

¿CÓMO SE ARTICULAN LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y LABORALES PARA REGULAR EL TRABAJO EXTRANJERO?

HOW DO MIGRATORY AND LABOR POLICIES INTERACT TO REGULATE MIGRANT WORKERS?

Mayra Feddersen* y Antonio Morales**

RESUMEN: el presente estudio intenta determinar el alcance y extensión de la restricción a la contratación de extranjeros en lo que respecta a la ley N° 21.325 y a la Política Nacional de Migración y Extranjería. A través de un análisis detallado de la normativa migratoria y laboral, junto con la revisión de su implementación, se demuestra que, a pesar de aparentes contradicciones, estas normativas no han limitado la contratación de trabajadores extranjeros. La legislación migratoria se ha enfocado en aprobar visas sin considerar su impacto laboral, mientras que la interpretación amplia de las excepciones por parte de la Dirección del Trabajo y su menor fiscalización han facilitado la incorporación de trabajadores extranjeros al mercado laboral formal, superando el tope legal del 15%.

Palabras claves: trabajador migrante, permisos migratorios, límites a la contratación, cuotas, inmigrantes calificados.

ABSTRACT: This research endeavors to ascertain the extension of restrictions governing the employment of foreign individuals, in the context of the Law No. 21,325 and its National Policy on Migration. Employing a meticulous examination of both migratory and labor regulations, complemented by an assessment of their practical implementation, this study reveals that these regulations have not constrained the recruitment of foreign workers. Notably, migratory legislation primarily centers on the approval of visas without consideration of their ramifications on the labor market. Furthermore, the expansive inter-

* Doctora en Filosofía con especialidad en Jurisprudencia y Políticas Públicas de la Universidad de California Berkeley. Profesora asociada, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Investigadora principal del Núcleo Milenio MIGRA: percepciones y consecuencias de la migración. Dirección postal: Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén. Correo electrónico: mayra.feddersen@uai.cl.  0000-0002-6189-1412. Este proyecto fue financiado gracias a ANID-MILENIO-NCS2022_051.

** Magíster en Derecho con mención en Derecho Público de la Universidad de Chile y Master of Laws de Northwestern University Pritzker School of Law. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén. Correo electrónico: antoniomoralessmanzo@edu.uai.cl.  0000-0003-4736-244X

pretation of exceptions, coupled with diminished enforcement measures, has facilitated the integration of foreign workers into the formal labor sector.

Keywords migrant worker, visas, statutory thresholds, labor restrictions, skilled migrants.

INTRODUCCIÓN

¿Puede convivir la búsqueda de perfiles laborales, mediante una política migratoria de postulación a permisos de trabajo desde el exterior, con la restricción de contratación de extranjeros en Chile, consagrada en la ley laboral vigente? ¿O es necesario una reforma legislativa que derogue o modifique la normativa del trabajo para atraer y mantener un mayor número de extranjeros que puedan emplearse formalmente en las empresas en Chile? La plena vigencia de la Ley N° 21.325 con la publicación de su reglamento, el 12 de febrero de 2022¹, junto con la publicación de la Política Nacional de Migración y Extranjería, el 27 de diciembre de 2023², vuelve a poner sobre la mesa la discusión en torno a la pertinencia del tope de 15% de trabajadores extranjeros en las empresas de más de 25 empleados.

En efecto, uno de los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería (en adelante PNME) es atraer determinados perfiles laborales para promover el desarrollo económico y productivo del país³. Lo anterior ¿puede cumplirse con las restricciones que la normativa laboral contempla? En opinión de los representantes de distintos gremios industriales del país, esta “cuota atenta contra la eficiencia y obstaculiza la contratación formal”⁴.

¿Se encuentra la normativa migratoria y laboral en contraposición? ¿Los artículos del Código del Trabajo, que limitan la contratación de extranjeros en Chile, restringen –al punto de hacer muy difícil– la contratación de extranjeros en las empresas? El objetivo de este artículo es responder a estas preguntas.

Se argumentará en este trabajo que, a pesar de que ambas normas parecieran estar en contraposición, su aplicación diaria evidencia una historia diferente. Por un lado, la legislación migratoria se ha preocupado de aprobar visas de trabajo sin atender a sus efectos en el mercado laboral⁵, centrándose únicamente en el cum-

¹ CHILE, Decreto N° 296.

² CHILE, Decreto 181.

