban obligados a inscribirse o renovar su inscripción en la sección de extranjería, recabando su carta de identidad, la cual era indispensable para ejercitar cualquier acción o reclamación ante las autoridades para gestionar licencias, solicitudes, ejercer cualquier actividad, etcétera. Como vemos, hasta este momento, con la sola inscripción en el servicio correspondiente, los extranjeros podían acceder a una carta de identidad, que les otorgaba el derecho de ejercer cualquier actividad, entre ellas la de trabajador.

Con el fin de la segunda guerra mundial, la reconstrucción económica de Europa y el restablecimiento de las relaciones comerciales y de las inversiones a nivel internacional en la segunda mitad de la década de 1940 y principios de la de 1950, se inició un nuevo periodo de prosperidad económica mundial.³⁵ Es así que descendió la migración europea a Latinoamérica y empezó la emigración de ciudadanos peruanos de clase media, medianos empresarios y estudiantes peruanos al exterior. En esta década se experimenta lo que Altamirano nombra "*la transición en la migración transnacional*"; es decir, el Perú dejó de ser un país de inmigrantes y se convierte en uno de emigrantes.³⁶

A partir de 1980 surge en el Perú una violencia desatada por el conflicto armado interno y una grave crisis económica. En esta fase, diferentes clases sociales se vieron involucradas en los movimientos migratorios y los destinos fueron diversos e incluyeron países como Canadá, Australia y Japón, así como algunos países de América Central, en tanto lugares de tránsito para Estados Unidos, y en menor medida algunos países árabes. La migración a Japón se explica en la segunda mitad de la década de 1980 por la apertura de sus fronteras a miles de trabajadores, principalmente a los profesionales descendientes de japoneses nikkei.³⁷ Durante los noventa, la emigración sigue siendo la tendencia en nuestro país y se extiende a los

³⁵ Cf. SOLIMANO, Andrés. óp. cit. p. 58.

³⁶ Cf. ALTAMIRANO, Teófilo. "*Perú: país de emigrantes*". En: Reunión de Parlamentarios de la Comisión de Población, Salud y Familia realizado en octubre de 1991. Auspiciado por la Asociación Multidisciplinaria de Investigación y Docencia en Población y el Fondo de Población de las Naciones Unidas. p. 1,

³⁷ Cf. SILVA ESTRADA, Jessica. *Migraciones y Derechos Humanos en la Región Andina: Una Mirada desde la Sociedad Civil - Informe de Peru*. Ecuador: Sistema Andino de Migraciones –SAMI. 2012, p.5

países de Argentina, Bolivia, Chile y Ecuador, esto se debe, entre otras razones, porque son considerados países económicamente atractivos y/o cercanos.³⁸

En esta década, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, implementó el "Programa de Calificación de Personal Nacional Altamente Calificado en el Extranjero", que tenía como finalidad satisfacer la demanda del mercado laboral latinoamericano, transfiriendo a técnicos peruanos calificados en calidad de expertos hacia países de América Latina debido a la existencia de un excelente personal especializado y disponible en el país.³⁹

Ahora bien, en el periodo comprendido entre enero 1990 y junio 2007 se registró el caso de 1'940,817 de peruanos que emigraron al exterior, cifra que presenta un promedio de aproximadamente 108 mil emigrantes por año. Asimismo, en 1990 migraron fuera del Perú 46,506 habitantes, mientras que en el año 2006 esta cifra se incrementó en más del 500% llegando a 291,500 personas.⁴⁰ En ambos casos debe considerarse que esta información solamente considera a los datos que constan en los registros oficiales. Por tanto, no se toma en cuenta a aquellas personas que hubieran emigrado en situación informal o irregular.

A partir del año 2000, el Perú se ha venido recuperando de constantes periodos de crisis económicas. Si se revisa el comportamiento de la competitividad del Perú desde el año 2006 —año en el que el Foro Económico Mundial (en adelante FEM) unificó el Growth Competitiveness Index (GCI) y el Business Competitiveness Index (BCI) en un solo índice denominado el *Global Competitiveness Index (GCI)*, el cual es utilizado actualmente— se observa que desde 2007 el Perú, progresivamente, ha ido mejorando su posición competitiva como país.⁴¹ De acuerdo al Informe de Competitividad Global 2012-2013, el Perú ocupa el puesto 61 entre 144 economías evaluadas por el FEM.

³⁸ *Ibíd.*

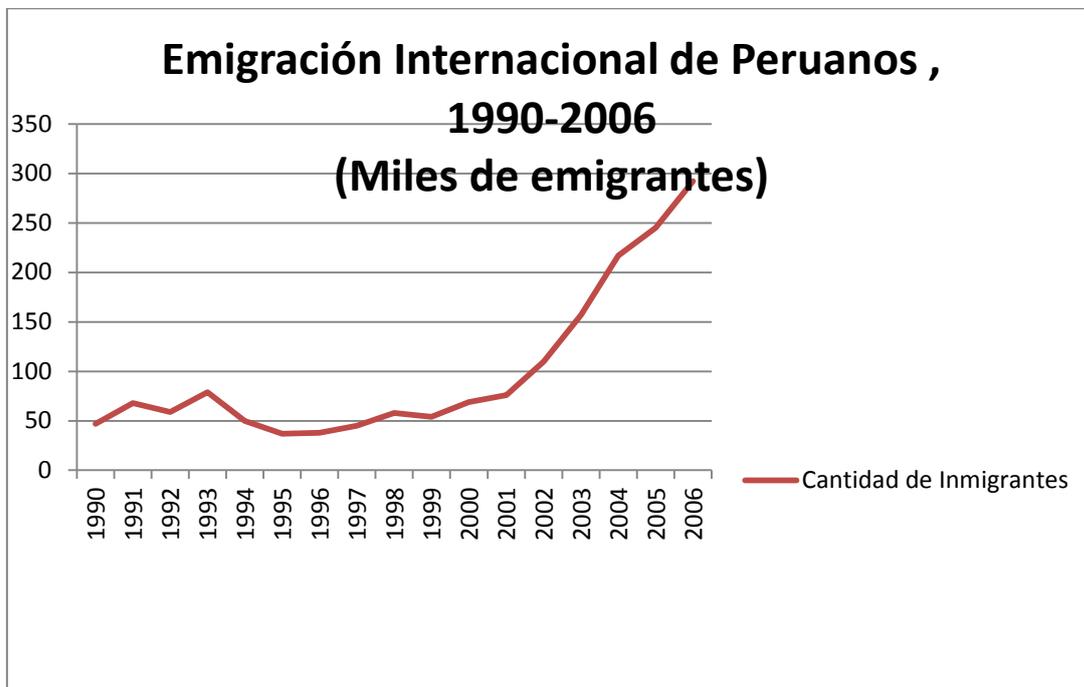
³⁹ Cf. TAMAGNO, Carla. *La Implementación de la Decisión 545 en el Perú. Hacia la gestión migratoria laboral y el fortalecimiento de la integración andina*. Lima: MIGRANDINA-OIT. 2010, p.10

⁴⁰ *Ídem.* p. 7.

⁴¹ Cf. CHIRI, Adolfo. "La posición competitiva del Perú en la economía global". En: *Strategia*. 2013. p. 11.

Gráfico N° 1

Perú: Emigración Internacional de Peruanos, 1990 - 2006
(Miles de emigrantes)



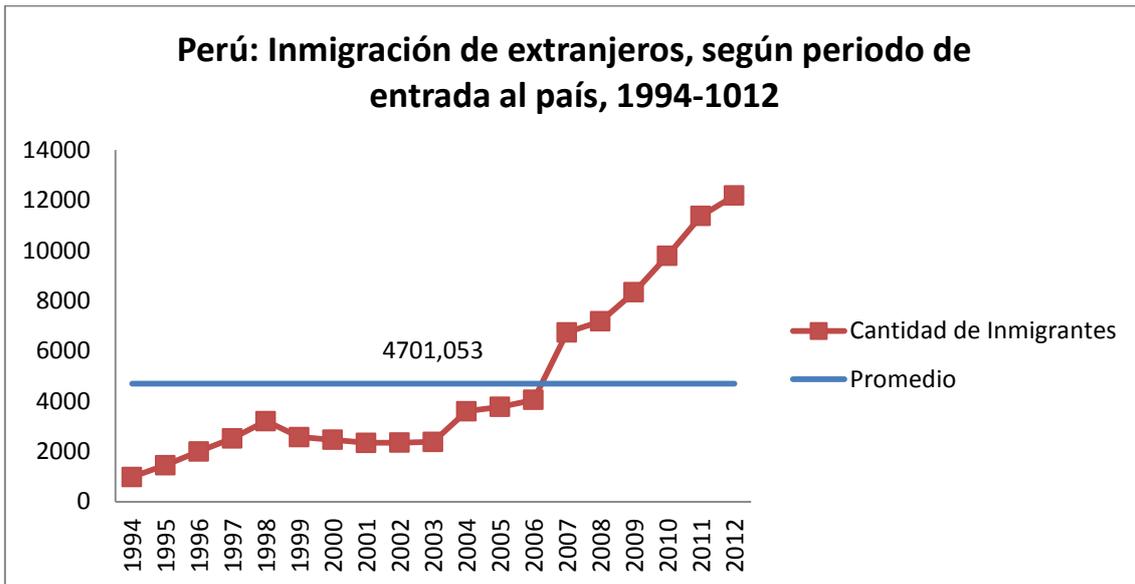
Nota: La información contenida entre los años 1990 y 1993 solo considera los saldos publicados en el Anuario de Migraciones 2003. A partir del año 1994 se consideran los resultados derivados de la base de datos creada en función a la Tarjeta Andina de Migraciones (TAM).

Fuente: Perú: Estadísticas de la Migración Internacional de Peruanos 1990 – 2007
Elaboración: Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI)

Esta coyuntura de crecimiento en beneficio de nuestro país, tiene consecuencias no solo económicas, sino que crean otros fenómenos y ese es el caso de la migración, ya no como país de origen de migrantes, sino como país receptor de migrantes. Si bien nuestro país siguió recibiendo migrantes durante el periodo de los 90 al 2000, conforme se observa en el Gráfico N° 2, el volumen de tal proceso no ascendía más que a 3,205 inmigrante por año, casi la cuarta parte que el número alcanzado en el año 2012 (12,187 migrantes).

Gráfico N° 2

Perú: Inmigración de extranjeros, según período de entrada al país, 1994-2012



Fuente: Perú: Estadísticas de la emigración internacional de peruanos e inmigración de Extranjeros. 1990 -2012. Lima, 2013. p 62

Elaboración: Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI)

Como se observa en el siguiente Gráfico N° 3, en el período de 1994 a 2012, se alcanzó la cifra de 89,320 extranjeros que estuvieron residiendo en el Perú y no registraron movimiento migratorio de salida del país, es decir podemos presumir que al menos la mayoría de ellos ya formaba parte del mercado laboral peruano, al encontrarse residiendo en el Perú. Luego, entre los años 1994 y 2003 el número de extranjeros que ingresaban por año no superaba los 2,500, y entre el 2004 y 2006 el número de extranjeros por año no superaba los 5,000. Es, a partir del 2007 donde la cifra por año superó los 6,000 extranjeros teniendo en 2012 la mayor cifra con 12,187 extranjeros.⁴²

No sería coincidencia, que a partir del mejoramiento de la competitividad de nuestro país desde el año 2007, las cifras de personas inmigrantes, si comparamos del 2006 al 2012, se hayan cuadruplicado.

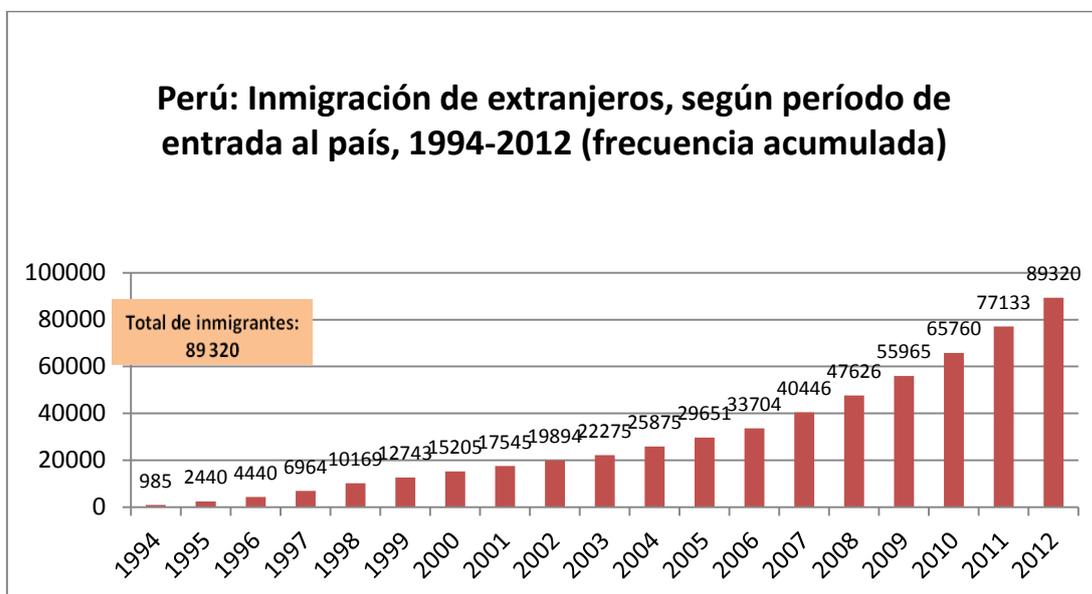
Del análisis de la frecuencia acumulada (Gráfico N° 3), si para 1994 teníamos 985 inmigrantes, es decir extranjeros con más de dos años de residencia en el Perú para encontrarse en la categoría de inmigrantes, para el año 2012, esta cifra era 90 veces

⁴² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA. *Estadísticas de la emigración internacional de peruanos e inmigración de extranjeros 1990-2012*. Lima: Instituto Nacional de Estadísticas e Informática, OIM y Superintendencia Nacional de Migraciones. 2013. p. 61.

superior, siendo que para el 2012 se registró el número de 89,320 inmigrantes extranjeros residiendo en nuestro país.

Gráfico N° 3

Perú: Inmigración de extranjeros, según período de entrada al país, 1994-2012 (frecuencia acumulada)



Fuente: Perú: Estadísticas de la emigración internacional de peruanos e inmigración de Extranjeros. 1990 -2012. Lima, 2013. p 62

Elaboración: Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI)

Para inicios de los noventa el número de inmigrantes residiendo en el Perú era pequeño debido a los conflictos activos derivados del terrorismo y la crisis económica de los ochenta. Por el contrario, como señala Altamirano, la década de los ochenta es la década de la aceleración del éxodo de peruanos al exterior,⁴³ por lo cual si para los nacionales no era viable vivir en su propio país, la incidencia de llegada de inmigrantes probablemente haya sido baja.

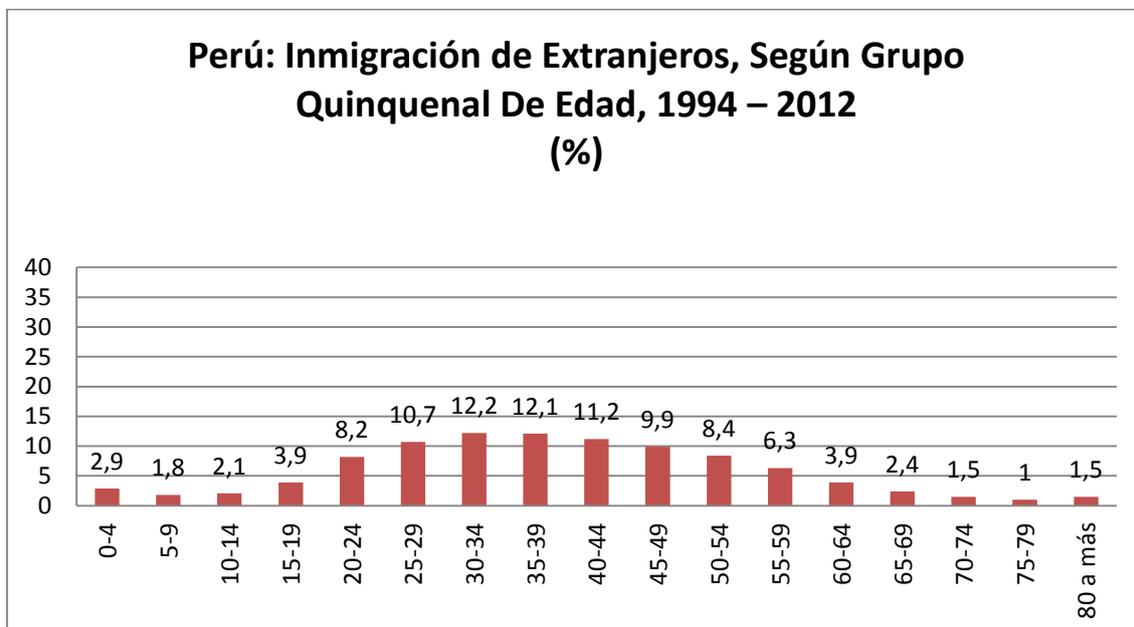
El establecimiento de inmigrantes en el Perú, como en cualquier país, tiene efectos en la conformación del mercado laboral. Si observamos las cifras del Instituto Nacional de Estadísticas (en adelante INEI) el 68.2% de los migrantes tienen entre 15 y 49 años de edad, perteneciendo así a la población económicamente activa (en adelante PEA). Se trata de un grupo social claramente definido y cuya pertenencia al mundo del trabajo peruano lo ubica en el centro de atención de nuestro trabajo. En nuestro estudio, nos enfocaremos en los derechos laborales de los trabajadores migrantes y como nuestro país ha venido regulando la política migratoria aplicable, tratando de advertir si, actualmente, puede hablarse propiamente de la existencia de una política laboral

⁴³ Cf. ALTAMIRANO, Teófilo. op.cit.

idónea respecto a estas personas, lo que analizaremos en el tercer capítulo del trabajo.

Gráfico N° 4

Perú: Inmigración de Extranjeros, Según Grupo Quinquenal De Edad, 1994 – 2012 (%)



Fuente: Perú: Estadísticas de la emigración internacional de peruanos e inmigración de Extranjeros. 1990 -2012. Lima, 2013. p 65

Elaboración: Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI)

Como hemos estudiado, nuestro país en sus inicios se caracterizó por ser un país típicamente de atracción de inmigrantes, lo que se denomina un país de destino de la fuerza laboral, para luego, ante los cambios políticos, económicos, y de otra índole que atravesó el Perú, se convierta en un país que envía migrantes y ya no receptor de los mismos, al menos no de migración en grandes dimensiones. Es en este contexto es que se promulga en 1991 el Decreto Legislativo N° 703 – Ley de Extranjería para regular la situación migratoria de los extranjeros en el Perú y también en ese mismo año se promulga el Decreto Legislativo N° 689 – Ley para la contratación de trabajadores extranjeros, que constituyen el marco de la política migratoria de nuestro país, la cual abordaremos en el capítulo tercero. El siguiente capítulo comprende el marco internacional laboral para la protección de los derechos laborales de los migrantes, que nos servirá de antecedente para el desarrollo y revisión de nuestra legislación vigente.

CAPÍTULO II

ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE MIGRACIÓN LABORAL

Como hemos observado en el capítulo anterior, la migración contextualizada ya en el fenómeno de la globalización constituye uno de los fenómenos sociales y económicos más significativos de nuestra historia actual.

Como señala el Departamento de Comunicaciones de la OIT el 31,1% de la población mundial es migrante. Esto supone un enorme problema, tanto para el país que recibe el flujo de migrantes como para los migrantes mismos: el primero se ve desbordado con un ingreso significativo de personas, deseosas a ganarse la vida de cualquier forma, lo cual fomenta la informalidad laboral y la salida de dinero, mediante las remesas enviadas a los familiares; mientras que los segundos, al encontrarse en una situación de irregularidad, se ven obligados a someterse a las exigencias de sus empleadores y laborar bajo condiciones que hasta podrían llegar a ser inhumanas.

Como consecuencia, se produce el fenómeno de la migración irregular o indocumentada, siendo que los derechos laborales de los trabajadores migrantes se reducen en estos casos hasta volverse casi inexistentes por quedar “atrapados” dentro de economías informales, donde algunos empleadores inescrupulosos se dedican a captar migrantes en estado de necesidad para poder tomar ventaja de su situación, y beneficiarse de lo que abiertamente se califica como *mano de obra barata*.

A efectos de solucionar estos problemas, las Naciones Unidas y la OIT han elaborado instrumentos preceptivos con miras a garantizar una serie de condiciones y derechos mínimos a los trabajadores migratorios y sus familiares, con el objeto de combatir las prácticas y tratos discriminatorios de los cuales son objeto. En el presente capítulo presentamos los convenios y recomendaciones internacionales más relevantes que conforman importantes estándares internacionales para la protección de los derechos de los trabajadores migrantes.

2.1 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Los orígenes de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (en adelante Convención) se

remontan a la reunión de la Comisión Técnica de la Asociación para el Progreso Social, celebrada el 4 y 5 de Julio de 1930.⁴⁴ En dicha ocasión, se adoptó el siguiente acuerdo:

«Que los organismos internacionales preparen y elaboren un proyecto de Recomendación o de Convenio Internacional, que contenga los principios directores del Derecho internacional de las migraciones humanas propuestos a las naciones para su aplicación en las Leyes, los Convenios bilaterales o los Tratados de alcance más amplio»⁴⁵.

Para entonces, ya se estaba experimentando un incremento significativo del tráfico migratorio. Tras diversos factores geopolíticos, sociales y económicos (que van desde las guerras napoleónicas en Europa, en 1805 hasta la difusión de la industrialización en las décadas posteriores, que tuvieron como consecuencia los importantísimos avances en los sistemas de transporte y comunicaciones), millones de trabajadores se trasladaron a los países del Nuevo Mundo donde había oferta de tierra abundante y los factores capital y trabajo eran escasos.⁴⁶ El fenómeno alcanzó su punto más alto durante la Primera Guerra Mundial, conforme los migrantes buscan huir de los países devastados por esta, y terminaron por colapsar y detenerse durante la crisis de 1929, con la caída de la bolsa.⁴⁷

Durante la segunda mitad del siglo XX, Latinoamérica atravesó por una serie de cambios en su estructura social y económica. Es así que el modelo económico, que era principalmente agro-exportador hasta ese entonces, hizo una transición (parcial) hacia un modelo industrial, lo que generó incentivos para que la fuerza trabajadora deje de labrar los campos y busque otras fuentes de trabajo en la ciudad. Esto trae como consecuencia una explosión demográfica en toda la región, que es sucedida por una alta movilidad de los migrantes fuera de sus Estados de origen,⁴⁸ así como procesos migratorios internos dentro de las naciones-Estado. Dicha movilidad dio como resultado una situación de precariedad con respecto a los migrantes, siendo a menudo víctimas de trabajo bajo condiciones infrahumanas y tratos discriminatorios.

⁴⁴ Cf. ÁLVAREZ, Aurelia. "Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990". *Migraciones*. Madrid, 1999, N° 5, p 122.

⁴⁵ *Ibídem*.

⁴⁶ Cf. BLANCA, Alonso. "La época de las grandes migraciones: desde mediados del siglo XIX a 1930". *Mediterráneo Económico*. Almería, 2002, Vol. 1, p 19.

⁴⁷ *Ibídem*.

⁴⁸ Cf. PELLEGRINO, Adela. *La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencias y perfiles de los migrantes*. Santiago de Chile: 2003. p. 90.

En virtud de estos hechos en 1974 se realiza la primera Conferencia Internacional de Juristas, sobre la situación jurídica y social de los trabajadores emigrantes en Europa, y el Informe del Consejo Económico y Social de 1975, que ponían énfasis en este problema.⁴⁹

En atención a estos hechos la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas aprobó un informe en 1976, por la relatora Halima Warzazi, donde se señalaba los dos aspectos negativos del problema con respecto a la explotación de la mano de obra por medio del tráfico clandestino: las operaciones ilícitas y clandestinas, y el trato discriminatorio de los trabajadores migrantes en el Estado de acogida.⁵⁰

Este informe fue tomado en cuenta en la Resolución 33/163 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios, teniendo como resultado que se estableciera, por medio de la Resolución 34/172 en 1980, un grupo de trabajo abierto a los Estados Miembros para redactar una convención respecto al tema⁵¹. Fue así que la Convención se redactó y fue adoptada por la Asamblea General, mediante Resolución 45/158, el 18 de diciembre de 1990.⁵²

No obstante, no es hasta el 1º de Julio del 2003 que entra en vigor la Convención, al haber sido ratificada por el mínimo de veinte países, según lo establecido en su artículo 87, es decir más de doce años después de su adopción inicial en diciembre de 1990. La adopción del documento en 1990, tuvo como consecuencia que el contenido de la Convención haya sido objeto de arduo debate en el seno de las Naciones Unidas, requiriendo finalmente de una campaña de promoción para lograr la vigésima ratificación.⁵³

A la fecha, los Estados que han ratificado la Convención son: Albania, Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Bangladés, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Ghana, Guatemala, Guinea, Guyana, Honduras, Indonesia, Jamaica, Kirguistán, Lesoto, Libia, Malí, Marruecos, Mauritania, México, Mozambique, Nicaragua, Níger, Nigeria, Perú,

⁴⁹ Cf. ÁLVAREZ, Aurelia. óp. cit, p 123.

⁵⁰ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONAS UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *La Convención internacional sobre trabajadores migratorios y su Comité: Folleto Informativo N° 24*. Nueva York. 2005. p 2.

⁵¹ Ibídem.

⁵² Ibídem.

⁵³ Cf. ÁLVAREZ RODRIGUEZ, Aurelia. *Al fin se ha hecho realidad la obligatoriedad de la convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Madrid: Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2004, p 1.

Paraguay, Ruanda, Senegal, Serbia, Seychelles, Sri Lanka, San Vicente y las Granadinas, Siria, Tayikistán, Timor oriental, Turquía, Uganda y Uruguay.⁵⁴

Aquí debemos dejar sentada una observación: el que ninguno de los países con mayor flujo de trabajadores migrantes como los Estados Unidos o los países de la Unión Europea y Asia hayan firmado o ratificado el tratado, lo cual es un hecho sintomático y que deja en desprotección a los trabajadores migrantes en dichos Estados.

Hubo varios argumentos por los cuales los países presentaban su negativa a la ratificación de la Convención, por ejemplo en algunos Estados no constituía una prioridad en su agenda política, otros carecían de la infraestructura para aplicar la Convención, algunos otros no desean que los acuerdos internacionales interfirieran con sus políticas de inmigración, en otros casos el alto nivel de desempleo que llevan a algunos Estados a dar preferencia a sus nacionales por encima de los trabajadores extranjeros, la inclusión de migrantes indocumentados, que se enfoque en las familias y no solo en los migrantes productivos, etc.⁵⁵

No obstante la negativa de diversos países por ratificar esta Convención, el Perú la ratificó el 14 de Septiembre del 2005, siendo un paso importante para nuestro país, al considerarse esta Convención como el instrumento más completo para la protección de los trabajadores migrantes, siendo su ámbito de aplicación las personas que trabajan y sus familias, incluyendo a aquellos trabajadores considerados como ilegales.

La primera parte de la Convención comienza con dos precisiones elementales, a decirse el ámbito de aplicación de la misma y la terminología empleada. Respecto a la primera de estas cuestiones señala que esta es de aplicación 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

⁵⁴ ONU “United Nations Treaty Collection”. Consulta 20 de octubre del 2014:
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en

⁵⁵ Cf. SOLANES, Ángeles y LA SPINA. Encarnación *Instrumentos normativos internacionales para la protección de las personas migrantes. Un estándar mínimo exigible. 2. Alcance del sistema de Naciones Unidas para la protección de las personas migrantes*. Material de enseñanza. Madrid: Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos.2015, p.14.

*de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.*⁵⁶

En relación a la segunda, define, en su artículo 2 inciso 1, la Convención señala al trabajador migratorio como “(...) *toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional*, y el artículo 3 enumera a las personas excluidas de esta definición, que son, los empleados de organizaciones internacionales; los funcionarios gubernamentales; las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio, o por un empleador en su nombre, que participen en programas de desarrollo y en otros programas de cooperación; los inversionistas; los refugiados y los apátridas; los estudiantes y las personas que reciben capacitación; los marinos y los trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo.

Como se aprecia, se trata de una definición bastante amplia e inclusiva de lo que constituye un trabajador migrante, lo que señala un distanciamiento significativo de los Convenios 97 y 143 de la OIT, los cuales se limitaban a personas que hayan emigrado a otro país para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia.⁵⁷

Aún más, con respecto al ámbito de aplicación de la Convención debemos encomiar el avance que significa el incluir a los familiares de los trabajadores migratorios dentro del mismo, señalando que:

Artículo 3

“el término "familiares" se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate”.

Asimismo, la Convención, reconoce la realidad que viven los migrantes dentro del Estado receptor, y busca que se les reconozca derechos que van más allá de los derechos “típicamente laborales”, exigidos dentro del centro de trabajo. Se alcanza a otros derechos fundamentales y que son indispensables para la inserción y el desenvolvimiento de estos dentro de un territorio y cultura que les son ajenos, tanto a

⁵⁶ Cf. NACIONES UNIDAS. *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. 18 de diciembre de 1990.

⁵⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio 97 sobre los trabajadores migrantes de 1949*.

los migrantes como a su entorno familiar. Retomaremos este punto más adelante, cuando veamos el capítulo de la Convención sobre los derechos que les competen a los familiares de los trabajadores migrantes, puesto que hay otra gran distinción en esta sección que amerita discutirse.

Otro importante y necesario aporte dentro de la Convención, referente al ámbito de aplicación del mismo, es la distinción que se hace entre trabajadores documentados y no documentados, siendo los primeros aquellos que *“han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”*⁵⁸ y los segundos aquellos que no cumplen con estas condiciones.

Adviértase que no se trata únicamente de una distinción entre dos calidades de trabajadores, sino un reconocimiento expreso de los trabajadores no documentados o irregulares, que son usualmente aquellos que se encuentran en mayor situación de desventaja y vulnerabilidad con respecto a los trabajadores nacionales, o incluso trabajadores migratorios documentados.⁵⁹ Más aún es este el sector especialmente vulnerable en el ámbito de la migración al estar expuestos a una serie de peligros, como es la trata de personas, la obligación a realizar trabajo forzoso, tratos crueles e inhumanos, etc., al encontrarse desprotegidos por su situación de ilegalidad.

La Convención es un notable esfuerzo de las Naciones Unidas por reconocer los derechos humanos de los trabajadores migratorios no documentados, a diferencia de los instrumentos de la OIT, que revisaremos más adelante, que solo reconocen derechos para los trabajadores documentados, siendo por ello la Convención, el instrumento internacional vigente más completo, al comprender a los trabajadores no documentados y a sus familias en el reconocimiento de derechos.

El artículo segundo de la Convención establece una clara diferenciación entre las diversas categorías de trabajadores migratorios que existen⁶⁰ y que nos servirán de

⁵⁸ NACIONES UNIDAS. *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. 18 de diciembre de 1990.

⁵⁹ Esto constituye un avance, especialmente en comparación con el Convenio 97 de la OIT, que establecía disposiciones aplicables únicamente a los trabajadores documentados, dejando de lado la protección de los derechos de los no documentados. Este Convenio establece en su artículo 6°: *“Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales (...)”*. (Subrayado añadido). ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio 97 sobre los trabajadores migrantes de 1949*. Artículo 6.

⁶⁰ NACIONES UNIDAS. *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. 18 de diciembre de 1990.

definición para los alcances del presente trabajo. En atención a lo dispuesto por la Convención estos se dividen de la siguiente manera:

- **Trabajador fronterizo:** “(...) todo trabajador migratorio que conserve su residencia en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana⁶¹.”
- **Trabajador de temporada:** “(...) todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año⁶².”
- **Marino:** “(...) todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional⁶³.”
- **Trabajador de estructura marina:** “(...) todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional⁶⁴.”
- **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 ocupación⁶⁵.”
- **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 empleador⁶⁶.”
- **Trabajador con empleo concreto:** “(...) todo trabajador migratorio: (i) 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; (ii) Que realice, por un plazo limitado y definido un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o (iii) Que, a solicitud de su empleador en el

⁶¹ Ídem, p 3.

⁶² Ibídem.

⁶³ Ibídem.

⁶⁴ Ibídem.

⁶⁵ Ibídem.

⁶⁶ Ibídem.

Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve; y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia⁶⁷.”

- **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, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales⁶⁸.”

Como puede apreciarse la Convención establece hasta ocho categorías distintas de trabajadores migratorios a las cuales les serán aplicables las disposiciones normativas contenidas en él, siendo de nuestro interés para los fines del presente trabajo el trabajador con empleo concreto, los itinerantes y los vinculados a un proyecto en concreto en cuanto les sea aplicable, ello en tanto comprenden las relaciones laborales entre trabajadores extranjeros y empleadores nacionales, siendo el enfoque de este trabajo el revisar este ámbito de las relaciones laborales que abordaremos en el capítulo III.

La parte II de la Convención está comprendida por un sólo artículo, el cual establece el principio de no discriminación en el reconocimiento de derechos a los trabajadores migratorios y sus familiares por parte de los Estados parte de ésta. Conviene citarlo en extenso:

“Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.⁶⁹

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ *Ídem*, p 4.

⁶⁹ NACIONES UNIDAS. *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. 18 de diciembre de 1990.

Si bien la redacción de dicho artículo puede parecer redundante con el contenido de la Convención, lo cierto es que dicho dispositivo forma parte del *ius cogens* del Derecho Internacional, lo que trae como consecuencia que no puede haber ningún acuerdo en contrario con lo dispuesto en el artículo entre los Estados. Cabe agregar que los migrantes son a menudo objeto de prácticas discriminatorias en el Estado de empleo.⁷⁰ Lo anteriormente mencionado toma aún más importancia si consideramos el endurecimiento de las leyes migratorias a nivel mundial luego del atentado del 11 de septiembre del 2001, en los Estados Unidos de Norteamérica⁷¹ seguidos de los atentados de la misma época en la Unión Europea.

Precisamente, en relación a dichas prácticas restrictivas, la siguiente sección de la Convención establece una serie de procedimientos y derechos relativos al debido proceso y las interacciones de los trabajadores migratorios con los órganos administrativos. Además, se entiende que alude también a la libertad de trabajo, de tal forma que los trabajadores migrantes no pueden ser sujetos a trabajo forzoso. Desde luego, dentro de este concepto, se atiende a las excepciones que el Convenio N° 29 de la OIT establece, como aquellos casos en los que se presten trabajos en penitenciarías cuando la ley así lo contemple. Ciertamente, esta excepción no se funda en la calidad de trabajador migrante, sino en la condición genérica del “trabajo en prisión”.

