

Martín Canessa Zamora* (Chile)
Catalina Melgarejo Espina** (Chile)

La ilegitimidad de los límites legales a la proporción de trabajadores extranjeros en la empresa: un análisis desde los derechos humanos a la igualdad y al trabajo

RESUMEN

El presente trabajo analiza la legitimidad del establecimiento de cuotas máximas a la contratación de trabajadores extranjeros en una empresa, bajo parámetros internacionales de derechos humanos. A partir de una sistematización de la regulación e interpretación del derecho humano al trabajo, a la igualdad y la no discriminación en materia laboral, concluye que no existe justificación legítima a la restricción de estos derechos a través de un sistema de cuotas por empresa.

Palabras clave: migración; derecho al trabajo; igualdad y no discriminación.

The Illegitimacy of Legal Limits to the Percentage of Foreign Workers in a Company: A Human Rights-Based Analysis of Equality and Labor

ABSTRACT

This paper analyzes the legitimacy of establishing maximum quotas for hiring foreign workers in a company, under international human rights parameters. Based on the systemization of the regulations and interpretation of the human rights to work and to equality and non-discrimination in the workplace, it concludes that there is no legitimate justification for restricting these rights through a per-company quota system.

Key words: Migration; right to work; equality and non-discrimination.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; LLM in Public Law, University College London (UCL); máster en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid. mcanessaz@gmail.com

** Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile; Master Juris, University of Oxford (Merton College); máster en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid. cimelgarejo@uc.cl

Die Rechtswidrigkeit der gesetzlichen Begrenzung des ausländischen Arbeitnehmeranteils in Unternehmen: eine Analyse aus der Perspektive der Menschenrechte auf Gleichheit und Arbeit

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit analysiert die Rechtmäßigkeit der Festlegung von Höchstquoten für die Einstellung ausländischer Arbeitnehmer in Unternehmen unter Berücksichtigung der internationalen Menschenrechtsstandards. Ausgehend von einer Systematisierung der Regulierung und Auslegung des Menschenrechts auf Arbeit, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im Bereich der Beschäftigung kommt sie zu dem Schluss, dass es keine legitime Rechtfertigung für die Einschränkung dieser Rechte durch ein Quotensystem für Unternehmen gibt.

Schlüsselwörter: Migration; Recht auf Arbeit; Gleichheit und Nichtdiskriminierung.

Introducción

En Latinoamérica, no es poco frecuente encontrarse con normas legales que ponen un límite al trabajo migrante, en la forma de cuotas máximas a la cantidad de trabajadores extranjeros que una empresa puede contratar. En efecto, diversos cuerpos normativos laborales y migratorios en la región contemplaron normas como esta y, en la actualidad, países como Chile, Perú y Bolivia conservan disposiciones en tal sentido. Sin perjuicio de las diferencias en la proporción concreta que se determine (10%, 15%, 20%) y en las normas específicas para su cálculo, lo cierto es que, en todos los casos, estas disposiciones conllevan una limitación a la libertad de trabajo de las personas migrantes, que ha sido establecida, además, con base en una categoría sospechosa de discriminación.

Por supuesto, ni el hecho de que sea una limitación, ni el que utilice una categoría sospechosa, la vuelven inmediatamente una restricción ilegítima de los derechos humanos y fundamentales de los trabajadores migrantes. Sería posible, hipotéticamente, hallar un motivo razonable para su aplicación. De hecho, es común encontrar en el discurso público justificaciones de medidas análogas, adoptadas en aras de la protección de los nacionales y sus puestos de trabajo.¹ Ante la creciente movilidad humana

¹ En Chile, con ocasión de la discusión del proyecto de ley que eventualmente se transformaría en la actual Ley 21.325 de Migración y Extranjería (por entonces, tramitado como Boletín 8970-03), se discutió modificar la actual norma sobre proporción de trabajadores extranjeros en la empresa (que exige a las empresas emplear un mínimo de 85% de nacionales) y sus reglas de cómputo. Inicialmente, la propuesta estuvo dirigida a eliminar la norma. Luego, el consenso recayó en reducir la proporción obligatoria de nacionales a 60%. Después, en mantener el 85%, pero modificar las normas especiales de cómputo (por ejemplo, excluyendo de la aplicación de la regla a los trabajadores estacionales). Finalmente, toda propuesta de modificación fue eliminada durante el paso del proyecto por el Senado y, como resultado,

en la región y las crisis de empleo formal en el mundo del trabajo, los argumentos proteccionistas han ganado cada vez más fuerza, incluso contra toda evidencia.²

Este artículo aborda precisamente dicha interrogante: ¿las cuotas máximas de trabajadores migrantes en una empresa son legítimas desde la perspectiva de los derechos humanos?

Este trabajo revisa la problemática haciendo un análisis comparado de algunas legislaciones de Latinoamérica y el modo en que han incorporado estas normas restrictivas del empleo de trabajadores migrantes, contrastándolo con estándares de derechos humanos en materia de libertad de trabajo, igualdad y no discriminación arbitraria, que se desarrollan a partir de normativa y jurisprudencia internacionales. Desde allí, cuestionamos la legitimidad de tal normativa y concluimos que constituye una limitación de los derechos de los trabajadores migrantes, en dos sentidos. En primer lugar, en tanto pone barreras para la contratación de personas migrantes que, en esencia, niegan la igual dignidad de los trabajadores. En ese sentido, *la protección del trabajo nacional* no constituye un fin normativamente legítimo para restringir los derechos de las personas. En segundo lugar –e incluso aunque se considerara que este es un fin válido–, el uso de la nacionalidad como categoría de distinción no satisface, en esta área, un escrutinio estricto de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto la limitación del trabajo migrante no es un medio idóneo para la consecución del objetivo perseguido. En efecto, como se revisará en las páginas siguientes,³ diversos estudios demuestran que la mayor presencia de personas extranjeras en el mercado laboral no tiene una incidencia estadísticamente relevante en las cifras de desempleo de un país. Por otro lado, como sucede con otros intentos de restricción de la migración, la medida podría redundar en una mayor informalidad laboral, lo que resulta en una afectación desproporcionada de los derechos de los trabajadores migrantes. En otras palabras, la existencia de estas limitaciones a la proporción de los trabajadores migrantes en la empresa solo encuentra fundamento en una falsa sensación de seguridad y protección para los trabajadores nacionales, promesa que es incapaz de cumplir.⁴

la norma se mantiene inalterada hasta hoy. Todo lo anterior, acompañado de argumentos de “protección del empleo nacional”. (Para profundizar, ver la historia de la Ley 21.325, en <https://www.bcn.cl/historiadelay/nc/historia-de-la-ley/7856/>)

² En un libro que sintetiza décadas de investigación sociológica y económica sobre el fenómeno de la migración, Hein de Haas desmiente rigurosamente una serie de mitos ampliamente difundidos en el discurso público. Uno de ellos –que la migración masiva aumenta el desempleo y disminuye los salarios de los nacionales– es frecuentemente invocado por quienes abogan medidas proteccionistas. Es, también, una afirmación contraria a la mejor evidencia disponible. De Hein Haas, *How Migration Really Works. A factful guide to the most divisive issue in politics* (London: Penguin Random House, 2023), 129 y ss.

³ Ver el apartado 4.4.

⁴ Nuevamente, de Haas documenta extensamente esto en su investigación. De Haas, *How Migration...*, 129-144.

1. Caracterización del problema: presencia de cuotas en la legislación de diversos países latinoamericanos

Como adelantamos en los párrafos precedentes, la existencia de cuotas máximas de trabajadores extranjeros en una empresa es relativamente frecuente en Latinoamérica. En efecto, sin perjuicio de variaciones concretas en los porcentajes y las fórmulas de asimilación de ciertos trabajadores extranjeros a nacionales para efectos del cumplimiento de la norma, el hecho es que todas comparten una misma esencia: limitan el máximo de personas migrantes que un empleador puede contratar en relación con los trabajadores nacionales. Las revisaremos a continuación.