³ CHILE, Decreto 181, artículo 1, objetivo desarrollo económico y productivo del país, objetivo específico 2.2. “Considerar las necesidades de desarrollo económico y provisión de empleos en distintos territorios del país, en particular en aquellos rubros de difícil cobertura por parte de la fuerza laboral local y que ofrezcan oportunidades de trabajo decente para los migrantes para el diseño de permisos de residencia vinculados a la demanda laboral” (el destacado es nuestro).

⁴ MUNITA (2023).

⁵ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 22 N° 1 en relación con los artículos 154 N° 1, N° 2 y N° 3, 155 N° 5 y 157 N° 1. La atención a los efectos laborales de las decisiones migratorias es un elemento central de la PNME y por extensión de la función del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de la Subsecretaría del Interior y Seguridad Pública y del Servicio Nacional de Migraciones.

plimiento de los requisitos y de las condiciones de cada permiso. Ello, a pesar de que la PNME propone canalizar los flujos migratorios hacia sectores productivos considerando las necesidades del país y la provisión de empleos en rubros de difícil cobertura⁶.

Por otro lado, la interpretación amplia de las causales de excepción al tope del 15% en las empresas de más de 25 trabajadores, el bajo número de fiscalizaciones y el extendido uso de las excepciones legales, ha permitido la incorporación de extranjeros al mercado laboral formal sin mayores restricciones.

Para sustentar la tesis anterior, se realizará un análisis dogmático sobre la regulación del trabajo extranjero en la legislación migratoria y laboral chilena, complementándolo con los registros administrativos de la Dirección del Trabajo por un periodo de once años. Por último, se revisará la regulación del trabajo extranjero en la legislación estadounidense, a fin de mostrar cómo un país, que también se plantea el objetivo de resguardar la fuerza laboral nacional y de promover perfiles laborales específicos, se asegura de cumplir dichas finalidades.

Conforme a lo expuesto, este artículo se estructura en cuatro secciones. La primera y segunda sección se centran en el análisis dogmático. La primera parte se enfoca en describir y explicar las normas migratorias que autorizan el ingreso y la realización de actividades remuneradas lícitas por parte de los extranjeros que se asientan en el país, tanto en el derogado decreto ley de extranjería, como en la actual ley de migración⁷. En la segunda sección, se analiza en detalle la consagración e interpretación de los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo, que regulan la contratación e incorporación de los trabajadores extranjeros en las empresas de más de 25 empleados desde 1924 hasta la fecha.

En la tercera sección se revisa el derecho en acción⁸. En el caso de la normativa laboral, este análisis conlleva la revisión de los registros administrativos en posesión de la Dirección del Trabajo para conocer la forma en que esta institución está aplicando dichas reglas.

En la cuarta parte se realiza un análisis comparado de la regulación del trabajo extranjero en Estados Unidos. Este país se estudia ya que comparte similares objetivos a la PNME, y, además, se trata del principal destino de los migrantes laborales en el mundo. Mediante esta revisión se mostrará cómo dicho país resguardó al trabajador local estableciendo específicos procedimientos para autorizar su ingreso y estadía. Se cierra este artículo con una reflexión en torno a las implicancias de política pública que surgen del desarrollo de este trabajo.

⁶ CHILE, Decreto 181, objetivo desarrollo económico y productivo del país, objetivos específicos 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4.

⁷ Se describen ambos cuerpos normativos ya que, a pesar de la plena vigencia de la ley N° 21.325, aún existen extranjeros en Chile que tienen un permiso migratorio aprobado bajo el derogado decreto ley de extranjería.

⁸ GOULD y BARCLAY (2012) pp. 323-335. Para un análisis más profundo sobre este tipo de estudios, ventajas y limitaciones.

I. LA REGULACIÓN DE LA MIGRACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA

En 2006, según las cifras de la Encuesta Nacional de Caracterización Socioeconómica (en adelante CASEN), había 154.642 personas de nacionalidad extranjera en Chile. En 2017, dicha encuesta contaba unas 777.407, y en 2022 la cifra alcanzó las 1.736.691 personas⁹. Es decir, se produjo una diferencia de casi un millón de personas entre la medición de 2017 y la de 2022. De acuerdo a Fuentes y Hernando, entre 2006 y 2017, la población migrante pasó de corresponder de un 0,96% a un 4,37% de la población total del país¹⁰.

Las personas extranjeras mayores de 15 años que trabajaban o habían trabajado activamente en las cuatro últimas semanas equivalían en 2006 al 1,3% de la fuerza de trabajo del país (84.831 personas) y a un 6,9% para el año 2017 (501.292 personas)¹¹. Las cifras anteriores evidencian que más del 55% de la población extranjera se encontraba buscando trabajo o en un trabajo formal en Chile entre 2006 y 2017¹². Considerando dicha realidad y el aumento en el número de extranjeros ¿de qué manera la legislación vigente está regulando la inserción de dichos trabajadores al mercado formal?