La Convención proscribe además a los tratos crueles o inhumanos. No se puede detener a los trabajadores migrantes en forma arbitraria, ni pueden estos ser retenidos más allá del plazo que la ley establezca. Se les reconoce como plenos beneficiarios de todas las garantías que ofrece el debido proceso, es decir a la tutela jurisdiccional efectiva, a la pluralidad de instancia, al obtener una sentencia motivada, presentación de pruebas, etc.⁷² Siendo todas estas medidas plasmadas con la finalidad de buscar combatir los tratos discriminatorios en relación al empleo, sino la discriminación institucional a la que son a menudo víctimas los trabajadores migratorios.⁷³

La parte III de la Convención recoge derechos humanos de todos los trabajadores migratorios, tanto documentados como indocumentados, y de sus familiares, tales

⁷⁰ Para la presente Convención por "Estado de empleo" se entenderá el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso.

⁷¹ Cf. PEREDA, Cristina. "Frenazo a la inmigración". *El País*. Washington, 09 de septiembre del 2011.

⁷² NACIONES UNIDAS. *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. 18 de diciembre de 1990.

⁷³ Cf. CACHÓN, Lorenzo. "Marco institucional de la discriminación y tipos de inmigrantes en el mercado de trabajo en España". En: *Revista Española de Investigaciones Sociales*. Madrid, 1995, Vol. 69, N° 7, PP. 105-124.

como poder salir libremente de cualquier Estado (artículo 8), derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él (artículo 8°), derecho a la vida (artículo 9), a no ser sometidos a trabajo forzoso u obligatorios (artículo 11°), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 11°). Adicionalmente, la Convención hace patente el reconocimiento de una serie de derechos básicos de índole cultural, político, social, y económico. En relación a lo primero, se le reconoce a los trabajadores migrantes y a sus familiares derechos que son, a nuestro modo de ver, necesarios para preservar el acervo cultural de estos y el derecho a la identidad, que los mismos entrañan. Entre estos se encuentran el derecho a profesar y ejercer la religión de su preferencia, así como la libertad de pensamiento. Pero además de esto también se les reconoce derechos relativos a la participación política como lo son el derecho a la opinión y la libertad de expresión, que también incluye la difusión de la misma por cualquier medio idóneo. En definitiva derechos indispensables para su desenvolvimiento en el Estado de acogida.

En cuanto a la garantía de los derechos vinculados con el proceso migratorio, se recogen los derechos como acceder a la asistencia de su consulado en caso de detención (artículo 16°), la protección contra la destrucción o confiscación de documentos de identidad (artículo 21°), la protección contra la expulsión colectiva (artículo 22°).

De especial mención resulta el artículo 25, el cual establece el principio de igualdad, según el cual “*Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo (...)*”.⁷⁴ En esencia, lo que se plantea en dicho artículo es la aplicación de todos los dispositivos y protecciones reconocidos a favor del trabajador nacional, a los trabajadores migrantes, quedando estos plenamente protegidos por la legislación laboral del país de empleo. Protecciones las cuales, en virtud del presente Convenio, también le son plenamente aplicables a los trabajadores migratorios irregulares y no documentados. Lo que se considere un hito importante para la protección efectiva de sus derechos.

Por último, la presente sección hace mención a los derechos que se les reconoce a los familiares del trabajador migrante, siendo estos el derecho de acceso a la salud, el derecho a la nacionalidad, y el derecho de acceso a la educación en “*(...) condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate*”.⁷⁵ Dicha mención es de suma importancia puesto que, como podemos observar, la intención de la

⁷⁴ NACIONES UNIDAS. *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. 18 de diciembre de 1990.

⁷⁵ Ídem, p 13.

tercera parte de la Convención es dotarle las condiciones mínimas de vida digna requeridas, a los familiares de los trabajadores migratorios, para que puedan integrarse plenamente a la sociedad, facilitando así la superación de sus condiciones de vida y bienestar general.

Sin perjuicio de lo anterior mencionado con respecto a la distinción entre trabajadores migratorios documentados y no documentados, la Convención en su Parte V les reconoce derechos adicionales a aquellos trabajadores que, según el artículo 5 del mismo, hayan ingresado con autorización y se encuentren facultados para ejercer actividades remuneradas en el Estado de empleo⁷⁶. Los derechos contenidos en esta sección se caracterizan por compartir una lógica que busca tanto la integración del trabajador migrante y de sus familiares al Estado de empleo, como la preservación de la unidad familiar.

Es así que entre los derechos reconocidos en esta parte se encuentran el derecho a ser debidamente informado de las condiciones relativas a las condiciones de admisión y estancia en el Estado de empleo;⁷⁷ a estar exentos del pago de impuestos por conceptos de importación y exportación de efectos personales y enseres domésticos,⁷⁸ y a poder desplazarse libremente y escoger su residencia.⁷⁹ Quizá los derechos más importantes en esta sección sean aquellos contenidos en los artículos 43 y 45, que establecen las necesidades básicas para que el trabajador y su familia puedan integrarse al Estado de empleo (acceso a los servicios sociales y de salud; acceso a la vivienda; acceso a la educación primaria, secundaria y superior, etc.). Es así que la redacción de dichos artículos es la siguiente:

“Artículo 43

1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:

- a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate;*
- b) El acceso a servicios de orientación profesional y colocación;*
- c) El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento;*

⁷⁶ Ídem, pp 21-23.

⁷⁷ Ibídem.

⁷⁸ Ibídem.

⁷⁹ Ibídem.

- d) *El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres;*
- e) *El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes;*
- f) *El acceso a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión, sin que ello implique un cambio de su condición de trabajadores migratorios y con sujeción a las normas y los reglamentos por que se rijan los órganos interesados;*
- g) *El acceso a la vida cultural y la participación en ella*.⁸⁰

Respecto del fenómeno migratorio debemos hacer un esfuerzo por comprender que este genera consecuencias no sólo para quien emigra de su país de origen en busca de una mejor calidad de vida, sino también para la gente de su entorno: en específico sus familiares. Por ello es importante, para el pleno reconocimiento de los derechos del trabajador migrante en el Estado de acogida, reconocerle a sus familiares derechos que les permitan un acceso a los servicios básicos que ofrece el Estado como lo son la educación y la salud, ambos parámetros importantes que se yerguen como presupuestos para el ejercicio de otros derechos, así como para una verdadera inserción del migrante en la sociedad.

Artículo 45

“1. Los familiares de los trabajadores migratorios gozarán, en el Estado de empleo, de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado en relación con:

- a) *El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de ingreso y a otras normas de las instituciones y los servicios de que se trate;*
- b) *El acceso a instituciones y servicios de orientación y capacitación vocacional, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en ellos;*
- c) *El acceso a servicios sociales y de salud, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en los planes correspondientes;*

⁸⁰ Ídem, pp 16-17.

d) *El acceso a la vida cultural y la participación en ella*.⁸¹

Además de estos dos preceptos, también se reconoce a los familiares del trabajador migrante la facultad de decidir permanecer en el Estado de empleo, en caso de fallecimiento o divorcio con el trabajador migrante.⁸² Esto facilita la permanencia de los migrantes en dicho Estado y ciertamente salvaguarda los intereses de los menores de edad cuya experiencia social e individual se ha desarrollado dentro de un contexto distinto al del país de origen. De no atenderse esta dimensión (los menores de edad) se podrían producir perjuicios a individuos por su repentina expulsión del Estado en el que residen, lo que generaría inestabilidad económica y emocional en tales personas, desprotegiendo en esta situación el interés superior del niño también recogido en instrumentos internacionales.

Por último, la Convención reconoce derechos laborales y de seguridad social trascendentales para el desenvolvimiento de sus derechos fundamentales al trabajo en el país de Estado de empleo, entre ellos el derecho a la igualdad de trato en materia laboral (protección contra el despido, prestaciones de desempleo y acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo),⁸³ y el de poder transferir sus ingresos y ahorros a su Estado de origen,⁸⁴ sin estar sujetos a tributaciones más elevadas o gravosas por ello.⁸⁵ La intención de la última disposición tiene en cuenta, sin duda, una práctica común a la que recurren los trabajadores migratorios: dicese el transferir parte de sus ingresos a familiares en el exterior,⁸⁶ con el objeto de proveer ayuda o sustento. En reconocimiento del carácter alimenticio que tiene a menudo este tipo de envíos de remesas, la Convención dispone que no se les grave excesivamente.

Como mencionamos anteriormente, la Convención introdujo distintas categorías de trabajadores migratorios, y reconocía una serie de derechos con respecto a estas categorías. La Parte V del Convenio guarda estrecha relación con aquellas categorías de trabajadores definidas en artículo 2, inciso 2, siendo estas: el trabajador fronterizo, el trabajador de temporada, el marino, el trabajador en una estructura marina, el trabajador itinerante, el trabajador vinculado a un proyecto, el trabajador con empleo concreto y el trabajador por cuenta propia.

⁸¹ Ídem, p 17.

⁸² Ídem, p 19.

⁸³ Ibídem.

⁸⁴ Ídem, p 18.

⁸⁵ Ibídem.

⁸⁶ LLAMAS, Manuel. "Los inmigrantes envían más dinero a sus familias gracias a la economía sumergida". *Libertad Digital*. Economía. 01 de Julio del 2010. Última consulta 20 de octubre del 2014: <http://www.libertaddigital.com/economia/las-remesas-de-los-inmigrantes-repuntan-gracias-a-la-economia-sumergida-1276380782/>

Según esta, a dichos trabajadores les son aplicables todos los derechos mencionados anteriormente, salvo con algunas excepciones que discutiremos a continuación:

Con respecto a los trabajadores fronterizos la Convención indica que se les reconoce aquellos derechos “(...) que puedan corresponderles en virtud de su presencia y trabajo en el territorio del Estado de empleo y que sean compatibles con su condición (...)”⁸⁷ de trabajo. Siendo que los trabajadores fronterizos son aquellos que se desplazan entre su Estado de origen y su Estado de empleo es evidente que no todas las disposiciones de la Convención les resulten útiles, sin embargo debemos tomar en cuenta que no todas las situaciones son iguales, por ejemplo en cuanto al derecho de acceso a una vivienda o al monto de alquileres en el caso de un trabajador que regresa a su Estado de origen todos los días, la situación será distinta de aquellos que habitan más tiempo en el Estado de empleo y sólo regresan una vez a la semana al Estado de origen.

Sobre los trabajadores de temporada, la Convención adoptó la misma fórmula utilizada para los trabajadores fronterizos, reconociéndoles aquellos derechos que les son compatibles con su condición de trabajo. Sin embargo añade una disposición importante en el inciso 2 del artículo 59, concediéndoles la posibilidad de realizar otras actividades remuneradas, aparte de aquella para la cual fueron contratados⁸⁸. La disposición es entendible puesto que les da la posibilidad de poder generar ingresos adicionales para su bienestar y el de su familia.

A los trabajadores vinculados con un proyecto se les reconoce los derechos contenidos en las Parte III y IV de la Convención con excepción de los derechos relativos a acceso a servicios de orientación profesional, acceso a instituciones de formación profesional, acceso a la vivienda con inclusión de planes sociales de vivienda, acceso a instituciones de orientación y capacitación vocacional, y relativos a la elección de la actividad remunerada.⁸⁹ El sentido de esta disposición puede haberse dado porque la admisión al Estado de empleo de los trabajadores vinculados a un proyecto responde ante la condición específica y provisoria que desempeñe un trabajo en específico, por lo cual le está prohibido elegir una actividad remunerada distinta a la que consta en el contrato que condicionó su ingreso. Respecto al acceso a las instituciones educativas y de formación profesional también se considera que esto guarda una lógica similar a la anterior, siendo que la admisión del trabajador al Estado de empleo es provisoria: es decir durará hasta que el proyecto sea completado. Por

⁸⁷ NACIONES UNIDAS. *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. 18 de diciembre de 1990.

⁸⁸ Ídem, p 22.

⁸⁹ Ibídem.

tanto, no se le reconocen los mismos derechos que un trabajador migratorio que ingresa con el ánimo de residencia.

Con respecto a los trabajadores con empleo concreto la situación es similar a la anterior descrita, siendo que estos se encuentran en el Estado de empleo para desempeñar una tarea específica por cargo de su empleador, por tanto su estadía es asimismo provisoria: durará hasta que su labor haya sido completada. Por ende no les corresponde el derecho a poder desempeñar otra actividad remunerada aparte de la cual que motivó su ingreso al Estado de empleo.⁹⁰ Podemos observar que las definiciones de la Convención solo se aplica a trabajados temporales, sin embargo consideramos que debería aplicarse a todo trabajador extranjero en un Estado de empleo del cual no es nacional, independientemente de la vocación de permanencia o no del empleo.

En atención a la contratación de trabajadores migratorios indocumentados, la Convención ha dispuesto, en las normas contenidas en su Parte VI, la promoción de una serie de políticas públicas, dirigidas a facilitar el proceso migratorio y eliminar el empleo ilegal de trabajadores irregulares y proteger a los migrantes de los abusos. De esta manera, a fin de lograr lo primero, los Estados Parte quedan comprometidos a brindar los servicios y la información apropiada a trabajadores y empleadores con respecto a la migración.⁹¹ Con respecto a lo segundo, se establecen políticas de fiscalización de empresas o personas que emplean a trabajadores migrantes, quedando dichas contrataciones sujetas a autorización, aprobación y supervisión de las autoridades⁹² e insta a los Estados adopten “medidas” para detectar o eliminar los movimientos clandestinos de trabajadores migratorios, o para sancionar a los grupos que se aprovechen de los mismos, pero no precisa ni recomienda como deben ser estas medidas.

Uno de los aportes finales de la Convención tiene que ver con su aplicación. En ese orden de ideas la Parte VII de esta contempla la creación y las funciones de un Comité (que está compuesto por diez expertos) que inició sus actividades a partir del momento de la entrada en vigor de la Convención. Esa composición pasa a ser de catorce expertos cuando la Convención sea ratificada por el cuadragésimo Estado Parte.⁹³ La duración del mandato de dichos miembros es de cuatro años, y estos son elegidos por mayoría absoluta de los votos de los Estados Parte, con un quórum mínimo de dos tercios.

⁹⁰ Ídem, p 23.

⁹¹ Ídem, p 23-25.

⁹² Ídem, p 25.

⁹³ Ídem, p 27.

Los Estados Parte tienen la obligación de presentar ante el Comité, cada cinco años, informes sobre “*las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto (...)*”⁹⁴ a la Convención. En base a esto, las funciones del Comité son examinar dichas medidas y realizar las observaciones pertinentes, así como realizar las recomendaciones que considere necesarias para la adecuación e implementación de las disposiciones contenidas en la Convención.

Para finalizar, en el caso peruano debe mencionarse que la Convención fue aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 28602, y ratificada mediante Decreto Supremo N° 071-2005-RE, ambos de fecha 10 de septiembre del 2005. Sin embargo el Perú hasta la fecha solo ha presentado un solo informe al Comité de protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares que comprende desde su entrada en vigencia de la Convención hasta diciembre del año 2012.⁹⁵

Asimismo, el Perú no ha realizado las declaraciones de los artículos 76 y 77 de la Convención que establece que todo Estado Parte podrá declarar en cualquier momento, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones emanadas de la presente Convención, así como la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen que ese Estado Parte ha violado los derechos individuales que les reconoce la presente Convención. Como vemos si bien el Perú ha ratificado la Convención, los mecanismos de revisión de casos particulares, ya sea individuales o de otros países, de quejas contra nuestro país no ha sido implementado, situación que resta de efectividad al cumplimiento de la presente Convención.

Cabe mencionar, que si bien la Convención es el instrumento más importante de las Naciones Unidas respecto a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes, su protección ha sido plasmada en otros instrumentos, como por ejemplo por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su observación General N° 30, denominado la discriminación contra los no ciudadanos, donde ha señalado que en el ámbito laboral recomienda la adopción de medidas para “eliminar la discriminación contra los no ciudadanos en relación con las condiciones y requisitos laborales” y “evitar y resolver los graves problemas con lo que suelen enfrentarse los

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ PERU. *Informe inicial presentado en virtud del artículo 73º de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Lima: 2015, p.7.

trabajadores no ciudadanos, en particular los trabajadores domésticos no ciudadanos, tales como la servidumbre por deudas, la retención del pasaporte, la reclusión ilícita, la violación y las agresiones físicas”. Dicho Comité también aclara que “todas las personas deberán poder disfrutar de los derechos laborales de empleo, incluida la libertad de reunión y sindicación, desde que se inicie hasta que se termine una relación laboral”.⁹⁶

En el cuadro N° 5 se podrá apreciar un recuento de los derechos reconocidos por esta Convención a los trabajadores migrantes.

Nuestra legislación interna guarda cierta sintonía con las disposiciones de la Convención aunque aún hay varios pendientes por implementar y corregir; sin embargo, su aplicación en la práctica es la que genera más dificultades, y que será parte del estudio del capítulo III.

2.2 Instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo sobre migración laboral y protección de los trabajadores migrantes

En el marco de la normativa internacional sobre los trabajadores migrantes es destacada la labor realizada por la OIT, fundada al finalizar la Primera Guerra Mundial en 1919 y en virtud de la sección III del Tratado de Versalles. Su constitución fue elaborada por una Comisión del Trabajo, presidida por Samuel Gompers, Presidente de la Federación Estadounidense del Trabajo y estuvo compuesta por representantes de Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Polonia, Reino Unido y Estados Unidos.

De acuerdo al preámbulo de su constitución, la OIT reconoce que “*existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales*”. Es por ello que, durante la elaboración de la Parte XIII del Tratado de Versalles, se buscó la creación de un sistema que permitiese la emisión de normas que fuesen de obligatorio cumplimiento para los Estados Miembros. Luego de un arduo debate sobre cuáles deberían ser las competencias del órgano encargado de emitir dichas normas, la delegación norteamericana propuso que se elaboraran dos tipos de instrumentos, que no estuviesen sujetos a ratificación obligatoria: los

⁹⁶ SOLANES, Ángeles y LA SPINA, Encarnación. *Instrumentos normativos internacionales para la protección de las personas migrantes. Un estándar mínimo exigible. 2. Alcance del sistema de Naciones Unidas para la protección de las personas migrantes*. Material de enseñanza. Madrid: Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos. 2015, p.9

convenios y recomendaciones.⁹⁷ De estos el primero se encuentra sujeto abierto a ratificación por parte de los Estados interesados, convirtiéndose este en vinculante desde el momento de su ratificación, y el segundo sería una guía para la aplicación del determinado convenio al que se encuentra vinculado, pero cuya observancia no es obligatoria.⁹⁸

Desde su creación, la OIT se ha caracterizado por contribuir en el desarrollo jurídico de los derechos de los trabajadores migrantes, es así que por ejemplo entre los años 1925-1930, frente a una realidad internacional enmarcada en un periodo de entreguerras y en un incremento de los flujos migratorios a nivel internacional,⁹⁹ la OIT consiguió la celebración de tres Convenios internacionales y dos Recomendaciones en materia de protección de los trabajadores migrantes:

- El Convenio N° 19 de la OIT sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo) de 1925 donde señala en sus artículos 1 y 2: *“Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo. (...) Esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia.”¹⁰⁰* Complementariamente, su Recomendación N° 25 sobre para la aplicación del Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo.
- El Convenio N° 21 de la OIT sobre la inspección de los emigrantes de 1926 que tiene como finalidad la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques, y su Recomendación N° 26.
- El Convenio N° 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso de 1930.

Tales Convenios perseguían, en unos casos la equiparación de los derechos de los trabajadores migrantes en cuanto a los derechos de igualdad en el trabajo y por accidentes de trabajo, en el segundo caso la protección de los trabajadores

⁹⁷ VON POTOBOSKY, Geraldo. *La organización internacional del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p 24.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ ÚBEDA-PORTUGUÉS, José. *La respuesta de las Organizaciones Internacionales en la Lucha contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Inmigrantes*. Madrid: Universidad Carlos III- Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, 2008, p 55.

¹⁰⁰ El subrayado es nuestro.

emigrantes que se realizaba por la vía marítima; y en otros casos, como el Convenio N° 29, se pretendió la abolición de la explotación laboral hacia ese grupo vulnerable constituido por los emigrantes¹⁰¹.

Luego de este periodo, el trabajo de la OIT en relación a la preservación de los derechos de los trabajadores migrantes continuo, es así que se celebró en 1935 el Convenio N° 48 sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, derecho orientado a la protección de la dignidad de la persona humana; y en 1930 por primera vez abordó el derecho de los trabajadores migrantes en sí mismo, como tema de interés principal en el Convenio N° 66, el cual a continuación estudiaremos, por ser hito importante en el desarrollo jurídico de la protección de los trabajadores migrantes.

2.2.1 Instrumentos Internacionales de la OIT de 1939

El Convenio N° 66 de la OIT fue adoptado el 28 de Junio de 1939 en Ginebra, Suiza. El objeto detrás de este era la regulación del reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes.

La necesidad de la entrada en vigor del Convenio N° 66 lo encontramos en el contexto histórico de la Gran Depresión, un periodo que fue marcado por una alta tasa de desempleo, la caída de los precios y el flujo migratorio impulsado por la búsqueda de mejores oportunidades. Bajo ese orden de ideas la imperiosa necesidad de personas en búsqueda de nuevas oportunidades en un país extranjero, constituía un peligro para actividades ilícitas como el tráfico ilícito de migrantes, trabajadores migrantes víctimas de trabajos forzosos, explotación o en encasas condiciones laborales, trata de personas, etc. En este contexto, la regulación del reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes era un paso vital para frenar este tipo de actividades y proteger así los derechos de los trabajadores migrantes.

El Convenio en su artículo 3 se encarga de definir cuáles son las denominadas “operaciones de reclutamiento”, “operaciones de introducción” y “operaciones de colocación”:

“1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga a reglamentar, de conformidad con las disposiciones del presente artículo:”

“(a) las operaciones de reclutamiento, es decir, todas las operaciones que consisten:”

¹⁰¹ ÚBEDA-PORTUGUÉS, José. loc.cit.

“(i) en contratar a una persona, en un territorio, por cuenta de un empleador en otro territorio; o”

“(ii) en obligarse con una persona, en un territorio, a proporcionarle un empleo en otro territorio, así como en la adopción de medidas relativas a las operaciones mencionadas en i) y ii), e incluso la búsqueda y selección de los candidatos y los preparativos para la salida de los emigrantes;” (Úbeda-Portugués, 2008)

“(b) las operaciones de introducción, es decir, todas las operaciones efectuadas para preparar o facilitar la llegada o la admisión, a un territorio, de personas reclutadas en las condiciones enunciadas en el apartado a) de este párrafo;”

“(c) las operaciones de colocación, es decir, todas las operaciones efectuadas para procurar a un empleador la mano de obra de personas introducidas en las condiciones enunciadas en el apartado b) de este párrafo.”

Asimismo en el inciso 2 señala de manera taxativa los sujetos que se encuentran legitimados a llevar a cabo dichas operaciones, siendo estos:

“(a) las oficinas públicas de colocación u otros organismos oficiales del territorio donde se realicen las operaciones;”

“(b) los organismos oficiales de un territorio, distinto de aquel donde se realicen las operaciones, que estén autorizados a efectuar tales operaciones en este territorio, en virtud de un acuerdo entre los gobiernos interesados;”

“(c) cualquier organismo establecido de conformidad con las disposiciones de un instrumento internacional;”

“(d) el empleador o una persona que esté a su servicio y actúe en su nombre; y”

“(e) las agencias privadas de colocación, retribuidas o no, que ejerzan su actividad sin fines lucrativos.”

La finalidad de estas disposiciones es proteger la migración laboral internacional, al señalar de manera taxativa quienes son los legitimados para reclutar y colocar fuerza laboral en territorio extranjero. Es por ello que, si bien el párrafo 2 del artículo 3 contempla hasta dos sujetos privados que pueden realizar operaciones de reclutamiento, el tercer y cuarto inciso del artículo establecen que este tipo de operaciones se encuentran condicionadas a previa autorización, por autoridad competente, y posterior supervisión.

El artículo 4, en adición a lo expuesto, añade algunas protecciones básicas al trabajador referidas a los aspectos contractuales de su estadía en el país de empleo. Para empezar cabe destacar que el contrato debe estar redactado o traducido en el idioma del trabajador migrante, y este debe especificar como mínimo: (i) *“la duración del contrato y, si éste es renovable, el modo de renovación, o en caso de que el contrato se haya celebrado por un término indeterminado, el modo y plazo de terminación”*; (ii) *“la fecha y el lugar precisos en que el trabajador migrante debe presentarse”*; (iii) *“la forma en que han de sufragarse los gastos”*, relativos al viaje de

ida y vuelta del trabajador y/o de sus familiares; (iv) “los descuentos de la remuneración del trabajador que podrá efectuar el empleador, en virtud de la legislación nacional o de los acuerdos entre el país de emigración y el de inmigración”; (v) “las condiciones de alojamiento, cuando el empleador deba darlo o procurarlo” y; (vi) “cualquier acuerdo adoptado para procurar el mantenimiento de la familia del trabajador que permanezca en el país de origen, especialmente a los efectos de evitar que el trabajador abandone a su familia”.

La regulación de estas condiciones mínimas es muy importante para la protección de los derechos de los migrantes, pues ofrecen un mínimo de información a disposición del trabajador al momento en el que ofrece su consentimiento a vincularse en la relación laboral. Esta garantía —que se complementa perfectamente con la obligación de que el contrato se celebre en el idioma del migrante— busca que se establezca información sobre el plazo correspondiente del contrato, las condiciones de los gastos de la estancia del migrante y la limitación a los descuentos de su remuneración. Todo esto redundaría en la protección del derecho del trabajo y de los derechos fundamentales que se ejercen en la relación laboral, toda vez que no podríamos encontrarnos en un trabajo decente y digno sin conocer las condiciones mínimas en la que se presta los servicios a un determinado empleador.

Por otro lado, el artículo 5 del Convenio dispone que “*Todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga, en caso de que el trabajador admitido en su territorio no obtenga, por una causa que no le sea imputable, el empleo para el cual fue reclutado o un empleo equivalente, a tomar las medidas necesarias para que no estén a cargo del trabajador los gastos ocasionados por su regreso y por el de los miembros de su familia, comprendidos los impuestos administrativos, el transporte y la manutención hasta el lugar de destino, y el transporte de los efectos de uso doméstico*”.

Esta regulación procura, la protección del trabajador migrante que por causa que no le es imputable no pueda laborar en el país de acogida, retorne a su país de origen sin sufragar los gastos del mismo, al no ser su responsabilidad el no ejercer el empleo para el que fue contratado, por ello con esta medida se protege el retorno a su país.

En ese mismo orden de reconocimiento de condiciones mínimas para los trabajadores migrantes, el Convenio establece, en su artículo 6, cuatro disposiciones importantes referentes al trato de los trabajadores migrantes:

Artículo 6

“1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los extranjeros un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales, en relación con las materias siguientes.”

“(a) siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas.”

“(i) las condiciones de trabajo y en particular la remuneración de los servicios;”

“(ii) el derecho de afiliación a las organizaciones sindicales;”

“(b) los impuestos, derechos y contribuciones que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada;”

“(c) las acciones judiciales relativas a los contratos de trabajo.

(...)”

Lo expuesto establece un trato igualitario del trabajador migrante respecto al nacional en cuatro puntos: las condiciones de trabajo y la remuneración de servicios, el derecho de afiliación a sindicatos, los impuestos y contribuciones que deba pagar, y las acciones judiciales relativas a los contratos de trabajo. La importancia de dichas disposiciones radica en la vocación que tienen de prohibir los tratos discriminatorios hacia los trabajadores migrantes y el reconocimiento de derechos laborales mínimos.

Es de especial mención el reconocimiento de derecho de afiliación a sindicatos y el derecho a interponer acciones judiciales, puesto que estos son los mecanismos que permitirán al trabajador extranjero solicitar el reconocimiento de sus derechos y de mejores condiciones, así como hacerlos exigibles ante los órganos judiciales.

A pesar de todo lo anteriormente mencionado es importante señalar que el presente Convenio no fue aplicado, puesto que no alcanzó el número requerido de ratificaciones para entrar en vigor, a pesar que el número requerido para su entrada en vigor era la ratificación de solo dos (2) miembros. Con ello se observa la falta de voluntad por parte de los países miembros de regular un trato igualitario de los trabajadores migrantes, por lo que si bien la OIT realizó esfuerzos para la creación de este Convenio, la falta de voluntad y de disposición para regular una situación crítica hizo que no formara parte de la regulación internacional en detrimento de los derechos de los trabajadores migrantes. No obstante ello, veremos que diez años después el Convenio sobre trabajadores migrantes sería revisado, y esta vez ratificado, luego del fin de la Segunda Guerra Mundial.

2.2.2 Instrumentos Internacionales de la OIT 1949

El Convenio N° 97 de la OIT debe estudiarse a la luz de los hechos transcurridos durante el periodo de la posguerra y la llegada del nacionalsocialismo alemán al poder, para entender las motivaciones detrás del mismo. Tras la crisis económica mundial de 1929, la Gran Depresión asoló un gran número de países industrializados, entre ellos

los Estados Unidos, Inglaterra, Francia e Italia, por mencionar algunos. De especial mención resulta el caso alemán, puesto que las condiciones impuestas, en el Tratado de Versalles, por los países que triunfaron durante la Primera Guerra Mundial exacerbaron los efectos de la crisis en dicho país, entre ellas aceptar toda la responsabilidad material de las causas de la guerra, hacer concesiones de territorio a los vencedores y pagar cuantiosas indemnizaciones a los países victoriosos.

El Convenio N° 97 sobre los trabajadores migrantes constituye aquello que viene a ser el segundo instrumento de la OIT sobre el tema, recogiendo parte de lo ya dispuesto por el Convenio N° 66 sobre los trabajadores migrantes de 1939. A continuación veremos algunas de sus disposiciones:

Artículo 1

“Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a poner a disposición de la Oficina Internacional del Trabajo y de cualquier otro Miembro, cuando lo soliciten:

- (a) Información sobre la política y la legislación nacionales referentes a la emigración y a la inmigración;*
- (b) Información sobre las disposiciones especiales relativas al movimiento de trabajadores migrantes y a sus condiciones de trabajo y de vida;*
- (c) Información sobre los acuerdos generales y los arreglos especiales en estas materias, celebrados por el Miembro en cuestión”.*

Este artículo no se encontraba dentro del Convenio N° 66¹⁰² de la OIT, y su finalidad es la protección y revisión de legislación interna que pueda ser atentatoria contra los derechos de los trabajadores migrantes. Puede presumirse que esto es una respuesta ensayada frente a políticas de discriminación institucionalizadas durante la segunda guerra mundial, como aquellas que ocurrieron durante el régimen de Hitler en Alemania, donde ordenó el desplazamiento de grupos étnicos y religiosos en guetos y campos de concentración con el objetivo de explotarlos y en su extremo más radical, exterminarlos.

Respecto del segundo y tercer artículo del Convenio se reitera, de manera mucho más breve, lo expuesto por el primer y segundo artículo del Convenio N° 66,¹⁰³

¹⁰² “ Artículo 1: Todo miembro de la OIT que ratifique el presente Convenio se obliga:

(a) a establecer y aplicar sanciones penales para reprimir: (i) la propaganda sobre la emigración o la inmigración que pueda inducir en error; (ii) la propaganda sobre la

estableciendo la obligación de los miembros a mantener un servicio gratuito apropiado para la ayuda e información a los trabajadores migrantes, sin señalar taxativamente bajo qué dirección debería encontrarse este servicio (como sí lo señalaba el Convenio N° 66). De otro lado, el Convenio N° 97 se limita a establecer, de manera general, la obligación de los Estados ratificantes a tomar las medidas pertinentes contra las propagandas sobre la emigración y la inmigración que puedan inducir a error (dejando de lado con ello las sanciones penales contra los que hacían uso de este tipo de propagandas que señalaba el Convenio N° 66).

Sobre el artículo 4 del Convenio N° 97, que resulta escueto en su contenido respecto al deber de los Estados Miembro de dictar disposiciones para facilitar la salida, viaje y recibimiento de los trabajadores migrantes, debemos mencionar que este ha reemplazado lo dispuesto por el inciso c), del párrafo 3 del artículo 4 del Convenio N° 66. La redacción de dicho cambio debe ser interpretada según el artículo 6, contenido en el Anexo I del Convenio N° 97 el cual dispone:

Artículo 6

“Las medidas adoptadas de acuerdo con el artículo 4 del Convenio deberán comprender, cuando ello fuere pertinente.”

“(a) la simplificación de las formalidades administrativas;”

“(b) el establecimiento de servicios de interpretación;”

“(c) cualquier asistencia necesaria durante un período inicial, al establecerse los migrantes y los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos;”

“(d) la protección, durante el viaje y especialmente a bordo de un buque, del bienestar de los migrantes y de los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos.”

El inciso “d” es un reconocimiento al tipo de movilización general durante los años 40, donde el traslado en buques era comúnmente un medio utilizado para la migración de las personas.

emigración o la inmigración, cuando dicha propaganda contravenga a la legislación nacional;

(b) a ejercer un control sobre los anuncios, carteles, folletos u otras formas de publicidad que se refieran a empleos ofrecidos en un territorio a personas que se encuentren en otro territorio.

Artículo 2: Todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga a mantener un servicio apropiado de información y ayuda a los emigrantes e inmigrantes, o a cerciorarse de que funciona un servicio de esta índole. Este servicio estará bajo la dirección: (a) de las autoridades públicas; (b) de una o varias organizaciones privadas, sin fines lucrativos, autorizadas a estos efectos por las autoridades públicas y sujetas a una vigilancia; o (c) en parte, de las autoridades públicas y, en parte, de una o de varias organizaciones privadas que reúnan las condiciones enunciadas en el apartado b) de este párrafo”.

En un muy importante avance hacia la protección de los derechos de los trabajadores migrantes, el Convenio N° 97 impide la repatriación tanto del trabajador migrante, así como la de sus familiares, cuando ha sido admitido a título permanente, aun así se encuentre impedido de ejercer oficio:

Artículo 8

“1. El trabajador migrante que haya sido admitido a título permanente y los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlo o a reunirse con él no podrán ser enviados a su territorio de origen o al territorio del que emigraron cuando, por motivo de enfermedad o accidente sobrevenidos después de la llegada, el trabajador migrante no pueda ejercer su oficio, a menos que la persona interesada lo desee o que así lo establezca un acuerdo internacional en el que sea parte el Miembro”.

2. Cuando los trabajadores migrantes sean admitidos de manera permanente desde su llegada al país de inmigración, la autoridad competente de este país podrá decidir que las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no surtirán efecto sino después de un período razonable, el cual no será, en ningún caso, mayor de cinco años, contados desde la fecha de la admisión de tales migrantes”.

Luego, el artículo 6 del Convenio N° 97 establece una serie de derechos laborales mínimos para los migrantes, conforme a lo siguiente:

Artículo 6

“1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:”

“(a) siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:”

“(i) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a

domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores¹⁰⁴,”

(...)

“(iii) la vivienda,”

“(b) la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva.”

“(i) de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición.”

“(ii) de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal;”

(...)

Esta parte del Convenio reconoce una serie de derechos de índole remunerativa (ej.: vacaciones pagadas y horas extraordinarias) y de carácter social previsional y de la seguridad social (ej.: seguridad social, disposiciones relativas al desempleo, la enfermedad y la vejez). Asimismo, reconoce el derecho de acceso a la vivienda, derecho importante para un migrante, porque el acceso a la vivienda es un mínimo para una vida digna en un país de destino. Esto impulsa no sólo una situación de igualdad de trato y derechos, respecto a la situación de los trabajadores nacionales, sino una clara intención de facilitar la integración del trabajador migrante al Estado de acogida.