1.1. Bolivia

En el caso de Bolivia, la Ley General del Trabajo dispone, en su artículo 3°: “En ninguna empresa o establecimiento el número de trabajadores extranjeros podrá exceder del 15 por ciento del total y comprenderá exclusivamente a técnicos”⁵

En el mismo sentido, el Decreto Supremo de 2 de febrero de 1937, señala:

Art.1°. El ochenta y cinco por ciento de los empleados que sirven a un mismo patrono, deberán ser de nacionalidad boliviana. Del total de sueldos pagados por el mismo patrono, se asignará el ochenta y cinco por ciento en favor de los empleados nacionales; los pagos hechos en moneda extranjera se reducirán al cambio bancario para restablecer dicho porcentaje.⁶

El Decreto Supremo 3653 de 25 de febrero de 1945, en relación con el porcentaje de artistas, dispone:

Art. 1° Las emisoras comerciales de radio, deberán contratar necesariamente, un número de artistas suficiente para llevar un veinticinco por ciento de sus emisiones con números vivos. Entre esos artistas, por lo menos un 60% deberán ser nacionales. Art. 2° Los locales públicos autorizados a presentar números vivos, igualmente deberán contratar por lo menos un sesenta por ciento de artistas nacionales.⁷

1.2. Perú

Por su parte, Perú establece una limitación similar en la Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros, cuyo artículo 4° dispone: “Las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20%

⁵ Ley General del Trabajo de la República Plurinacional de Bolivia de 8 de diciembre de 1942, artículo 3°.

⁶ Ley General del Trabajo de la República Plurinacional de Bolivia, artículo 3°.

⁷ Ley General del Trabajo de la República Plurinacional de Bolivia, artículo 3°.

del número total de sus servidores, empleados y obreros. Sus remuneraciones no podrán exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios”.⁸

El 5 de julio de 2018, el mismo país adoptó una normativa para promover la contratación laboral de personas de nacionalidad venezolana, facilitando el cumplimiento de ciertos requisitos laborales. Sin embargo, la nueva legislación mantuvo los mismos límites de contratación ya señalados, explicitando: “La liberación de las restricciones laborales a que se refiere las normas emitidas por el Sector Interior, no comprenden los límites porcentuales que establece el artículo 4 y la contratación temporal prevista en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros”.⁹

1.3. México

En México se contempla un porcentaje de limitación mayor. Así, la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 7°, regula:

En toda empresa o establecimiento, el patrón deberá emplear un noventa por ciento de trabajadores mexicanos, por lo menos. En las categorías de técnicos y profesionales, los trabajadores deberán ser mexicanos, salvo que no los haya en una especialidad determinada, en cuyo caso el patrón podrá emplear temporalmente a trabajadores extranjeros, en una proporción que no exceda del diez por ciento de los de la especialidad. El patrón y los trabajadores extranjeros tendrán la obligación solidaria de capacitar a trabajadores mexicanos en la especialidad de que se trate. Los médicos al servicio de las empresas deberán ser mexicanos. No es aplicable lo dispuesto en este artículo a los directores, administradores y gerentes generales.¹⁰

1.4. Colombia

El caso colombiano resulta especialmente interesante, por cuanto dicho Estado establecía una limitación en el mismo porcentaje que México, pero esta fue derogada en virtud de la Ley 1429, publicada el 29 de diciembre de 2010. Dicha ley tiene por objeto “la formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse”.¹¹

⁸ Decreto Legislativo 689 de 4 de noviembre de 1991, artículo 4°.

⁹ Resolución Ministerial 176-2018-TR de 05 de julio de 2018, *El Peruano*, 6 de julio de 2018, artículo 4°.

¹⁰ Ley Federal del Trabajo de 23 de abril de 2021, *Diario Oficial de la Federación*, 1° de abril de 1970, artículo 7°.

¹¹ Ley 1429 de 29 de diciembre de 2010, *Diario Oficial*, 29 de diciembre de 2010, n.° 47.937, artículo 1°.

El antiguo artículo 74.1 señalaba: “Todo [empleador] que tenga a su servicio más de diez (10) trabajadores debe ocupar colombianos en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza”.¹²

1.5. Chile

Finalmente, en el caso chileno encontramos una restricción que se dará incluso en las primeras legislaciones laborales. En la Ley sobre Contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares de 1924, en el artículo 6°, se regulaba:

Cuando los patrones ocuparen más de diez empleados, el setenta y cinco por ciento (75%), a lo menos, de ellos, deberán ser chilenos, los cuales percibirán, a lo menos, el setenta y cinco por ciento (75%) de los emolumentos que se paguen. En las industrias que estuvieren establecidas a la fecha de la promulgación de la presente ley (sic), la disposición del inciso anterior se aplicará cinco años después de dicha fecha; y en las que se establecieron con posterioridad a su promulgación, se aplicará desde cinco años después de su establecimiento.

Para computar la proporción a que se refiere este artículo, no se considerará al personal ocupado en secciones de construcción o ensanche de instalaciones, siempre que así lo autorice, en cada caso, el Presidente de la República.

Art. 7°. Para los efectos del artículo anterior, se computarán como chilenos los extranjeros (sic) cuyo cónyuge sea chileno y los que estuvieren domiciliados en Chile más de diez años.¹³

En 1931, se reduce el porcentaje de 25% a un 15%, porcentaje este último que se mantiene en la actualidad. En dicho cuerpo legal, en los artículos 115 y 116 se regula:

Art. 115. El 85% a lo menos, del total de empleados que sirvan a un mismo empleador, será de nacionalidad chilena. Se exceptúan de esta disposición al empleador que ocupa cinco empleados o menos.

Art. 116. Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:

1) Se tomará en cuenta el número total de empleados que un empleador ocupe dentro del territorio nacional, y no el de las distintas sucursales separadamente;

2) Se excluirá al personal técnico especialista que no pueda ser reemplazado por el personal nacional;

¹² Decreto Ley 2663, Código Sustantivo del Trabajo de 05 de agosto de 1950, *Diario Oficial*, 9 de septiembre de 1950, n.º 27.407. Antes de la reforma de 2010, artículo 74.1.

¹³ Ley 4059, sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares de 08 de septiembre de 1924, Boletín, 27 de septiembre de 1924, artículos 6 y 7.

3) Se tendrá como chilenos a los extranjeros cuyo cónyuge sea chileno o que sean viudos de cónyuge con hijos chilenos; y

4) Se considerará, también, como chilenos, a los extranjeros residentes por más de diez años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.¹⁴

Esta norma, con características similares, se reproduce en el Código del Trabajo chileno vigente,¹⁵ en sus artículos 19 y 20:

El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena. Se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores.

Art. 20. Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:

1. se tomará en cuenta el número total de trabajadores que un empleador ocupe dentro del territorio nacional y no el de las distintas sucursales separadamente;

2. se excluirá al personal técnico especialista;

3. se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o conviviente civil o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno, y

4. se considerará también como chilenos a los extranjeros residentes por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.¹⁶

Sin perjuicio de que las legislaciones citadas difieran en la proporción, en las reglas especiales de cálculo y otros requisitos (como limitaciones adicionales referentes al salario y al rubro), todas ellas comparten como núcleo esencial la existencia de cuotas de limitación para la participación de trabajadores extranjeros en el mercado laboral. Esto es, se trata de restricciones al derecho al trabajo o a la libertad del trabajo de las personas migrantes, basadas en un único criterio de distinción: la nacionalidad del trabajador.

¹⁴ DFL 178, Código del Trabajo chileno de 13 de mayo de 1931, *Diario Oficial*, 28 de mayo de 1931, artículos 115 y 116.

¹⁵ En un reciente y detallado estudio de la aplicación de estas normas, Mayra Feddersen y Antonio Morales argumentan que la fiscalización efectiva de estas normas es relativamente baja, pero que su vigencia acarrea, de todos modos, problemas jurídico-políticos, especialmente para la gestión del trabajo migrante y la ejecución de una política migratoria estructurada y coordinada. En contraposición al suyo, sin embargo, nuestro análisis es eminentemente normativo, abocado a la pregunta por la legitimidad y juridicidad de la restricción. Mayra Feddersen y Antonio Morales, “¿Cómo se articulan las políticas migratorias y laborales para regular el trabajo extranjero?”, *Revista Chilena de Derecho* 50, n.º 1 (2024): 159-194.