En lo que sigue, se explicará las reglas migratorias que posibilitan el trabajo formal del inmigrante. Para ello es necesario describir las hipótesis que contempla el ordenamiento migratorio para trabajar conforme a la ley. Esto implica revisar someramente las autorizaciones de trabajo en los permisos transitorios y enfocarse en las residencias temporales, permisos cuya principal razón de ser es la posibilidad que otorgan a su titular de realizar actividades remuneradas de forma lícita, y, posteriormente, postular a una residencia definitiva¹³. Empero, antes de revisar la legislación vigente, se explicarán los permisos establecidos en la ley actualmente derogada, el decreto Ley N° 1094 (en adelante Ley de extranjería), debido a que aún existen inmigrantes acogidos a dicha normativa.

⁹ Datos obtenidos de las encuestas CASEN 2006, 2017 y 2022. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (<https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen>)

¹⁰ FUENTES y HERNANDO (2019) pp. 382-383.

¹¹ FUENTES y VERGARA (2019) p. 73.

¹² Dicha proporción se puede extraer de los datos aportados por FUENTES y HERNANDO (2019) y por FUENTES y VERGARA (2019). En 2006, 84.831 personas extranjeras conformaban la fuerza laboral extranjera de un total de 154.642 personas ($84.831/154.642=0,55$). Para el 2017, habían 501.292 personas en la fuerza laboral extranjera para un total de 777.407 personas extranjeras ($501.292/777.407=0,64$).

¹³ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 78. No se analizarán en este trabajo los requisitos de la residencia definitiva, ya que la condición previa para acceder a esta es poseer una residencia temporal previa que habilita para postular a la residencia definitiva. Salvo la residencia temporal para trabajos temporales, todas las demás residencias temporales de naturaleza laboral habilitan para postular a la residencia definitiva.

1. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN LA LEY DE EXTRANJERÍA

Bajo la aplicación de la ley de extranjería (1975-febrero 2022), para que un extranjero pudiese trabajar en Chile se necesitaba una autorización de la autoridad migratoria, la que se otorgaba de forma automática con un permiso de residencia temporal o definitiva¹⁴, y de forma excepcional, con una visa de turismo o permiso de residencia transitoria¹⁵. El permiso laboral de los turistas se obtenía realizando una solicitud en Chile ante el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, las Gobernaciones o las Intendencias para obtener una autorización especial que permitiese ejercer una actividad económica que no sobrepasare los 30 días, prorrogables por periodos iguales o hasta que terminase el permiso principal¹⁶.

En el caso de los titulares de residencia temporal, la regla general era que este permiso autorizaba a su titular para ejercer actividades remuneradas lícitas¹⁷. Esta autorización se regulaba de forma explícita en la visación de residencia sujeta a contrato, la que como su nombre lo indicaba, dependía de la existencia de un contrato de trabajo¹⁸. En el reglamento de la ley de extranjería, se establecía los requisitos que se debían verificar para la aprobación de dicha visa, entre ellos, estar suscrito por una empresa con domicilio legal en el país, a través de un contrato firmado en Chile ante notario o en el exterior ante un agente diplomático, que se acreditaran los títulos respectivos o el conocimiento en que se fundaba el trabajo, que la profesión o trabajo contratado fuese “indispensable o necesario para el desarrollo del país”, que las actividades realizadas por el extranjero no se considerasen peligrosas para la seguridad nacional y que las disposiciones del contrato se ajustasen a las normas laborales y previsionales¹⁹.

Cabe destacar que al igual que las cláusulas laborales y previsionales, era menester incluir en el contrato de trabajo una cláusula de vigencia y de viaje. Mientras que la primera estipulaba que el trabajo comenzaría una vez que la visa estuviera aprobada, la segunda obligaba al empleador a pagar al titular y sus dependientes un pasaje de retorno al país de origen o al que se consagrara en el contrato²⁰.

¹⁴ FEDDERSEN (2021) p. 148. Ver CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 45.

¹⁵ CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículo 48 inciso 1. FEDDERSEN (2021) p. 129.

¹⁶ CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 100 inciso 2. En la Región Metropolitana este permiso se pedía directamente ante el Departamento de Extranjería y en las demás regiones en las Gobernaciones e Intendencias. Hasta antes del 12 de febrero de 2022, y debido a la ley N° 21.074, las Gobernaciones e Intendencias fueron reemplazadas por las delegaciones presidenciales provinciales y regionales, respectivamente.