Finalmente, el artículo 3 del Convenio N° 66, que introducía los conceptos de reclutamiento, introducción y colocación, se establecen en el artículo 2 del Anexo I del Convenio N° 97, y es perfeccionado en el Anexo II del mismo, siendo su nueva redacción la siguiente:

Artículo 2 del Anexo II

“A los efectos del presente anexo:”

¹⁰⁴ Subrayado es nuestro

“(a) el término **reclutamiento** significa:”

“(i) el hecho de contratar a una persona, en un territorio, por cuenta de un empleador en otro territorio, en virtud de un acuerdo sobre migraciones colectivas celebrado bajo el control gubernamental¹⁰⁵; o”

“(ii) el hecho de obligarse con una persona, en un territorio, a proporcionarle un empleo en otro territorio, en virtud de un acuerdo sobre migraciones colectivas celebrado bajo el control gubernamental.”

“Así como la adopción de medidas relativas a las operaciones comprendidas en i) y ii), e incluso la búsqueda y selección de emigrantes y los preparativos para su salida;”

“(b) el término **introducción** significa todas las operaciones efectuadas para preparar o facilitar la llegada o la admisión a un territorio de personas reclutadas en las condiciones enunciadas en el apartado a) de este artículo, en virtud de un acuerdo sobre migraciones colectivas celebrado bajo el control gubernamental;”

“(c) el término **colocación** significa todas las operaciones efectuadas para procurar o facilitar el empleo de las personas introducidas en las condiciones enunciadas en el apartado b) de este artículo, en virtud de un acuerdo sobre migraciones colectivas celebrado bajo el control gubernamental.”

Tenemos así que en el presente Convenio, es adicional a la autorización previa para que los sujetos facultados¹⁰⁶ lleven a cabo este tipo de operaciones relacionadas al reclutamiento y operación, la condición que dichas operaciones sean llevadas a cabo bajo control gubernamental.

Sin perjuicio de lo anterior dicho, el Anexo II se añade incluso una disposición relativa a la fiscalización de los contratos con trabajadores migrantes estableciendo así:

Artículo 6 del Anexo II

“1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor este anexo y que disponga de un sistema para controlar los contratos de trabajo celebrados entre un empleador, o una persona que actúe en su nombre, y un trabajador migrante se obliga a exigir:”

¹⁰⁵ Subrayado es nuestro.

¹⁰⁶ Entiéndase aquellos mencionados por el párrafo 3, artículo 3 del Convenio 66. Fórmula que se repite en el artículo 3, Anexo II del Convenio 97.

“(a) que un ejemplar del contrato de trabajo sea remitido al migrante antes de la salida, o si los gobiernos interesados así lo convienen, en un centro de recepción al llegar al territorio de inmigración;”

“(b) que el contrato contenga disposiciones que indiquen las condiciones de trabajo y, especialmente, la remuneración ofrecida al migrante;”

“(c) que el migrante reciba, por escrito, antes de su salida, por medio de un documento que se refiera a él individualmente, o a un grupo del que forme parte, información sobre las condiciones generales de vida y de trabajo a que estará sujeto en el territorio de inmigración.”

“2. Si al migrante le entregan una copia del contrato a su llegada al territorio de inmigración, deberá haber sido informado, antes de su salida, por medio de un documento que se refiera a él individualmente, o a un grupo del que forme parte, de la categoría profesional en la que haya sido contratado y de las demás condiciones de trabajo, especialmente la remuneración mínima que se le garantice.”

“3. La autoridad competente deberá tomar las medidas necesarias para que se cumplan las disposiciones de los párrafos precedentes y se apliquen sanciones en casos de infracción.”

En virtud de lo cual podemos apreciar el Convenio N° 97 va más allá de autorizar y controlar el proceso de reclutamiento de trabajadores migrantes, sino que además le proporciona al migrante la posibilidad de accionar ante el empleador, al tener el primero un contrato acorde a la legislación nacional respecto de los derechos laborales y reconocidos por el Estado.

En conclusión, el Convenio N° 97 sienta las bases legales para un trato igualitario al trabajador migrante, otorgándole a éste similares derechos que al trabajador nacional, siendo un instrumento que constituye un avance del reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores migrante, convirtiéndose además en un importante antecedente, en el plano internacional, para los tratados posteriores.

2.2.2.1 Recomendación 86 sobre los trabajadores migrantes de 1949

Sobre las Recomendaciones de la OIT debemos mencionar que estas se diferencian de los Convenios en que, a diferencia de éstos, no tienen carácter vinculante, siendo en su mayoría directrices de interpretación de instrumentos anteriormente

adoptados¹⁰⁷. En muchos casos, un convenio establece los principios básicos que deben aplicar los países que lo ratifican, mientras que una recomendación relacionada complementa al convenio, proporcionando directrices más detalladas sobre su aplicación. Las recomendaciones también pueden ser autónomas, es decir, no vinculadas con ningún convenio.¹⁰⁸

Respecto a la recomendación N° 86 esta fue adoptada el 01 de julio de 1949 en Ginebra, Suiza y está íntimamente vinculada al Convenio N° 97 sobre los trabajadores migrantes del mismo año.

La Recomendación N° 86 está dividida en ocho secciones y un anexo, y desarrolla algunas de las disposiciones en el Convenio N° 97, tratando de precisar su contenido. Entre dichas disposiciones se encuentra el numeral 5, que determina la naturaleza del servicio gratuito mencionado en el artículo 2 del Convenio N° 97:

“1) El servicio gratuito establecido en cada país para ayudar a los migrantes y a sus familias, y especialmente para proporcionarles información exacta, debería estar dirigido:”

“a) por autoridades públicas;”

“b) por una o varias organizaciones voluntarias que ejerzan su actividad sin fines lucrativos, aprobadas para este efecto por las autoridades públicas y sujetas a su vigilancia; o”

“c) en parte, por las autoridades públicas, y, en parte, por una o varias organizaciones voluntarias que reúnan las condiciones enunciadas en el apartado b) de este párrafo.”

“2) El servicio debería aconsejar a los migrantes y a sus familias, en sus idiomas o dialectos, o, al menos, en un idioma que puedan comprender, acerca de las cuestiones referentes a la emigración, inmigración, condiciones de trabajo y de vida, comprendidas las condiciones de higiene en el lugar de destino, regreso al país de origen o de emigración y, de una manera general, acerca de cualquier otra cuestión que pueda interesarles en su calidad de migrantes.”

“3) El servicio debería facilitar a los migrantes y a sus familias, si ello fuera necesario, el cumplimiento de las formalidades administrativas y demás

¹⁰⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenios y recomendaciones. Consulta 22 de octubre del 2014: <http://ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>

¹⁰⁸ Ibídem

gestiones que necesiten hacer para su regreso al país de origen o de emigración.”

“4) Para facilitar la adaptación de los migrantes, deberían organizarse, cuando se consideren necesarios, cursos preparatorios destinados a informar a los migrantes sobre las condiciones generales y los sistemas de trabajo que prevalezcan en el país de inmigración y a enseñarles el idioma de ese país. Los países de inmigración y emigración deberían ponerse de acuerdo para la organización de dichos cursos¹⁰⁹.”

La recomendación contenida en el presente numeral comienza por identificar a quienes les compete la dirección y prestación del servicio gratuito, así como el contenido de la “información” referenciada. Uno de los requisitos de forma más elementales que observa dicha recomendación es que la información sea brindada en un idioma o dialecto que los trabajadores puedan comprender, medida importante para asegurar el derecho a la información de los migrantes sobre sus condiciones laborales en el país de acogida.

Acerca del contenido de esta información, debe ser referente a la emigración, la inmigración, y las condiciones de trabajo o de vida del Estado de acogida. Asimismo la información a disposición de los trabajadores migrantes involucra, por cuestiones obvias, el cumplimiento de formalidades administrativas (trámites), e incluso recomienda se organicen cursos preparatorios con el fin de facilitar la adaptación de los mismos al país de emigración.

Además de esto, la Recomendación N° 86 hace un desarrollo bastante extenso entre sus numerales 6 a 11 de las disposiciones mencionadas en los artículos 1 y 4 del Convenio 97, relacionadas a la información sobre la política y legislación nacionales, del Estado de acogida, respecto a la emigración e inmigración, así como las facilidades de salida, viaje y recibimiento de los trabajadores migrantes¹¹⁰. Entre ellas se encuentran las siguientes recomendaciones:

- 1) Que el Estado Miembro brinde información sobre su legislación relativa a la emigración e inmigración, incluyendo cualquier disposición administrativa sobre los permisos de entrada.¹¹¹

¹⁰⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Recomendación 86 sobre los trabajadores migrantes de 1949*. Numeral 5.

¹¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio 97 sobre los trabajadores migrantes de 1949*. Artículo 4.

¹¹¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Recomendación 86 sobre los trabajadores migrantes de 1949*. Numerales 6 y 7.

- 2) Que se adopten plazos razonables para la entrada en vigor de nuevas disposiciones que modifiquen las condiciones a las que están sujetas las autorizaciones para emigrar e inmigrar o la admisión al trabajo de los migrantes.¹¹²
- 3) Que las disposiciones a las que se refiere el numeral anterior reciban la publicidad adecuada, en los idiomas más concurrentes entre los migrantes, a fin que sean de su conocimiento.¹¹³
- 4) Que se asegure a los trabajadores migrantes, en caso de necesidad, vivienda, alimentos y ropa adecuada.¹¹⁴
- 5) Que se asegure a los trabajadores migrantes, si ello fuere necesario, una formación profesional acorde a las calificaciones exigidas en el país de acogida.¹¹⁵
- 6) Que se permita la transferencia, dentro de los límites fijados para la transferencia de divisas, de las ganancias de los trabajadores migrantes.¹¹⁶
- 7) Que se asegure el acceso de los migrantes y familiares a las escuelas.¹¹⁷
- 8) Que se brinden las facilidades necesarias para que el migrante y sus familiares puedan beneficiarse de las medidas relativas al recreo y al bienestar.¹¹⁸

Sobre las tres primeras recomendaciones mencionadas, debe entenderse, por el tema que les compete, que estas desarrollan el contenido de las disposiciones del artículo 1 del Convenio 97. En virtud de ello entendemos entonces que la información a la que se refiere dicho artículo debe ser interpretada como aquella que fija las condiciones de entrada y autorización de inmigración para los trabajadores migrantes.

Adicionalmente establece recomendaciones protocolares importantes porque aseguran el bienestar de los migrantes, como que los plazos de entrada en vigor de nuevas disposiciones, que modifiquen las condiciones de admisión, sean razonables y se encuentren redactadas en los idiomas más concurrentes entre los migrantes. Siendo evidente que un cambio constante o repentino de las condiciones para la inmigración no sólo podría afectar a quienes vienen realizando su trámite de migración, más aún si encontramos casos en los cuales de manera inmediata se

¹¹² Ídem, numeral 8.

¹¹³ Ídem, numeral 9.

¹¹⁴ Ídem, numeral 10, inciso a).

¹¹⁵ Ídem, numeral 10, inciso b).

¹¹⁶ Ídem, numeral 10, inciso c).

¹¹⁷ Ídem, numeral 10, inciso 2).

¹¹⁸ Ídem, numeral 11.

apliquen aún en los casos de trámites ya iniciados, lo que podría eventualmente perjudicar a los migrantes.

La cuarta sección de la Recomendación N° 86 se ocupa del contenido de los Anexos I y II del Convenio N° 97, que definen y regulan el reclutamiento, introducción y colocación de trabajadores migrantes. Respecto a estas actividades, se recomienda que cuando sean ejercidas por cuenta de un empleador a través de un intermediario, se pruebe documento donde exista mandato o, en su defecto, documento que acredite la representación del empleador a través del intermediario.¹¹⁹ Dicho documento debe estar traducido al idioma oficial del país de emigración y deben constar en él los datos del empleador, así como del empleo ofrecido, en especial la remuneración.

Consideramos que esto último puede resultar redundante, toda vez que el Anexo II del Convenio N° 97 resulta ser incluso más riguroso en este aspecto que la propia recomendación. Así, en el texto del Convenio se exige que un ejemplar del contrato de trabajo le sea remitido al trabajador migrante antes de su salida, por lo cual requerir los datos del empleo ofrecido deviene en inútil. Sin embargo creemos que en este punto la Recomendación 86 precisa las características para su implementación.

Aparte de lo ya mencionado la Recomendación N° 86 introduce un término, no utilizado en el Convenio materia de desarrollo, que no alcanza a ser definido: *la selección técnica*. Al respecto entendemos, por la redacción que se le da a los numerales que la regulan, que ella se refiere a la evaluación que se hace de los migrantes para determinar si cumplen con las cualidades y aptitudes necesarias para desempeñarse en el puesto que se busca cubrir.

Sobre esto, la presente Recomendación sugiere, en su numeral 14, que dicha selección sea llevada a cabo por instituciones oficiales o instituciones privadas del territorio de inmigración debidamente autorizadas. Asimismo requiere que dicha operación de selección sea realizada con autorización previa de la autoridad competente del territorio donde esta tenga lugar.¹²⁰

En la misma sección que se ocupa del desarrollo de las actividades antes mencionadas, el numeral 15 introduce un aspecto que no ha sido desarrollado por el Convenio N° 97, señalando expresamente la necesidad de adoptar disposiciones para que los familiares, entiéndase su cónyuge e hijos menores, del trabajador migrante admitido permanentemente puedan reunirse con él, el denominado derecho a la reunión familiar. Si bien la Recomendación tiene toda la razón en sugerir una medida

¹¹⁹ Ídem, numeral 13.

¹²⁰ Ídem, numeral 14, inciso 3).

como esta, consideramos que no fue recogido en el Convenio N° 97 por ser un punto que muy probablemente era muy debatible y de resistencia en el reconocimiento de muchos países, por lo cual se optó por no recogerlo de manera obligatoria a través del Convenio, sino desarrollarlo de modo no vinculante en la Recomendación.

Otro aspecto dejado de lado por el Convenio N° 97 que se recoge en el numeral 16 de la Recomendación trata sobre el acceso al trabajo. Si bien el Convenio dispone que se aplique un trato no menos favorable a los trabajadores extranjeros en lo que concierne a remuneraciones, afiliación a sindicatos, vivienda, beneficios sociales, entre otros, no hace mención al derecho al acceso a oficios y profesiones. Es por ello que la Recomendación N° 86, en su artículo 18 de su anexo¹²¹, dispone que tanto los trabajadores migrantes como sus familiares puedan acceder al trabajo en el Estado dentro de los límites de su legislación nacional, lo cual es entendible que esta disposición se recoja en la recomendación, toda vez que en la mayoría de países existe restricción en el acceso de empleo, como en el caso del Perú con el establecimiento de porcentajes máximos para la contratación de trabajadores extranjeros en una empresa, que revisaremos en el Capítulo III de este trabajo. En caso existan restricciones en criterio del tiempo de estadía, ellas no podrán ser fijadas en un plazo mayor a cinco años para la aplicación de dichas restricciones.

Para complementar lo dispuesto por el artículo 18 del anexo de la presente Recomendación se dispone, dentro del numeral 18, que los Estados Miembro del Convenio se abstengan de impedir el ingreso de los familiares del trabajador migrante admitido en su territorio. Esto con la salvedad que exista un acuerdo con el Estado de origen del trabajador, el cual deberá cumplir con prever:

- 1) Que la duración de la estadía del trabajador sea tomada en cuenta, no pudiendo ser este expulsado si ha permanecido más de cinco años dentro del territorio.¹²²
- 2) Que el migrante haya agotado sus derechos a las prestaciones del seguro de desempleo.¹²³
- 3) Que haya recibido una notificación previa, con el tiempo suficiente para que pueda disponer de sus propiedades.¹²⁴

¹²¹ Anexo: Acuerdo-tipo sobre las migraciones temporales y permanentes de trabajadores, con inclusión de la migración de refugiados y personas desplazadas. Este artículo se refiere principalmente a las migraciones permanentes, y no a las migraciones de refugiados y de personas desplazadas.)

¹²² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Recomendación 86 sobre los trabajadores migrantes de 1949*. Numeral 18.

¹²³ *Ibidem*.

- 4) Que se tomen las medidas adecuadas para su transporte y el de su familia.¹²⁵
- 5) Que se tomen las medidas adecuadas para que el trabajador y su familia disfruten de un trato humano.¹²⁶
- 6) Que los gastos de repatriación y transporte no corran por cargo del trabajador migrante.¹²⁷

Es de resaltarse que, según la aplicación de las presentes recomendaciones, se podría entender que un trabajador migrante —haya sido admitido permanentemente o no— podría permanecer en el Estado de acogida al cumplir cinco años de residencia. Esta consecuencia lleva a comprender que tal disposición se encuentre regulada en la Recomendación y no en el Convenio, pues aborda un tema sensible para los Estados, como es el otorgamiento de residencia, que normalmente se define mediante la política y legislación internas. Sea como fuere, el sujetar la aplicación del resto de disposiciones del Convenio al otorgamiento de residencia luego de cinco años hubiese desincentivado la ratificación del mismo.

En conclusión, la Recomendación N° 86 desarrolla algunos aspectos insoslayables del Convenio 97, como viene a ser la disponibilidad de información relativa a los trámites de emigración e inmigración. Asimismo vemos como la Recomendación ha recogido derechos que, si bien han sido dejados de lado por el Convenio, no dejan de ser menos importantes. En específico el derecho de acceso al trabajo (que tiene que ver con las restricciones que podrían imponer los Estados a los trabajadores migrantes para acceder a este) y los derechos de los familiares del trabajador migrante, derechos importantes en el proceso migratorio.

2.2.3 Instrumentos Internacionales de la OIT 1975

El Convenio 143 de la OIT fue adoptado en Ginebra, Suiza el 24 de Junio de 1975. No es de extrañar que este se haya dado precisamente en un período de crisis marcado por la crisis energética de 1973, derivado del embargo de la Organización de Países Árabes Exportadores de Petróleo, con respecto a ese producto, hacia los países occidentales que apoyaron a Israel en la Guerra de Yom Kippur; la caída de la bolsa de valores de 1973-1974, como consecuencia del colapso del sistema Bretton Woods;

¹²⁴ Ibídem.

¹²⁵ Ibídem.

¹²⁶ Ibídem.

¹²⁷ Ibídem.

y la estanflación de los setenta, fenómeno que se caracteriza por la coincidencia de recesión e inflación a la vez. Todo esto marca a los años setenta como un período afectado por una crisis económica globalizada, lo cual incentiva a los habitantes de las regiones más afectadas a migrar en busca de oportunidades laborales y una mejora significativa de su calidad de vida siendo que, como bien se había mencionado, las crisis económicas tienden a exacerbar el fenómeno migratorio.

En virtud de lo anterior la OIT creyó pertinente el adoptar el presente Convenio con disposiciones complementarias para los trabajadores migrantes cuando los procesos de migración se produjeran en condiciones abusivas, promoviendo la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Así, se establece en su artículo 1 que: *“Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes”*.

Esta disposición es acorde con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, declaración de derechos que constituye la piedra angular para la convivencia como seres humanos. Reconociendo explícitamente así, el derecho de los migrantes a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, y a salir de cualquier país, incluso del propio, así como regresar a su país, conforme lo dispone en la Declaración Universal de Derechos Humanos y posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como mencionamos, la finalidad de este Convenio es el adoptar las medidas para combatir la migración clandestina, y suprimir los abusos que se derivan de este, así tenemos el artículo 2.1: *“ Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio deberá 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 (...)”*.

La segunda de las disposiciones dentro del Convenio comentado establece un deber de vigilancia con el objeto de detectar tanto el empleo ilegal de migrantes o los movimientos migratorios. Si bien la migración clandestina o ilegal es algo mencionado ya en el Convenio N° 97, aquí podemos ver que el instrumento internacional se preocupa no solamente de imponer sanciones, pues se ocupa de una cuestión previa

muy importante: la determinación de la existencia de dichas actividades. Así, se fomenta la creación de políticas y medidas que gestionen y eviten este tipo de actividades, toda vez que ponen en riesgo el bienestar de los migrantes y el goce de sus derechos.

Los siguientes tres artículos (artículos 3, 4 y 5) establecen una serie de disposiciones que obligan a los Estados miembro a colaborar entre sí para detectar, suprimir y sancionar el tráfico de mano de obra, actividad peligrosa e ilegal que solo puede ser combatida con la acción coordinada de los países. Es así que, mientras los artículos 3 y 4 establecen, respectivamente, un deber de colaboración entre los Estados y de intercambio información sobre migraciones clandestinas; el artículo 5 dispone que los traficantes de mano de obra pueden ser objeto de “acción en justicia”, lo cual es imprescindible para erradicar este tipo de actividades.

No obstante, es el artículo 6 del presente Convenio el que define qué tipo de acción legal será aplicable al caso:

“1. Deberán adoptarse disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales,¹²⁸ incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes, para la organización de migraciones con fines de empleo que se definen como abusivas en el artículo 2 del presente Convenio y para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones”.

“2. Cuando un empleador sea objeto de una acción en justicia en aplicación de las disposiciones que se tomen en virtud del presente artículo, deberá tener el derecho de establecer la prueba de su buena fe”.

En esto el Convenio N° 143 deslinda con los anteriores siendo que, si bien estos últimos disponían que el trabajador pueda accionar contra el empleador en virtud de obligaciones contenidas en el contrato de trabajo, no había responsabilidad de tipo penal involucrada para el empleador, lo cual introduce el presente convenio.

El artículo 11 menciona el ámbito de aplicación del Convenio:

*“1. A los fines de la aplicación de la presente parte del Convenio, la expresión **trabajador migrante** comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante.”*

¹²⁸ Subrayado nuestro.

“2. La presente parte del Convenio no se aplicará a.”

“(a) los trabajadores fronterizos;”

“(b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración;”

“(c) la gente de mar;”

“(d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación;”

“(e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones.”

El ámbito de aplicación del Convenio N° 143 es prácticamente el mismo que el del Convenio 97, no sin antes añadir dos nuevos supuestos a los cuales no han de serles aplicables ninguna de las disposiciones contenidas en el presente Convenio: las personas que hayan entrado al país con fines de educación y las personas empleadas en organizaciones o empresas que han sido admitidas temporalmente al país. Puede entenderse que la intención del inciso d) es el ánimo de las personas con visas educativas, las cuales tienen otra finalidad de migración, sin embargo es importante resaltar que muchas veces el costo de vida que implica el establecimiento en un nuevo país, genera la necesidad de ingresar al campo laboral de los estudiantes, por lo cual es de nuestra opinión que se les deba permitir el acceso al empleo, aunque de manera diferenciada, en tanto la finalidad principal de su estadía es la educativa y no la laboral. Respecto del segundo supuesto, deja la puerta abierta para un tratamiento laboral distinto al nacional en el caso de empleos temporales, por lo cual creemos que cada país ratificante deberá disponer los límites de esta disposición.

Por otro lado, el Convenio N° 143 recoge algunas de las disposiciones contenidas en el artículo 6 del Convenio N° 97, en la siguiente forma:

Artículo 10

“Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, 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.”

A pesar que el presente artículo no tiene el nivel de especificidad alcanzado en el artículo 6 del Convenio N° 97, vemos que al menos presenta una innovación en un punto importante: esto es que los derechos antes mencionados ya no son de exclusiva aplicación al trabajador migrante, sino que se extienden a sus familiares, lo cual es una medida necesaria, porque en la realidad la migración se realiza en unidades familiares, por lo cual es imperioso se creen condiciones en el país de destino para el núcleo familiar en su conjunto.

Sobre lo anterior, el artículo 10 del Convenio no es el único que hace mención a la familia. De hecho, la familia es un tema transversal en el Convenio, por lo que debemos determinar qué es lo que el Convenio entiende por esta. Así, en el artículo 13 se establece lo siguiente:

Artículo 13

“1. Todo Miembro podrá adoptar todas las medidas necesarias, que dependan de su propia competencia, y colaborar con otros Miembros a fin de facilitar la reunión de familias de todos los trabajadores migrantes que residan legalmente en su territorio”.

“2. El presente artículo se refiere al cónyuge del trabajador migrante y, en la medida en que estén a su cargo, a los hijos, al padre y a la madre del migrante”.

El párrafo dos menciona que el concepto de familia comprende al cónyuge del trabajador migrante, a los hijos, y al padre y la madre del migrante. A pesar que el mismo párrafo establece que la definición opera con respecto al mismo artículo, en virtud de la ausencia de definición en artículos referidos a la familia (o familiares) creemos que dichas disposiciones se refieren a la misma fórmula.

Del mismo artículo 13 fluye un tema adicional: el Estado miembro puede optar por tomar las medidas necesarias para “facilitar la reunión de familias de todos los trabajadores migrantes (...)”. Consideramos que, en mérito a la preservación del núcleo familiar, el artículo debió haber dispuesto que lo anterior constituya una obligación y no una facultad del Estado.

Por último, encontramos que el artículo 12 contiene dos incisos que ameritan comentario:

Artículo 12

“Todo Miembro deberá, mediante métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales:

(...)

(e) elaborar y poner en práctica, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, una política social adecuada a las condiciones y prácticas nacionales que permita a los trabajadores migrantes y a sus familias disfrutar de los beneficios acordados a sus nacionales, teniendo en cuenta, sin infringir el principio de la igualdad de oportunidades y de trato, las necesidades particulares que pudiesen tener hasta el momento en que su adaptación a la sociedad del país de empleo se haya completado;”

“(f) tomar las medidas necesarias a fin de ayudar y estimular los esfuerzos que realicen los trabajadores migrantes y sus familias para preservar su identidad nacional y étnica, así como sus vínculos culturales con su país de origen, incluyendo la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza de su lengua materna; (...).”¹²⁹

De lo dispuesto puede señalarse que el inciso e) otorga a las familias de los trabajadores migrantes “los mismos beneficios acordados a sus nacionales”. Si bien esta es una disposición abierta y carece de especificidad se puede entender el criterio detrás de lo anterior, siendo que los beneficios que puedan existir a favor de las familias de los trabajadores es algo que depende de cada ordenamiento.

Sobre el inciso f) debemos comentar que existe un esfuerzo por parte de los Estados miembros en reconocer el derecho a la identidad, de los trabajadores migrantes, y proteger el acervo cultural que los caracteriza. Sin duda alguna una obligación que busca algo más que una igualdad formal al darle reconocimiento a las posibles diferencias que podrían existir entre las culturas del Estado y del trabajador migrante, lo que es una buena medida para preservar la identidad de los migrantes.

Debemos mencionar que el Convenio establece en su artículo 10 que el mismo es de aplicación a “(...) las personas que (...) se encuentren legalmente en su territorio”, lo cual deja en desprotección a los migrantes irregulares, a pesar de ser el sector más vulnerable en el marco de la migración.

¹²⁹ Ídem, artículo 12.

De lo anterior expuesto debemos mencionar que el Convenio N° 143 representa dos avances con respecto al Convenio N° 97, pues abre la posibilidad de criminalizar tanto el tráfico de mano de obra, como el empleo de migrantes en condiciones abusivas. Esto se complementa, desde el punto de vista del mismo Convenio, con políticas de colaboración e intercambio sistemático de información con los Estados miembros. Sin duda, estas previsiones constituyen un tono más serio en la actitud frente a los movimientos de migración clandestina. El segundo de ellos es el reconocimiento de los derechos de los familiares del trabajador migrante y la protección del núcleo familiar, así como la preservación del acervo cultural de los mismos, con el objeto de su adaptación al Estado de acogida.

El Perú no ha ratificado este Convenio, por lo cual sus disposiciones no son vinculantes para nuestro país. Sin embargo, se trata de un instrumento útil para evaluar nuestro ordenamiento legal sobre el tratamiento a los trabajadores migrantes, lo que revisaremos en el siguiente capítulo.

2.2.3.1 Recomendación 151 sobre los trabajadores migrantes de 1975

La Recomendación N° 151 sobre los trabajadores migrantes de 1975 fue adoptada el 24 de Junio de 1975, es decir en la misma fecha que el Convenio N° 143 sobre trabajadores migrantes. La Recomendación consta de tres partes, estando dividida entre aquellas disposiciones que se refieren a la igualdad de oportunidades y de trato, las de política social y las de empleo y residencia.

En relación a la primera parte, la Recomendación N° 151 se ocupa de desarrollar el contenido de la *“igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo (...)”*¹³⁰ a los que se refiere el artículo 10 del Convenio 143. En ese sentido, según la presente recomendación la igualdad de trato a la que se refiere el mencionado artículo contempla:

- “a) Acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación;*
- b) Acceso a la formación profesional y al empleo de su propia elección, de acuerdo con sus aptitudes personales para tal formación o empleo, tomando en cuenta las calificaciones adquiridas en el extranjero y en el país de empleo;*

¹³⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio 143 sobre los trabajadores migrantes de 1975*. Artículo 10.

- c) *Promoción, de acuerdo con sus cualidades personales, experiencia, aptitudes y aplicación al trabajo;*
- d) *Seguridad del empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación profesional;*
- e) *Remuneración por trabajo de igual valor;*
- f) *Condiciones de trabajo, incluso la duración del trabajo, los períodos de descanso, las vacaciones anuales pagadas, las medidas de seguridad y de higiene del trabajo, así como las medidas de seguridad social y los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo;*
- g) *Afiliación a las organizaciones sindicales, ejercicio de los derechos sindicales y posibilidades de ocupar cargos en los sindicatos y en los organismos de relaciones profesionales, incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas;*
- h) *Derecho a adherirse a cooperativas de todo tipo;*
- i) *Condiciones de vida, incluidos el alojamiento y el acceso a los servicios sociales y a las instituciones docentes y sanitarias”.*¹³¹

Como es de observarse el presente numeral añade a los derechos ya dispuestos por el artículo 6 del Convenio N° 97, otros de bastante relevancia. Entre ellos podemos destacar las condiciones de trabajo —que no tienen mención en el Convenio N° 97— y que son de vital importancia para evitar tratos discriminatorios en perjuicio de los trabajadores migrantes. También figura el derecho a que se tomen en cuenta las calificaciones adquiridas del trabajador en el Estado de origen, derecho de suma relevancia que no recibe el desarrollo que amerita, en nuestra opinión.

Esta “revalidación” de la formación técnica o profesional del trabajador migrante no es una cuestión baladí. Uno de los problemas más recurrentes para los trabajadores migrantes es la falta de acceso a empleos que ofrezcan mejor remuneración y condiciones de trabajo. Esto se debe principalmente a que los títulos y calificaciones obtenidas por el trabajador en su Estado de origen puede que no sean reconocidos en el Estado de acogida, o bien, que los migrantes sean objeto de evaluaciones según criterios “neutros” cuya aplicación les otorga un menor valor frente a sus competencias, adquiridas en el Estado receptor.

¹³¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Recomendación 151 sobre los trabajadores migrantes de 1975*. Numeral 2.

Puede pensarse en un ejemplo, con respecto a un migrante peruano en el Reino Unido. El certificado de estudios emitido en nuestro país, donde el mínimo aprobatorio es once, tendrá que ajustarse a las calificaciones convalidado en un país anglosajón, donde el mínimo aprobatorio sería el equivalente a catorce. Adicionalmente a esta consideración sobre las calificaciones obtenidas, se tomará en cuenta el nivel de acreditación internacional que pueda haber alcanzado la institución en la que el trabajador migrante pudiera haberse formado. Siendo que al momento, dependerá de la política de cada país la revalidación de la formación técnica y profesional de los migrantes, siendo en muchos casos una tarea imposible, por lo cual muchos de ellos no pueden laborar en el país de acogida en la profesión técnica o profesional que adquirieron en su país de origen.

En virtud de esto, consideramos que la Recomendación no va lo suficientemente lejos en el tema de la validación de la formación recibida por el trabajador, en su Estado de origen, antes de migrar. Sostenemos esta apreciación en cuatro puntos: (1) esta es una cuestión de primordial importancia para asegurar el trato igualitario para los trabajadores extranjeros, (2) no se establecen los parámetros para el adecuado reconocimiento de los títulos y calificaciones emitidos en el extranjero, (3) no se establecen medidas dirigidas a facilitar la realización de los trámites correspondientes para lograr dicho reconocimiento, (4) en mérito a su importancia, dicha disposición deberá constar a futuro en un Convenio a fines de promover una verdadera igualdad entre los trabajadores nacionales y migrantes.

El numeral 5 contiene otra mención importante que, creemos, debería encontrarse, contemplada dentro del Convenio N° 143 para que sea de observancia obligatoria por parte de los Estados miembros. Esta norma se refiere a las consecuencias que pueden acarrear el ejercicio legal de los derechos amparados por la presente disposición, respecto a la denegación de la renovación del permiso de residencia o expulsión del trabajador del Estado de acogida. El motivo es simple y es que, para aquellos Estados¹³² que condicionan la estadía o residencia del trabajador al desempeño de un trabajo, el ejercicio de derechos legales que pudiesen resultar en la no-renovación del contrato de trabajo y la no-renovación del permiso para residir en el país acarrear como consecuencia que no hayan incentivos para ejercer los derechos que reconoce el Convenio, y otros instrumentos internacionales.

Respecto al numeral 6 se repita el contenido del artículo 14 del Convenio N° 143. Consideramos que su redacción es redundante con respecto a lo contenido en el

¹³² Estados Unidos de Norteamérica en su VISA J1, por ejemplo.

Convenio, que como es sabido, tiene el carácter preceptivo de la observancia obligatoria. En caso se hubiese querido realizar un aporte adicional al artículo 14 del Convenio, la recomendación podría haber señalado si el cómputo del plazo de dos años se encuentra sujeto a suspensión, por motivo de cese o despido.

Sobre el numeral 7 ya hay antecedentes, en concreto en el Convenio N° 66 y la Recomendación 86 sobre los trabajadores migrantes, siendo que en el primer instrumento —que nunca entró en vigor— se sugiere que el contrato de trabajo esté redactado en el idioma materno del trabajador migrante, y en la segunda la disponibilidad de información respecto a los trámites pertinentes a las condiciones para inmigrar debe estar disponible en el idioma de los interesados. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, en este punto la Recomendación incide en una cuestión que había sido obviada hasta el momento: que se informe mediante la vía adecuada (dígase: en su idioma) al trabajador sobre sus derechos, a fin que éste se encuentre en facultad de poder ejercerlos.