¹⁶ DFL 1, Código del Trabajo de Chile de 31 de julio de 2002, *Diario Oficial*, 16 de enero de 2003, artículos 19 y 20.

2. Justificaciones posibles a este tipo de legislación

De la normativa revisada pueden apreciarse dos elementos fundamentales para el desarrollo de este análisis. Por un lado, las normas constituyen una restricción al menos a dos derechos humanos de los trabajadores extranjeros: a la igualdad y no discriminación arbitraria y al derecho al trabajo. Por otro lado, su esencia es realizar una distinción entre trabajadores con base en su nacionalidad (nacionales vs. extranjeros), una categoría sospechosa de discriminación.

Por supuesto, como hemos dicho al inicio de este escrito, ni el hecho de que sea una restricción, ni el que utilice una categoría sospechosa, la vuelven inmediatamente una restricción ilegítima de los derechos humanos y fundamentales de los trabajadores migrantes. Por ello, al aproximarnos críticamente a esta suerte de normas, nos parece que lo mejor es buscar el fundamento más razonable posible, aquel que más pueda ajustarse a estándares de derechos humanos, y evaluarlas desde allí. Lo anterior, especialmente si dos de los estándares que se van a comparar serán la igualdad y la proscripción de la arbitrariedad, cuya consecuencia es la exigencia de razonabilidad.

En ese sentido, descartaremos justificaciones que, *prima facie*, aparecen como manifiestamente discriminatorias. En su lugar, nos centraremos en dos argumentos que normalmente se esgrimen en favor de esta normativa y que podrían, al menos en apariencia, hallar sustento en los derechos de soberanía del Estado o en la garantía de los derechos humanos de los nacionales de un país.

Así, por un lado, se ha argumentado¹⁷ que este tipo de normas permiten una mejor garantía del derecho al trabajo de los nacionales de un Estado, protegiendo su empleo frente a flujos migratorios crecientes. Este argumento, como es obvio, supone que existe un cierto orden de prelación en la protección que el Estado debe brindar a los derechos humanos de sus nacionales, por sobre los derechos humanos de otros residentes (cuestión que no es pacífica). A su vez, trae implícita la asunción¹⁸ de que el aumento de la migración (al menos por encima de cierto nivel) implicará también el aumento del desempleo.

¹⁷ En Chile puede consultarse la argumentación en torno al Proyecto de ley, Boletín 4359-13, que “Modifica el Código del Trabajo asegurando la ocupación para sus nacionales”. Fecha de ingreso: jueves 20 de julio de 2006, en el mismo sentido, la discusión durante la tramitación de la actual Ley 21.325 (Boletín 8970-03). En iniciativas aún más recientes, se ha argumentado que sería importante flexibilizar el requisito (aumentando la proporción de trabajadores extranjeros en la empresa o excluyendo a ciertas categorías de trabajadores, como los estacionales), pero siempre reforzando la idea de que las limitaciones son necesarias para proteger el empleo de nacionales (ver Boletín 11125-13).

¹⁸ Magdalena Olea y Álvaro Bellolio: “El Frente Amplio es la coalición de la migración sin restricciones”, *El Libero*, 18 de agosto de 2020, acceso el 29 de noviembre de 2022, <https://ellibero.cl/actualidad/alvaro-bellolio-el-frente-amplio-es-la-coalicion-de-la-migracion-sin-restricciones/>

Por otro lado, se ha dicho que, allí donde no existen cuotas de ingreso al país (*visa caps*), las cuotas máximas de empleo permitirían trasladar la gestión de la migración a la empresa, manteniendo una mejor correlación entre las vacantes abiertas en el mercado laboral y el ingreso de trabajadores que las llenen.¹⁹ Esta posición, aparentemente menos problemática, trae igualmente aparejada la idea de que el mercado laboral se comporta de un modo predecible y proporcional al empleo nacional. A su vez, parece obviar los efectos concretos que la normativa tiene en trabajadores extranjeros que, al postular a un puesto de trabajo para el que se hallan calificados, serán rechazados por razones ajenas a su idoneidad, y sobre las empresas, que en determinadas situaciones podrían verse obligadas a prescindir de trabajadores más calificados.

En los párrafos siguientes desarrollaremos algunos estándares de derechos humanos aplicables a la problemática expuesta, para luego medir la normativa analizada con dichos parámetros y determinar así su adecuación (o falta de ella) al respeto, la protección y promoción de los derechos humanos.

3. Estándares internacionales de derechos humanos: libertad de trabajo e igualdad

Para poder revisar si las cuotas máximas legales de trabajadores extranjeros en una empresa constituyen (o no) restricciones legítimas de los derechos humanos y fundamentales a la libertad de trabajo e igualdad (y no discriminación), debemos primeramente desarrollar su contenido y, en especial, las habilitaciones a su restricción. Una vez desarrollados estos parámetros de control, estaremos en condiciones de revisar si las cuotas máximas legales se ajustan o no a ellos.

3.1. Derecho al trabajo

En el desarrollo histórico de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), el derecho al trabajo aparece como un pilar fundamental. En este desarrollo, el trabajo ha sido considerado como una herramienta para superar la pobreza y alcanzar condiciones de vida dignas que permitan el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de otros derechos. Adicionalmente, el trabajo se ha comprendido como un

¹⁹ En un estudio de 2006, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) destacaba las dificultades que acarrea el uso de una política migratoria con base en cuotas numéricas de visas, especialmente en la medida en que la rigidez de los procesos para fijarlas impediría adecuarse “en tiempo real” a las necesidades del mercado laboral. El mismo estudio releva las ventajas de que el Estado delegue en los empleadores la selección de los trabajadores extranjeros que ingresarán, pudiendo obligárseles a preferir a trabajadores nacionales. (Para profundizar, ver OECD, “Managing Migration – Are Quotas and Numerical Limits the Solution?”, en *International Migration Outlook* (2006), https://doi.org/10.1787/migr_outlook-2006-en)

deber del ciudadano, en su contribución al desarrollo de la sociedad. Así las cosas, el derecho al trabajo se encuentra íntimamente ligado con la dignidad humana.

Esta doble dimensión del trabajo, como medio para obtener condiciones de vida dignas y como deber del ciudadano, queda manifiesta en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que en su artículo 45 dispone:

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, *tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual*, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;

b) El trabajo es un derecho y *un deber social*, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.²⁰

El derecho al trabajo está consagrado en distintos instrumentos. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 23.1, señala: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.²¹

La declaración regula el derecho al trabajo, sin limitarlo a la mera prestación de servicios. Así las cosas, reconoce tres manifestaciones de este:

1. Derecho a obtener un trabajo. Justamente, esta arista es la que ha llevado a considerar este derecho como un principio y no una regla, entendiendo que en las sociedades neoliberales actuales es muy difícil lograr condiciones de *pleno empleo*. En ese sentido, algunos países han optado por utilizar una nomenclatura menos ambiciosa como *derecho del trabajo* o *libertad de trabajo* (este último, por ejemplo, en la constitución chilena).
2. Libertad de elegir el trabajo. Este punto también ha generado controversia en las sociedades actuales. El ideal de que cada uno es libre para elegir su empleo puede ser cierto formalmente, pero suele distar mucho de la realidad

²⁰ OEA, Carta de la Organización de los Estados Americanos, n.º 1-C de 30 de abril de 1948. Reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992 y por el Protocolo de Managua en 1993.

²¹ ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos, A/RES/217(III), París, 10 diciembre de 1948.

material, pues se encuentra marcado por la necesidad y los escasos recursos económicos. Por lo demás, no todos los empleos son considerados *trabajo* para efectos del mercado, invisibilizando oficios, profesiones o servicios que quedan fuera del ámbito de protección.

3. Derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. La comunidad internacional y los distintos Estados no solo se han preocupado por la posibilidad de obtener un empleo, sino también por los estándares mínimos de calidad de estos.
4. Protección contra el desempleo. Esta cuestión se materializa de distintos modos en diferentes países (seguros de desempleo, causales de indemnizaciones por despido, etc.).

En el mismo sentido, el Protocolo de San Salvador, en su artículo 6, consagra el derecho al trabajo: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.²² Así, el Protocolo vincula íntimamente el trabajo con la vida digna y la libertad de desarrollar la personalidad del individuo. El trabajo sería garantía necesaria para el ejercicio del resto de los derechos humanos.

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), en su artículo 6.1, establece: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.²³

Los Estados tienen un rol relevante y un deber de proteger este derecho, en especial “el derecho al trabajo de todas las personas, en particular de los grupos en situación de vulnerabilidad y discriminación histórica, con particular relevancia cuando los empleadores son actores no estatales”.²⁴

El concepto de derecho al trabajo fue incluido en las constituciones europeas de posguerra, con el fin principal de evitar formas de libre despido. También fue utilizado para hacerle contrapeso al derecho de huelga. En España, por ejemplo, a pesar de estar consagrado en el artículo 35 de su Constitución, no logró el objetivo de garantizar el derecho a exigir y obtener un puesto de trabajo.²⁵ En Latinoamérica,

²² OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 17 de noviembre de 1988.

²³ ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), A/RES/2200(XXI), 16 de diciembre de 1966.

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Compendio sobre derechos laborales y sindicales. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 331, 30 octubre de 2020, 21.

²⁵ Cfr. José Luis Ugarte Cataldo, “El trabajo en la Constitución chilena”, en *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política. Derecho en democracia*, ed. por Juan Carlos

años antes, la Constitución mexicana de 1917 consagró en su articulado normas exhaustivas acerca el derecho al trabajo y la libertad del trabajo.²⁶ En Chile, recién se consagró el derecho a la *libertad de trabajo y su protección* en la Constitución de 1980. El texto constitucional chileno lo garantizó de la siguiente forma:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

16°. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.²⁷

El Tribunal Constitucional de Chile ha interpretado la libertad del trabajo en el siguiente sentido:

La garantía de la libertad de trabajo faculta a toda persona a buscar, obtener, practicar y ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Implica, desde luego, la libertad de elegir un trabajo, evitando compulsiones para realizar labores determinadas. La persona debe decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación. [...]. El contenido esencial de esta garantía asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución.²⁸

Las normas internacionales y de orden doméstico citadas son contestes en considerar el trabajo como un bien esencial, estableciendo una protección robusta, que no solo contempla los servicios prestados, sino también su protección como medio para el desarrollo de la persona, condiciones de vida adecuadas, estándares del empleo, entre otros. A la luz de las obligaciones y garantías asociadas al derecho estudiado, se desprende que la comunidad internacional y la legislación interna no hacen distinciones según la nacionalidad del trabajador. Así las cosas, todas aseguran derechos laborales al trabajador, independiente de su origen.

Ferrada Bórquez, Jaime Bassa Mercado y Christian Viera Álvarez (Santiago: Lom Ediciones, 2015), 121-122.

²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 31 de enero de 1917, artículos 4 y 123 y ss., https://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Constitucion_1917_Fac-similar

²⁷ Constitución Política de la República de Chile, Decreto 100 de 17 de septiembre de 2005, *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 2005.

²⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1413, considerando 21, 16 de noviembre de 2010. En el mismo sentido, STC 3330 c. 12, STC 3391 c.12, STC 7217 c. 11.

Lo anterior es concordante con la Opinión Consultiva OC-18/03, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que por unanimidad declaró:

9. 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 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.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. *Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo*, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.²⁹

Esto no es un obstáculo para el ejercicio de políticas migratorias, esto es, de control fronterizo, naturalmente basadas en la distinción nacional-extranjero (los Estados mantienen su potestad soberana para determinar quién entra y quién sale de su territorio). Pero sí se opone al establecimiento de políticas laborales discriminatorias, es decir, a la determinación del goce del derecho al trabajo, el acceso al mercado laboral o la admisión a puestos de trabajo específicos, basados únicamente en la nacionalidad. En consecuencia, los derechos consagrados y las obligaciones de los Estados responden únicamente a la dignidad de los trabajadores, por el solo hecho de considerarse como tales y, por consiguiente, a primera vista dichas normas no habilitan a hacer distinciones según el país de origen del trabajador o su condición migratoria.

En el siguiente apartado revisaremos la legitimidad (o falta de ella) de que los Estados establezcan límites al acceso y ejercicio de estos derechos basados en la nacionalidad. Es decir, a establecer un límite máximo de contratación de trabajadores extranjeros, dejándolos fuera del *mercado laboral* y, por ende, fuera del estatuto protector del derecho al trabajo.

3.2. Igualdad y no discriminación: la nacionalidad como categoría sospechosa

La igualdad es un valor fundamental en el más puro sentido de la palabra: la igual dignidad de las personas es punto de partida y fundamento del orden internacional de los derechos humanos. Así, la DUDH comienza por afirmar que “todos

²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, párrafos 9 y 10.

los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”,³⁰ para luego, en su artículo 2º, proscribir la discriminación y establecer las que se han llamado *categorías sospechosas de discriminación*.³¹ Similares declaraciones encontramos en el Pidesc, que en su artículo 2.2 obliga a los Estados a la igual garantía de los derechos que estatuye, “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.³²

Especialmente relevantes resultan, pues, las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que no solo comprometen a los Estados al igual respeto y protección de los derechos humanos de todas las personas, sino que consagran la igualdad ante la ley como un derecho humano en sí mismo. Justamente, el PIDCP, en su artículo 26, establece:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.³³

Por su parte –y en análogo sentido– la CADH dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.³⁴

La ubicuidad de la igualdad y la proscripción de la discriminación no es accidental. Esta opera a la vez como principio fundamental del orden de los derechos humanos, como derecho humano en sí mismo, y como metagarantía de los demás derechos

³⁰ ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos, A/RES/217(III), artículo 1º.

³¹ El artículo en cuestión dispone: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”. ONU, Declaración Universal..., art. 2º.

³² ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), A/RES/2200(XXI), 16 de diciembre de 1966, artículo 2.2.

³³ ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A/RES/2200 (XXI), 16 de diciembre de 1966, artículo 26.

³⁴ OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969, artículo 24.

(en relación con las condiciones para su ejercicio y los requisitos de su restricción).³⁵ De hecho, ha sido precisamente en relación con la posibilidad de restringir los derechos de las personas migrantes (en específico, de aquellos en situación migratoria irregular), que la Corte IDH ha declarado que la igualdad constituye una norma de *ius cogens*. De este modo, ni aun invocando el derecho soberano a definir sus políticas migratorias (espacio en que tradicionalmente los Estados han gozado de especial holgura frente a controles de legitimidad), pueden vulnerar la igualdad esencial, ni realizar distinciones arbitrarias.³⁶

Este rol esencial se refleja también en el derecho constitucional y, en particular, en el derecho constitucional latinoamericano. La igualdad es

... una de las nociones más importantes del constitucionalismo occidental. Ella no sólo sirve de fundamento al régimen democrático de gobierno, sino que también se constituye en una de las bases del ordenamiento jurídico. Más aún, en la actualidad los más diversos conflictos jurídicos tienden a formularse, al menos parcialmente, en torno a exigencias de igualdad.³⁷

De acuerdo con buena parte de la doctrina constitucionalista, este reconocimiento de la igualdad fundamental entre las personas y la proscripción de las distinciones arbitrarias configuran lo que se ha denominado la *presunción de igualdad*, en cuya virtud la regla general será el trato igualitario, y permiten tratos diferenciados solo en la medida que puedan ser justificados por una razón suficiente, suficiencia que además podrá ser controlada. En otras palabras, la carga de la prueba es de quien desea aplicar un tratamiento desigual, debiendo aquel –en este caso, el Estado– alcanzar

³⁵ En este sentido, y precisamente con ocasión de una consulta sobre derechos de trabajadores migrantes, la Corte IDH ha afirmado que “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párrafo 101. En Chile, puede consultarse la opinión de los profesores José Manuel Díaz de Valdés, “Las categorías sospechosas de discriminación en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 50, n.º 1 (2018): 189-218, y Fernando Muñoz, *Igualdad, inclusión y derecho* (Santiago: Lom Ediciones, 2013).

³⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párrafo 173.4. La Corte IDH ha declarado que “los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos”, de modo que “las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables”. Así, “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria a la consecución de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”, principio que además considera constituye una norma de *ius cogens*. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párrs. 168, 172 y 173.4.

³⁷ José Manuel Díaz de Valdés Juliá, *Igualdad constitucional y no discriminación* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 31-32.

los estándares de justificación y razonabilidad exigidos.³⁸ El grado de convicción acerca de la razonabilidad que debe alcanzar quien ejerce el control (típicamente un juez) es, además, elevado, de modo que, si existiera duda acerca de la justificación de la medida, deberá preferirse el trato igualitario.

A este esquema se suma la proscripción de toda forma de discriminación arbitraria. La importancia de erradicar las distinciones arbitrarias yace en su profunda contradicción con la dignidad humana y en cómo estos actos suelen perpetuar el sometimiento de unas personas por otras. De ahí que una de las herramientas más importantes que emplea el derecho antidiscriminación sean las categorías sospechosas, entendidas como “aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre personas, y que el ordenamiento jurídico ha señalado expresamente como indiciarios de discriminación arbitraria”.³⁹ Las categorías sospechosas lo son porque históricamente se las ha empleado para oprimir y perjudicar a ciertos grupos de personas.

La DUDH, en su artículo 2.1, incorpora un listado de categorías sospechosas de discriminación. En el sistema interamericano de derechos humanos se ha entendido que el artículo 1.1 de la CADH contempla aquel instituto jurídico, en la medida en que obliga a los Estados al pleno respeto y a la garantía del libre ejercicio de los derechos de “toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de *raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social*” (énfasis agregado).⁴⁰ Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dotado a las categorías sospechosas del particular efecto de aumentar el estándar de justificación exigido a los Estados, estableciendo una fuerte presunción de discriminación arbitraria en aquellos casos en que esta se utiliza.

La Comisión ha sostenido que las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en la Convención Americana están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados, a fin de que dichas distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar un interés particularmente importante o una necesidad social imperiosa y una estricta justificación de la distinción, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible. En todo caso, la Comisión sostiene que cualquier distinción basada en uno de los supuestos mencionados en el

³⁸ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

³⁹ Díaz de Valdés Juliá, “Las categorías sospechosas de discriminación en el derecho chileno”, 214.

⁴⁰ OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969, artículo 1.1.

artículo 1 de la Convención tiene una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado, incluida la relativa a la discriminación por razones del idioma.⁴¹

De este modo, distinciones basadas en la pertenencia a determinados grupos o a la adjudicación de ciertas condiciones sociales –como la nacionalidad– adolecen de una presunción de ilegitimidad fuerte, que obliga a su control estricto, bajo parámetros exigentes de suficiente justificación. Dichos parámetros resultan más o menos coincidentes con aquellos que tradicionalmente se han utilizado en el marco del test de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Retomaremos esto en el siguiente apartado. Por ahora, basta reiterar que, bajo los estándares aplicables del derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente del sistema interamericano, la nacionalidad *es* categoría sospechosa de discriminación, con todas las consecuencias que eso conlleva.

Así las cosas, las normas analizadas –cuotas máximas de trabajadores extranjeros en la empresa– evidentemente constituyen una distinción basada en una categoría sospechosa de discriminación, de modo que no es legítimo, en principio, que los Estados traten desigualmente a nacionales y extranjeros en cuanto al goce de los derechos humanos fundamentales, ni impongan a las personas migrantes restricciones a sus derechos más intensas que a sus nacionales. Esto es *en principio*, pues, como lo dice el mismo concepto, que una categoría sea sospechosa no la hace culpable de discriminación arbitraria. Eso sí, su uso requiere un escrutinio mucho más cuidadoso y bajo los estándares exigentes arriba sistematizados.

3.3. Las normas específicas que autorizan ciertas distinciones con base en la nacionalidad no las transforman en categorías protegidas de discriminación

Agreguemos un último nivel de complejidad al análisis. ¿Qué sucede cuando una distinción aparece autorizada por otra norma aplicable? Esto es lo que pareciera ocurrir en el presente caso, en razón de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CDTMF). Este instrumento es de un contenido fuertemente protector e igualitario, y contempla una serie de derechos en este sentido, incluidos la no discriminación en el reconocimiento de derechos (art. 7) y la igualdad de trato respecto de los nacionales (art. 25). Sin embargo, contiene algunas autorizaciones específicas para realizar distinciones entre nacionales y extranjeros (eventualmente privilegiando a los primeros). Por ejemplo,

⁴¹ CIDH, Caso Alfredo López Álvarez vs. Honduras, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2003, párrafo 175. En el mismo sentido, ver CIDH, Caso Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka) vs. Chile, Informe de 29 de noviembre de 2016, No. 48/16, párrafo 71.

en lo pertinente a nuestra discusión, el artículo 52,3 letra b), permite limitar la libre contratación de los extranjeros en beneficio de los nacionales, del siguiente modo:

Artículo 52.3 En el caso de los trabajadores migratorios cuyo permiso de trabajo sea de tiempo limitado, el Estado de empleo también podrá:

b) 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 para esos fines en virtud de la legislación vigente o de acuerdos bilaterales o multilaterales. 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.⁴²

A nuestro juicio, esta norma resulta extraña en el contexto de las demás disposiciones del orden internacional de los derechos humanos e, incluso, de las normas del propio tratado. Una suerte de reserva en favor del Estado para, so pretexto de garantizar los derechos de sus nacionales, restringir los derechos de los extranjeros. No existe ninguna diferencia relevante entre trabajadores nacionales y extranjeros que justifique este trato diferente. Creemos que este particular artículo colisiona con las demás disposiciones que hemos venido analizando (contenidas en la DUDH, el PIDCP, el PIDESC y la CADH, entre otras), así como con la normativa laboral relevante emanada de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como los Convenios 111 y 156 a los que nos referiremos en los siguientes párrafos. Con todo, nos parece que ni siquiera esta norma, correctamente interpretada, legitima las leyes de cuotas máximas de trabajadores por empresa.

Precisamente, lo que hay que preguntarse frente a una norma excepcional que autoriza esta diferenciación es: ¿quedan por ella exentos los Estados del escrutinio estricto del que veníamos hablando? ¿Les confiere la norma carta libre para utilizar la nacionalidad como categoría de distinción? ¿La convierte en “categoría protegida” en materia laboral? A nuestro juicio, una lectura armónica del conjunto de la normativa aplicable y, en concordancia, de los principios interpretativos que rigen en el orden de los derechos humanos (como el principio pro persona), lleva necesariamente a responder en forma negativa. Ello, en la medida en que i) la autorización no elimina la condición de categoría sospechosa a la nacionalidad, ii) tampoco altera el régimen de control ni los estándares aplicables a las distinciones en ella fundadas y iii) la propia norma establece una finalidad específica que se debe cumplir, excluyendo toda otra.

⁴² ONU, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, A/RES/45/158, 18 de diciembre de 1990, artículo 53.3 letra b).

Respecto de lo primero, lo cierto es que el carácter excepcional de la autorización contenida en el artículo 52.3 letra b de la CDTMF, en contraste con el tenor general del resto del tratado, demanda una interpretación restrictiva de los efectos que la autorización pueda tener. No representa un levantamiento ni de la prohibición de la discriminación arbitraria, ni tampoco de la sospecha sobre el uso de la nacionalidad. La existencia de normas especiales y excepcionales no transforma la categoría en protegida, ni altera la regla general en su aplicación al ámbito laboral.

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a las relaciones de los Estados con personas migrantes tiende a reforzar estos criterios interpretativos. En efecto, en distintas sentencias y opiniones consultivas, la Corte enfatiza el carácter de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación,⁴³ así como la obligación que este impone a los Estados de dar un trato igualitario a los trabajadores extranjeros, incluso a pesar de que estuvieren en situación irregular.⁴⁴ Junto con ello, reafirma que la nacionalidad constituye una categoría sospechosa de discriminación, incluso invirtiendo la carga de la prueba (obligando al Estado a probar que no ha discriminado) cuando esta se utilice.⁴⁵ En la misma línea, la Corte aclara que las distinciones con base en la nacionalidad a las que se someta a los trabajadores extranjeros serán legítimas “siempre y cuando este trato diferencial sea *razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos*”,⁴⁶ sometiénolas a un estándar de escrutinio mayor.

Lo anterior, además, es coherente con la comprensión de la igualdad promovida por la OIT. En efecto, el Convenio 111 de la OIT, por el cual los Estados ratificantes se comprometen a promover “la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”,⁴⁷ define la discriminación precisamente en función de categorías sospechosas, estableciendo que corresponde a “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, *ascendencia nacional* u origen social *que tenga por efecto anular o alterar la igualdad*

⁴³ Por ejemplo, OC-18/03, párrafo 101.

⁴⁴ OC-18/03. Ver especialmente su párrafo 134, donde resuelve que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral”.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 251. En el párrafo 229 de la sentencia, la Corte IDH resuelve explícitamente que “reconoce la dificultad de demostrar casos de perjuicio racial por parte de quienes son objeto de discriminación, por lo que coincide con el Tribunal Europeo en el sentido que, en ciertos casos de violaciones a derechos humanos motivados por discriminación, la carga de la prueba también recae en el Estado, quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”.

⁴⁶ Corte IDH, OC-18/03, párrafo 119.

⁴⁷ OIT, Convenio 111 de 25 de junio de 1958, “Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)”, artículo 2.

de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (énfasis agregado).⁴⁸ Un Convenio posterior de la misma OIT (156, adoptado en 1981) confirma este criterio, proscribiendo el uso de la nacionalidad como categoría de distinción, esta vez respecto de los derechos de los trabajadores con obligaciones familiares.⁴⁹ Dicho de otro modo, *especialmente* en materia de acceso al trabajo, la nacionalidad es una categoría sospechosa de discriminación.

Asimismo, la interpretación de la norma debe circunscribirse al régimen aplicable a los derechos humanos. Especialmente importantes resultan el principio interpretativo armónico⁵⁰ –en cuya virtud las normas de estos tratados deben interpretarse del modo más respetuoso posible frente a otras normas de derechos humanos– y el principio pro persona (o *pro homine*)⁵¹ –que obliga a la interpretación más amplia o extensiva de las normas que consagran derechos y la más restrictiva de las normas que los limiten o suspendan–. En adición, deben aplicarse las reglas que ya hemos revisado para el control de legitimidad de medidas que determinan la existencia de un trato diferente: la presunción de igualdad, la necesidad de escrutinio estricto, la existencia de categorías sospechosas (con sus consecuencias) y el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Finalmente, tanto el tenor de la norma como la aplicación de los principios enunciados en los párrafos anteriores exigen darle un alcance especialmente restringido a la autorización de distinguir con base en la nacionalidad. Lo anterior, en la medida en que la propia norma determina cuál puede ser la *única* finalidad de la distinción: “darle prioridad” a los trabajadores nacionales. Una interpretación adecuada de dicha finalidad (armónica, pro persona, restrictiva) obliga a excluir la priorización por sí misma y, en su lugar, entenderla como una expresión excepcional de garantía preferente del derecho al trabajo en favor de los nacionales de un Estado, por su

⁴⁸ OIT, Convenio 111.

⁴⁹ OIT, Convenio 156 de 23 de junio de 1981, “Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares”.

⁵⁰ Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos contienen normas que obligan a interpretar sus propias disposiciones en un modo que resulte armónico con la garantía de los derechos y las libertades que ellos mismos consagran, por ejemplo, el artículo 30 de la DUDH, el artículo 5° del PIDCP, el artículo 5° del PIDesc, el artículo 29, letras a) y d), de la CADH y artículo 81.2 de la CDTME. Asimismo, varios de estos tratados obligan a interpretar sus normas en armonía con la garantía de los derechos y las libertades que otros instrumentos de esta naturaleza reconocen (por ejemplo, art. 29, letras b) y c), de la CADH).

⁵¹ La Corte IDH ha fundado la aplicación del principio pro persona en las normas interpretativas contenidas en el artículo 29 de la CADH, reconociendo que “se ha desarrollado el principio de la ‘aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos’ como derivado del artículo 29.b) y la prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial como derivado del artículo 29.a)”. Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 05 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 182, párrafo 217. Para un análisis en detalle, ver Ximena Medellín Urquiaga, “Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos”, *Estudios Constitucionales* 17, n.º 1 (2019).

especial vinculación. El fin legítimo (propuesto por la norma) sería la garantía de los derechos laborales de los nacionales.

En el apartado siguiente veremos que las cuotas máximas de trabajadores extranjeros en una empresa resultan no idóneas para conseguir esta finalidad y no resisten un análisis de razonabilidad ni proporcionalidad, especialmente si se realiza bajo los parámetros de control que hemos ido delineando (excepcionalidad y presunción de igualdad, necesidad de justificación razonable, escrutinio estricto, e interpretación restrictiva y armónica). Así, incluso si considerásemos que la protección prioritaria de los derechos de los trabajadores nacionales constituye un fin legítimo (cuestión que discutimos), la falta de aptitud de la norma para otorgar esta protección, por un lado, y la fuerte vulneración de los derechos de los trabajadores extranjeros que produce, por otro, la tornan ilegítima.

3.4. Razonabilidad y proporcionalidad de las restricciones de los derechos enunciados

Un primer estándar con el que deben compararse estos argumentos consiste en la idoneidad de la medida. Al constituir restricciones al ejercicio de los derechos humanos (y fundamentales), el estándar de justificación al que deben sujetarse es el de escrutinio estricto y proporcionalidad. En otras palabras, solo en cuanto la restricción *efectivamente* sirva para garantizar otro derecho u otro valor jurídico de semejante entidad, resultará justificada.

Uno de los principales argumentos que se esgrimen en favor de estas medidas –la defensa del trabajo de los nacionales– no resiste la aplicación de este estándar inicial. La razón es que parte de un presupuesto fáctico equivocado: que el empleo de los extranjeros pone en riesgo el empleo de los nacionales. En otras palabras, que, a mayor migración, mayor desempleo. Como explicaremos en los siguientes párrafos, esta hipótesis ha sido estudiada en reiteradas oportunidades y, aunque no existe un acuerdo absoluto entre los expertos, la mayoría coincide en que los efectos serían estadísticamente no significativos o relativamente bajos.

En los años sesenta, por ejemplo, Richard F. Muth estudió el efecto de la migración en el mercado laboral de los Estados Unidos a lo largo de diez años de aumento del flujo migratorio. En su trabajo, concluye que i) el aumento en la migración normalmente corresponde al aumento de puestos de trabajo (por la necesidad del mercado laboral) y, no solo eso, sino que ii) la llegada de trabajadores migrantes típicamente tiene impactos positivos en el mercado laboral, generando incluso nuevas oportunidades (en la medida en que trae también crecimiento en el consumo).⁵² Un estudio posterior, de Michael Greenwood y Gary Hunt, confirma las conclusiones de Muth. Los autores incorporan en su análisis, además, una dimensión intraestatal,

⁵² Cfr. Richard F. Muth, “Migration: Chicken or Egg?”, *Southern Economic Journal* 37, n.º 3 (1971): 295-306.

concluyendo, irónicamente, que el mayor problema se produciría por el déficit migratorio generado por el desplazamiento de migrantes desde el suroeste hacia el centro y noreste de los Estados Unidos.⁵³