La segunda parte de la Recomendación tiene que ver con política social, entendida esta según la redacción del instrumento como una serie de directrices y principios encaminados a otorgar a los migrantes los mismos beneficios de los que gozan los trabajadores nacionales, no obstante teniendo cuidado de responder a las necesidades reales de los primeros, teniendo en cuenta las condiciones predominantes en el territorio de origen de los migrantes.¹³³

A lo ya mencionado sobre la reunión de familias se le deben añadir las disposiciones contenidas en la presente sección entre los numerales 13 y 19. Al respecto debemos señalar que, a diferencia de secciones anteriores, la presente no hace distinción respecto de a quienes está dirigida esta disposición, por lo tanto hemos de entender que es de aplicación a los familiares de todos los trabajadores migrantes, hayan sido estos admitidos permanentemente o por tiempo definido (nos sentiríamos tentados de decir que dicha disposición aplica incluso a los migrantes irregulares, pero una lectura concordada con los Convenios N° 97 y N° 143 proscribe esta interpretación). Hecha esta precisión entonces tenemos que la presente disposición entiende dentro del concepto de familia al cónyuge, los hijos, y el padre y madre del migrante.¹³⁴

Con respecto al objeto de la recomendación se trata, previsiblemente, de sugerir a los Estados miembro que adopten las medidas posibles para facilitar la reunión de los trabajadores migrantes con sus familias, bajo condición que el trabajador migrante se

¹³³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Recomendación 151 sobre los trabajadores migrantes de 1975*. Numeral 10.

¹³⁴ Ídem, numeral 15.

encuentre en condiciones de proveer un alojamiento adecuado a los mismos¹³⁵. No obstante, pese a ser una recomendación, el contenido de la presente sección no precisa en qué consisten aquellas “medidas” destinadas a facilitar la reunión. En defecto que la reunión no pueda realizarse en el país de acogida del trabajador migrante, la Recomendación N° 151 sugiere se le reconozca el derecho a visitar a sus familiares residentes en su Estado de origen, durante su periodo de vacaciones pagadas¹³⁶ o a recibirlos temporalmente en el Estado de acogida.¹³⁷

Las disposiciones contenidas entre los numerales 20 a 22 tienen que ver, por su parte, con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores migrantes. En concreto sugieren una adecuada capacitación de los trabajadores en materias de seguridad, y en un idioma que conozcan, para cumplir con la legislación, reglamentos y procedimientos de seguridad propios de la naturaleza de su trabajo.¹³⁸ Para ello se dispone que los empleadores adopten las medidas a su alcance para que los trabajadores migrantes puedan comprender plenamente las instrucciones, advertencias y símbolos relativos a la seguridad e higiene en el trabajo.¹³⁹

Lo anterior suena lógico, no obstante dada la gran variedad de idiomas y diversidad en cuanto a los movimientos migratorios, sería imposible contar con un reglamento de seguridad y salud en el trabajo traducido en todos los idiomas existentes. Por ende comprendemos y concordamos que la siguiente disposición haga la precisión que dicha labor corresponde al empleador, siempre y cuando sean medidas que estén a su alcance, y que la misma se encuentre en la Recomendación y no en el Convenio.

La última parte de la segunda sección de la presente Recomendación se encuentra reservada para los servicios sociales. Respecto a ellos se dispone que la prestación de los mismos corresponda a las autoridades públicas del país de acogida, asociaciones o entidades reconocidas y sin fines lucrativos, o una combinación de ambos.¹⁴⁰ En cuanto a las condiciones en las que se prestan los mismos, la Recomendación N° 151 señala que estas deben ser las mismas en las que son dispuestas a los nacionales.¹⁴¹ Sobre el contenido de los servicios sociales, el numeral 24 elabora una lista, no taxativa, de las funciones que los mismos deben cumplir.

¹³⁵ Ídem, numeral 13, inciso 2).

¹³⁶ Ídem, numeral 17, inciso a).

¹³⁷ Ídem, numeral 17, inciso b).

¹³⁸ Ídem, numeral 21, inciso 2).

¹³⁹ Ídem, numeral 22, inciso 1).

¹⁴⁰ Ídem, numeral 25, inciso 1).

¹⁴¹ Ídem, numeral 23.

“Deberían proporcionarse además servicios sociales que realicen, en particular, las siguientes funciones en favor de los trabajadores migrantes y de sus familias:

- a) Prestar a los trabajadores migrantes y a sus familias toda la ayuda necesaria para que puedan adaptarse al medio económico, social y cultural del país de empleo;*
- b) Ayudar a los trabajadores migrantes y a sus familias a obtener información y asesoramiento de los organismos competentes, por ejemplo, proporcionándoles servicios de interpretación y traducción; a cumplir formalidades administrativas y de otro tipo y a aprovechar plenamente los servicios y facilidades que se les ofrecen en sectores como la educación, la formación profesional y la enseñanza de idiomas, la salud, la seguridad social, la vivienda, los transportes y las distracciones; en la medida de lo posible, los trabajadores migrantes y sus familias deberían tener derecho a comunicarse en su propio idioma o en un idioma que conozcan bien con las autoridades públicas del país de empleo, sobre todo en materia de asistencia judicial y procedimientos legales;*
- c) Ayudar a las autoridades y a las instituciones responsables de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores migrantes y de sus familias a identificar las necesidades de esos trabajadores y a tenerlas en cuenta;*
- d) Facilitar a las autoridades competentes información y, si fuera necesario, asesoramiento para la elaboración, aplicación y evaluación de la política social relativa a los trabajadores migrantes;*
- e) Proporcionar información a los compañeros de trabajo y a los capataces y supervisores acerca de la situación y problemas de los trabajadores migrantes”.*¹⁴²

De lo expuesto por el presente, puede entenderse que el objeto de la disposición es lograr una adecuada integración del trabajador migrante y de su familia al Estado de acogida, por ello se contemplan servicios sociales vinculados con la vivienda, la enseñanza de idiomas y la educación. No obstante consideramos que, dada la importancia que revisten las necesidades vinculadas con estos servicios debieron haber sido expresamente incluidas en el Convenio.

Para finalizar, la Recomendación dispone en su última sección algunas disposiciones referentes al tema de empleo y residencia. Respecto a la vinculación entre ambos

¹⁴² Ídem, numeral 24.

conceptos es un tema insoslayable que ya hemos mencionado anteriormente que, en muchos Estados, se condiciona la residencia del trabajador migrante al vínculo laboral que mantiene con su empleador. No obstante, al no gozar el trabajador de una estabilidad laboral, este se encuentra en desventaja respecto a sus pares nacionales —cuando la legislación laboral del país receptor contemple esta figura protectora, pero inclusive con respecto a quienes no tuvieran protección contra el despido— al ser que la extinción de dicho vínculo puede suponer la no-renovación de su permiso de residencia y la consecuente expulsión del país. Los numerales 30 y 31 se ocupan de este problema, sugiriendo se le otorgue al trabajador un plazo suficiente para conseguir un nuevo empleo, que corresponda cuando menos al período en que tenga derecho a prestaciones de desempleo.¹⁴³

La siguiente es una cuestión sumamente problemática puesto que no todos los países reconocen el derecho a prestaciones de desempleo, con lo cual el plazo estipulado queda vacío de contenido, y estamos ante un derecho de suma importancia que no debería encontrarse en la Recomendación sino en el Convenio N° 143, al ser este un problema que podría afectar la estabilidad económica del trabajador, así como la de sus familiares (en caso hayan sido autorizados para viajar con este). Si bien el numeral 33 reconoce al trabajador la posibilidad de que se suspenda una medida de expulsión mediante recurso ante instancia administrativa o judicial, cuya pretensión se entiende busca la reposición en el puesto de trabajo por cese injustificado,¹⁴⁴ nuevamente la Recomendación cae en ambigüedades al hablar de “plazo suficiente” para encontrar otro empleo al no ofrecer parámetros mínimos que permitan definir qué se entiende por “suficiente”, en este caso. A nuestro parecer el tenor de la Recomendación debería ser tal que, en caso el trabajador haya sido admitido en virtud de calificaciones determinadas para el desempeño de un trabajo en específico, permita al migrante el desempeñarse en cualquier trabajo y tener por levantada toda restricción que limite su capacidad de postular a distintos trabajos.

En suma, la presente Recomendación recoge derechos importantes que no se encuentran en los anteriores instrumentos de la OIT y que marcan un antecedente en cuanto a los derechos reconocidos a los trabajadores migrantes.

Como vemos la OIT se ha preocupado por desarrollar los derechos y garantías en los que los trabajadores migrantes deben desplegar sus actividades en el país de acogida, gestión de gran importancia, porque asegura un marco internacional, vinculante en algunos casos, que asegurará pisos mínimos y la protección de sus derechos.

¹⁴³ Ídem, numeral 31.

¹⁴⁴ Ídem, numeral 32, inciso 2).

2.2.4 Resolución relativa a un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada adoptada en la 92 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo: El Marco Multilateral de la Organización Internacional de Trabajo sobre Migraciones Laborales

Esta Resolución encuentra sus antecedentes tanto en disposiciones anteriores, respecto a la regulación y acuerdos internacionales sobre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares, como en la adecuación de los movimientos migratorios al fenómeno de globalización, siendo que la movilidad de la mano de obra ha aumentado paralelamente al mismo tiempo que se han acelerado los niveles de explotación y de desregulación.¹⁴⁵ Y es que como señalan, a pesar de los estudios y la regulación en la materia, el fenómeno migratorio ha continuado expandiéndose y adquiriendo mayores grados de complejidad,¹⁴⁶ por lo que ameritan una mirada más comprensiva del mismo.

Es en mérito a ello que en la Comisión Mundial Sobre la Dimensión Social de la Globalización, convocada por la OIT, se mencionó que la ausencia de un marco multilateral que regule los movimientos migratorios habían ocasionado una serie de problemas que incluyen, pero no se limitan a: la explotación de los trabajadores migrantes, el crecimiento de la migración irregular, el aumento de la trata de seres humanos, y la fuga de cerebros en países en desarrollo.¹⁴⁷ Esto motivó a que en el 2004 se celebrara la 92va reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en la cual se adoptó la “Resolución relativa a un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada” que instaba a la implementación de un plan de acción para los trabajadores migrantes.¹⁴⁸

Es precisamente dicho plan de acción el que fue desarrollado en Ginebra entre el 31 de Octubre y el 2 de Noviembre del 2005, y posteriormente eje del “Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos” adoptado en dicha fecha.¹⁴⁹ Ese marco tiene raigambre en los Convenios y Recomendaciones de la OIT,

¹⁴⁵ TARAN, Patrick y GERONIMI, Eduardo. *Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección*. Documento de trabajo. Ginebra: 2013, p 1.

¹⁴⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Marco multilateral de la OIT para migraciones laborales: principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, 2007. p v.

¹⁴⁷ Ídem, p vi.

¹⁴⁸ Ibídem.

¹⁴⁹ Ibídem.

mencionados en los anteriores subcapítulos, y establece una serie de principios, orientaciones y directrices respecto a las políticas relativas a la migración laboral, que versan sobre nueve temas relacionados con esta.

“I. Trabajo Decente

1.

a) Se deberían promover oportunidades para que todos los hombres y las mujeres en edad laboral, incluyendo los trabajadores migrantes, consigan un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana.

b) El Programa de Trabajo Decente de la OIT promueve el acceso para todos a un empleo libremente elegido, el reconocimiento de los derechos fundamentales en el trabajo, un ingreso que permita a la gente satisfacer sus necesidades y cumplir con sus responsabilidades económicas y familiares básicas, y un nivel adecuado de protección social para los trabajadores y sus familiares.”¹⁵⁰

El principio descrito líneas arriba debe entenderse sobre la base de lo establecido por los Convenios de la OIT respecto a la materia de los derechos de los trabajadores migrantes, y los estudios que motivan la adopción del instrumento internacional. En concreto, lo que la OIT busca reconocer es que pese a las políticas adoptadas para el reconocimiento de los derechos de los trabajadores migrantes, la vulnerabilidad a la que se encuentran sujetas esas personas, en virtud de prácticas discriminatorias e incertidumbre de su situación económica, entre otras, ha persistido.¹⁵¹

El principio de acceso a un trabajo decente, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana, por tanto, siembra las bases para la adopción de políticas y medidas que permitan y coadyuven a la materialización de los derechos que se les reconocen a los trabajadores migrantes y supone un paso que, a nuestro parecer, es insoslayable en el contexto que motiva la adopción del presente instrumento.

“II. Medios de cooperación internacional en materia de migraciones laborales

2. Los gobiernos en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, deberían cooperar en el plano internacional para promover la

¹⁵⁰ Ídem, p 7.

¹⁵¹ Ídem, p vi.

*gestión de las migraciones con fines de empleo. Los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores deberían colaborar con la Oficina Internacional del Trabajo para fomentar la coherencia de las políticas de migración laborales a escala internacional y regional basadas en las directrices abajo mencionadas. La OIT debería propiciar el diálogo con otras organizaciones internacionales pertinentes con miras a formular un enfoque coordinado de las migraciones laborales basado en el Marco multilateral no vinculante de la OIT para las migraciones laborales”.*¹⁵²

El principio del trabajo decente tiene una relación estrecha con en lo establecido por el Convenio N° 97 y la Recomendación N° 86 sobre la materia de cooperación internacional en el tema de migraciones laborales. Las directrices pretenden establecer un marco bajo el cual se fomente el intercambio de información referente a políticas migratorias de los Estados miembros, y la promoción de acuerdos bilaterales que puedan facilitar los procedimientos de admisión, flujos migratorios, reunificación familiar, entre otros. No obstante, las directrices no elaboran más allá de lo ya establecido por el Convenio N° 97 o la Recomendación N° 86 (que son más precisos y rigurosos en la materia, al establecer mínimos y máximos respecto a los plazos según los cuales debe reconocérsele la calidad de residente al migrante).

“III. Base global de conocimientos

*3. Los conocimientos y la información son fundamentales para formular, aplicar y evaluar las políticas y las prácticas sobre migraciones laborales, por lo que debería concederse prioridad a su recopilación y utilización”.*¹⁵³

El presente principio se computa como una innovación frente a los instrumentos comentados en subcapítulos anteriores, siendo que reconoce que la información es un aspecto fundamental para identificar cuáles son los principales problemas derivados de la migración regular y/o irregular, y poder elaborar un marco normativo y/o políticas y medidas que tengan la aptitud de solucionar tales. Es precisamente en virtud de estudios exhaustivos en la materia y el manejo de datos estadísticos que el instrumento internacional fue adoptado, al haber sido capaces de identificar cuáles son las causas y problemas subyacentes que suponen los flujos migratorios.¹⁵⁴

¹⁵² Ídem, p. 9.

¹⁵³ Ídem, p. 11.

¹⁵⁴ ABREU, José Luis. *Migración laboral y derechos humanos*. Daena: International Journal of Good Conscience. Monterrey, 2013, Vol. 8, N° 2, p 171.

Lo anterior parecería una cuestión completamente lógica, sin embargo era una medida que la OIT debía reforzar para establecer políticas que respondan a las reales necesidades de la migración. Las directrices por tanto establecen la necesidad de mejorar las capacidades de recopilación y análisis de datos desglosados que puedan coadyuvar a implementar medidas efectivas en miras a proteger y salvaguardar los derechos de los trabajadores migrantes.

“IV. Gestión eficaz de las migraciones laborales

4. Todos los Estados tienen el derecho soberano de elaborar sus propias políticas para gestionar las migraciones laborales. Las normas internacionales del trabajo, otros instrumentos internacionales y directrices deberían desempeñar una función importante, cuando proceda, en la formulación de esas políticas, a fin de que sean coherentes, eficaces y equitativas”.¹⁵⁵

El principio citado tiene aplicación en la solución de problemas derivados de la implementación de políticas sobre la migración. Reconoce tanto la soberanía de los Estados para gestionar sus propias políticas de migración y al mismo tiempo destaca la importancia de los instrumentos internacionales, suscritos por los Estados miembros, respecto a la materia. En esto es posible advertir una suerte de doble moral, pues pese a que los tratados internacionales vinculantes en la materia de la regulación de procesos migratorios son ratificados por los Estados, subsiste una dualidad en la gestión de movimientos migratorios imputable, precisamente, a ellos.¹⁵⁶ La anterior afirmación se basa en la adopción, por parte de Estados usualmente receptores de tráfico migratorio, de un discurso de tolerancia hacia la migración, mientras que al mismo tiempo se intensifican los controles respecto a la migración irregular¹⁵⁷ y se refuerzan las sanciones contra la misma: como lo vendría a ser el aumento de las deportaciones.

A pesar de ello las directrices que guían el presente principio son bastante precisas, al sugerir que se adopten políticas coherentes guiadas por los instrumentos internacionales sobre la materia, en específico aquellas que aborden la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes y los abusos a los que son objeto las mujeres y otros grupos se encuentran en un grado de mayor de vulnerabilidad aún.

¹⁵⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Óp. Cit. p 13.

¹⁵⁶ TARAN, Patrick y GERONIMI, Eduardo. Loc. Cit.

¹⁵⁷ Ibídem.

*“5. Debería examinarse la posibilidad de ampliar los canales para las migraciones laborales regulares, teniendo en cuenta las necesidades del mercado de trabajo y las tendencias demográficas”.*¹⁵⁸

A pesar que el presente principio no se muestra como una novedad respecto a lo regulado por los instrumentos sobre la materia, ni es la primera vez que se hace una sugerencia al respecto, las directrices que guían al mismo reconocen explícitamente que existen problemas que competen tanto a los países de origen de los trabajadores migrantes, como a los países de destino, a saberse: la escasez de mano de obra, la escasez de trabajadores calificados, y las repercusiones a largo plazo de las tendencias demográficas, como lo son el envejecimiento y crecimiento de la población.

Este precepto llama a los Estados Miembro a planificar la migración, ya sea para enviar migrantes o recibirlos, de acuerdo a la realidad y al contexto social de cada país, es importante para ello que se deje la perpetuación de los mitos asociados a las cualidades negativas de la migración laboral (baja de los salarios, escasez de trabajo, criminalidad, entre otros). En ese sentido se ve la necesidad que se resalten los beneficios que implica este fenómeno, y verlo como una oportunidad de gestión de intereses en provecho de cada Estado, como ya lo han venido realizando algunos Estados a través de la creación de convenios para el flujo de fuerza laboral durante temporadas donde un país recibe en alianza con otro, fuerza laboral para cubrir sus necesidades temporales y cubrir la demanda de fuerza laboral en un determinado período. Sobre ello las directrices hacen bien en dejar un marco sobre el cual los países puedan colaborar para adoptar medidas dirigidas a suplir tanto la necesidad del mercado de mano de obra, como la necesidad de los migrantes de un trabajo estable y bien remunerado.

Para ello se señala que el dialogo social es una herramienta idónea:

*“6. El diálogo social es esencial para formular una política de migraciones laborales adecuada, y debería promoverse y ponerse en práctica”.*¹⁵⁹

Este principio reconoce que la migración laboral, si bien en principio puede considerarse como un fenómeno cuyas causas son principalmente económicas, reviste aspectos sociales que no pueden negarse. En concreto la migración no está exenta del escrutinio público, y la percepción sobre la misma puede ser tanto negativa como positiva. De ahí que sea necesario promover el diálogo tripartito entre los empleadores, los trabajadores migrantes y las organizaciones y sindicatos de

¹⁵⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Óp. Cit. p 15

¹⁵⁹ Ibídem.

trabajadores nacionales, que se muestren preocupados por las consecuencias que el ingreso de migrantes en el mercado pueda acarrear respecto de las políticas laborales.

En suma, y siendo que muchas de las medidas discriminatorias o de impedimento de admisión a países desarrollados, dictadas contra trabajadores extranjeros, usualmente tienen como motivación prejuicios negativos basados en percepciones perpetuadas por algunos grupos de intereses¹⁶⁰, nos parece adecuado que el presente principio y sus correspondientes directrices tengan la sensibilidad suficiente como para ampliar el diálogo de manera que todas las partes afectadas por las medidas a tomarse puedan participar en él, y en la consecuente toma de decisiones.

Siendo el principio revisado uno dirigido a la inclusión en el diálogo social y la consulta previa, referente a las medidas y políticas a ser adoptadas para la regulación de la migración laboral, en el país de destino, el presente reconoce que los intereses de los migrantes podrían verse mejor representados por asociaciones de migrantes

*“7. Los gobiernos y los interlocutores sociales deberían consultar con la sociedad civil y las asociaciones de migrantes la política de migraciones laborales”.*¹⁶¹

En ese sentido, las directrices indican que se debe buscar e identificar a aquellas asociaciones de migrantes que promuevan el derecho y bienestar de los trabajadores migrantes, a fin que puedan ser incluidos dentro del diálogo y la elaboración de políticas que dirijan la migración laboral.

Un ejemplo de ello vendría a ser la Coalición de Illinois para los Derechos de los Inmigrantes y Refugiados, organización compuesta por inmigrantes, que colabora con sindicatos y gobiernos locales, estatales y federales para promover los derechos de los trabajadores y llevar a cabo actividades como realizar talleres para educar a los migrantes respecto a derechos laborales, políticas antidiscriminatorias y procedimientos de inmigración.¹⁶²

“V. Protección de los trabajadores migrantes

8. Se deberían promover y proteger los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes, con independencia de su situación. En especial, todos los trabajadores migrantes deberían disfrutar de los principios y derechos contenidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998, que se reflejan en los

¹⁶⁰ TARAN, Patrick y GERONIMI, Eduardo. Óp. Cit. p 9.

¹⁶¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Óp. Cit. p 14

¹⁶² Ídem, p 63.

*ocho Convenios fundamentales de la OIT, y en los convenios pertinentes de las Naciones Unidas sobre derechos humanos.*¹⁶³

Sobre este principio en específico debe rescatarse que se corrige lo dispuesto por anteriores Convenios de la OIT¹⁶⁴ para abarcar una categoría más amplia de trabajadores migrantes, disponiendo que los derechos reconocidos a estos se apliquen incluso a quienes habían sido excluidos en tratados mencionados en subcapítulos anteriores: los migrantes irregulares. En ese sentido, las directrices del presente principio buscan que los gobiernos garanticen y promuevan los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes, motivo por el cual deben brindar la información pertinente sobre los derechos que les corresponden, así como implementar los mecanismos que les permitan defender dichos derechos. Entre dichos derechos se rescatan aquellos relacionados a la libertad sindical, el respeto a la edad mínima de admisión al empleo, la protección contra la discriminación y la protección contra condiciones de trabajo forzoso.

Un caso notable de aplicación del principio y sus directrices vendría a ser México, donde 43 de los consulados mexicanos ofrecen programas de asistencia jurídica destinados a ayudar a las víctimas de violaciones de derechos humanos y migrantes menores de edad.¹⁶⁵ Consideramos la medida idónea para la aplicación del presente principio al ser que muchas veces las barreras para poder ejercer los derechos que corresponden a las personas van más allá de la falta de información o el desconocimiento de los derechos que le asisten al sujeto, y están relacionadas con la falta de acceso a la asesoría legal o los costos que implica un litigio.

“9.

a) Todas las normas internacionales del trabajo son aplicables a los trabajadores migrantes, salvo indicación en contrario. La legislación nacional sobre migraciones laborales y protección de los trabajadores migrantes debería guiarse por las normas internacionales del trabajo que corresponda y otros instrumentos internacionales y regionales pertinentes.

b) La protección de los trabajadores migrantes exige una base jurídica sólida asentada en el derecho internacional. Al elaborar la legislación y las políticas nacionales sobre protección de los trabajadores migrantes, los gobiernos deberían guiarse por los principios básicos del Convenio sobre los

¹⁶³ Ídem, p 17.

¹⁶⁴ El Convenio 97 sólo se aplicaba a quienes hubiesen sido admitidos regularmente al país de acogida, lo que dejaba fuera del ámbito de aplicación los migrantes irregulares.

¹⁶⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Óp. Cit. p 64.

trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y sus respectivas Recomendaciones núms. 86 y 151, en especial los relacionados con la igualdad de trato entre los nacionales y los trabajadores migrantes en situación regular y las normas mínimas de protección para todos los trabajadores migrantes. También deberían tenerse en cuenta los principios enunciados en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990. Si esos Convenios han sido ratificados, deberían aplicarse plenamente.

c) La legislación y las políticas nacionales también deberían guiarse por otras normas pertinentes de la OIT en las esferas del empleo, la inspección del trabajo, la seguridad social, la protección de la maternidad, la protección de salarios y la seguridad y salud en el trabajo, y en sectores como la agricultura, la construcción y la hotelería y la restauración.”¹⁶⁶

Si bien la redacción del presente principio es bastante extensa, su contenido se caracteriza por ser aún más específico. En concreto lo que indican tanto el principio como sus directrices interpretativas es que, salvo que esté expresamente señalado lo contrario, los derechos reconocidos en los instrumentos y tratados internacionales sobre los derechos de los trabajadores migrantes¹⁶⁷ son de aplicación a todos los trabajadores migrantes, y dichos instrumentos deben servir para guiar la legislación y políticas nacionales respecto a la regulación de la materia.

Sobre esto las directrices son bastante específicas e indican que, los Estados miembros, deben adoptar las medidas para asegurar el trato igualitario de los trabajadores migrantes; acceso a las mismas oportunidades de empleo que los trabajadores nacionales; que se les conceda a los migrantes plazo razonable para encontrar otro empleo en caso de pérdida del suyo; que se garantice la percepción de remuneraciones adeudadas, aún en caso el trabajador salga del país; garantizar que las restricciones de los derechos de los trabajadores migrantes no sean contrarias a los tratados internacionales; acceso a las prestaciones de seguridad social; acceso a las prestaciones de salud; y garantizar que los trabajadores perciban sus remuneraciones de manera regular.

¹⁶⁶ Ídem, pp 18-19.

¹⁶⁷ A saberse los Convenios 97 y 143 de la OIT, con sus respectivas Recomendaciones 86 y 151, así como la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

Como podrá observarse, las directrices recapitulan una serie de medidas que se encuentran contenidas en los derechos reconocidos por mérito de los Convenios de la OIT y la Convención Internacional sobre los trabajadores migrantes, mencionados en subcapítulos anteriores, haciéndolos extensivos a aquellos casos en los cuales no estaban contemplados anteriormente. Hemos de considerar entonces que el propósito del principio es llenar los vacíos y omisiones dejados por los anteriores instrumentos sobre la materia, respecto al ámbito de aplicación de los mismos.

Un caso específico de aplicación del principio N° 9 vendría a ser lo que sucede en Canadá, donde los trabajadores migrantes cuentan con los mismos derechos y cobertura que se les reconoce a los trabajadores nacionales, pudiendo permanecer en el país y cambiar de trabajo, aún en caso pierdan su empleo.¹⁶⁸

*“10. Se deberían proteger los derechos de todos los trabajadores migrantes contenidos en los principios 8 y 9 del presente Marco mediante la aplicación y observancia efectivas de la legislación nacional, de conformidad con las normas internacionales del trabajo y los instrumentos regionales aplicables”.*¹⁶⁹

El presente principio puede tener una redacción que aparenta redundancia con lo anterior dispuesto por el Marco Multilateral, no obstante a lo que se refiere concretamente es a la fiscalización de las medidas adoptadas por el mismo. En ese orden de ideas las directrices indican que deben adoptarse medidas para que se respeten los principios y derechos contenidos en los tratados e instrumentos internacionales sobre la materia, debiendo los países fiscalizar y sancionar las prácticas que vulneren los mismos.

“VI. Prevención de prácticas migratorias abusivas y protección contra las mismas

11. Los gobiernos, en consulta con los interlocutores sociales, deberían formular y aplicar medidas para prevenir las prácticas abusivas, el tráfico de migrantes y la trata de personas; también deberían desplegar esfuerzos para la prevención de las migraciones laborales irregulares”.

Si bien los Convenios N° 97 y N° 143 de la OIT han tratado antes del problema de la migración clandestina y la trata de personas, los estudios realizados por la OIT que motivaron la elaboración y adopción del presente instrumento internacional encontraron que, a pesar de ello, la trata de personas ha ido en aumento.¹⁷⁰ Más aún

¹⁶⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Óp. Cit. pp 66-67.

¹⁶⁹ Ídem, p 21.

¹⁷⁰ Ídem, p. vi.

la OIT reconoce que, en el contexto actual, la mitad de los trabajadores migrantes son mujeres.¹⁷¹ Ante esta “feminización” de la migración internacional de mano de obra, la OIT ha convenido adoptar medidas adicionales al encontrarse las trabajadoras migrantes en mayor estado de vulnerabilidad que sus contrapartes, al ser que estas son a menudo sujetas a discriminación y laboran comúnmente en sectores no regulados como el trabajo doméstico y la industria del sexo.¹⁷²

En ese sentido, las directrices que guían el principio comentado se encuentran encaminadas a poder intensificar las medidas utilizadas para identificar las prácticas abusivas utilizadas contra los trabajadores migrantes, como lo son la servidumbre por deudas, la restricción de la libertad de tránsito, la retención de los documentos de identidad o de viaje, las amenazas de denuncia ante las autoridades, y actos de violencia físicos o acoso sexual y violaciones.

Al respecto debemos mencionar que, si bien las directrices tienden a fomentar la adopción de medidas que permitan la realización de la denuncia de dichas prácticas ante las autoridades correspondientes, será complicado para un migrante irregular de interponer tal acción si es que considera que será sancionado con la deportación posteriormente. Asimismo, amerita decirse que la mayor parte de los canales legales de migración ofrecen oportunidades en sector tradicionalmente ocupados por hombres, como lo son la construcción o la agricultura,¹⁷³ lo cual a su vez incentiva la migración irregular. Con lo cual las directrices del presente principio nos parecen insuficientes ante el problema que se busca resolver.

Luego, el Marco procede a referirse al proceso de migración:

“VII. El proceso de migración

12. Se debería promover un proceso ordenado y equitativo de migraciones laborales tanto en los países de origen como de destino para orientar a los trabajadores y las trabajadoras migrantes en todas las fases de la migración, en especial en la planificación y preparación para la migración laboral, el tránsito, la llegada y el recibimiento, el retorno y la reintegración”.

El principio mencionado reconoce, mediante las directrices interpretativas vinculadas a este, cuatro problemas principales que vienen a ser la asimetría informativa o falta de información respecto al proceso migratorio; las barreras burocráticas y costos de tramitación, que suponen la solicitud y admisión al Estado de acogida; las barreras

¹⁷¹ Ibídem.

¹⁷² Cf. TARAN, Patrick y GERONIMI, Eduardo. Óp. Cit. p 11.

¹⁷³ Ibídem.

lingüísticas, que entorpecen los trámites para la acogida en el país de destino; y por último la adecuación e integración del migrante en el nuevo territorio, la cual presume un estado de vulnerabilidad en principio económica del migrante y su familia.

En ese sentido las directrices reconocen que el proceso migratorio implica una serie de cuestiones insoslayables, como lo pueden ser los altos costos de los trámites para la admisión en el país de destino o la falta de transparencia e información del proceso migratorio, o incluso la sobreabundancia de trámites dentro del mismo proceso cuya motivación encubierta es en realidad desincentivar la migración, como lo sería por ejemplo requerir una serie desproporcionada de cambios de calidad migratoria antes de acceder a la residencia.

Compete por tanto a los Estados el asegurarse que el proceso migratorio sea lo más transparente, simple y accesible a fin de evitar que el exceso de rigurosidad en el mismo se convierta en un incentivo para optar por la migración irregular, con todos los problemas que esta conlleva.

“13. Los gobiernos de los países de origen y de destino deberían considerar debidamente el establecimiento de un régimen de licencias y supervisar a los servicios de reclutamiento y colocación de trabajadores migrantes, de conformidad con el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181) y su Recomendación (núm. 188)”.

Respecto a este principio, el Marco Multilateral, no brinda mayores aportes que los anexos al Convenio N° 97 de la OIT, aparte de la directriz 13.4 que indica que los trabajadores migrantes no sean reclutados para fines de cubrir puestos que entrañen peligros o riesgos inaceptables, o sean sujetos de discriminación. Al respecto debe decirse que, al estar dichas operaciones sujetas a autorización y supervisión del Estado de acogida, según el citado Convenio, las directrices no hacen sino reiterar ideas ya expuestas y acogidas por la OIT al respecto.

Luego se procede a tocar el tema de la integración:

“VIII. Integración e inclusión sociales

14. Los gobiernos, en consulta con los interlocutores sociales, deberían promover la integración y la inclusión sociales y, al mismo tiempo, respetar la diversidad cultural, prevenir la discriminación contra los trabajadores migrantes y adoptar medidas para combatir el racismo y la xenofobia.”

Al respecto de este principio, debe mencionarse que los estudios realizados por la OIT respecto al tema del racismo y la xenofobia encontraron que estos se han agravado

con el tiempo,¹⁷⁴ dándose mayores incidencias de prácticas hostiles y violentas contra los migrantes. En concreto se encontró que en el caso de Bélgica, Alemania, Holanda y España la tasa de discriminación en el acceso al empleo podía alcanzar un 37 por ciento, es decir que un número significativo de solicitudes de los migrantes era ignorada o rechazada.¹⁷⁵

Las directrices vinculadas a este principio buscan, por ende, el prevenir y sancionar las prácticas discriminatorias contra los migrantes, así como proporcionar oportunidades de formación profesional y educación para los migrantes y realizar esfuerzos para que los hijos de los trabajadores migrantes tengan acceso a la nacionalidad del Estado de acogida, así como a la educación. Destaca la directriz 14.9 que sugiere la realización de campañas de educación al público sobre las contribuciones de los trabajadores migrantes al Estado de acogida, al ser que muchos de los prejuicios sostenidos contra los migrantes se sostienen en mitos que han sido refutados con el pasar del tiempo: como por ejemplo la consabida que los migrantes “roban” empleos a los nacionales, o que los migrantes irregulares suponen una carga a los sistemas de seguridad social¹⁷⁶

Seguidamente, se toca lo referente a migración y desarrollo:

“IX. Migración y desarrollo

15. Se debería reconocer y aprovechar al máximo la contribución de las migraciones laborales al empleo, el crecimiento económico, el desarrollo y la mitigación de la pobreza, en beneficio tanto de los países de origen como de destino.”

Este principio pretende reconocer y concordar dos problemas que se encuentran entre las mayores causas de la migración laboral: la falta de empleo adecuado que permita la manutención de la familia, en los países de los trabajadores migrantes; y la escasez de mano de obra para cubrir diversos sectores productivos en la economía de países desarrollados. El primer supuesto se dio en el Perú de la década de los noventas, con la baja en la calidad de los empleos y la crisis económica resultante de la década anterior. Mientras que, por otro lado, un claro ejemplo de lo segundo sería lo que

¹⁷⁴ Cf. TARAN, Patrick y GERONIMI, Eduardo. Óp. Cit. p 13.

¹⁷⁵ Ibídem.

¹⁷⁶ Al respecto debemos acotar que en Estados Unidos este es un argumento común en contra de los migrantes que no obstante ha sido desmentido en diversas ocasiones, siendo que las propias estadísticas del gobierno indican todo lo contrario al ser que los migrantes de hecho contribuyen más a estos sistemas y redes de seguridad social, sin poder beneficiarse de los mismos al estar indocumentados.

<http://www.cnnexpansion.com/economia/2014/11/21/5-mitos-de-inmigracion-desacreditados>
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/06/130513_eeuu_inmigrantes_medicare_contribucion_wbm

acontece en el sector de la agricultura, en Estados Unidos, que presenta un déficit de mano de obra frente a la creciente demanda de vegetales.¹⁷⁷

Las directrices también hacen mención a un tema que se había abordado en el principio anterior y tiene que ver con la participación y efecto positivo que tienen los trabajadores migrantes respecto a las contribuciones que suponen la prestación de sus labores a la creación de empleo, formación de capital, y cobertura de la seguridad social.