Similarmente, un estudio de Rachel Friedberg sobre el impacto de la inmigración a Israel entre 1990 y 1994 (lapso en que la migración, fruto de la caída de la URSS, implicó un aumento del 12% de la población de aquel Estado), concluyó que no existió ningún impacto estadísticamente relevante en las tasas de desempleo. Adicionalmente, a pesar de que un primer examen global sugeriría que se había producido un pequeño impacto negativo en los salarios (una reducción de alrededor del 3% en el salario ajustado), una revisión más detallada –ajustando por ocupación previa– revela que no existió tal impacto. Es más, al observar la situación individual de cada trabajador –ajustando por características individuales como educación y experiencia–, el estudio concluyó que el impacto incluso había sido positivo.⁵⁴ Ello, en la medida en que la tendencia mayoritaria habría sido a que cada trabajador individualmente considerado (tanto nacional como extranjero) experimentara un incremento en su salario ajustado. En términos sencillos, la mejor evidencia demuestra que las personas migrantes no llegan a quitarle el trabajo a los nacionales, sino a ocupar vacantes producidas por el crecimiento del mercado laboral.⁵⁵

Esto último se encuentra respaldado por amplia evidencia empírica en cuanto a que la migración no solo no afecta al empleo, sino que, en términos generales, puede contribuir, aunque marginalmente, al crecimiento de la economía,⁵⁶ e incluso permite que los trabajadores nacionales puedan transitar hacia mejores empleos, dado que los migrantes llegan a ocupar aquellos que los nacionales ya no desean.⁵⁷

En Chile, dos estudios publicados en 2019 (en medio del mayor flujo migratorio que el país recibiera, al menos en su historia reciente) llegaron a conclusiones similares.

Un primer estudio, realizado por Juan Bravo a partir de información del Instituto Nacional de Estadísticas chileno y del Banco Central de Chile, concluyó: i) que el aumento de la migración no había tenido un impacto negativo, ni en el empleo ni en los salarios de los nacionales, y ii) que el envejecimiento demográfico de Chile hace particularmente positiva la migración, toda vez que permite ampliar la población

⁵³ Cfr. Michael J. Greenwood y Gary L. Hunt, “Migration and interregional employment redistribution in the United States”, *The American Economic Review* 74, n.º 5 (1984): 957-969.

⁵⁴ Cfr. Rachel M. Friedberg, “The impact of mass migration on the Israeli labor market”, *The Quarterly Journal of Economics* 116, n.º 4 (2001), 1373-1408.

⁵⁵ De Haas, *How Migration...*, 131.

⁵⁶ Cfr. Ekram Boultane, Jean-Christophe Dumont y Christophe Rault, “Immigration and economic growth in the OECD countries 1986-2006”, *Études et Documents*, n.º 1 (2016): 1-35.

⁵⁷ Cfr. Giovanni Peri, “The effect of immigration on productivity: Evidence from U.S. States”, *The Review of Economics and Statistics* 94, n.º 1 (2012): 348-358.

económicamente activa y aliviar la carga que sobre ella ejerce (ejercerá) la población pasiva que crece exponencialmente.⁵⁸

Un segundo trabajo, conducido por el Centro de Estudios Públicos, concluyó: i) que los flujos migratorios no han afectado negativamente el empleo nacional, ni tampoco los salarios, y ii) que, por el contrario, en los últimos años se ha observado un mayor castigo al salario de los trabajadores migrantes, que podría ser explicado por la reducción en su tiempo promedio de estadía, a la vez que por la existencia de barreras normativas para su integración al mercado laboral, como los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo chileno (que consagra las cuotas máximas de contratación).⁵⁹

Complementariamente, se ha estudiado el impacto fiscal de la migración, concluyendo que tiene un impacto, cuando menos, neutro y a veces positivo (se recauda más de lo que se gasta).⁶⁰ Por ejemplo, en Chile, un estudio preliminar de 2019 arroja una contribución neta marginalmente positiva (del orden del +0,4%).⁶¹

En este sentido, en 2022, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) publicó un informe sobre las contribuciones de la migración al desarrollo de países como Chile. En dicho estudio destacó la importancia de la migración en el proceso de ralentización del envejecimiento de la población,⁶² y su aporte al suplir el déficit laboral que resulta de la población chilena envejecida.⁶³

Por último, el informe de la Cepal destaca el aporte de la población migrante en el crecimiento del producto interno bruto (PIB) entre los años 2009 y 2017, señalando que, “en 8 años, casi se cuadruplicó el valor del PIB generado por los inmigrantes”.⁶⁴ Especial atención tienen estos resultados, si se toma en cuenta que, en el año 2017, la fuerza de trabajo migrante en Chile era solo del 3,5%, y, aun así, “contribuyeron con 11,5% del crecimiento económico entre 2009 y 2017”.⁶⁵

⁵⁸ Cfr. Juan Bravo, “Mitos y realidades sobre el empleo migrante en Chile”, en *Migración en Chile*, ed. por Nicolás Rojas y José Tomás Vicuña (Santiago: Lom ediciones, 2019), 49-71.

⁵⁹ Cfr. Adolfo Fuentes y Rodrigo Vergara, “Los inmigrantes en el mercado laboral”, en *Inmigración en Chile*, ed. por Isabel Aninat y Rodrigo Vergara (Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2019), 65-100.

⁶⁰ Cfr. OECD, *How immigrants contribute to developing countries' Economies* (Paris: OECD Publishing, 2018).

⁶¹ Cfr. Bastián Maire y José Tessada, “Contribución fiscal neta de la inmigración en Chile”, en *Migración en Chile*, ed. por Nicolás Rojas y José Tomás Vicuña (Santiago: Lom ediciones, 2019), 231-260.

⁶² Cfr. María Verónica Cano Christiny y Jorge Martínez Pizarro, eds., “Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible: estudios en países seleccionados”, Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/195), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), 2022, 46.

⁶³ Cano Christiny y Martínez Pizarro, “Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible: estudios en países seleccionados”, 42 y 48.

⁶⁴ Cano Christiny y Martínez Pizarro, “Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible: estudios en países seleccionados”, 62.

⁶⁵ Cano Christiny y Martínez Pizarro, “Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible: estudios en países seleccionados”, 63.

Aun cuando hubiera dudas acerca de la posibilidad de extrapolar la evidencia empírica a diferentes países y sus contextos actuales, lo cierto es que la idea de que las cuotas de empleo migrante protegen, de alguna forma, al trabajador nacional, no alcanza el estándar de justificación suficiente que permita una restricción del derecho humano al trabajo, como hemos expuesto más arriba. Lo mismo puede decirse respecto del segundo argumento, toda vez que asume una elasticidad mínima del mercado laboral que bordea la falacia del empleo fijo, cuestión ampliamente desmentida en la literatura especializada.⁶⁶

Por el contrario, estas normas implican un obstáculo al acceso al mercado formal del trabajo para las personas migrantes, de un modo no atribuible a su idoneidad. La no obtención de un puesto de trabajo no estará fundada en sus calificaciones o cualidades, sino más bien en su pertenencia a un grupo determinado (los extranjeros, en contraposición a los nacionales). Las consecuencias de esta exclusión del trabajo formal han sido advertidas en reiteradas ocasiones por la Relatoría Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes como una situación que vulnera sus derechos.⁶⁷ Adicionalmente, la discriminación se erige como uno de los motivos principales de la explotación de los trabajadores migrantes,⁶⁸ lo que hace todavía más grave que sea el Estado el que establezca estas distinciones basadas únicamente en la nacionalidad.

Conclusiones

A lo largo de las páginas precedentes hemos analizado los límites de contratación a trabajadores extranjeros en las empresas, bajo su mejor luz. En ese ejercicio, buscamos la justificación más razonable que pudiese esgrimirse a su favor e incorporamos normativa internacional y legislación doméstica. Incluso, utilizamos cierta normativa internacional que, a nuestro juicio, es criticable desde el punto de vista de la garantía plena y eficaz de los derechos humanos de los trabajadores extranjeros, como parámetro de control.

Con todo, un análisis acabado, desde la perspectiva de los estándares protectores del derecho internacional de los derechos humanos, impide validar estas distinciones. Lo anterior, en la medida en que constituyen restricciones intensas y gravosas del derecho al trabajo de las personas, una discriminación arbitraria con base en

⁶⁶ Por el contrario, la mejor evidencia mostraría que la migración se adecua a las necesidades de los mercados laborales, esto es que, a diferencia del huevo o la gallina (parafraseando a Muth), aquí sí sabemos qué viene primero: la necesidad del mercado laboral antecede el flujo migratorio. De Haas, *How Migration ...*

⁶⁷ Cfr. ONU, Relatoría Especial para los Derechos Humanos de las Personas Migrantes, A/61/324, 11 de septiembre de 2006.

⁶⁸ Cfr. ONU, François Crépeau, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Labour exploitation of migrants, A/HRC/26/35, 3 de abril de 2014.

una categoría sospechosa que no satisface el requisito de justificación suficiente bajo escrutinio estricto y, por último, una medida que utiliza a las personas como un medio no idóneo para un fin ilegítimo.

En suma, la imposición estatal de cuotas máximas de contratación de trabajadores extranjeros en una empresa constituye una discriminación incompatible con el reconocimiento de la igual dignidad de las personas que fundamenta el orden internacional de los derechos humanos, el constitucionalismo moderno y el régimen democrático.

Bibliografía

DOCTRINA

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BOUBTANE, Ekrame, Jean-Christophe DUMONT y Christophe RAULT. “Immigration and Economic Growth in the OECD Countries 1986-2006”. *Études et Documents*, n.º 1 (2016): 1-35.
- BRAVO, Juan. “Mitos y realidades sobre el empleo migrante en Chile”. En *Migración en Chile*, editado por Nicolás ROJAS y José Tomás VICUÑA, 49-71. Santiago: Lom Ediciones, 2019.
- CANO CHRISTINY, María Verónica y Jorge MARTÍNEZ PIZARRO, eds. *Sobre las contribuciones de la migración al desarrollo sostenible: estudios en países seleccionados*. Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/195), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), 2022.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Compendio sobre derechos laborales y sindicales. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 331, 30 de octubre de 2020.
- DE HAAS, Hein. *How Migration Really Works. A factful guide to the most divisive issue in politics*. London: Penguin Random House, 2023.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel. *Igualdad constitucional y no discriminación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel. “Las categorías sospechosas de discriminación en el derecho chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 50, n.º 1, (2018): 189-218. doi: 10.4151/ISSN.07186851-Vol.50-Num.1-Fulltext.1140
- FEDDERSEN, Mayra y Antonio MORALES. “¿Cómo se articulan las políticas migratorias y laborales para regular el trabajo extranjero?”. *Revista Chilena de Derecho* 50, n.º 1 (2024), 159-194.
- FUENTES, Adolfo y Rodrigo VERGARA. “Los inmigrantes en el mercado laboral”. En *Inmigración en Chile*, editado por Isabel ANINAT y Rodrigo VERGARA, 65-100. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2019.

- FRIEDBERG, Rachel M. "The impact of mass migration on the israeli labor market". *The Quarterly Journal of Economics* 116, n.º 4 (2001), 1373-1408. [jstor.org/stable/2696462](https://www.jstor.org/stable/2696462)
- GREENWOOD, Michael J. y Gary L. HUNT. "Migration and interregional employment redistribution in the United States". *The American Economic Review* 74, n.º 5 (1984), 957-969. [jstor.com/stable/555](https://www.jstor.com/stable/555)
- MAIRE, Bastián y José TESSADA. "Contribución fiscal neta de la inmigración en Chile". En *Migración en Chile*, editado por Nicolás ROJAS y José Tomás VICUÑA, 231-260. Santiago, Lom Ediciones, 2019.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. "Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos". *Estudios Constitucionales* 17, n.º 1 (2019).
- MUÑOZ, Fernando. *Igualdad, inclusión y derecho*. Santiago: Lom Ediciones, 2013.
- MUTH, Richard F. "Migration: Chicken or egg?". *Southern Economic Journal* 37, n.º 3 (1971): 295-306. doi.org/10.2307/1056181
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). "Managing Migration – Are Quotas and Numerical Limits the Solution?", en *International Migration Outlook 2006*. Paris: OECD Publishing, 2006. https://doi.org/10.1787/migr_outlook-2006-en
- OECD. *How immigrants contribute to developing countries' economies*. Paris: OECD Publishing, 2018. dx.doi.org/10.1787/9789264288737-en
- OLEA, Magdalena. Álvaro BELLOLIO: "El Frente Amplio es la coalición de la migración sin restricciones". *El Libero*, 18 de agosto de 2020. Acceso el 29 de noviembre de 2022. <https://ellibero.cl/actualidad/alvaro-bellolio-el-frente-amplio-es-la-coalicion-de-la-migracion-sin-restricciones/>
- PERI, Giovanni. "The effect of immigration on productivity: evidence from U.S. States". *The Review of Economics and Statistics* 94, n.º 1 (2012): 348-358.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Relatoría Especial para los Derechos Humanos de las Personas Migrantes, A/61/324, 11 de septiembre de 2006.
- ONU. François Crépeau, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants: Labour exploitation of migrants, A/HRC/26/35, 03 de abril de 2014.
- UGARTE CATALDO, José Luis. "El trabajo en la Constitución chilena". En *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política. Derecho en democracia*, editado por Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, Jaime BASSA MERCADO y Christian VIERA ÁLVAREZ, 121-140. Santiago: 2015.

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Caso Alfredo López Álvarez vs. Honduras, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2003.
- CIDH. Caso Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka) vs. Chile, Informe de 29 de noviembre de 2016, No. 48/16.

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 31 de enero de 1917. https://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Constitucion_1917_Facsimilar
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”.
- CORTE IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 251.
- CORTE IDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 182.
- DECRETO 100, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2005. *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 2005.
- DECRETO LEGISLATIVO 689, LEY PARA LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1991. http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/descargar/DECRETO_LEGISLATIVO_689.pdf
- DECRETO LEY 2663, CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO DE 05 DE AGOSTO DE 1950. *Diario Oficial*, n.o 27.407, 9 de septiembre de 1950. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html
- DFL 1. Código del Trabajo de Chile de 31 de julio de 2002. *Diario Oficial*, 16 de enero de 2003. Última versión de 3 de junio de 2021.
- DFL 178. Código del Trabajo de Chile de 13 de mayo de 1931. *Diario Oficial*, 28 de mayo de 1931. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=4941>
- LEY GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA PLURINACIONAL DE BOLIVIA, DE 8 DE DICIEMBRE DE 1942. <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1432/Ley%20General%20del%20Trabajo.pdf>
- LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE MÉXICO. *Diario Oficial de la Federación*, 1º de abril de 1970. Última versión de 23 de abril de 2021. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf
- LEY 1429 DE 29 DE DICIEMBRE DE 2010. *Diario Oficial*, n.o 47.937, 29 de diciembre de 2010. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Ley_1429_2010.pdf
- LEY 4059, SOBRE CONTRATO DE TRABAJO ENTRE PATRONES Y EMPLEADOS PARTICULARES DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 1924. Boletín de 27 de septiembre de 1924. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=24436&f=1925-12-16>
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969.
- OEA. Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), n.º 1-C de 30 de abril de 1948. Reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.
- OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 17 de noviembre de 1988.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Declaración Universal de los Derechos Humanos, A/RES/217(III), París, 10 de diciembre de 1948.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A/RES/2200(XXI), 16 de diciembre de 1966.

ONU. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, A/RES/45/158, 18 de diciembre de 1990.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Convenio 111 de 25 de junio de 1958, “Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)”.

OIT. Convenio 156 de 23 de junio de 1981, “Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares”.

PROYECTO DE LEY. Boletín 4359-13. Modifica el Código del Trabajo asegurando la ocupación para sus nacionales.

RESOLUCIÓN MINISTERIAL 176-2018-TR, DE 5 DE JULIO DE 2018. *El Peruano*, 6 de julio de 2018. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/establecen-disposiciones-para-la-contratacion-laboral-de-per-resolucion-ministerial-n-176-2018-tr-1666953-1>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 1413, 16 de noviembre de 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 1254, de 29 de julio de 2009.