El cuadro N° 5 del presente trabajo recoge, los principales derechos recogidos por la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y los Convenios N° 97 y N° 143 de la OIT, en un cuadro sistematizado, de modo que se pueda apreciar los principales derechos de los trabajadores migrantes en el marco internacional.

2.3 Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los migrantes indocumentados

El 10 de mayo de 2002, con fundamento en el artículo 64.1 que señala que los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, los Estados Unidos Mexicanos (en adelante México) sometieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) una solicitud de opinión consultiva 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; así como la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles erga omnes, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado Americano.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Cf. AMERICAN FARM BUREAU FEDERATION. "New report shows labor challenges lead to loss in GDP, farm income as U.S. farmers lose market share of imports". *The Voice of Agriculture*. Washington D.C., 18 de Marzo del 2014.

¹⁷⁸ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. 17 de setiembre de 2003.p.1

México expuso entre las consideraciones que originaron la consulta que *“los trabajadores migrantes, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto al goce y ejercicio efectivo de estos derechos”*.¹⁷⁹

Para absolver la consulta, la Corte organizó su respuesta esquemáticamente en cuatro partes.

- a) La primera es sobre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación. La Corte señaló que los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados, por ser superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.¹⁸⁰ En ese sentido, al tener la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales, deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren algún derecho fundamental.¹⁸¹

Asimismo, señala que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales, lo que es un reflejo del deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, lo que emana de aquel principio general y básico.¹⁸²

Considera la Corte que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones iure o de facto que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color u otras causales como el estatus migratorio; además los Estados están obligados a adoptar medidas positivas, para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, pudiendo solo establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos.¹⁸³

¹⁷⁹ *Ibíd*em

¹⁸⁰ *Ídem*.p.108

¹⁸¹ *Ídem*.p.111

¹⁸² *Ídem*.p.112

¹⁸³ *Ídem*.p.118

b) La segunda parte es sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes. La Corte señala que *“este principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”*.¹⁸⁴ Con ello la Corte establece que el principio de igualdad y no discriminación se aplica a los nacionales y extranjeros, (independientemente de su estatus migratorio como indocumentado).

Sin embargo, la Corte admite que el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales. Este *trato diferenciado* es justificado siempre y cuando sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos.¹⁸⁵ El trato distinto no se equipara a discriminación, siempre que se apliquen bajo los parámetros aquí señalados.

Este criterio de la Corte Interamericana, adopta la posición de la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados Democráticos, advirtió que solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable.¹⁸⁶

c) La tercera parte del pronunciamiento de la Corte trata sobre los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados. La Corte señala que los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, categoría que define a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador,

¹⁸⁴ Ídem.p.121

¹⁸⁵ Ibídem

¹⁸⁶ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Willis vs. The United Kingdom, Audiencia del 11 de junio del 2002, para.39; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Wessels-Begervoet vs. Los países bajos, Audiencia del 04 de junio del 2002, para 46; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Petrovic vs. Austria, Audiencia del 27 de marzo de 1998, Reporte 1998-II, para.30; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso relacionado con algunos aspectos de la ley del uso de lenguas en la educación de Bélgica vs. Bélgica, Audiencia del 23 de marzo de 1968, Series A 1968, para. 10.

independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social.¹⁸⁷

La Corte señala 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 laborales.¹⁸⁸ Es por ello que los Estados tienen la obligación de vigilar la efectividad de los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, así como los derechos originados en instrumentos internacionales. Los Estados además son responsables internacionalmente cuando toleran acciones practicadas por terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos con algún tipo de discriminación.¹⁸⁹

La Corte señala que no solo es el Estado el obligado a hacer respetar y garantizar el goce de los derechos laborales, sino que también es una obligación de los empleadores de dicho Estado el garantizar la correcta aplicación de este derecho fundamental.

- d) Por último, la cuarta parte trata sobre las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, señalando que los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y las garantías de los derechos humanos, siendo que las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables.¹⁹⁰ Siendo esta conclusión proveniente del Tribunal de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁹¹ y antes desarrollada por el Tribunal Constitucional Alemán.

La Corte estimó que es compatible con las normas internacionales el que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los

¹⁸⁷ Ídem.p.125

¹⁸⁸ Ibídem

¹⁸⁹ Ídem.p.129

¹⁹⁰ Ídem.p.132

¹⁹¹ Ello lo realiza a través de un “test de igualdad” desarrollado mediante las sentencias: Caso Sindicato Nacional de Policía Belga, Caso Luedicke, Belkacem y Koç, Caso Rasmussen

derechos humanos de los trabajadores. Esos límites a las políticas migratorias cumplen la función de garantizar una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional.¹⁹²

La Corte finalmente consideró que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.¹⁹³

En ese sentido, una parte muy resaltante de la opinión emitida por la Corte en este caso enuncia que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre los 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.¹⁹⁴

Estableciendo así la Corte Interamericana un importante precedente en el ámbito internacional al establecer como parámetro que toda política migratoria debe estar acorde con los derechos humanos y no se pueden subordinar dichos derechos a las políticas públicas de cada país.

En ese mismo año, el 27 de marzo la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso *Hoffman Plastic Compounds* contra el Consejo Nacional de Relaciones Laborales, negó el reconocimiento de sus derechos laborales a una persona porque usurpó el carnet de identidad de un tercero para conseguir empleo, ello en tanto bajo la óptica de la Corte no se podía reconocer el pago de salarios caídos a una persona que había cometido delito para ser contratado legalmente en su país. Bajo la perspectiva de este pronunciamiento, podíamos inferir que los derechos laborales en los Estados Unidos de Norteamérica se encuentran sometidos al estatus ciudadano que otorguen las leyes migratorias, interpretación que constituiría un perjuicio múltiple que afecta no solo a los derechos laborales sino también el derecho

¹⁹² Ídem.p.133

¹⁹³ Ibídem.

¹⁹⁴ Ídem.p.134

fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, al impedir que judicialmente puedan reclamar sus derechos laborales por no contar con el *estatus* migratorio regular.

Ante ello, la División de Horas y Salarios del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos de Norteamérica, emitió la Directiva N° 48 para la aplicación de la sentencia de *Hoffman Plastics* en los temas de su competencia señalando que en el caso presentado se buscó el pago de salarios por el tiempo que el trabajador estuvo despedido indebidamente despedido, siendo que la Corte Suprema estimó que este pago no correspondía al tratarse de un trabajo no realizado, y que legalmente no podrían haber sido ganados, al haber obtenido el trabajo por medio de un fraude a la ley. Sin embargo la División precisa que la decisión de la Corte Suprema no significa que los trabajadores indocumentados no tienen derechos laborales en los Estados Unidos de Norteamérica, precisando, que la decisión en el caso *Hoffman Plastics* solo interpreta a la Ley Nacional de Relaciones Laborales, donde determinó que no corresponde el pago de salario por un trabajo que no se realizó y que fue obtenido de forma ilegal. El Departamento puntualiza que incentivará el pago del salario por el trabajo efectivo, sin distinción si se trata de un trabajador con situación migratoria regular o irregular.¹⁹⁵

Lo cual es una interpretación favorable para los trabajadores migrantes en los Estados Unidos de Norteamérica, porque la División deja establecido que si promoverá el pago de los trabajadores, independientemente de su situación migratoria, por un trabajo ya realizado, con lo cual se aclara que la sentencia aplica la norma en un caso particular, sin que ello signifique que los trabajadores migrantes de los Estados Unidos se encuentren desprotegidos de sus derechos laborales.

Todo el desarrollo normativo internacional de los derechos laborales de los migrantes nos sirve de base para abordar nuestro siguiente capítulo sobre los derechos laborales de los migrantes en el Perú, revisando si, dentro de nuestro contexto, se aplican los estándares establecidos o si estamos frente a una legislación desvinculada de los estándares internacionales revisados.

Para finalizar, en el presente capítulo presentamos a manera de síntesis, un cuadro que resume y sistematiza los derechos en favor de los trabajadores migrantes contemplados en los instrumentos internacionales, tales como la Convención y el Convenio 97 y 143 de la OIT, previamente descritos en el presente capítulo, de modo que se aprecie los derechos de los trabajadores migrantes a nivel internacional.

¹⁹⁵ Fact Sheet #48: Application of U.S. Labor Laws to Immigrant Workers: Effect of Hoffman Plastics decision on laws enforced by the Wage and Hour Division

Cuadro Nº 5.- Los derechos de los trabajadores migrantes en los principales instrumentos internacionales

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|--|-----------------|------------------|
| No discriminación en el reconocimiento de derechos. | Art 7: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Salir libremente de cualquier Estado, incluido el Estado de origen. | Art 8.1: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él. | Art 8.2: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Derecho a la vida. | Art 9 : Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Ningún trabajador migratorio será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. | Art 10 : Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Ningún trabajador será sometido a esclavitud ni servidumbre, no se exigirá a los trabajadores migratorios trabajos forzosos u obligatorios. | Art 11: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. | Art 12: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Derecho de opinión, libertad de expresión. | Art 13: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Ningún trabajador migratorio será sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, hogar, correspondencia u otras comunicaciones ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre. | Art 14: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Ningún trabajador migratorio será privado arbitrariamente de sus bienes. | Art 15: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |

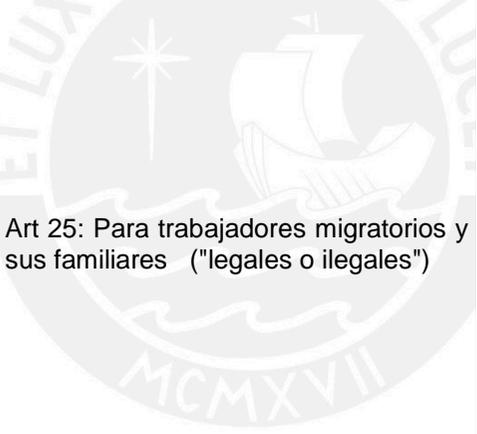
| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|--|-----------------|--|
| A la libertad y seguridad personal. | Art 16: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | Art 10: "Para trabajadores migratorios legales y familiares, igualdad de oportunidades y de trato sobre libertades individuales y colectivas". |
| Derecho a la protección efectiva del Estado contra la violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones. | Art 16: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| No serán sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitraria. | Art 16: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Los trabajadores migratorios que sean detenidos serán informados en el momento de la detención, de ser posible en un idioma que comprendan, de los motivos de esta detención, y se les notificará en un idioma que comprendan, de las acusaciones que se les haya formulado. Los trabajadores migratorios detenidos o presos por causa de una infracción penal serán llevados sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley y tendrán derecho a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad. | Art 16: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Los trabajadores migratorios que sean privados de su libertad por detención o prisión tendrán derecho a incoar procedimientos ante un tribunal. | Art 16: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Los trabajadores migratorios que hayan sido víctimas de detención o prisión ilegal tendrán derecho a exigir una indemnización. | Art 16: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|--|-----------------|---|
| <p>Todo trabajador migratorio privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural.</p> | <p>Art 17: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | <p>Art 10: "Para trabajadores migratorios legales y familiares, igualdad de oportunidades y de trato en materia de derechos culturales"</p> |
| <p>Los trabajadores migratorios acusados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y sometidos a un régimen distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.</p> | <p>Art 17: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | |
| <p>Los trabajadores migratorios tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia.</p> | <p>Art 18: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | <p>Art 9: "Para trabajadores migratorios legales, tener la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente"</p> |
| <p>Todo trabajador migratorio acusado de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.</p> | <p>Art 18: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|---|--|-----------------|------------------|
| <p>Durante el proceso, todo trabajador migratorio acusado de un delito tendrá derecho a las siguientes garantías mínimas: i) a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda, ii) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección; iii) ser juzgado sin dilaciones indebidas; iv) a hallarse presente en el proceso; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo o a que se le nombre defensor de oficio; v) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; vi) a ser asistido gratuitamente por un intérprete; vii) a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable; viii) en el procedimiento aplicable a los menores, se tendrá en cuenta su edad y la importancia de promover su readaptación social.</p> | <p>Art 18: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | |
| <p>i) Todo trabajador migratorio declarado culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto sean examinados por un tribunal superior. ii) Cuando una sentencia condenatoria firme contra un trabajador migratorio haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado, quien haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizado conforme a la ley. iii) Ningún trabajador migratorio o familiar suyo podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto mediante sentencia firme.</p> | <p>Art 18: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|---|--|-----------------|------------------|
| <p>i) Ningún trabajador migratorio será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el interesado se beneficiará de esa disposición.</p> <p>ii) Al dictar una sentencia condenatoria por un delito, se deberán considerar los aspectos humanitarios relacionados con su condición, en particular con respeto a su derecho de residencia o de trabajo.</p> | <p>Art 19: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | |
| <p>i) Ningún trabajador migratorio será encarcelado por el solo hecho de no cumplir una obligación contractual.</p> <p>ii) Ningún trabajador migratorio será privado de su autorización de residencia o permiso de trabajo ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo.</p> | <p>Art 20: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | |
| <p>Ninguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de identidad, autorizaciones de entrada, etc. o permanencia en el territorio de un país ni permisos de trabajo. En los casos en que la confiscación de esos documentos esté autorizada, no podrá efectuarse sin la previa entrega de un recibo detallado. En ningún caso estará permitido destruir el pasaporte o documento equivalente.</p> | <p>Art 21: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|--|-----------------|---|
| <p>i) Los trabajadores migratorios no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.</p> <p>ii) Los trabajadores migratorios sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente.</p> <p>iii) La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender.</p> <p>iv) Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente.</p> <p>v) Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley.</p> <p>vi) En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.</p> <p>vii) Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.</p> <p>viii) La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado.</p> | <p>Art 22: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | <p>Art 9:" Para trabajadores migratorios legales, no deberán correr con los costos de la expulsión"</p> |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|---|--|---|---|
| Derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen. | Art 23: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. | Art 24: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| <p>i) 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 de otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo.</p> <p>ii) No será legal menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato.</p> <p>iii) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo.</p> |  <p>Art 25: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | <p>Art 6: "Para trabajadores migratorios legales, a remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores"</p> | <p>Art 10: "Para trabajadores migratorios legales, igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo"</p> |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|---|--|--|--|
| i) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; ii) Afiliarse libremente a cualquier sindicato, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; iii) Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas. | Art 26: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | Art 6: "Para trabajadores migratorios legales, trato no menos favorable afiliación a organizaciones sindicales". | Art 10: "Para trabajadores migratorios legales y familiares, igualdad de oportunidades y de trato en materia de derechos sindicales" |
| Los trabajadores migratorios gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. | Art 27: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | Art 6: "Para trabajadores migratorios legales, trato no menos favorable a la seguridad social". | Art 10: "Para trabajadores migratorios legales y familiares, igualdad de oportunidades y de trato en materia de seguridad social" |
| Los trabajadores migratorios tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. | Art 28: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |
| Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad. | Art 29: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales") | | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|--|---|------------------|
| <p>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 no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular a de los padres o de los hijos.</p> | <p>Art 30: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | |
| <p>Los Estados Partes velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen.</p> | <p>Art 31: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | |
| <p>Al terminar su permanencia en el Estado de empleo, tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros y, de conformidad con la legislación aplicable de los Estados de que se trate, sus efectos personales y otras pertenencias.</p> | <p>Art 32: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | | |
| <p>Tienen derecho a que el Estado de origen, el Estado de empleo o el Estado de tránsito, les proporcione información acerca de: i) sus derechos con arreglo a la presente Convención; ii) los requisitos establecidos para su admisión, sus derechos y obligaciones con arreglo a la ley y la práctica del Estado interesado y cualesquiera otras cuestiones que les permitan cumplir formalidades administrativas o de otra índole en dicho Estado, en un idioma entendible.</p> | <p>Art 33: Para trabajadores migratorios y sus familiares ("legales o ilegales")</p> | <p>Art 2:" Mantener un servicio apropiado de ayuda e información para migrantes".</p> | |

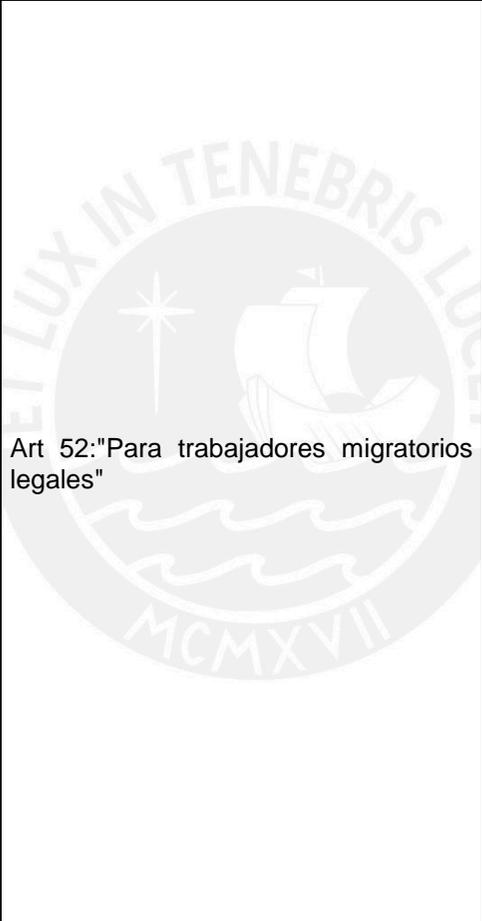
| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|---|--|-----------------|---|
| <p>Antes de su partida, o a más tardar en el momento de su admisión en el Estado de empleo, los trabajadores migratorios tendrán derecho a ser plenamente informados por el Estado de origen o por el Estado de empleo, de todas las condiciones aplicables a su admisión y, particularmente, de las relativas a su estancia y a las actividades remuneradas que podrán realizar, así como de los requisitos que deberán cumplir.</p> | <p>Art 37:"Para trabajadores migratorios legales y sus familiares"</p> | | |
| <p>Los Estados de empleo harán todo lo posible por autorizar a los trabajadores migratorios a ausentarse temporalmente sin que ello afecte a la autorización que tengan de permanecer o trabajar, según sea el caso.</p> | <p>Art 38:"Para trabajadores migratorios legales y sus familiares"</p> | | |
| <p>Derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.</p> | <p>Art 39:"Para trabajadores migratorios legales y sus familiares"</p> | | |
| <p>Derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo.</p> | <p>Art 40:"Para trabajadores migratorios legales y sus familiares"</p> | | <p>Art 10: "Para trabajadores migratorios legales y familiares, igualdad de oportunidades y de trato en materia de derechos sindicales"</p> |
| <p>Derecho 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.</p> | <p>Art 41:"Para trabajadores migratorios legales y sus familiares"</p> | | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|--|--|------------------|
| <p>Los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos.</p> | <p>Art 42:"Para trabajadores migratorios legales y sus familiares"</p> | | |
| <p>Los trabajadores migratorios gozarán de 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; el acceso a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión, sin que ello implique un cambio de su condición de trabajadores migratorio; el acceso a la vida cultural y la participación en ella.</p> <p>Los Estados de empleo, en colaboración con los Estados de origen cuando proceda, aplicarán una política encaminada a facilitar la integración de los hijos de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local, particularmente en lo tocante a la enseñanza del idioma local.</p> |  <p>Art 43 y 45 : "Para trabajadores migratorios legales y familiares "</p> | <p>Art 6: "Para trabajadores migratorios legales, trato no menos favorable que los nacionales sobre la vivienda"</p> | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|--|---|------------------|
| <p>Los Estados Partes, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio. Los Estados Partes tomarán las medidas para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.</p> | <p>Art 44:"Para trabajadores migratorios legales "</p> | | |
| <p>Estarán exentos, con sujeción a la legislación aplicable de los Estados de que se trate y a los acuerdos internacionales pertinentes del pago de derechos e impuestos en concepto de importación y exportación por sus efectos personales y enseres domésticos, así como por el equipo necesario para el desempeño de la actividad remunerada para la que hubieran sido admitidos en el Estado de empleo.</p> | <p>Art 46:"Para trabajadores migratorios legales y sus familiares"</p> | <p>Art 7: "Para trabajadores migratorios legales y familiares, los efectos personales y herramientas de los trabajadores migrantes , exentos de aduanas al inmigrar y al regreso"</p> | |
| <p>Los trabajadores migratorios tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros, en particular los fondos necesarios para el sustento de sus familiares, del Estado de empleo a su Estado de origen o a cualquier otro Estado.</p> | <p>Art 47:"Para trabajadores migratorios legales"</p> | | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|--|--|------------------|
| <p>En lo que respecta a los ingresos en el Estado de empleo: i) No deberán pagar impuestos, derechos ni gravámenes de ningún tipo que sean más elevados o gravosos que los que deban pagar los nacionales en circunstancias análogas; ii) Tendrán derecho a deducciones o exenciones de impuestos de todo tipo y a las desgravaciones tributarias aplicables a los nacionales en circunstancias análogas, incluidas las desgravaciones tributarias por familiares a su cargo.</p> <p>Los Estados Partes procurarán adoptar las medidas apropiadas para evitar que los ingresos y ahorros de los trabajadores migratorios y sus familiares sean objeto de doble tributación.</p> | <p>Art 48:"Para trabajadores migratorios legales y sus familiares"</p> | <p>Art. 6: Para trabajadores Migratorios legales, trato no menos favorables respecto a impuestos, derechos y contribuciones"</p> | |
| <p>i) En los casos en que la legislación nacional exija autorizaciones separadas de residencia y de empleo, los Estados de empleo otorgarán a los trabajadores migratorios una autorización de residencia por lo menos por el mismo período de duración de su permiso para desempeñar una actividad remunerada.</p> <p>ii) En los Estados de empleo en que los trabajadores migratorios tengan la libertad de elegir una actividad remunerada, no se considerará que los trabajadores migratorios se encuentran en situación irregular, ni se les retirará su autorización de residencia, por el solo hecho del cese de su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo o autorización análoga o por lo menos por un período correspondiente a aquel en que tuvieron derecho a prestaciones de desempleo.</p> | <p>Art 49:"Para trabajadores migratorios legales"</p> | | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|--|-----------------|--|
| <p>i) En caso de fallecimiento de un trabajador migratorio o de disolución del matrimonio, el Estado de empleo considerará favorablemente conceder autorización para permanecer en él a los familiares de ese trabajador migratorio que residan en ese Estado en consideración de la unidad de la familia; el Estado de empleo tendrá en cuenta el período de tiempo que esos familiares hayan residido en él. Se dará a los familiares a quienes no se conceda esa autorización tiempo razonable para arreglar sus asuntos en el Estado de empleo antes de salir de él.</p> | <p>Art 50:"Para trabajadores migratorios legales y sus familiares"</p> | | |
| <p>No se considerará que se encuentren en situación irregular los trabajadores migratorios que en el Estado de empleo no estén autorizados a elegir libremente su actividad remunerada, ni tampoco se les retirará su autorización de residencia por el solo hecho de que haya cesado su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo. Dichos trabajadores migratorios tendrán derecho a buscar otros empleos, participar en programas de obras públicas y re-adiestrarse durante el período restante de su permiso de trabajo.</p> | <p>Art 51:"Para trabajadores migratorios legales"</p> | | <p>Art 8: "Para trabajadores migratorios legales, a condición de haber residido en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar el retiro de residencia o de su permiso de trabajo".</p> |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|---|-----------------|------------------|
| <p>i) Los trabajadores migratorios tendrán en el Estado de empleo libertad de elegir su actividad remunerada.</p> <p>ii) Respecto de cualquier trabajador migratorio, el Estado de empleo podrá: restringir el acceso a categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades, cuando ello sea necesario en beneficio del Estado y esté previsto por la legislación; restringir la libre elección de una actividad remunerada de conformidad a las condiciones de reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas fuera del territorio del Estado de empleo.</p> <p>iii) En el caso de los trabajadores migratorios cuyo permiso de trabajo sea de tiempo limitado, el Estado de empleo también podrá: subordinar el derecho de libre elección de una actividad remunerada a la condición de que el trabajador migratorio haya residido legalmente en el territorio del Estado de empleo para los fines de ejercer una actividad remunerada por un período de tiempo determinado en la legislación nacional de dicho Estado que no sea superior a dos años; limitar el acceso del trabajador migratorio a una actividad remunerada en aplicación de una política de otorgar prioridad a sus nacionales o a las personas que estén asimiladas a sus nacionales. Las limitaciones de este tipo no se aplicarán a un trabajador migratorio que haya residido legalmente en el territorio del Estado de empleo para los fines de ejercer una actividad remunerada por un período determinado en la legislación nacional de dicho Estado que no sea superior a cinco años.</p> |  <p>Art 52:"Para trabajadores migratorios legales"</p> | | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|---|--|-----------------|--|
| El Estado de empleo fijará las condiciones en virtud de las cuales un trabajador migratorio que haya sido admitido para ejercer un empleo podrá ser autorizado a realizar trabajos por cuenta propia. Se tendrá en cuenta el período durante el cual el trabajador haya residido legalmente en el Estado de empleo. | Art 52:"Para trabajadores migratorios legales" | | |
| <p>i) Los familiares de un trabajador migratorio cuya autorización de residencia o admisión no tenga límite de tiempo o se renueve automáticamente podrán elegir libremente una actividad remunerada en las mismas condiciones aplicables a dicho trabajador migratorio.</p> <p>ii) En cuanto a los familiares de un trabajador migratorio a quienes no se les permita elegir libremente su actividad remunerada, los Estados Partes considerarán darles prioridad, a efectos de obtener permiso para ejercer una actividad remunerada.</p> | Art 53:"Para familiares de los trabajadores migratorios legales" | | |
| <p>Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:</p> <p>i) La protección contra los despidos;</p> <p>ii) Las prestaciones de desempleo;</p> <p>iii) El acceso a los programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo;</p> <p>iv) El acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o darse término a otra actividad remunerada.</p> <p>Si un trabajador migratorio alega que su empleador ha violado las condiciones de su contrato de trabajo, tendrá derecho a recurrir ante las autoridades competentes del Estado de empleo.</p> | Art 54:"Para trabajadores migratorios legales" | | Art 8: "Para trabajadores migratorios legales, deberán beneficiarse de un trato igual a los nacionales, especialmente sobre garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación" |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|--|--|---|------------------|
| <p>Los trabajadores migratorios que hayan obtenido permiso para ejercer una actividad remunerada, con sujeción a las condiciones adscritas a dicho permiso, tendrán derecho a igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en el ejercicio de esa actividad remunerada.</p> | <p>Art 55:"Para trabajadores migratorios legales"</p> | | |
| <p>i) Los trabajadores migratorios a los que se refiere la presente parte de la Convención no podrán ser expulsados de un Estado de empleo salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado. ii) No se podrá recurrir a la expulsión como medio de privar a un trabajador migratorio de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo. iii) Al considerar si se va a expulsar a un trabajador migratorio, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo.</p> | <p>Art 56:"Para familiares de los trabajadores migratorios legales y sus familiares"</p> | | |
| <p>El trabajador migrante que haya sido admitido a título permanente y los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlo o a reunirse con él no podrán ser enviados a su territorio de origen o al territorio del que emigraron cuando, por motivo de enfermedad o accidente sobrevenidos después de la llegada, el trabajador migrante no pueda ejercer su oficio.</p> | | <p>Art 8: "Para trabajadores migratorios legales"</p> | |

| Derechos de los migrantes en el marco internacional | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares | Convenio OIT 97 | Convenio OIT 143 |
|---|--|---|---|
| Los Estados partes se cerciorarán de que, tanto en el momento de su salida como en el de su llegada, la salud de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias autorizadas a acompañarlos o a reunirse con ellos es satisfactoria. Asimismo de que gocen de una protección médica adecuada y de buenas condiciones de higiene en el momento de su salida, durante el viaje y a su llegada al país de destino | | Art 5: "Para trabajadores migratorios legales y familiares" | |
| En los casos trabajadores migrantes sean admitidos al empleo, en los casos que la legislación no haya sido respetada y cuando no se pueda regularizar, gozarán de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores. | | | Art 9: "para trabajadores migratorios legales y sus familiares" |

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN EL PERÚ

Las migraciones laborales son un importante fenómeno global que actualmente afecta a la mayoría de los países del mundo.¹⁹⁶ Frente a este hecho social, el Perú ha instaurado un marco regulatorio aplicable a los extranjeros que buscan residir en el Perú, el cual debe encontrarse conforme a los tratados, acuerdos y convenios que el Perú ha ratificado en la materia. A los propósitos de esta investigación interesa enfocar nuestro análisis en el marco legal para la inserción de extranjeros con la categoría migratoria de trabajador a nuestro país.

Nuestro marco legal interno comprende, el Decreto Legislativo N° 1236, Decreto Legislativo de Migraciones, promulgado el 26 de setiembre 2015 y vigente en parte a partir del 27 de setiembre 2015, que reemplaza a la Ley de Extranjería, publicada el 14 de noviembre de 1991 mediante Decreto Legislativo N° 703 y vigente desde el 17 de julio de 1992. Ambas normas regulan el ingreso y salida de los nacionales y extranjeros, la permanencia y residencia de los extranjeros en el territorio nacional, entre los aspectos más importantes. El Decreto Legislativo N° 1236 reemplazará y derogará a la aún vigente Ley de Extranjería, iniciando su vigencia a los noventa días hábiles de la publicación del Reglamento de la Ley en el Diario Oficial “El Peruano”. De acuerdo a la segunda disposición complementaria final del decreto mencionado, el Poder Ejecutivo cuenta con un plazo de ciento ochenta hábiles a partir de su promulgación (26.09.2015) para dictar el Reglamento.

Este nuevo Decreto Legislativo de Migraciones ha formado parte de la facultad que otorgó el Congreso de la República al Poder Ejecutivo por Ley N° 30336, vigente a partir del 02 de julio del 2015, para legislar en materia de seguridad ciudadana, fortalecimiento de la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, siendo que en su artículo 2 literal b señaló expresamente la facultad otorgada al Poder Ejecutivo para legislar sobre la supervisión, gestión y control migratorio.

Debemos anotar que la promulgación de esta nueva norma ha formado parte de una política de reforma migratoria que el Estado ha ido implementando en los últimos años. En el 2011, mediante Decreto Supremo N° 067-2011-PCM se creó la Comisión

¹⁹⁶ Cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “*Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales*”. Ginebra.OIT.2005.p.3.

Multisectorial Permanente “Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria”, con la finalidad de articular las funciones y competencias asignadas a cada una de las entidades del Estado que directa o indirectamente se vinculan con la gestión de la migración, con el objeto de proponer acciones vinculadas a una gestión integral. Uno de los más importantes resultados de esta Mesa de Trabajo fueron los “Lineamientos Generales de la Política Migratoria Peruana” adoptado en febrero del 2015, que estableció las bases para una reforma de la gestión migratoria en nuestro país. Aunado a ello, en el 2014 se estableció como objetivo del Plan Nacional de Derechos Humanos del país 2014-2016, el consolidar el proceso de integración social de los migrantes en nuestro país, observando así la voluntad del Estado de renovar la política migratoria del país.

Por otra parte, sobre las normas internas que regulan el trabajo de los migrantes al Perú, tenemos el Decreto Legislativo N° 689 – Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros en el Perú (en adelante LCTE) vigente desde 1991 y su Reglamento promulgado mediante Resolución Ministerial N° 021-93-TR del 04 de febrero de 1993. Ambas normas de especial relevancia para nuestro análisis al regular la contratación de trabajadores extranjeros así como las reglas bajo las cuales prestan sus servicios en el Perú.

Al lado de las mencionadas normas existen otras que regulan aspectos que coadyuvarán a la aplicación del marco migratorio en nuestro país, siempre que se sean aplicables a cada situación en particular, así tenemos: la Ley del Refugiado – Ley N° 27891, la Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes – Ley N° 28950 y la Ley de Asilo – Ley N° 27840.

A nivel regional, el Perú forma parte de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN) y es un país asociado del Mercado Común del Sur (en adelante MERCOSUR), siendo ambos acuerdos relevantes para los migrantes de las nacionalidades de los países miembros de los mencionados acuerdos. Estos acuerdos regionales otorgan facilidades en la residencia, en el trabajo y en otros aspectos que coadyuvan a la inserción de los migrantes en nuestro país.

En este último capítulo abordaremos, a la luz de los estándares internacionales sobre las migraciones laborales, cual es el marco normativo para las relaciones de trabajo entre empleadores con establecimiento en el Perú y trabajadores extranjeros, incidiendo en cuáles son sus particularidades y la problemática que podemos encontrar en su desarrollo y aplicación. Asimismo, revisaremos los acuerdos que el Perú forma parte, los cuales facilitan el desplazamiento de migrantes al país.

La revisión de la legislación nacional y los acuerdos de los que el Perú forma parte, nos permitirá reflexionar sobre la política migratoria peruana, y analizar si la misma se

encuentra acorde con el aseguramiento del respeto de los derechos laborales de los trabajadores migrantes.

3.1 La política de inmigración peruana

Debido a la globalización y a las oportunidades que la misma brinda, hoy en día todos los países son considerados países de origen, de tránsito o destino de migrantes, siendo el Perú no ajeno a esta realidad.¹⁹⁷

La forma en que los Estados plantean su política migratoria, en este caso para las personas que deciden migrar al Perú, se encuentra conectado con el modo en que los Estados y sus nacionales perciben a los mismos¹⁹⁸, y más aún si es de su interés la promoción de la inmigración, de acuerdo a las políticas que opten como Estado.

Consideramos importante revisar la política de inmigración peruana, toda vez que las cifras de extranjeros en búsqueda de empleos dignos en nuestro país, han ido en aumento desde el 2007, conforme revisamos en el primer capítulo de este trabajo. En ese sentido, el Perú como país receptor de migrantes, tiene la responsabilidad de establecer políticas idóneas para un adecuado balance de las relaciones laborales entre empleadores y los inmigrantes internacionales que vienen al Perú en búsqueda de establecimiento y oportunidades laborales. Al observar que la migración hacia nuestro país viene en aumento, es importante contar con una regulación capaz de hacer frente a este nuevo escenario, a la luz de los derechos humanos de los trabajadores migrantes.

La Defensoría del Pueblo señaló en el año 2009, que el establecimiento de una política migratoria adecuada debería representar un reto para nuestro país, el cual corresponde ser atendido de manera eficiente por los efectos que genera en la vida de las personas, en el desarrollo del país, la economía y la gobernabilidad.¹⁹⁹

¹⁹⁷ De acuerdo a las Observaciones Finales sobre el Informe Inicial del Perú del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, publicado el 24 de junio 2015, en el punto 4 de su Introducción señala que el Comité reconoce que el Perú tradicionalmente ha sido un país de origen de trabajadores migratorios que, en los últimos años, ha registrado también un aumento en el flujo de trabajadores en tránsito o que se han instalado en el Estado parte, así como en el retorno de algunos de sus nacionales, transformándose en un país receptor.

¹⁹⁸ Cf. SOLANES, Ángeles y LA SPINA, Encarnación. *Instrumentos normativos internacionales para la protección de las personas migrantes. Un estándar mínimo exigible.1. Fundamentación teórica de los derechos de las personas migrante*. Material de enseñanza. Madrid: Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos.2015, p.9

¹⁹⁹ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Migraciones y derechos humanos. Supervisión de las políticas de protección de los derechos de los peruanos migrantes*. Serie: Informes Defensoriales. Informe N° 146, Lima: Defensoría del Pueblo. 2009, p.17.

La Ley de Extranjería de 1992 regulaba la política migratoria sobre el ingreso, permanencia, residencia, salida, reingreso y situación jurídica de extranjeros en el Perú. Sobre la política migratoria tanto la referida a inmigración como emigración, la mencionada Ley señalaba que forma parte de la política general de Estado y es dirigida por el mismo y el Presidente de la República. Para efectos del presente trabajo nos interesa revisar la política de inmigración. La política de inmigración, de acuerdo a los artículos 6 y 7 de la Ley de Extranjería, forma parte de la política exterior e interior del Estado; de la política exterior al determinar la relación del Estado peruano con los nacionales, extranjeros, y con sus respectivos Estados de origen, antes de su ingreso al territorio nacional; y de la política interior al orientar la relación del Estado peruano con los nacionales extranjeros que han ingresado al territorio nacional, con la visa y calidad migratoria autorizada por la Dirección Nacional de Migraciones, a excepción de las calidades migratorias que son competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores.²⁰⁰

La Ley de Extranjería señalaba que el Consejo Nacional de Extranjería, formado por los Ministros del Interior, Relaciones Exteriores, Trabajo e Industria, Turismo e Integración²⁰¹, era el organismo de más alto nivel de consulta del Presidente de la República en materia de política de inmigración de extranjeros. Era competencia de este Consejo proponer los lineamientos de la política de inmigración; los planes de inmigración organizada, selectiva u orientada a fin de promover el desarrollo socio-económico de áreas específicas mediante el asentamiento de profesionales, técnicos y mano de obra calificada extranjera; proponer anualmente los límites máximos de extranjeros que pueden ser admitidos como residentes; y proponer los cambios a introducirse en la Ley de Extranjería.

Debemos precisar, que el Consejo Nacional de Extranjería no entró en funcionamiento durante la vigencia de la Ley de Extranjería, como lo confirma el Informe de la Defensoría del Pueblo sobre Migraciones y Derechos Humanos²⁰², así como a pesar de encontrarse vigente por más de veinte años, el Estado peruano no efectuó la promulgación de su reglamento, elemento necesario para su operatividad.

²⁰⁰ Las calidades migratorias que son competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo al artículo 7 y 72 de la Ley de Extranjería, son los status de diplomático, oficial, consular, cooperante, intercambio, periodista, familiar oficial, asilado político, turista, negocios y negocios ABTC.

²⁰¹ El Ministerio de Industria, Turismo e Integración, actualmente se denomina Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

²⁰² Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Migraciones y derechos humanos. Supervisión de las políticas de protección de los derechos de los peruanos migrantes*. Serie: Informes Defensoriales. Informe N° 146, Lima: Defensoría del Pueblo. 2009, p.119.

Como vemos, si bien teníamos un marco migratorio desde 1992, este marco se basaba en una norma sin reglamento y sin consejo de apoyo en funcionamiento que guiara el desenvolvimiento de la misma.

Aunado a ello, la Ley de Extranjería tenía varias deficiencias en la regulación de inmigración de extranjeros, conforme detallaremos en el punto 3.1.1 del presente trabajo, respecto a su ámbito de articulación con la Ley de Contratación de Extranjeros. En ese sentido, la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 009-2014-DP/ADHPD denominado “*Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos reconocidos por la Defensoría del Pueblo*” del año 2014 señalaba como en algunos casos las disposiciones de esta norma, así como su aplicación, era contraproducente para el ingreso, permanencia, residencia de extranjeros en nuestro país, lo que repercutía directamente en contra los derechos fundamentales de las personas migrantes. En el Informe de la Defensoría se graficaron casos que habían sido atendidos por dicha entidad, que mostraban la necesidad de impulsar una reforma integral de la política migratoria interna de nuestro país.

Como respuesta a las deficiencias presentadas y con el ánimo de gestionar la migración de manera idónea e integral, en el año 2011 se emitió el Decreto Supremo N° 067-2011-PCM que constituyó la Comisión Multisectorial Permanente “Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria”, con la finalidad de articular las funciones y competencias asignadas a cada una de las entidades del Estado que directa o indirectamente se encontraban vinculadas con la gestión integral de la migración.²⁰³ Lo cual consideramos una acción necesaria, ante la inexistencia del Consejo Nacional de Extranjería que delimitara y guiara la política migratoria.

²⁰³De acuerdo al artículo 2 del Decreto Supremo N° 067-2011- PCM, la Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria está conformada por un representante de las siguientes entidades:

- Ministerio de Relaciones Exteriores, que preside la Mesa.
- Presidencia del Consejo de Ministros.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- Ministerio del Interior.
- Dirección General de Migraciones y Naturalización (DIGEMIN), que actualmente se denomina Superintendencia Nacional de Migraciones.
- Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).
- Oficina de Normalización Previsional (ONP).
- Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Personas (SBS).
- Ministerio de Educación.
- Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.
- Ministerio de la Producción.
- Ministerio de Justicia.
- Instituto Nacional Penitenciario (INPE).
- Ministerio Público.
- Ministerio de Salud.
- Seguro Social de Salud (ESSALUD).
- Seguro Integral de Salud (SIS).

En los considerandos de la creación de la Mesa de Trabajo se señaló como prioridad del Estado peruano implementar acciones y estrategias concretas que fortalezcan la gestión integral de la migración a fin de reconocerla como instrumento y mecanismo de creación de oportunidades en un mercado de trabajo globalizado a favor de peruanos e inmigrantes que buscan ejercer de manera concreta sus derechos fundamentales, es decir se observa que la gestión de la migración se volvió una de las prioridades del Estado, buscando la activación de medidas conducentes a una gestión efectiva de este fenómeno. En ese sentido, se estimó necesario la creación de la Mesa de Trabajo, con la finalidad de articular las funciones y competencias asignadas a cada una de las entidades del Estado que directa o indirectamente se vinculaban con la gestión integral de la migración, con el objeto de proponer, priorizar y supervisar las políticas y acciones vinculadas a la gestión integral migratoria. Uno de los más importantes resultados de esta Mesa de Trabajo son los “Lineamientos Generales de la Política Migratoria Peruana” adoptado en febrero del 2015.

Estos lineamientos proponen el nuevo enfoque de la política migratoria, el cual expresamente se encuentra dirigido hacia un enfoque de derechos humanos, de género, de seguridad humana, de integralidad, intercultural y etario. Los principios que establece son en su mayoría recogidos por el nuevo Decreto de Migraciones del año 2015, los cuales son los siguientes:

- Comprensión integral del fenómeno migratorio.
- Respeto de los derechos humanos de todas las personas migrantes y sus familias,
- No criminalización, ni discriminación de la persona migrante, especialmente aquella que se encuentra en situación migratoria irregular.
- Protección de las y los migrantes en situación de especial vulnerabilidad.
- Inclusión social de la persona migrante.
- Reconocimiento de aporte de los migrantes al desarrollo social, político, económico y cultural de los países de origen y destino.
- Promoción de una movilidad internacional ordenada y segura, respetuosa de la soberanía y normativa interna.
- Integralidad y coherencia en la gobernanza migratoria.
- Eficiencia y modernización de la gestión migratoria.

-
- Fondo MIVIVIENDA S.A.
 - Instituto Nacional de Ingeniería e Informática (INEI).

Asimismo, en calidad de observadores permanentes:

- La Defensoría del Pueblo; y
- La Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República.

- Congruencia y complementariedad.

En el 2015, como parte de la delegación de facultades por parte del Congreso de la República, mediante Ley N° 30336, se delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar la supervisión, gestión y control migratorio, creándose así el Decreto Legislativo de Migraciones, Decreto Legislativo N° 1236, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de setiembre 2015, que entrará en vigencia a los noventa (90) días hábiles de la publicación del Reglamento de la Ley.

Como vemos, con el ingreso de esta norma que configura el nuevo marco migratorio, se observa el interés del país por plantear una nueva política migratoria, lo cual consideramos como un paso acertado que da respuesta al nuevo escenario migratorio que nuestro país viene enfrentando. Consideramos que uno de las principales innovaciones y vigente desde el 27 de setiembre del 2015, son los principios que guiarán nuestra política migratoria, los cuales son los siguientes:

- Principio de reconocimiento del aporte de los migrantes en el desarrollo del país y del principio de libre tránsito.
- Principio de soberanía
- Principio de respeto a los derechos fundamentales
- Principio de integración del migrante
- Principio de no criminalización de la migración irregular
- Principio de no discriminación
- Principio de unidad de acción
- Principio de reciprocidad
- Principio de interés superior del niño y adolescente
- Principio de interés superior del niño y adolescente
- Principio de unidad migratoria familiar
- Principio de formalización migratoria

Estos principios resultan fundamentales para una adecuada gestión migratoria, toda vez que reconocen el aporte de los migrantes en el país, el respeto de sus derechos fundamentales, así como el principio de unidad migratoria familiar, siendo este último principio muchas veces transgredido con la antigua normativa, toda vez que en muchos casos, familias eran separadas a consecuencia de las regulaciones migratorias, situación que había sido observada en los informes de la Defensoría del Pueblo sobre materia migratoria, tanto del año 2009 como del 2014. Creemos que el derecho a la protección a la familia, se ha podido salvaguardar en todos los casos,

independientemente que la Ley de Extranjería no haya regulado nada al respecto, la Constitución política de nuestro país promueve protección de la familia, así como el Convenio Internacionales sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, ratificado por el Perú.

Ahora bien, la aplicación de política de inmigración en el Perú se encuentra a cargo de la Superintendencia Nacional de Migraciones (en adelante MIGRACIONES), creada mediante Decreto Legislativo N° 1130 en diciembre del 2012, como un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio del Interior, con autonomía administrativa, funcional y económica en el ejercicio de sus atribuciones²⁰⁴.

A MIGRACIONES se le otorgó competencia en materia de política migratoria interna y participa en la política de seguridad interna y fronteriza, con competencia a nivel nacional. Entre sus funciones más importantes en la materia se encuentran, la ejecución de la política migratoria interna, en el marco de su competencia y de conformidad con los tratados internacionales, y el promover la integración de las personas migrantes a la sociedad peruana.

Para el cumplimiento de sus funciones, MIGRACIONES cuenta con una estructura orgánica básica dirigida por un Consejo Directivo (en adelante Consejo), que representa el órgano máximo de la entidad, siendo el responsable de establecer las políticas institucionales y la dirección de MIGRACIONES. Este Consejo se encuentra integrado por cuatro miembros, dos propuestos por el Sector Interior, uno de los cuales es el Superintendente Nacional y los otros dos correspondientes a los Sectores Comercio Exterior y Turismo, y Relaciones Exteriores, siendo precedido el Consejo por el Superintendente Nacional de MIGRACIONES.²⁰⁵

²⁰⁴ Es de competencia del Ministerio de relaciones Exteriores, las calidades migratorias de:

- a) Diplomática,
- b) Consular,
- c) Oficial,
- d) Asilado Político; y,
- e) Refugiado.

²⁰⁵ Desde nuestra opinión, a pesar que la norma de creación de MIGRACIONES solo establece como parte del Consejo a miembros designados del sector Interior, Comercio Exterior y Turismo y Relaciones Exteriores, consideramos que la coordinación no se agota solo en estos sectores, siendo importante también la participación de los sectores de Justicia, como ente rector en materia de derechos humanos; Trabajo, como sector relevante para la regulación de los trabajadores migratorios y sus familiares; el Congreso de la República, como poder legislativo vital para la creación de normas; la Defensoría del Pueblo como defensor de los derechos fundamentales de las personas y las comunidades; el Ministerio Público en su función de velar por el interés social; y el Poder Judicial al otorgar a los migrantes la posibilidad de ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; y finalmente

No obstante, de acuerdo al Informe de Tratamiento de las Personas Extranjeras en el Perú de la Defensoría del Pueblo del 2014, no se ha completado la designación de todos los representantes, razón por la cual dicho Consejo no habría sido instalado.²⁰⁶ El funcionamiento de este Consejo es de importante relevancia para el adecuado funcionamiento de la política migratoria del país por las funciones que han sido asignadas a este Consejo: i) proponer la política migratoria interna; ii) establecer y aprobar los lineamientos y la política general de la institución; iii) aprobar el proyecto de Reglamento de Organización y Funciones, el Texto Único de Procedimientos Administrativos y los instrumentos de gestión de la entidad.²⁰⁷

En ese sentido, como lo menciona el Informe de Tratamiento de las Personas Extranjeras en el Perú de la Defensoría del Pueblo, la ausencia de los miembros restantes impide la instalación del Consejo y por ende su funcionamiento, ocasionando esta realidad que el manejo de la implementación política de inmigración recaiga -de forma absoluta- en su titular²⁰⁸, situación desacertada para el adecuado funcionamiento y gestión de nuestra política de migración. Creemos importante que como complemento necesario a la regulación de una nueva política migratoria, la entidad encargada de implementarla garantice la implementación de políticas, idóneas, integrales y cohesionadas, de modo que la aplicación de la norma sea real y efectiva.

La función que ejerce MIGRACIONES es trascendental para los migrantes que ingresan a trabajar al Perú, sin embargo al encontrarse adscrito al sector interior y que este sea el único sector encargado de su gestión, al menos de manera momentánea hasta que el Consejo efectivamente ejerza sus funciones, consideramos puede ocasionar que nuestra política se encuentre más enfocada a una perspectiva de seguridad nacional, más que a una visión coherente e integrada que permita el respeto de los derechos fundamentales de los migrantes, situación que analizaremos en adelante.

A continuación realizaremos un análisis de la denominada política migratoria de nuestro país, lo analizaremos a la luz de las principales normas que la regulan, la normativa internacional vinculante, y la conexión que realizan entre ellas para gestionar la inserción de los trabajadores extranjeros al Perú.

la sociedad civil, como actor trascendental en la toma de decisiones por ser el grupo al cual se le aplicará directamente las regulaciones impuestas.

²⁰⁶ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie: Series Informes de Adjuntía. Informe N° 009-2014-DP/ADHPD, Lima: Defensoría del Pueblo. 2015, p.62.

²⁰⁷ Artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1130

²⁰⁸ *Ibidem*.

3.1.1 La articulación del marco normativo peruano sobre inmigración de trabajadores: Ley de Extranjería, el Texto Unico Ordenado de la Superintendencia Nacional de Migraciones y la Ley de Contratación de Extranjeros

Como marco general, la Ley de Extranjería considera como “extranjero” a toda la persona que no posea la nacionalidad peruana, es decir utiliza una frase en negativo para señalar quienes son considerados extranjeros. Formula que vuelve a repetir el Decreto Legislativo de Migraciones para definir a “extranjero”

Asimismo, el artículo 55 de la Ley de Extranjería señala que los extranjeros en el territorio de la República, lo que incluye a los extranjeros con calidad migratoria de trabajador y sus familiares, tienen los mismos derechos y obligaciones que los peruanos, con las excepciones que establecen la Constitución Política del Perú, la presente Ley y demás disposiciones legales de la República, lo cual también establece el Decreto Legislativo de Migraciones, añadiendo el deber del extranjero de respetar el orden interno, orden público, la seguridad ciudadana y la seguridad nacional..

Es importante mencionar que tanto la Ley de Extranjería como el nuevo Decreto Legislativo de Migraciones, al momento de establecer los derechos y obligaciones de los extranjeros, no realiza distinción de la atribución de dichos derechos y obligaciones respecto a la situación administrativa o migratoria del extranjero como “legal” o “ilegal”, por lo cual interpretamos que se aplica para todos los extranjeros independientemente de su situación administrativa al tratarse de derechos constitucionales, y más aun si ello es conforme a la ratificación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

En ese marco, al revisar nuestra Constitución, los extranjeros en el Perú tienen todos los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo I sobre los derechos fundamentales de la persona²⁰⁹. De los derechos fundamentales del artículo 2 de la

²⁰⁹ “Artículo 2 .- Toda persona tiene derecho

A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las

Constitución Política peruana, solo encontramos una restricción expresa para los extranjeros, que establece que la Ley de Extranjería puede restringir a los extranjeros el derecho a elegir lugar de residencia, siendo una práctica común de los Estados, el mantener reserva en la potestad de ingreso de extranjeros a su territorio, regulándolo conforme a las políticas de inmigración de cada país. Al ser potestad de cada país el acceso de extranjeros, a nivel internacional solo se recoge el derecho de los migrantes a acceder a su propio país, precisando por ello la Convención en su artículo 79, que nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará el derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. Por su parte, el nuevo Decreto de Migraciones establece el principio

informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración.

Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

A reunirse pacíficamente sin armas.

A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley.

A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

A trabajar libremente, con sujeción a ley.

A la propiedad y a la herencia.

A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.

A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

A la legítima defensa.

A la libertad y a la seguridad personales”.

de libre tránsito, al establecer que defiende la libertad de tránsito internacional, así como el principio de soberanía, señalando que el Estado ejerce la soberanía sobre la integridad de su territorio y sobre los nacionales y extranjeros que en él se encuentren. Asimismo, la Convención señala que los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia, pudiendo ser limitados para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y las libertades de los demás. Es decir la Convención como hemos comentado no otorga el derecho al libre acceso a cualquier lugar de residencia, sino más bien señala que aquellos trabajadores que ya se encuentren en un Estado de empleo, tendrán derecho a la libertad de movimiento y elegir su residencia en el Estado de empleo, ello en tanto constituye una prerrogativa de los trabajadores migrantes el escoger su lugar de residencia en el Estado que los acoge, derecho que correspondería a nacionales y migrantes, sin distinción de su situación migratoria.

Por otro lado, el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución establece el derecho de los extranjeros a usar su propio idioma ante cualquier autoridad en caso de citación, mediante un intérprete, siendo este derecho conforme al artículo 33° de la Convención, que establece el derecho de los migrantes a la obtención de información en un idioma que puedan entender. Como vemos, en el caso del Perú es instaurado el derecho de los extranjeros a usar su propio, solo en el marco de la citación ante alguna autoridad, sin embargo este derecho por la ratificación de la Convención, otorga a los migrantes en el Perú el derecho a recibir información en su idioma o en cualquier otro que comprendan, por lo cual no estará limitado solo a los casos de citación como lo establece la Constitución.

En esa misma mirada protectora, los extranjeros en el Perú, tienen derechos sociales y económicos del Capítulo II de la Constitución, referidos a protección de la familia, promoción del matrimonio, derecho a la salud, a la seguridad social, educación, y sobretudo a los derechos laborales constitucionales tales como la protección y fomento del empleo, a una remuneración equitativa y suficiente, a una jornada máxima de trabajo, al respeto de los principios de una relación laboral, a la protección frente la despido arbitrario, a los derechos colectivos del trabajador y a la participación de las utilidades, derechos también recogidos en la Convenio de Naciones Unidas ratificado por el Perú.

Adicional a los derechos recogidos por la Constitución Política, los trabajadores extranjeros, como consecuencia de la Ratificación de la Convención también gozan de los siguientes derechos: (i) no sometimiento a injerencias arbitrarias o ilegales, (ii) derecho a no ser privados arbitrariamente de sus bienes, (iii) derecho a no ser objeto

de expulsión colectiva²¹⁰, (iv) derecho a recibir atención médica urgente, (v) derecho a tener un nombre, el registro de nacimiento y una nacionalidad, (vi) respeto a la identidad cultural de los trabajadores migratorios, (vii) derecho a la protección contra la confiscación no autorizada de documentos, (viii) el derecho a recurrir a la protección de las autoridades consulares o diplomáticas, (ix) el derecho a transferir sus ingresos, ahorros, derechos que se aplican a todos los trabajadores migrantes y familiares independientemente de su situación migratoria.

Los derechos políticos se encuentran reservados solo para los ciudadanos peruanos, los cuales gozan de los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum, a diferencia de los extranjeros.

Continuando con el análisis de la Ley de Extranjería, señalaba que cada extranjero constituye una unidad migratoria, cuya calidad migratoria se extiende a los miembros de su familia, constituida por el cónyuge, hijos menores de 18 años, hijas solteras, padres y dependientes.²¹¹

Al respecto, vemos que la calidad migratoria de residente en el Perú, no se extiende hacia los convivientes, a pesar que nuestra Constitución Política reconoce a la unión de hecho como una comunidad de bienes²¹², y del mismo modo el artículo 4° de la Convención, señala como “familiares” del trabajador migratorio a quienes “mantengan con ellos una relación que de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio”, por lo cual creemos que la norma de extranjería debió incluir como parte de la unidad familiar a los convivientes. Sin embargo, a pesar que la Ley de Extranjería no reconozca como parte de la unidad familiar a las uniones de hecho, somos de la opinión que por interpretación constitucional y a la luz de la Convención, una apropiada interpretación es el complementar el reconocimiento de los convivientes que cumplan los requisitos como tal en nuestra legislación, por lo cual sería ilegal cualquier negativa de MIGRACIONES de reconocer la calidad migratoria de los convivientes de los ciudadanos extranjeros, por lo cual actualmente la Ley de Migraciones en este punto, dispensa un trato diferenciado a las personas en función al estado civil sin la existencia de una razón objetiva que la justifique, lo que resulta discriminatorio. Ahora bien el nuevo Decreto de Migraciones, subsana este desacierto de la Ley de Extranjería, al señalar como definición de la unidad migratoria familiar:

²¹⁰ El derecho a no ser expulsado de manera colectiva otorga el derecho a los extranjeros detener un propio procedimiento, en caso se inicie un procedimiento de expulsión del país, de modo que asegure que cada caso se analice su situación particular.

²¹¹ Desde el punto de vista de la calidad migratoria de trabajador, esta calidad migratoria otorga al extranjero y a su unidad migratoria que reside conjuntamente con él en el país, una visa de residencia por el tiempo que dure su contrato de trabajo.

²¹² El código civil peruano otorga a las uniones de hechos los mismos efectos que el matrimonio (artículo 326 del Código Civil peruano).

*“principio que guía al estado en la protección del núcleo familiar y su reunificación, integrado por un conjunto de personas unificadas por un vínculo de parentesco hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, o al cónyuge o a la pareja de hecho sin impedimento para casarse o por filiación, adopción o tutela legal”.*²¹³

De igual manera, en la Ley de Extranjería se observaba una distinción entre los “hijos solteras” e “hijas solteras” sin ninguna justificación objetiva, de modo que tal cual se encontraba redactado la calidad migratoria de familiar solo se extendía a las hijas solteras, lo cual resultaba contrario al principio de derecho a la igualdad consagrado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú vigente, el cual según el fundamento 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02974-2010-PA/TC no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratada del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación.²¹⁴

Consideramos que una vez más no existe justificación objetiva para excluir a los hijos varones solteros, por lo cual también en este extremo debería considerarse a los “hijos solteros” como parte de la unidad familiar del migrante en nuestro país. El nuevo Decreto Legislativo de Migraciones también subsana este desacierto de la norma, al no realizar esta distinción en su definición de unidad migratoria, por lo cual se entiende que la calidad migratoria se extiende a los hijos independientemente de su género.

Conforme hemos señalado, la Ley de Extranjería señalaba en toda su extensión que será desarrollada por su Reglamento de Extranjería, norma que hasta el momento no se ha promulgado, lo que ocasionó que el único desarrollo respecto a requisitos para la obtención de los tipos de visa, residencia, límites y demás asuntos relevantes de orden procedimental para la efectiva aplicación de la Ley de Extranjería se haya encontrado acopiado en el Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos de la Superintendencia Nacional de Migraciones²¹⁵ (en adelante el TUPA), que sirvió como único medio para “reglamentar”, de alguna manera (anti técnica, ciertamente) a la Ley de Extranjería dentro de sus más de veinte años de vigencia.

Consideramos que el desarrollo de la Ley de Extranjería mediante el TUPA es anti técnica e incluso podríamos calificarla de ilegal, porque de acuerdo a los artículos 36 y 37 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 señala lo siguiente:

²¹³ Definición del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1236.

²¹⁴ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie: Series Informes de Adjuntía. Informe N° 009-2014-DP/ADHPD, Lima: Defensoría del Pueblo. 2015, p.76.

²¹⁵ El TUPA es un documento de gestión que contiene toda la información relacionada a la tramitación de procedimientos que los administrados realizan ante las distintas dependencias de cada entidad.

"Artículo 36 Legalidad del procedimiento

36.1 Los procedimientos, requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, norma de la más alta autoridad regional, de Ordenanza Municipal o de la decisión del titular de las entidades autónomas conforme a la Constitución, según su naturaleza. Dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados para cada entidad"

Artículo 37.- Contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos

37.1 Todos los procedimientos de iniciativa de parte requeridos por los administrados para satisfacer sus intereses o derechos mediante el pronunciamiento de cualquier órgano de la entidad, siempre que esa exigencia cuente con respaldo legal, el cual deberá consignarse expresamente en el TUPA con indicación de la fecha de publicación en el Diario Oficial."

Como vemos todos los requisitos y procedimientos deben encontrarse recogidos en una norma, tal como un Decreto Supremo u otra de mayor jerarquía, de manera que la única función del TUPA de cada entidad, sea compendiar y sistematizar los requisitos y procedimientos ya dados por normas previas. Es por ello que consideramos el desarrollo de la Ley de Extranjería mediante el TUPA de MIGRACIONES sin sustento legal. En ese sentido, que los requisitos exigidos en el TUPA de MIGRACIONES no tengan sustento legal conforme al artículo 36 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, hace que en la práctica no sean exigibles para los migrantes. Esta observación nos permitirá discernir en adelante aquellos requisitos del TUPA que carecerían de respaldo legal, lo cual representa una situación grave, toda vez que los migrantes podrían atravesar barreras burocráticas e ilegales, que no fomenten la legalidad de su situación administrativa, lo cual haría a este grupo vulnerable al ser sus derechos fácilmente transgredidos, exponiéndolos a situaciones que el país debe velar por erradicar, como el trabajo forzado, la trata de personas, vulneración de sus derechos humanos, laborales etc.

Continuando con el análisis de la Ley de Extranjería, es el artículo 11º, modificado por el Decreto Legislativo N° 1043, el que determina cuales son las calidades migratorias en las cuales puede incurrir un extranjero cuando arriba a territorio peruano:

Cuadro N° 3.- Tipos de Calidades Migratorias en el Perú

| Tipos de Calidades Migratorias en el Perú | |
|---|--------------------------|
| 1. Diplomática | 12. Negocios ABTC |
| 2. Consular | 13. Artista |
| 3. Oficial | 14. Religioso |
| 4. Cooperante | 15. Tripulante |
| 5. Intercambio | 16. Estudiante |
| 6. Periodista | 17. Trabajador designado |
| 7. Asilado político | 18. Independiente |
| 8. Refugiado | 19. Rentista |
| 9. Familiar oficial | 20. Familiar residente |
| 10. Turista | 21. Inmigrante |
| 11. Negocios | 22. Trabajador |

Fuente: Ley de Extranjería - Decreto Legislativo N° 703

Elaboración: Propia

El nuevo Decreto de Migraciones, establece las mismas categorías migratorias, agregando adicionalmente las categorías de: cortesía, especial, visitas cortas-acuerdos internacionales, talento corto plazo, trabajador estancia corta, trabajador fronterizo, humanitaria, espectáculo, temporal – acuerdos internacionales, suspendida, extranjeros altamente calificados y por transferencia empresarial.

Para el presente trabajo, nos interesa enfocarnos en la calidad migratoria de trabajador.

De acuerdo a la Ley de Extranjería, otorga la calidad migratoria de trabajador en el Perú a aquellos que ingresan al país con el fin de realizar actividades laborales en virtud de un contrato previamente aprobado por el Ministerio de Trabajo. El nuevo Decreto Legislativo de Migraciones, señala que la calidad migratoria de trabajador es otorgada para el trabajador que ingresa al territorio nacional con el fin de realizar actividades lucrativas de manera subordinada o autónoma para los sectores público o privado, en virtud de un contrato de trabajo o relación administrativa o un contrato de prestación de servicios. Asimismo, incluye en esta calidad aquellos extranjeros que ingresan al país con el fin de realizar actividades laborales en virtud de un contrato previamente aprobado por el Ministerio de Trabajo. Sobre el estatus de trabajador de la nueva norma migratoria, también incluye a los independientes, que con la Ley de Extranjería contaban con una visa especial para profesional independiente. A la luz del derecho laboral, en el caso de los profesionales independientes, faltaría el elemento

de subordinación para constituirse dentro de una relación laboral, por lo cual independientemente del estatus migratorio, en el Perú, para que una actividad sea considerada como una relación de trabajo, y por lo tanto amparada bajo el ámbito del derecho laboral, deben existir tres elementos: prestación personal, subordinación y remuneración. Estos elementos esenciales del contrato de trabajo están recogidos, de cierta forma, dentro del artículo 4 del Texto Único Ordenado de Ley de Productividad y Competitividad Laboral, N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante “Ley del Régimen Laboral Peruano”).²¹⁶

Es la LCTE y su reglamento, los que establecen los requisitos y parámetros para la contratación de trabajadores extranjeros en el país. Esta norma regula con respecto al trabajo extranjero, los tres momentos de la relación laboral: (i) la fase previa a la celebración del contrato de trabajo —que, como se verá más adelante, está sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos formales—, las condiciones de empleo en el ingreso, para luego preocuparse por (ii) las condiciones laborales elementales aplicables en el vínculo constituido entre empleador y trabajador migrante en el Perú, y, finalmente, otorga (iii) un marco que debe tenerse en cuenta al término de la relación laboral.

Es por ello que con la intención de revisar de manera ordenada y sistematizada la conjugación, coordinación y aplicación de las normas marco para el ingreso, establecimiento y salida de trabajadores migrantes en el Perú, vamos analizar la dinámica de las mismas en sus tres fases: en la fase inserción del trabajador migrante, en el desarrollo de la relación laboral del migrante y finalmente en la salida del migrante del territorio nacional.

3.1.1.1 Inserción del trabajador migrante

Desde el aspecto formal, un extranjero en el Perú para aplicar a la calidad migratoria de trabajador, previamente debe haber registrado su contrato de trabajo en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de un procedimiento especial de aprobación para el registro correspondiente.

Es así que de acuerdo a la LCTE, para la contratación de personal extranjero se debe cumplir con dos requisitos esenciales, (i) encontrarse dentro de los límites porcentuales de la empresa que lo contrata y (ii) efectuar el trámite de aprobación de contrato de trabajo extranjero.

²¹⁶ NEVES, JAVIER. *Óp. cit.*, p.9

Sobre los porcentajes limitativos, la LCTE establece el cumplimiento de porcentajes limitativos para la contratación de trabajadores extranjeros de acuerdo a lo siguiente:

- Respecto al número de extranjeros: Las empresas podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20% del número total de sus trabajadores (artículo 4 de la LCTE).
- Respecto de las remuneraciones: El monto de las remuneraciones del personal extranjero no podrá exceder el 30% del total de la planilla de remuneraciones de la empresa (artículo 4 de la LCTE).

Así vemos, que nuestra legislación optó por limitar la contratación de personal extranjero tanto en el porcentaje de número de extranjeros como en el total de sus remuneraciones, ello como opción de política migratoria de restringir el acceso de trabajadores extranjeros y solo permitirlo con ciertos límites, de manera que no se promoviera la contratación de los mismos, restricción que volveremos a reconocer en los siguientes preceptos de esta Ley. Esto iba de la mano con lo establecido por la Ley de Extranjería donde señalaba en su artículo 10 inciso c) que el Consejo Nacional de Extranjería propondría anualmente los límites máximos de extranjeros que pueden ser admitidos como residentes.

Esta limitación dada en el año 1991 sin justificación objetiva, iba en contra de la garantía de trato que no sea menos favorable de la que reciben los nacionales del Estado parte de conformidad con la Convención, siendo este punto parte de las Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Perú del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares aprobada por Sesión del 23 de abril del 2015, donde señala que el Comité recomienda que el Estado parte elimine las limitaciones existentes a la contratación de trabajadores migratorios y garantice un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales peruanos de conformidad con la Convención.²¹⁷ Por lo cual estas limitaciones, nuestro país deberá revisarlas y justificar su necesidad, considerando que si estos límites no se sustentan en una justificación objetiva, va en contra de lo dispuesto por la Convención.

²¹⁷ Cf. NACIONES UNIDAS. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Perú del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Ginebra: Naciones Unidas. 2015, p.8. Consulta: 18 de junio del 2015 <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fPER%2f1&Lang=en>.

La preferencia por la contratación de trabajadores nacionales, se observa desde el artículo primero de la LCTE que señala: *"Los empleadores cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales"*.

Asimismo, también lo observamos cuando el Reglamento señala que los contratos de trabajadores extranjeros deben establecer por escrito el compromiso de capacitar al personal nacional en la misma posición que el extranjero ha sido contratado, siendo el incumplimiento de esta medida pasible de sanción para el empleador, de acuerdo al artículo 9 inciso e de la LCTE. Estas diferencias también irían en contra de la eliminación del trato menos favorable hacia los trabajadores no nacionales, por lo cual de no tener una justificación razonable para el país la implementación de estas medidas serían inaplicables.

Esta clara política de preferencia a los trabajadores nacionales podría haberse debido a que la promulgación de esta norma en el año 1991 se dio en un contexto con problemas sociales graves para el Perú, como el crecimiento terrorismo producido en los años ochenta, la hiperinflación, la inestabilidad económica, entre otros, por lo que para este contexto creemos que era primordial la protección de la fuerza laboral nacional, más aún cuando nuestro país no era visto como un país atractivo para migrar por los problemas sociales que atravesaba, sino por el contrario era un país de origen que enviaba migrantes a otros Estados, como revisamos en el capítulo primero de este trabajo. La descontextualización de la norma en una etapa del Perú, diferente a la señalada, hace imperativo su revisión, de modo que cubra las necesidades actuales y sea conforme a los tratados que se han ratificado sobre la materia.

La LCTE establece en su artículo 6 ciertas excepciones a la aplicación de los porcentajes limitativos señalados, los cuales son los siguientes:

- Cuando se trata de personal profesional o técnico especializado.
- Cuando se trate de personal de dirección y/o gerencial de una nueva actividad empresarial o en caso de reconversión empresarial.
- Cuando se trate de profesionales contratados para la enseñanza superior o enseñanza básica o secundaria en colegios particulares nacionales o en centros especializados de enseñanza de idiomas.

- Cuando se trate de personal de empresas del sector público o de empresas privadas que tengan celebrados contratos con organismos, instituciones o empresas del Sector Público.
- En los casos que se establezcan por Decreto Supremo.

Se aprecia que la norma realiza excepciones para el cumplimiento de los límites señalados, en los casos de personal que no necesariamente compite directamente con el personal peruano, ya que por su especialidad o sus circunstancias particulares, hacen que su contratación pueda ser fomentada en vez de restringida.

Adicionalmente a los supuestos en los que se exonera los límites porcentuales, señalaremos los supuestos en los cuales no se aplican los límites porcentuales de contratación, establecidos en el artículo 3 de la LCTE:

- Al extranjero con cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos peruanos;
- Al extranjero con visa de inmigrante;
- Al extranjero con cuyo país de origen exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad;
- Al personal de empresas extranjeras dedicadas al servicio internacional de transporte, terrestre, aéreo o acuático con bandera y matrícula extranjera;
- Al personal extranjero que labore en las empresas de servicios multinacionales o bancos multinacionales, sujetos a las normas legales dictadas para estos casos específicos;
- El personal extranjero que, en virtud de convenios bilaterales o multilaterales celebrados por el Gobierno del Perú, preste sus servicios en el país;
- Al inversionista extranjero, haya o no renunciado a la exportación del capital y utilidades de su inversión, siempre que ésta tenga un monto permanente durante la vigencia del contrato no menor de 5 UIT;

- Los artistas, deportistas y en general aquellos que actúen en espectáculos públicos en el territorio de la República, durante un período máximo de tres meses al año.

Se aprecia que no se aplican los límites porcentuales cuando se trata de personal extranjero con vínculos en el Perú, ya sea por vínculo familiar, por residir en el Perú de manera permanente (a partir del segundo año un trabajador migrante puede convertirse en inmigrante y no sujetarse a los límites porcentuales), para los casos donde se han suscrito convenios internacionales o en algún supuesto que el país desee fomentar o beneficiar su migración, como en el caso de los extranjeros de servicios multinacionales, a los inversionistas y a los artistas y deportistas.

Ahora bien, el artículo 2 del Reglamento de la LCTE precisa que en los casos de: (i) extranjeros con cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos peruanos; (ii) extranjeros con visa de inmigrante; (iii) extranjeros con cuyo país de origen exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad, se regirán por las mismas normas de contratación aplicables a los trabajadores peruanos, por lo cual no se encuentran sujetos ni a los límites porcentuales, ni al procedimiento especial para su aprobación.

El plazo de duración para los contratos de trabajo extranjeros, con excepción de aquellos contratos que son tratados como nacionales,²¹⁸ es de tres años como máximo, prorrogado por periodos iguales. A diferencia, que en el régimen nacional donde se debe justificar la temporalidad de los contratos, en el caso de los contratos extranjeros, no se requiere justificar la temporalidad, toda vez que la norma establece el límite, al sustentarse en un régimen especial.²¹⁹

Ahora, este tratamiento diferenciado sobre la temporalidad desde nuestro punto de vista no sería justificado. El derecho del trabajo, tiene como uno de sus ámbitos la estabilidad en el empleo, en este caso “de entrada” que consiste en garantizar que el vínculo laboral durará tanto como la fuente que le dio origen, siempre que el trabajador cumpla adecuadamente con sus obligaciones laborales²²⁰. En ese sentido, lo que determina la opción por un contrato por tiempo indefinido o de duración determinada no son las preferencias de las partes, sino la naturaleza temporal o permanente del trabajo objeto de la relación contractual.²²¹ La opción legislativa que restringe la

²¹⁸ En el caso de los contratos de trabajo tratados como nacionales, los mismos pueden tener plazo indeterminado.

²¹⁹ ATACA, MAY LIN & GALINDO, VALERIA. *óp. cit.* p. 163
SANGUINETUI, WILFREDO. *Los contratos de trabajo de duración determinada.* Lima: 2008, p, 16.

²²¹ *Ibídem*

contratación indeterminada para el caso de los extranjeros con residencia temporal, privilegiaría la política migratoria del Estado sobre los derechos fundamentales de los extranjeros al trabajo, en su ámbito de estabilidad laboral de entrada.

Al respecto, la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los migrantes indocumentados, señalo:

“Los derechos humanos no pueden estar subordinados a leyes internas, sean éstas de política migratoria o de cualquier otro carácter. El derecho a la no discriminación no puede estar condicionado al cumplimiento de objetivos de política migratoria, aunque tales objetivos se encuentren contemplados en leyes internas. “En virtud de las obligaciones internacionales, las leyes que restringen el igual goce de los derechos humanos por toda persona son inadmisibles y el Estado está en obligación de suprimirlas”. Además, por tener el carácter de erga omnes “estas obligaciones” pueden ser aplicables a terceros que no sean parte de la Convención que las reconoce.”

En ese sentido, el someter la estabilidad laboral a la condición migratoria, iría en contra de los derechos humanos laborales de los trabajadores, por lo que una opción más armoniosa desde nuestro punto de vista, es que sea la naturaleza de la labor del trabajador la que determine la temporalidad del contrato, independientemente de si el trabajador goza de residencia permanente o temporal, siendo de cargo del trabajador el cumplimiento de las normas migratorias respecto a su residencia. Es así que esta limitación respecto a la temporalidad de los contratos de los trabajadores extranjeros es una observación para el cambio que debería suscitarse en la nueva norma de migraciones, siendo que el Decreto Legislativo N°1236 no ha regulado ni modificado lo referido, esperando que en su reglamento se articule señalado.

Para la Ley de Extranjería si un trabajador extranjero quisiera trabajar por más de tres años en el Perú, tendría que tener la calidad migratoria de residente permanente (inmigrante),²²² para encontrarse exonerado de la aprobación especial del contrato extranjero y su contrato sea tratado como el contrato de un trabajador nacional.

Ahora bien, para la obtención de la calidad migratoria de residente permanente, apreciamos que uno de los requisitos es acreditar solvencia económica mínima anual de 10 Unidades Impositivas Tributarias, que equivale en el año 2015 a la suma de S/.

²²² Los principales requisitos para la calidad a inmigrante es acreditar solvencia económica mínima anual de 10 UIT, esto es para el año 2015, S/. 38,500 Nuevos Soles de renta anual, así como tener dos años de residencia en el Perú, y que durante estos dos años, no haya estado fuera del país tres meses continuos o seis alternados, y haber realizado las prórrogas de su residencia antes de su vencimiento.

38,500 Nuevos Soles, es decir un promedio de S/.2,750 Nuevos Soles mensuales, a pesar que en nuestro país la remuneración mínima vital es de S/.750.00 Nuevos Soles, de este modo solo los extranjeros que obtienen mensualmente más de tres veces el sueldo mínimo pueden aplicar a una residencia permanente en el país. Esta situación iría en desmedro de la protección de los derechos laborales de los migrantes, toda vez que al ser la remuneración señalada un requisito para aplicar a la calidad de residente permanente, ocasiona un trato discriminatorio basados en un aspecto económico que no resultaría objetivo, y afecta directamente a los trabajadores migratorios más vulnerables que son aquellos que cuentan con menos recursos económicos, lo que precariza su situación laboral.

Ahora bien, si continuamos revisando con el procedimiento para la inserción del trabajador extranjero al mercado laboral del país, una vez aprobado el contrato de trabajo por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el migrante debe aplicar a la visa de trabajador para que pueda ingresar a la planilla de la empresa peruana y así insertarse formalmente dentro del mercado laboral peruano²²³.

Los tipos de visa²²⁴ que se otorgan para poder trabajar en el Perú pueden ser dos modos: la visa temporal y la visa residente.

La visa temporal, se otorga a los extranjeros con contratos de trabajo menores a un año o sujetos a período de prueba,²²⁵ otorgándoles una autorización de admisión y permanencia²²⁶ en el Perú, hasta por noventa (90) días prorrogables. Mientras que a los extranjeros con contratos de trabajo de un año a más, que no se encuentren sujetos a período de prueba, se les otorga una visa residente temporal,²²⁷ que autoriza la admisión y residencia²²⁸ por un año, plazo que puede ser prorrogado anualmente.

En este caso así el contrato de trabajo sea por más de un año, MIGRACIONES solo otorgará la residencia por un año, observando aquí una falta de coordinación entre el Ministerio de Trabajo y MIGRACIONES, toda vez que la visa debería ser otorgada al

²²³ Artículo 1 de la LCTE: "(...) El personal sólo podrá iniciar la prestación de servicios aprobado el respectivo contrato de trabajo y obtenida la calidad migratoria habilitante".

²²⁴ De acuerdo al artículo 12 de la Ley de Extranjería, se entiende por visa para los efectos de la Ley a la autorización de la calidad migratoria que otorgan, en el ámbito de su competencia, el Ministerio de Relaciones Exteriores o la Dirección General de Migraciones y Naturalización del Ministerio del Interior, ahora denominada Superintendencia Nacional de Migraciones, a un extranjero para su admisión, permanencia o residencia en el territorio nacional.

²²⁵ Notas del Texto Único de Procedimientos Ordenado de la Superintendencia de Migraciones del año 2014, en el procedimiento de visa temporal de trabajador.

²²⁶ El subrayado es nuestro.

²²⁷ El subrayado es nuestro.

²²⁸ El subrayado es nuestro.

menos por el plazo de duración el contrato de trabajo²²⁹, que de acuerdo a la LCTE el contrato extranjero puede ser aprobado hasta por tres años. Esta situación infringe lo establecido en el artículo 49 inciso 1 de la Convención: *“En los casos en que la legislación nacional exija autorizaciones separadas de residencia y de empleo, los Estados de empleo otorgarán a los trabajadores migratorios una autorización de residencia por lo menos por el mismo período de duración de su permiso para desempeñar una actividad remunerada”*.

Adicionalmente, en los casos donde se establezca un período de prueba²³⁰, no se otorgará residencia al trabajador migrante, solo una visa de permanencia, y luego de superado este periodo podrá optar por aplicar a la residencia, es decir deberá realizar un doble procedimiento si su intención es continuar laborando en el país.

De acuerdo al artículo 10 de la Ley del Régimen Laboral Peruano, el plazo del período de prueba será de tres meses, pudiendo pactarse expresamente la extensión del mismo hasta seis meses, en los casos que se requieran mayor responsabilidad, especialización y capacitación; y hasta un año para el personal de dirección. Durante este periodo el trabajador no tiene estabilidad laboral, por lo cual puede ser desvinculado sin justa causa, durante su vigencia.

Es el caso que la Ley del Régimen Laboral Peruano, no contempla el caso de la exoneración del periodo de prueba, por lo que para liberarse de esta prerrogativa de la Ley, debería pactarse expresamente en el contrato de trabajo.

No obstante, en la práctica los extranjeros con contratos de trabajo de un año a más, podrían solicitar su visa de residencia como trabajador, amparándose en un contrato sin cláusulas referentes al periodo de prueba, al no ser un requisito la exoneración expresa en el contrato. Lo cual podría resultar pernicioso, toda vez que la implicancia de no exonerarlo expresamente, trae como consecuencia que los empleadores apliquen el denominado periodo de prueba cuando lo consideran necesario, basados en que el periodo de prueba es general a todos los trabajadores del sector privado, y que para no aplicar una prerrogativa de la Ley en un contrato de trabajo, tendrían que exonerarlo expresamente.

Esta situación no ha sido prevista ni analizada por MIGRACIONES ni por el Ministerio de Trabajo, por lo cual se viene otorgando visa de residencia a trabajadores

²²⁹ El Decreto Legislativo de Migraciones N° 1236 señala que el máximo de duración también es de un año, prorrogable.

²³⁰ El periodo de prueba es una institución del derecho del trabajo que tiene como finalidad hacer posible que ambas partes de la relación laboral -empleador y trabajador- se conozcan mutuamente y, valoren las condiciones generales –personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizarse el servicio- antes de otorgar a dicha relación un grado mayor de permanencia y seguridad (Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 00891-2007-PA/TC del 05 de setiembre del 2008).

extranjeros, que en el período de tres meses pueden resultar desvinculados, al no haber sido expresamente exonerados del periodo de prueba. Creemos que este vacío respecto a la exoneración del período de prueba, se debe a la falta de coordinación entre las entidades y a la necesidad de revisión de la aplicación de sus preceptos. Por ello, para un adecuado uso de la legislación, creemos que la exoneración del periodo de prueba debería ser expresa en el contrato de trabajo, de modo que no se infrinja la norma.

Por otra parte, el TUPA de MIGRACIONES señala que para la obtención de la visa de trabajador, el contrato de trabajo debe presentarse en MIGRACIONES dentro de los quince días de aprobación del contrato de trabajo extranjero, si es presentado un contrato de trabajo con más de quince días hábiles de aprobación, el contrato no es válido para realizar el trámite ante la Superintendencia Nacional de Migraciones. Es decir MIGRACIONES tiene la potestad de no validar un contrato de trabajo aprobado por el Ministerio de Trabajo, lo cual le quita rectoría al sector trabajo en el ámbito de su competencia, siendo este un requisito carente de sustento legal, y más aún que se establece como una nota del TUPA.

La razonabilidad del plazo de quince días hábiles de vigencia del contrato de trabajo impuesto por MIGRACIONES, desde nuestro punto de vista no se encuentra justificada, al tratarse de un contrato de trabajo aprobado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante un procedimiento especial y previo. Consideramos que la vigencia impuesta de quince (15) días resta validez a la aprobación que realiza la autoridad de trabajo, resultando un plazo desproporcionadamente corto si se consideran los plazos para resolver los expedientes por parte de la Superintendencia de Migraciones —que pueden alcanzar los sesenta (60) días hábiles— y más aún si para la presentación de un expediente en la Superintendencia de Migraciones, ya sea por cambio de calidad migratoria o solicitud de visa, se otorga a través de una cita programada con por lo menos quince (15) días de antelación (pudiendo aplicarse inclusive un plazo mayor), conforme a la disponibilidad de MIGRACIONES. Todo esto hace que, en la práctica, sea implícitamente complicado que el trabajador migrante extranjero logre cumplir con el requisito exigido de quince (15) días que se viene examinando.²³¹

²³¹ Cabe señalar, que este plazo en alguna medida podía ser razonable hasta el año 2013, cuando los solicitantes o apoderados, podían acercarse a presentar su expediente migratorio en MIGRACIONES, sin cita previa, siendo viable en este supuesto el plazo de 15 días hábiles de vigencia del contrato, al depender exclusivamente del extranjero, una vez aprobado su contrato de trabajo, la fecha de presentación de su expediente en Migraciones.

Este requisito ha generado que contratos de trabajo extranjeros, debidamente aprobados, deban solicitar posteriormente su nulidad, con la única finalidad de aprobar nuevamente otro contrato con las mismas características y condiciones, para así cumplir con el plazo de quince (15) días para su presentación. Encontramos así que este requisito contribuye también a la burocratización innecesaria de los procedimientos migratorios. Consideramos que el plazo del contrato es el aprobado por el Ministerio de Trabajo, por lo cual resultaría irrazonable el plazo de quince (15) días impuesto sin respaldo normativo, siendo a nuestro juicio una barrera irrazonable que menoscaba el derecho del trabajo de los trabajadores extranjeros, en su ámbito de acceso al empleo.

En ese sentido, debemos anotar que la intención de la norma es que se realice el trámite de cambio de calidad migratoria o solicitud de visa ni bien se apruebe el contrato de trabajo en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Sin embargo, el plazo se aleja de la realidad cuando la obtención de una cita en Migraciones para cambio de calidad migratoria o visa, la otorgan en, por lo menos, quince (15) días, pudiendo ser mayor o menor dicho plazo, dependiendo de la carga de trabajo y disponibilidad de los funcionarios de la Superintendencia de Migraciones de procesar las solicitudes.

Por otro lado, otro requisito del TUPA de Migraciones es la presentación de la vigencia de poder del que firma el contrato de trabajo en representación del empleador. Este requisito, va en contra de lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento de la LCTE, que establece que los contratos de trabajo de personal extranjero son aprobados por la Autoridad Administrativa de Trabajo, precisando que ninguna autoridad administrativa puede exigir requisito adicional. De la norma citada se colige que si el Ministerio de Trabajo aprueba un contrato de trabajo de extranjero, es porque ha sometido a su consideración todos los requisitos para que esa aprobación se produzca, entre ellos la vigencia de poder del representante del empleador. Es en este punto que se advierte la duplicidad entre lo establecido por el Ministerio de Trabajo y MIGRACIONES, observando un punto más donde MIGRACIONES desestima la rectoría del Ministerio de Trabajo en la aprobación de los contratos de los trabajadores extranjeros. Adicional a que este requisito no tiene sustento legal, al ser un requisito impuesto sin sustento normativo por el TUPA.

En esa mismo orden de ideas, MIGRACIONES verifica como otra condición para la presentación de un expediente migratorio, que la empresa cuente con personal peruano en sus planillas. Ello a pesar que es el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, conforme a la LCTE, es el encargado de verificar el cumplimiento y

exoneración de los límites porcentuales impuestos por la norma. Es así que podemos interpretar que existe una doble verificación, y por ende duplicidad de funciones, siendo que en este caso al verificar MIGRACIONES el caso de una empresa sin trabajadores peruanos, exige una declaración jurada sobre contratación futura de trabajadores nacionales, documento que no es preciso, toda vez que la función del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo es realizar una verificación previa del cumplimiento de límites y los supuestos de exoneración para la aprobación de un contrato de trabajo extranjero, por lo cual estas atribuciones de MIGRACIONES genera confusión y duplicidad de una manera innecesaria y poco coherente.

Adicionalmente a lo señalado, MIGRACIONES establece como requisito que el representante del empleador, el cual firma el contrato de trabajo, sea el apoderado de la empresa ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT); así como la obligación que la empresa contratante no cuente con deuda tributaria ante SUNAT. Sin ambos requisitos MIGRACIONES no permite la presentación del expediente para la solicitud de la visa de trabajador, restricciones que como ya hemos señalado no guardan coherencia con la función del Ministerio de Trabajo, por lo cual se observa una necesidad de coordinación entre una y otra entidad, delimitando las competencias de cada una.

Finalmente una vez superado los requisitos señalados, que como hemos revisado MIGRACIONES los requiere sin sustento legal que lo respalde y sin coordinar con los actores que tienen competencia en la materia, se presenta el expediente en MIGRACIONES, y la entidad tiene sesenta (60) días hábiles²³² para evaluar la documentación y aprobar o denegar la permanencia o residencia del trabajador. Si en este plazo, MIGRACIONES no resuelve el expediente, opera el silencio administrativo negativo, es decir a falta de pronunciamiento de MIGRACIONES, se entiende que la solicitud de visa ha sido denegado.

Como vemos, MIGRACIONES, ante la falta de promulgación de un Reglamento de Extranjería, se ha encargado de desarrollar los requisitos para la aplicación de la LE, mediante el TUPA, situación carente de sustento legal y que no guarda coherencia ni unidad con los otros sectores que intervienen en la materia, como es el caso del Ministerio de Trabajo en la aprobación de los contratos de trabajo de personal extranjero. La forma como se vienen aplicando los requisitos, es decir con las deficiencias encontradas, produce un Estado de indefensión de los migrantes, toda vez que el negar injustificadamente una visa de trabajo por medio de requisitos sin

²³² Plazo establecido por el TUPA de MIGRACIONES.

sustento legal o sin base objetiva, constituiría un acto *pluri-ofensivo* de sus derechos fundamentales: contravendría, por un lado, su derecho al trabajo recogido en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú (y junto a este se afectarían otros derechos sociales y económicos cuyo goce depende, en buena cuenta, de la renta del trabajo); mientras que, dentro del trámite seguido ante dichas autoridades, se habría afectado el derecho constitucional al debido proceso, en este caso en el ámbito de la vía administrativa.

Un sector de la doctrina sostiene que el derecho al trabajo al ser un derecho social no tiene eficacia inmediata, sin embargo otro sector de la doctrina ha señalado que por el contrario, al ser el derecho al trabajo un derecho fundamental debe asegurarse su goce efectivo, por parte de todos los seres humanos, con independencia de su nacionalidad. Es por ello que para asegurar su eficacia, se deben establecer medidas que aseguren el derecho consagrado en la Constitución, recayendo sobre el Estado la obligación de crear los mecanismos que sean necesarios para el ejercicio efectivo de los derechos laborales.

Un trámite engorroso, burocrático y contradictorio, como el actual, puede ocasionar que los trabajadores migrantes presten sus servicios sin la aprobación de un contrato de trabajo y la obtención de la visa correspondiente, ya sea por opción o forzosamente por no cumplir con los requisitos, lo que genera precariedad y menoscabo a los derechos laborales de los migrantes.

Es por ello de suma importancia las acciones del Estado que incluyan protección especial a las personas migrantes, en ese sentido el Perú ha creado el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016 aprobado en julio 2014 que incluye protección especial a las personas migrantes, desplazados, víctimas de trata y sus familias y ha establecido acciones para la protección y promoción integral de los derechos de las personas migrantes y sus familias, acción que ha resaltado el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en las observaciones finales sobre el informe inicial del Perú del año 2015. Sin embargo sobre este punto, el Comité ha señalado que le preocupa la falta de información sobre la implementación del mismo.

El Perú ha establecido como delito de violación de la libertad personal, la trata de personas, la cual supone la captación de personas para explotarlas, anulando la voluntad y la libertad de la víctima; y el delito contra el orden migratorio de tráfico ilícito de migrantes, el cual supone la prestación de un servicio para el cruce irregular de fronteras, donde el sujeto pasivo es el Estado al vulnerarse la normativa migratoria

establecida.²³³ La defensa de los derechos humanos de los migrantes y, en particular, la trata de personas y tráfico de migrantes socavan el estado de derecho y son consideradas hoy como uno de los grandes retos de la gestión migratoria.²³⁴

Ello debe llamar la atención del Gobierno para reformular de manera urgente como se viene gestionando las autorizaciones de trabajo, de modo que no menoscabe el ejercicio de los derechos laborales de los migrantes, al tener la migración irregular, generada por estas trabas burocráticas un alto riesgo.

En el siguiente apartado analizaremos la normativa marco para el desenvolvimiento de la relación de trabajo entre el empleador y el trabajador extranjero.

3.1.1.2 Desarrollo de la relación laboral del trabajador migrante

De acuerdo al artículo 2 de la LCTE, la contratación de trabajadores extranjeros se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada, régimen regulado por la Ley del Régimen Laboral Peruano.

Asimismo, el artículo 23 de la LCTE señala que en ningún caso las remuneraciones, derechos y beneficios del personal extranjero serán menores de los reconocidos por la Ley del Régimen Laboral Peruano.

Como ya hemos mencionado, a nivel constitucional gozan de los derechos constitucionales laborales tales como la protección y fomento del empleo, a una remuneración equitativa y suficiente, a una jornada máxima de trabajo, al respeto de los principios de una relación laboral, a la protección frente al despido arbitrario, a los derechos colectivos del trabajador y a la participación de las utilidades.

Si nos detenemos a enumerar los beneficios laborales que se le otorga durante la relación laboral, presentamos un cuadro con la sistematización de dichos beneficios.

²³³ CORTES, Dolores. "La trata de personas: qué es y cómo se manifiesta en el Perú". *Migraciones Internacionales*. Lima: 2007, p, 296

²³⁴ *Ibidem*.

Cuadro N° 4.- Beneficios laborales en el Perú

| Concepto | | Definición |
|------------|--|--|
| EMPLEADOR | Remuneración | Son todas las cantidades que regularmente percibe todo trabajador en dinero y en especie como pago por el trabajo realizado en la empresa. |
| | Asignación Familiar | Monto dinerario que recibe un trabajador con hijos menores de 18 años, o hijos mayores cursando estudios superiores. Se recibe un monto único ascendiente a S/. 75 Nuevos Soles. |
| | Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) | El trabajador lo recibe al cese de la relación laboral. Es el depósito en los meses de mayo y noviembre de cada año de tantos dozavos de la remuneración computable percibida por el trabajador. |
| | Vacaciones | Derecho a 30 días de descanso por cada año completo de servicios, equivalente a la remuneración mensual. |
| | Gratificaciones Legales | Este beneficio se recibe en julio y en diciembre de cada año. Consiste en el pago de una remuneración adicional, |
| | Aportes a ESSALUD | Consiste en el aporte del 9% de la remuneración al Seguro Social de Salud. |
| | Participación de utilidades | Se aplica a las empresas que generan rentas de 3era categoría que cuenten con más de 20 trabajadores. |
| TRABAJADOR | Aportes AFP | Es el aporte mensual que realiza un trabajador a un fondo de pensiones, de acuerdo a la administradora del fondo que elija, el aporte es de manera automática un 13% de su remuneración mensual. |

Fuente: Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, Ley de Descansos Remunerados, Ley de Asignación Familiar, Ley que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría, Ley de las Administradoras del Fondo de Pensiones.
Elaboración: Propia

Adicionalmente a ello, los trabajadores extranjeros y nacionales tienen acceso a las prestaciones de salud, a través de del Seguro Social peruano, denominado ESSALUD, conforme al aporte del 9% del sueldo del trabajador que aportan los empleadores directamente a ESSALUD, sin que este costo sea trasladado al trabajador.

Al estar asegurados en ESSALUD, los trabajadores tienen cobertura de salud, tienen asegurado el pago de su remuneración durante enfermedad (incapacidad temporal), gozan del subsidio de maternidad en el caso de las trabajadoras, y son beneficiados con las prestaciones económicas de lactancia, maternidad y sepelio.

Para hacer efectivo el cumplimiento de sus derechos tienen acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, es decir el derecho a recurrir a la vía judicial en caso de la vulneración de sus derechos, así como pueden recurrir a la Superintendencia Nacional

de Fiscalización Laboral (en adelante SUNAFIL) para la interposición de cualquier denuncia de tipo laboral.

Es importante mencionar en este punto que el régimen laboral de la actividad privada peruana solo se aplica a los trabajadores contratados por empresas con establecimiento en el Perú, no siendo el mismo caso para aquellos trabajadores que trabajen en el Perú bajo la modalidad de trabajadores designados, que de acuerdo al artículo 11 inciso “t” de la LE son:

“Aquellos que ingresan al país sin ánimo de residencia y con el fin de realizar actividades laborales enviados por su empleador extranjero por un plazo limitado y definido para realizar una tarea o función concreta o un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole.”

Bajo la modalidad de trabajadores designados vienen al Perú trabajadores extranjeros que se rigen bajo las normas laborales del país donde la empresa extranjera tiene su establecimiento, para desarrollar sus actividades en el Perú, ello en marco de un convenio entre una empresa extranjera y peruana, requiriendo esta última la prestación de labores de personal extranjero de manera temporal. Es el caso que la relación laboral de los trabajadores designados se regula por la normativa laboral del país de la empresa extranjera que los envía, es por ello que en principio no sería posible una fiscalización por parte de SUNAFIL, ni tampoco la tutela jurisdiccional de los tribunales peruanos. Ello evidentemente podría ser pernicioso para estos trabajadores ya que no existiría un medio de control adecuado en el Perú para velar por el cumplimiento de sus derechos laborales, al no ser el ámbito de competencia de los tribunales y del ente fiscalizador.

Al respecto, consideramos que mientras algún trabajador de cualquier nacionalidad, cumpla con prestar servicios en el Perú en el marco de una relación laboral, esto es mediante prestación personal, de manera subordinada y remunerada, debería estar sujeto a nuestra normativa laboral, con la finalidad que reciba la protección necesaria. No obstante, encontramos que aún no sea de competencia de nuestra entidad fiscalizadora velar por el cumplimiento del régimen laboral extranjero, si tendría competencia para el reconocimiento y la exigencia del cumplimiento efectivo de los derechos humanos laborales, tales como la libertad de trabajo, protección contra el despido, prohibición de discriminación, protección a su remuneración, protección de sus derechos colectivos, etc. por tratarse de derechos humanos laborales recogidos en los instrumentos internacionales, en este punto nos encontraríamos frente a una

necesaria “re-regulación internacional”, como lo denomina ERMIDA, la cual tiende a ubicar la red normativa al nivel de desarrollo de los fenómenos que debe regular.²³⁵

Es importante que se haya establecido que los trabajadores extranjeros gozan de las mismas prerrogativas laborales que los trabajadores nacionales, en conformidad con la Convención, de manera que de ese modo la protección a los derechos laborales se realiza de manera transversal a todos los trabajadores, independientemente de su nacionalidad.

3.1.1.3 Culminación de la relación laboral y salida del migrante del territorio nacional

Una vez culminada la relación laboral, el trabajador extranjero debe recibir el pago de sus beneficios sociales, tal como se encuentra regulado para los trabajadores nacionales. No obstante, en el caso del incumplimiento injustificado y unilateral del contrato, el artículo 24 de la LCTE señala que el empleador deberá abonar al trabajador las remuneraciones dejadas de percibir hasta el vencimiento del contrato, las mismas que tienen carácter indemnizatorio, estableciendo que el pago de la remuneración en la forma prevista sustituye a las indemnizaciones por despido injustificado. Es decir la LCTE establece un tratamiento particular para la indemnización de los trabajadores que por decisión unilateral del empleador no culminan el período de su contrato de trabajo, ello se contrapone al artículo 76 de Ley del Régimen Laboral Peruano, que establece que ante un caso de despido arbitrario corresponde como indemnización el equivalente a una remuneración y media por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con un tope de doce remuneraciones.

Esto resulta contradictorio con el propio artículo 23 de la misma norma, que señala que en ningún caso las remuneraciones, derechos y beneficios del personal extranjero serán menores de los reconocidos por la Ley del Régimen Laboral Peruano, toda vez que en el tratamiento de la indemnización al cese del trabajador se le otorga beneficios menores. Si nos remitimos al artículo 23 y en aplicación del principio del derecho laboral sobre la norma más favorable, que como señala Mario Pasco Cosmópolis:

"La regla de la norma más favorable establece, según enseña con su característica claridad Américo Pla Rodríguez, que «[...] cuando existen varias normas aplicables a una situación jurídica [...] no se aplicará la norma que

²³⁵ ERMIDA URIARTE, Óscar. *Globalización y relaciones laborales*. 1999.p.12

*corresponda conforme a un orden jerárquico predeterminado, sino que, en cada caso, se aplicará a la norma más favorable del trabajador».*²³⁶

Es por ello que podemos determinar que en el caso en concreto le corresponde la misma tratativa indemnizatoria al cese por despido arbitrario que a los nacionales.

Por otro lado, si bien no se establece que sucede en los casos de despidos nulos o despidos que infrinjan los derechos constitucionales de los migrantes, creemos que para ellos también se encontraría expedito la reposición por la vía judicial en los casos que correspondan, toda vez que de acuerdo a LCTE se les aplica las mismas prerrogativas que a los nacionales, más aún si nos referimos a derechos de corte constitucional.

Sin embargo, esto nos trae a analizar el tratamiento de la salida del país de los migrantes que han culminado su relación laboral en el país.

Al respecto, el artículo 14 de la LCTE establece el compromiso del empleador de transportar al personal extranjero y a los miembros de su familia que expresamente se estipulen, a su país de origen o al que convengan al extinguirse la relación contractual. Asimismo, el artículo 8 de la LCTE señala que las solicitudes de aprobación de los contratos de trabajo de extranjeros deben ser acompañadas de la fotocopia legalizada del pasaje o billete de transporte del trabajador extranjero y su familia que garanticen su retorno a su país de origen o al que convengan, entre otros requisitos. Siendo estas normas desarrolladas por el artículo 16 del Reglamento de la LCTE, que establece que para cumplir con el requisito señalado, bastará con presentar fotocopia legalizada del o de los billetes o pasajes respectivos por el término máximo posible, señalando que el cumplimiento del retorno del trabajador y su familia, si fuere el caso, podrá sustituirse por una constancia de la OIM, que garantice que se han hecho los arreglos de retorno del extranjero y los familiares estipulados en el contrato.

No obstante ello, el TUPA del Ministerio de Trabajo señala que para el cumplimiento de este requisito se solicita la fotocopia legalizada del pasaje o billete de retorno del trabajador y de su familia o la declaración jurada garantizando el transporte pertinente, la que puede ser consignada como cláusula en el mismo contrato, o una constancia de la OIM. Como se observa, el TUPA ha agregado una nueva forma de acreditar los pasajes de retorno de los trabajadores migrantes y sus familias, a través de una declaración jurada que garantiza el transporte en el mismo contrato, esta forma de acreditación no tiene un respaldo normativo, toda vez que como vemos no se encuentra estipulado ni en la Ley ni en su reglamento, pudiendo además ser pasible

²³⁶ PASCO, Mario. "La norma más favorable: su determinación". *Derecho PUCP*; Lima: No. 57 (2004), p. 339

de incumplimientos, toda vez que en la práctica puede originar que no se lleve a cabo, restando así protección a los trabajadores migrantes. La garantía de la compra de pasajes de retorno puede ser fácilmente vulnerada, toda vez que al tratarse de una simple declaración jurada, se resta eficacia a su cumplimiento.

Otro análisis que podemos colegir de la norma dada, visto desde un enfoque diferente, es que con la misma volvemos apreciar el ánimo de temporalidad en la contratación de los trabajadores migrantes, es por ello que es parte del tratamiento legislativo a los trabajadores migrantes, la garantía de su retorno, trasladando el costo de su retorno al empleador. Con ello, también podemos apreciar no es voluntad de nuestra política migratoria la recolocación del extranjero en otro puesto de trabajo, por el contrario se privilegia la temporalidad de su labor por lo cual se viabiliza su retorno a su Estado de origen o al Estado que considere conveniente. Esta disposición tendría que ser compatibilizada con el artículo 49 de la Convención que señala que en los Estados de empleo en que los trabajadores migratorios tengan la libertad de elegir una actividad remunerada, como es el caso del Perú, a fin de permitir que los trabajadores migratorios tengan tiempo suficiente para encontrar otra actividad remunerada, no se les retirará su autorización de residencia, por lo menos por un período correspondiente a aquel en que tuvieron derecho a prestaciones de desempleo.

En el caso del Perú, no tenemos una prestación de desempleo propiamente dicha, solo tenemos a la figura de la compensación por tiempo de servicios, que asegura un pago por el tiempo laborado al cese del trabajador. Por lo cual en la práctica el extranjero contará con residencia mientras dure su visa y/o residencia, la cual puede vencer antes que se acabe su contrato de trabajo (como es el caso de los migrantes contratados por más de un año) o al culminar su contrato de trabajo, siendo pocas las posibilidades de poder reubicarse por este hecho. Más aún cuando el artículo 62 de la Ley de Extranjería señala que la salida obligatoria procederá cuando el extranjero admitido se encuentre en situación migratoria irregular como consecuencia del vencimiento de su permiso de permanencia o residencia y excedido del plazo para la regularización establecido en el Reglamento, precisando que la salida obligatoria conlleva el impedimento de ingreso al territorio nacional.

De acuerdo al Informe de la Defensoría del Pueblo N° 0009-2014- DP/ADHPD, en la causal de salida obligatoria, la Ley de Extranjería estaría inobservando el principio de razonabilidad y proporcionalidad, al establecer que la salida obligatoria del país constituye una única sanción aplicable a determinadas conductas, sin tomar en cuenta la distinta naturaleza y gravedad de las faltas cometidas, de tal modo que se le impone igual sanción a quien se le vence su permiso de permanencia y/o residencia y, a quien

es sentenciado a pena privativa de la libertad por la comisión de un delito.²³⁷. Asimismo, señala que la regulación de salida del país ante el vencimiento de un permiso de residencia o permanencia, atendiendo a las circunstancias que pueden haber conllevado a esta situación, en la medida que no involucre la comisión de un delito, no debería motivar la salida del país de las personas, pues tal situación podría ser superada mediante procedimientos administrativos subsanatorios, y de ser el caso, el pago de multa correspondiente; como sucede en diversos países de la Región.²³⁸ En definitiva nuestra regulación no garantizaba una adecuada protección en el ámbito de cese y salida de los migrantes, por lo cual esta es una de las secciones que debían revisarse. El Decreto Legislativo N° 1230, que suplantará a la Ley de Extranjería, admite la regularización migratoria de los extranjeros con residencia o visas vencidas, sin que ello signifique un mandato de salida del país, El reglamento de esta norma establecerá los requisitos para su regularización. La posibilidad de regularizar la calidad migratoria para un extranjero sin duda es un cambio positivo en la norma, que con una acertada reglamentación, se asegurará el respeto de los derechos fundamentales de los migrantes.

Debemos señalar, que si bien observamos un cambio positivo en la política migratoria peruana en los últimos años, impulsada por una reforma necesaria de este marco normativo, consideramos que hasta que las normas pertinentes no se encuentren vigentes y sean debidamente reglamentadas no se generarán los cambios esperados en beneficio de los derechos de los migrantes. Si bien se observa que las deficiencias revisadas en este trabajo sobre la Ley de Extranjería, han sido modificadas de forma positiva en la nueva norma migratoria, este cambio de política migratoria debería ser completo e íntegro. En ese sentido, consideramos que la actual norma de contratación de extranjeros (LCTE) también debe ser una norma a revisarse de modo que se encuentre acorde con la nueva gestión migratoria, generando así un cambio real y respetuoso de los estándares internacionales, en el tratamiento de los migrantes en nuestro país.

Asimismo, conforme hemos revisado en el presente trabajo, la mejora legislativa no será suficiente, si la entidad encargada de implementarla no lo aplica adecuadamente, por lo cual es trascendental y necesario la capacitación en su implementación y la supervisión de que ello se realice de manera adecuada.

²³⁷ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie: Series Informes de Adjuntía. Informe N° 009-2014-DP/ADHPD, Lima: Defensoría del Pueblo, 2015, p. 83

²³⁸ Ídem.p, 84.

Adicional a la revisión de la normativa nacional sobre el tratamiento a los trabajadores migrantes en el Perú, es importante conocer los Acuerdos de los que el Perú forma parte, al complementar nuestra legislación sobre el tratamiento de los migrantes en nuestro país.

3.2 Derechos laborales migratorios en la Comunidad Andina de Naciones y su aplicación en el Perú

El 26 de mayo de 1969, cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) firmaron el Acuerdo de Cartagena, con el propósito de trabajar juntos en la integración y la cooperación económica y social, de modo que se refleje en la mejora del nivel de vida de sus nacionales.

De esta manera, se puso en marcha el denominado Pacto Andino, Grupo Andino o Acuerdo de Cartagena que actualmente lo conforman, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú²³⁹, siendo actualmente conocido como la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

La CAN es históricamente uno de los organismos pioneros en destacar la importancia de la gestión migratoria laboral para lograr el desarrollo de la región a partir de su integración. Este organismo, después de la Unión Europea, es el proceso de integración regional con mayor trayectoria histórica.²⁴⁰

En 1977 se adoptó la Decisión 116 que definió por primera vez las disposiciones y mecanismos institucionales sobre procedimiento de contratación de trabajadores andinos y la protección de los trabajadores y sus familias. Esta decisión fue considerada un ejemplo de acuerdo migratorio en el marco de un proceso de integración regional. No obstante, ante los cambios económicos y políticos de los años ochenta, este instrumento se descontextualizó y no logró cumplir sus objetivos, desactivándose a mediados de los años ochenta.²⁴¹

Sin embargo la Decisión 116, sirvió como base para lo que luego se denominaría el Instrumento Andino de Migración Laboral. Es así que los miembros del Acuerdo, en su afán de desarrollar el aspecto social del Acuerdo, comenzaron a perfilar el

²³⁹ El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al Acuerdo, saliendo del acuerdo en el año 2006; al igual que Chile el 30 de octubre de 1976.

²⁴⁰ Cf. TAMAGNO, Carla. *op.cit.* .2010, p.3

²⁴¹ Ídem p.6

concepto de ciudadanía andina. Así, mediante acuerdo del XII Consejo Presidencial Andino de Lima de julio de 2000 se creó el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la Comunidad Andina y se le encomendó desarrollar acciones en varios ejes temáticos que coadyuvasen a fortalecer la dimensión sociolaboral del proceso de integración así como favorecer el ejercicio del derecho comunitario de los trabajadores a la libre circulación y establecimiento en el espacio andino.²⁴²

Fue de especial interés de este Consejo el establecer el derecho al libre establecimiento de los trabajadores al interior de la comunidad. Es así que en 1999, el Consejo Presidencial Andino propuso crear las condiciones para que a la libre circulación de bienes en el Mercado Común Andino, se añada también la libre movilidad de servicios, capitales y personas. En ese sentido, años más tardes, en junio del 2003, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en su Undécima Reunión, aprobó la reformulación del Instrumento, conocido hoy en día como la Decisión 545 – Instrumento Andino de Migración Laboral, con el objetivo de establecer normas que permitan la libre circulación y residencia de los nacionales andinos en la subregión, con fines laborales y bajo relación de dependencia.²⁴³

Es preciso señalar que según el ordenamiento jurídico comunitario andino, las Decisiones tienen carácter vinculante en cada uno de los Países Miembros desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena y no requieren de aprobación legislativa nacional. Es decir, esta Decisión es parte de la legislación nacional de los Países Miembros desde junio de 2003 y se ha convertido en uno de los elementos más emblemáticos que permitirá impulsar la construcción de la ciudadanía andina para millones de trabajadores comunitarios, que ejercen su derecho a establecerse en cualquier otro País Miembro del espacio andino.²⁴⁴

El Instrumento Andino de Migración Laboral tiene como objetivo la definición de un conjunto de principios y normas generales que permiten a los nacionales de los Países Miembros establecerse, con fines labores y bajo relación de dependencia, en cualquier otro país comunitario andino al de su domicilio habitual.²⁴⁵, precisando de será de forma progresiva y gradual.

²⁴² Cf. MENDOZA, Guido. *Comunidad Andina: Derecho al libre establecimiento con fines laborales para los ciudadanos comunitarios*. Diálogos Migrantes. Revista del Observatorio de Migraciones. Número 7, 2011, p. 14

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Ibidem*.

El ámbito de aplicación de la Decisión 545 son los trabajadores migrantes andinos, quedando excluido el empleo en la Administración Pública y aquellas actividades contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas, y a los intereses esenciales de la seguridad nacional.

La Decisión define a los trabajadores migrantes andinos en cuatro tipos:

- Trabajador con Desplazamiento Individual
- Trabajador de Empresa
- Trabajador de Temporada
- Trabajador Fronterizo

La Decisión señala en su artículo 10 que se reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en el espacio comunitario. En ningún caso se les sujetará a discriminación por razones de nacionalidad, raza, credo, condición social u orientación sexual.

Asimismo se reconoce los siguientes derechos a todos los trabajadores migrantes andinos:

- La igualdad de trato y de oportunidades,
- Sindicalización y negociación colectiva de conformidad a legislaciones nacionales y convenios,
- Protección de la familia del trabajador,
- Libertad de transferencia de fondos provenientes de su trabajo, así como de sumas por obligaciones alimentaria,
- Imposición de tributos en país donde se genera la renta,
- Acceso a instancias administrativas y judiciales para defender sus derechos,
- Acceso a sistemas de seguridad social según normativa comunitaria vigente y derecho a pago de prestaciones sociales según legislación de país de inmigración,
- La no discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual.

Con estos preceptos, la Comunidad Andina señala que todos los trabajadores pertenecientes a las nacionalidades de los miembros de la Comunidad deben recibir igual trato que su nacionales, por lo cual gozan de sus mismos derechos y obligaciones en el país de acogida miembro de la Comunidad en el que se encuentren.

Cabe precisar que la Decisión 545 requiere de un reglamento para que inicie su vigencia, sin embargo hasta el momento ello no se ha dado.

No obstante, a pesar de su falta de reglamento, el Perú ha sido uno de los pioneros en implementarlo, estableciendo normas de carácter nacional que desarrollan la Decisión y que hacen posible su implementación. Esa implementación ha sido unilateral, puesto que formalmente este instrumento no ha entrado en vigencia.

La encargatura de implementar la Decisión 545 en nuestro país ha sido otorgada al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, es así que el Ministerio de Trabajo a través de la creación de la Dirección de Migración Laboral, se ha encargado de la implementación de la Decisión, otorgándole las potestades y funciones suficientes para llevar a cabo dicha implementación.

En virtud del precepto que señala que los trabajadores migrantes andinos tienen el mismo tratamiento que los trabajadores nacionales, no se les aplica la LCTE, por lo cual no están sujetos a su procedimiento especial de contratación de trabajadores ni a sus límites porcentuales de contratación. Adicionalmente, para coadyuvar a un registro eficiente y rápido de los contratos de trabajo de los migrantes comunitarios, a partir del martes 11 de enero del 2011, mediante R.M. N° 318-2010/ TR de fecha 21 de diciembre de 2010, se creó el Sistema Virtual del Trabajador Migrante Andino (en adelante SIVITMA), el cual permite la emisión automática vía web de la expedición de la constancia del trabajador migrante andino así como la aprobación automática del contrato.

Asimismo, cabe resaltar que al tener el tratamiento de trabajadores nacionales, pueden contar con contratos de naturaleza indeterminada desde el inicio de su relación laboral, al contrario que los trabajadores migrantes de países que no son miembros de la CAN, donde tienen un plazo límite de contratación de tres años renovable, situación que hemos observado, toda vez que un trabajador que realice labores de naturaleza permanente dentro de una empresa, debería tener la posibilidad de contar con un contrato a plazo indeterminado, si por la naturaleza del servicio así lo amerita..

El asegurar a los trabajadores de la Comunidad Andina, tratamiento como trabajadores nacionales, hace que sus derechos laborales se resguarden, al menos al no realizar distinciones que pueden resultar perjudiciales o contraproducentes respecto a sus derechos laborales fundamentales.

La Comunidad Andina también ha implementado otros instrumentos importantes que han coadyuvado a una gestión adecuada de la migración laboral en los países comunitarios. Así tenemos la Decisión 503 del año 2001 que reconoce los documentos nacionales de identificación como único requisito para que los nacionales y extranjeros residentes en los países miembros puedan viajar por la subregión en calidad de turistas.

Así también la Resolución 527 del año 2006 que crea la Tarjeta Andina de Migración (en adelante TAM) como documento uniforme de control migratorio y estadístico de uso obligatorio, para el ingreso y salida de personas del territorio de los Países Miembros, que aplican todos los Países Miembro.²⁴⁶

Asimismo, se tiene a las Decisiones 583 y 584 del año 2004 que garantiza la adecuada protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios durante su residencia en otro País Miembro y garantizar a los migrantes laborales la conservación de los derechos adquiridos y la continuidad entre las afiliaciones a los sistemas de seguridad social de los Países Miembros.

De esta manera la CAN ha significado un avance importante en la región en el reconocimiento de los derechos laborales de los migrantes de los Países Miembro en nuestro país, sin embargo debemos observar que ha tenido poco desarrollo a nivel de otros paíseses, al menos respecto a la Decisión 545 que no ha sido implementada en los demás Países Miembros debido a su falta de reglamentación.

Como vemos, la implementación de la Decisión al estar a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha mostrado claros avances respecto a las facilidades de la contratación de trabajadores migrantes comunitarios. Sin embargo, ello no se ha reflejado en el cambio de calidad migratoria de los trabajadores comunitarios, donde el ente rector del otorgamiento de calidad migratoria es MIGRACIONES.

Así tenemos que si bien los nacionales de los Países Miembros tienen facilidades para el registro de trabajadores en el Ministerio de Trabajo, estos esfuerzos no han sido integrados con MIGRACIONES, toda vez que los migrantes andinos no tienen ninguna prerrogativa ante esta entidad, siendo que deben seguir el procedimiento regular para la tramitación de su visa de trabajo, el cual puede ser prolongado, lo cual impide su inserción en el mercado laboral, hasta no obtener su calidad migratoria respectiva.

²⁴⁶ TAMAGNO, Carla. óp. cit. 8

Si uno de los objetivos de la CAN es facilitar la migración entre los países andinos, creemos que la obtención de la visa de trabajo debería tener un procedimiento especial más beneficioso para aquellos que cumplen con los requisitos respectivos, como se da en el caso de convenios con otros países de la región, como en el caso del Mercado Común del Sur, puesto que es uno de los objetivos de este acuerdo la integración de los países comunitarios, siendo en este punto el interés y esfuerzo de sus miembros el fortalecimiento de la empleabilidad en la Comunidad Andina.

3.3 Derechos laborales migratorios en el Mercado Común del Sur y su aplicación en el Perú

El Mercado Común del Sur (en adelante MERCOSUR) es un bloque de integración regional que tiene como objetivo crear un bloque de integración comercial creado a partir del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991. Los países que son miembros del MERCOSUR son Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Venezuela, y tiene como países asociados a Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Surinam, Perú y Bolivia, aunque esta última se encuentra en proceso de adhesión.

El Perú se asoció a partir de la Decisión N° 39/03 del CMCS, el 15 de diciembre de 2003, y desde junio del 2011 se adhirió al Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile que fue ratificado mediante Decreto Supremo N° 047-2011-RE y entro en vigencia en nuestro país el 28 de junio de 2011.

Este acuerdo tiene por objetivo que los nacionales de un Estado Parte del Acuerdo que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte podrán obtener una residencia legal en este último, mediante la acreditación de su nacionalidad y presentación de ciertos requisitos, medida que coadyuva a la inserción de trabajadores en los países miembros del Acuerdo.

Es así que mediante la aplicación de este acuerdo los nacionales de Argentina, Brasil, Ecuador, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Chile y el último en adherirse al Acuerdo en junio del 2012, Colombia, que deseen residir en nuestro país, pueden solicitar una residencia temporal de dos (02) años ante MIGRACIONES.

Es importante resaltar que los ciudadanos extranjeros de las nacionalidades señaladas, pueden aplicar a ésta residencia temporal con cualquier condición migratoria por la que hayan ingresado al país, e inclusive les otorga la posibilidad de regularizar su calidad migratoria.

Mediante este Acuerdo, un nacional de cualquier país miembro del MERCOSUR, puede solicitar residencia en el Perú por dos años, acreditando su (i) nacionalidad y (ii) la carencia de antecedentes en el país peticionante donde desea residir y en el país que hubiera residido los cinco (05) años anteriores a su solicitud.²⁴⁷ Como vemos este Acuerdo es un claro ejemplo, de facilidades migratorias en la región de modo que un extranjero pueda solicitar la residencia en nuestro país, sin aún haber obtenido un puesto de trabajo. Este tratamiento permite que cualquier nacional de un país miembro del Acuerdo solicite su residencia, para luego buscar oportunidades laborales e insertarse en el nuevo mercado laboral, en este caso el peruano. Cabe precisar, que una vez obtenida su residencia pueden aplicar a cualquier puesto laboral en el país, puesto que la residencia les otorga el derecho de trabajar legalmente en nuestro país.

Los nacionales de los países miembros del Acuerdo pueden acceder a la residencia permanente en nuestro país, una vez transcurridos dos años de residencia temporal,, siendo los requisitos principales: (i) el certificado que acredite la carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales en el Perú, y (ii) la acreditación de medios de vida lícitos (como por ejemplo un contrato de trabajo, boletas de pago, contrato de locación de servicios, etc.) que permitan la subsistencia al peticionante y a su familia de vivir en el Perú. Aquí vemos una diferencia con la inmigración de extranjeros de otras nacionalidades, toda vez que a los nacionales de los países miembros del Acuerdo, no se les exige un mínimo de ingreso en el país para cambiar su residencia a permanente.

Alrededor de este Acuerdo, se han creado otros instrumentos que facilitan la migración y la obtención de residencia de los nacionales de los Países Miembros del MERCOSUR, como es el caso del acuerdo de exención de traducción de documentos

²⁴⁷ Los principales documentos solicitados por la Superintendencia Nacional de Migraciones de nuestro país, para otorgar esta residencia temporaria, son los siguientes:

- Pasaporte vigente y valido o cedula de identidad o certificado de nacionalidad expedido por agente consular del país de origen del peticionante acreditado en Perú. En el caso del pasaporte es usual que la Superintendencia Nacional de Migraciones requiera por lo menos un (01) año de vigencia del documento.
- Tarjeta Andina de Migraciones (TAM), que se entrega a los ciudadanos extranjeros en el momento de su ingreso al Perú.
- Certificado de carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales en el país de origen o de los que hubiere residido el peticionante durante los últimos cinco (05) años anteriores a su llegada al Perú. Este documento debe ser legalizado en el Consulado Peruano del país de origen y luego por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.
- Certificado que acredite la carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales en el Perú (para aquellos peticionantes que se encuentren en el Perú).
- Declaración jurada de carencia de antecedentes internacionales penales o policiales.

administrativos para efectos de inmigración entre los Estados partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, vigente en nuestro país a partir del 28 de julio del 2014.

Por este Acuerdo de exención los nacionales de cualquiera de los Estados Partes del Acuerdo quedan dispensados, en los trámites administrativos de solicitud de visa, renovación de plazo de estadía y concesión de permanencia, de la traducción de los siguientes documentos: (i) pasaporte, (ii) cédula de identidad, (iii) testimonios de partidas o certificados de nacimiento y de matrimonio, (iv) certificado de ausencia de antecedentes penales. Solo en el caso de dudas fundadas en cuanto al contenido del documento presentado, MIGRACIONES podrá, excepcionalmente, exigir la traducción del documento respectivo.

Como vemos el MERCOSUR, ha desplegado sus esfuerzos en facilitar la migración y la obtención de residencia en nuestro país. No obstante, los Acuerdos no han incluido a otros actores como el sector trabajo, mediante este Acuerdo solo se otorga facilidades a nivel migratorio, más no a nivel laboral para los nacionales de los países miembro, por lo cual para acceder al mercado laboral, los nacionales de los Países Miembro deberán de seguir la regulación de cualquier extranjero en el Perú, sujetándose a los límites porcentuales de contratación y al procedimiento especial de contratación, con las limitaciones señalados en el presente capítulo. Este Acuerdo es un importante ejemplo de la integración entre los países de la región, sin embargo su regulación se encuentra incompleta, al no tener medidas que faciliten la contratación de los trabajadores de los países miembro dentro del sector trabajo.

Debemos señalar que el Perú también cuenta con Acuerdos Bilaterales que otorgan beneficios particulares y adicionales conforme a cada Acuerdo, como son los Acuerdos Bilaterales con Argentina, Ecuador, Chile, Canadá y España, lo que sumaría los esfuerzos por lograr que una internacionalización de las relaciones laborales, a través del flujo de migrantes sea gestionado de manera eficiente, velando por el respeto de los derechos laborales de los trabajadores, independientemente de su nacionalidad.

Adicionalmente, debemos precisar que a nivel de Estado no resulta posible sostener un discurso que invoque una mayor integración internacional (como por ejemplo por medio del Fondo de Cooperación Económica Asia-Pacífico, Comunidad Andina, Mercado Común del Sur, Conferencia Suramericana, Tratados de Comercios como el establecido con Chile, entre otros) y a la vez, desconocer o restringir los derechos de las personas extranjeras en el país. En ese sentido, creemos que los procesos de

integración económica son un importante espacio y una oportunidad para que los Estados, entre ellos el Perú, discutan la migración de la fuerza laboral, al ser una consecuencia necesaria e importante de los procesos de integración, es por ello que es importante el estudio y revisión de la normativa, de manera que asegure un desarrollo coherente, respetuoso y beneficioso que coadyuve al aseguramiento del respeto los derechos laborales de los trabajadores migrantes.



CONCLUSIONES

1. La globalización y la tecnología han significado el replanteamiento del modelo de relaciones laborales actual, el cual típicamente se encontraba enmarcado en un contexto nacional, para desarrollarlo y actualizarlo a las nuevas necesidades, como es la regulación de la migración laboral, siendo responsabilidad de los Estados desarrollar una política de migración adecuada, integral, coherente y respetuosa de los derechos fundamentales.
2. El desarrollo y ratificación de instrumentos internacionales, como la Convención de internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo, sirven de orientación y guía importante para definir los parámetros de las políticas públicas en general, y en este caso de las políticas migratorias para la inserción de la fuerza laboral extranjera.
3. Asimismo, adicional a la revisión del marco internacional, es relevante revisar el desarrollo de la jurisprudencia internacional al respecto, que coadyuvará a la interpretación adecuada de las normas, en pro de los derechos humanos de las personas y en este caso en específico de los migrantes.
4. El Perú no puede mantenerse ajeno al marco normativo internacional, por lo cual deberá tener presente el marco normativo internacional vinculante, así como el no vinculante para el adecuado desarrollo de su política migratoria. En ese sentido, el Perú debería ratificar instrumentos internacionales importantes en materia migratoria, como son los Convenios 97 y 143 de la OIT con la finalidad de asegurar el respeto de los derechos laborales de los migrantes.
5. Consideramos que para un replanteamiento de la política migratoria del país, deberían encontrarse involucrados todos los sectores como son: el Congreso de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Interior, el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial y la sociedad civil, solo de esta manera se podrá coordinar una política comprehensiva e integral de la migración en el Perú.

6. La política de inmigración al Perú se encuentra desarrollada por la Ley de Extranjería, la Ley de Contratación de Extranjeros y reglamento, y la Ley de creación de la Superintendencia Nacional de Migraciones, sin embargo a excepción de la última, se trataban de normas con más de 20 años de vigencia, que no se encuentran a la vanguardia de los procesos migratorios que el Perú atraviesa hoy en día, así como no se encuentran en total concordancia con los instrumentos internacionales. Ello debido a que al momento de su promulgación la composición migratoria en el Perú era diferente, éramos un país que principalmente enviaba migrantes más que un país receptor de migrantes, por lo cual su tratamiento era visto desde un enfoque de seguridad nacional más que a través de un enfoque de política pública que asegure el respeto de los derechos de los migrantes.
7. La Ley de Extranjería no cuenta con un reglamento que desarrolle su aplicación, en vez de ello se encuentra desarrollada por el Texto Único Ordenado de la Superintendencia de Migraciones, lo cual implica una deficiencia normativa, toda vez que señala la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, el Texto Único solo puede ser consecuencia de un Decreto Supremo o norma de mayor jerarquía, sistematizando únicamente el Texto Único lo establecido en dichas normas, por lo cual no habilita la creación de procedimientos y requisitos a través del TUPA, como se ha venido generando en el ámbito migratorio hasta el momento.
8. Hemos revisado que el Perú a partir del 2011, ha comenzado una reforma migratoria importante para los migrantes al país, ello se ha dado con la creación de la Comisión Multisectorial Permanente “Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria” y los “Lineamientos Generales de la Política Migratoria Peruana” adoptado en febrero del 2015. Asimismo, en el año 2012 presentó el primero informe sobre la implementación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
9. Como parte de esta reforma, ha promulgado el 26 de setiembre 2015 el Decreto Legislativo N° 1236, vigente en parte a partir del 27 de setiembre 2015, que reemplazará a la Ley de Extranjería, norma que consideramos como un cambio positivo, que recoge los principios rectores de la política migratoria, que se

encuentran acordes con en el marco internacional. No obstante consideramos que hasta que las normas pertinentes no se encuentren vigentes en su totalidad y sean debidamente reglamentadas no se generarán los cambios esperados en beneficio de los derechos de los migrantes.

10. Creemos que una actualización de nuestra normativa debe ir acompañada de una capacitación al personal que lo aplicará, para asegurar una correcta implementación y aplicación de la normativa.
11. No se observa una coherencia entre la normativa del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con la de la Superintendencia de Migraciones, si bien técnicamente deberían trabajar en conjunto, ello no se ha visto reflejado, y como consecuencia en la práctica se vienen dando incongruencias tales como duplicidad de funciones, e incoherencias en los procedimientos entre una y otra entidad. Si bien se ha ido reformando la política migratoria, aún no se han dado cambios en la política de contratación de extranjeros.
12. Al igual que la norma de migraciones, la Ley de Contratación de Extranjeros en el Perú, consideramos que debe ser revisada y actualizada a un nuevo marco migratorio que se encontrará vigente en el Perú, con la finalidad de obtener una reforma integral, que asegure el efectivo cumplimiento de los derechos laborales de los migrantes al Perú.
13. Si bien el Perú ha suscrito Acuerdos Regionales que coadyuvan a una adecuada inserción de los trabajadores de los países miembros de cada Acuerdo, estos esfuerzos no se han completado, toda vez que solo se han desarrollado hasta una cierta parte en cada caso, no existiendo hasta el momento un Acuerdo que gestione de manera integral la migración laboral.
14. Es importante que los acuerdos de integración de índole económica o comercial, sean un espacio que coadyuve a la gestión de la migración de la fuerza laboral, por lo cual el Perú debe aprovecharlos de modo que se establezcan beneficios para los trabajadores migrantes a nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- ABUSADA SALAH, Roberto., & PASTOR VARGAS, Cinthya.
2008 *Migración en el Perú*. Lima: Instituto Peruano de Economía.
- AMERICAN FARM BUREAU FEDERATION.
2014 "New report shows labor challenges lead to loss in GDP, farm income as U.S. farmers lose market share of imports". *The Voice of Agriculture*. Washington D.C., 18 de Marzo del 2014. Consulta: 30 de noviembre 2014.
<<http://www.prnewswire.com/news-releases/new-report-shows-labor-challenges-lead-to-loss-in-gdp-and-farm-income-as-us-farmers-lose-market-share-of-imports-250883831.html>>
- ALTAMIRANO, Teófilo.
1991 "Perú: país de emigrantes". En: *Reunión de Parlamentarios de la Comisión de Población, Salud y Familia realizado en octubre de 1991*. Auspiciado por la Asociación Multidisciplinaria de Investigación y Docencia en Población y el Fondo de Población de las Naciones Unidas.
- ÁLVAREZ, Aurelia
1990 "Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la asamblea general de naciones unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990". *Migraciones*. Madrid, N° 5.
- ATACA, MAY LIN & GALINDO, VALERIA.
2014 La Contratación de trabajadores extranjeros en el Perú: procedimiento y convenios suscritos por nuestro país que facilitan la contratación. *Themis*. Lima, 2014, N° 65. pp. 161-172
- BBC NEWS
2013 "Los inmigrantes: ¿lastre o subsidio al sistema de salud de EE.UU.?". *BBC NEWS*. Washington, 11 de junio 2013. Consulta: 30 de noviembre 2014.
<http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/06/130513_eeuu_inmigrantes_medicare_contribucion_wbm>.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo.
1995 "Marco institucional de la discriminación y tipos de inmigrantes en el mercado de trabajo en España". *Revista Española de Investigaciones Sociales* , 105-124.
- CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA DO INMIGRANTE (CDHIC).
2013 *Políticas migratorias e integración en América del Sur* . Sao Paulo, Brasil: Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Inmigrante (CDHIC).
- Cable News Network (CNN)
2014 "Cinco mitos sobre los inmigrantes en Estados Unidos". *CNN*. CNN Expansión. Nueva York, 24 de noviembre 2014. Consulta: 30 de noviembre 2014.

<<http://www.cnnexpansion.com/economia/2014/11/21/5-mitos-de-inmigracion-desacreditados>>

CHIRI, Adolfo.

2013 La posición competitiva del Perú en la economía global. En: *Strategia* , 10-14.

CONTRERAS, Carlos

1994 Sobre los orígenes de la explosión demográfica en el Perú 1876 - 1940 - Documento de Trabajo, 61. Serie Economía, 21. *Instituto de Estudios Peruanos* , 28. ESPACIO SIN FRONTERAS.

CORTES, Dolores.

2014 La trata de personas: qué es y cómo se manifiesta en el Perú. *Migraciones Internacionales*. Lima: 2007, p, 296-306

DEFENSORÍA 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: Defensoría del Pueblo.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2015 *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie: Series Informes de Adjuntía. Informe N° 009-2014-DP/ADHPD, Lima: Defensoría del Pueblo.

DE LAS CASAS, Orlando

2014 "Corrección del concepto de unidad migratoria familiar en el procedimiento de llamada de familia en el Perú (A propósito de los matrimonios entre personas del mis mi sexo)". *Themis*. Lima, 2014, N° 65. pp. 173-186.

ERMIDA URIARTE, Óscar.

1999 *Globalización y relaciones laborales*. Documento de MS Word, disponible en: <http://www.wilfredosanguinetti.files.wordpress.com> (consultado el 3 de marzo de 2015).

GARCÍA, Pilar.

1992 "Reflexiones sobre el darwinismo social. Inmigración y colonización, mitos de los grupos modernizadores peruanos, (1821-1919)". *Bulletin de l'Institut Français d'Etudes Andines*. Lima N°21, pp.961-975. Consulta: 04 de abril del 2015. <[http://www.ifeanet.org/publicaciones/boletines/21\(3\)/961.pdf](http://www.ifeanet.org/publicaciones/boletines/21(3)/961.pdf)>

GRANIZO, Martín.

1930 *La política internacional de las migraciones de trabajadores*. Madrid: Imprenta y Encuadernación de los Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA.

2013 *Estadísticas de la emigración internacional de peruanos e inmigración de extranjeros 1990-2012*. Lima: Instituto Nacional de Estadísticas e Informática, OIM y Superintendencia Nacional de Migraciones.

INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES.

2012 *The phenomenon of migration: Its significance or meaning in human societies through history*. International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION AND WORLD TRADE ORGANIZATION.

2011 *Making Globalization Socially Sustainable*. Ginebra: Marc Bacchetta and Marion Jansen.

JOVER GOMEZ-FERRER, Rafael., ORTEGA CARBALLO, Carlos., & RIPOL CARULLA, Santiago.

2010 *Derechos fundamentales de los trabajadores extranjeros en España*. Valladolid: LEX NOVA.

KLARÉN, Peter

2004 *Nación y Sociedad en la Historia del Perú*. Lima: IEP, 2004.

LLAMAS, Manuel.

2010 *Libertad Digital*. Consultado el 11 de Octubre de 2014., <http://www.libertaddigital.com/economia/las-remesas-de-los-inmigrantes-repuntan-gracias-a-la-economia-sumergida-1276380782/>

MARTINEZ PIZARRO, Jorge.

2000 *La migración internacional y el desarrollo en la era de la globalización e integración: temas para una agenda regional*. Chile: CEPAL.

MENDOZA, Guido.

2011 *Comunidad Andina: Derecho al libre establecimiento con fines laborales para los ciudadanos comunitarios*. Diálogos Migrantes. Revista del Observatorio de Migraciones. Número 7

MIGRATION POLICY INSTITUTE

2014 *Frequently requested statistics on immigrants and immigration in the National Geographic*. (s.f.). *National Geographic*. Obtenido de <http://www.nationalgeographic.com/xpeditions/lessons/09/g68/migrationguidestudent.pdf>

MORALES, Julieta.

2008 "Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos". *Derechos Humanos México*. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos . México, 2008, Nº 7.pp 101-137

NACIONES UNIDAS.

2015 *Observacionales finales sobre el informe inicial de Perú del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Ginebra: Naciones Unidas. Consulta: 18 de junio del 2015

<http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fPER%2f1&Lang=en>.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

2005 *La Convención internacional sobre trabajadores migratorios y su Comité: Folleto Informativo N° 24*. Nueva York: Naciones Unidas.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).

2008 Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. *Conferencia Internacional del Trabajo en su nonágesima reunión*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (OIT).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).

2014 ILO. Migración Laboral datos y Cifras. Consultado el 15 de mayo 2014.

<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/media-centre/issue-briefs/WCMS_248866/lang-es/index.htm>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).

2014 Migración Equitativa: un programa de la OIT. *Conferencia Internacional del Trabajo 103ava reunión*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (OIT).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM).

2006 *Glosario sobre Migración*. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM).

2006 Migración e Historia. En O. I. (OIM), *Fundamentos de Gestión de la Migración* (Vol. 1, pág. 23). Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

PASCO, Mario.

2004 "La norma más favorable: su determinación". *Derecho PUCP*; Lima: No. 57.pp.339-367

PELLEGRINO, Adela.

2003. *La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencias y perfiles de los migrantes*. Santiago de Chile: Cepal Eclac.

PEREDA, Cristina.

2011 Frenazo a la inmigración. *El País*. Consultado el 09 de setiembre del 2014. <http://elpais.com/diario/2011/09/09/internacional/1315519206_850215.html>

PERU

2015 *Informe inicial presentado en virtud del artículo 73º de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Lima.

RODRIGUEZ, Humberto.

2005 "Abolición de la esclavitud en el Perú y su continuidad". *Investigaciones sociales*. Lima, Año IX N°15, pp.441-456

SANCHEZ AGUILAR, Aníbal.

2012 *Perfil Migratorio Perú*. Lima: Organización Internacional para las Migraciones.

SANCHEZ-ALONSO, Blanca

2007 La racionalidad de las políticas migratorias en la primera globalización: el caso argentino. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados N° 46* , 233-264.

SANCHEZ-ALONSO, Blanca

2002 Procesos migratorios, economía y personas. *Mediterráneo Económico* . CEPAL, Secretaría Ejecutiva. (2002). *Globalización y Desarrollo*. Brasilia: Naciones Unidas - CEPAL.

SILVA ESTRADA, Jessica.

2012 *Migraciones y Derechos Humanos en la Región Andina: Una Mirada desde la Sociedad Civil - Informe de Peru*. Ecuador: Sistema Andino de Migraciones –SAMI.

SOLANES, Ángeles y LA SPINA, Encarnación

2015 *Instrumentos normativos internacionales para la protección de las personas migrantes. Un estándar mínimo exigible. 1. Fundamentación teórica de los derechos de las personas migrante*. Material de enseñanza. Madrid: Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos.

SOLANES, Ángeles y LA SPINA, Encarnación

2015 *Instrumentos normativos internacionales para la protección de las personas migrantes. Un estándar mínimo exigible. 2. Alcance del sistema de Naciones Unidas para la protección de las personas migrantes*. Material de enseñanza. Madrid: Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos.

SOLIMANO, Andrés.

2003 Globalización y migración internacional: la experiencia latinoamericana. *Revista de la CEPAL 80* , 55-72.

TARAN, Patrick y GERONIMI, Eduardo.

2013 *Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección*. Documento de trabajo. Ginebra. Consulta: 28 de octubre del 2014. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_232377.pdf>

TAMAGNO, Carla.

2010 *La Implementación de la Decisión 545 en el Perú. Hacia la gestión migratoria laboral y el fortalecimiento de la integración andina*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

ÚBEDA-PORTUGUÉS, José.

2008 *La respuesta de las Organizaciones Internacionales en la Lucha contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Inmigrantes*. Madrid: Universidad Carlos III-Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.

VASQUEZ, Eduardo

2009 "La inmigración alemana y austriaca al Perú en el siglo XIX". *Investigaciones sociales*. Lima, Vol. 13 N°22, pp.85-100

ZONG Jie y BATALOVA Jeanne.

2014 "Frequently Requested Statistics on Immigrants and Immigration in the United States". *The online journal of the Migration Policy Institute*. Washington, 2014. Consulta: 10 de 10 de 2014 <<http://www.migrationpolicy.org/article/frequently-requested-statistics-immigrants-and-immigration-united-states#9>>