¹⁷ FEDDERSEN (2021) p. 148; DELLACASA y HURTADO (2017) p. 52. La única excepción fue la residencia de estudiante, la que por regla general no permitía realizar actividades remuneradas. CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículo 27; CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 46.

¹⁸ CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículos 23 a 26; CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículos 35 a 44.

¹⁹ CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículos 36 y 37. FEDDERSEN (2021) p. 295.

²⁰ CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 38. La cláusula de viaje fue flexibilizada para incluir un pasaje a la frontera internacional más cercana, no siendo necesario pagar un pasaje al país de origen del extranjero. FEDDERSEN (2021) pp. 296-297.

En la visación sujeta a contrato, la existencia del contrato de trabajo era condición *sine qua non* para la vigencia de la visa²¹. Así, el fin de la relación laboral producía el término del permiso, otorgándose un plazo que no podía ser superior a 90 días para presentar una nueva solicitud de visación de residente, *so pena* de perder dicho beneficio²².

La dependencia del permiso a la existencia de un contrato fue incorporada en la lista de cuestiones que abordó el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (en adelante, CMW) en su primera evaluación acerca del cumplimiento de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias por parte de Chile²³.

Además de la visación sujeta a contrato, en aplicación de los artículos 49 en concordancia con el artículo 50 letra f) del decreto N° 597 (en adelante el reglamento de extranjería)²⁴, que permitía calificar la utilidad de la permanencia del extranjero, se crearon nuevas residencias temporales, como una forma de regularizar a quienes hubieren ingresado como turistas, pero cuyos permisos se encontraran vencidos, o que quisieren cambiar su estatus dentro del país “siempre que acredite tener vínculos de familia o intereses en el país o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa”²⁵.

Varias de las residencias temporales que se agregaron administrativamente permitían a sus titulares ejercer actividades remuneradas, a pesar de que su motivación no era exclusivamente laboral, como la visación para mujeres embarazadas, por unión civil y por responsabilidad democrática²⁶.

Las visas administrativas de naturaleza exclusivamente laboral eran la visación de acuerdo de residencia Mercosur creada en 2009 para los ciudadanos argentinos, bolivianos, brasileros, paraguayos y uruguayos “independientemente de la actividad que vinieran a realizar, siempre y cuando no posean antecedentes penales”²⁷. Asimismo, el 26 de febrero de 2015, se estableció la visa por motivos laborales como una forma de regularizar a los extranjeros que estando en Chile, tuviesen un trabajo²⁸. Cabe destacar que para acceder a la visa Mercosur bastaba poseer un pasaporte vigente de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay y acompañar un certifica-

²¹ CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículo 25.

²² CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículo 38 inciso final.

²³ NACIONES UNIDAS, CMW/C/CHL/Q/1, párr. 14.

²⁴ CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 49 en concordancia con el artículo 50 f).

²⁵ CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 49 inciso 1. FEDDERSEN (2021) p. 154. DELLACASA y HURTADO (2017) pp. 49-50.

²⁶ FEDDERSEN (2021) pp. 155-160. DELLACASA y HURTADO (2017) pp. 130-134.

²⁷ CHILE, SUBSECRETARIA DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Oficio circular N° 26.465.

²⁸ CHILE, DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA, Oficio circular N° 7.

do de antecedentes penales. La visa por motivos laborales requería únicamente un ingreso regular al país y un contrato de trabajo²⁹.

En 2018 se derogó la visa por motivos laborales y en su lugar se crearon las visas por orientación nacional, internacional y de oportunidades. Estas visas intentaron retener a personas que hubiesen obtenidos posgrados en universidades acreditadas en Chile (orientación nacional); atraer a personas que se hubiesen graduado en algunas de las mejores universidades del mundo (orientación internacional) o que buscaran trabajar a Chile de acuerdo a criterios predefinidos y prioritarios para el país (oportunidades laborales)³⁰. Salvo el último permiso, bastaba acreditar el egreso de algunas de dichas universidades para acceder a los permisos antes expuestos.

En suma, y exceptuando el permiso de oportunidades laborales, ninguna de las visas previas se preocupaba de determinar si existía necesidad de mano de obra en el mercado laboral o de las condiciones bajo las cuales el extranjero desempeñaría su empleo. Por el contrario, la autoridad únicamente atendía a los requisitos de la norma, esto es, existencia de un contrato de trabajo, ausencia de antecedentes penales, continuidad en la residencia y estabilidad económica en el país³¹. Lo anterior a pesar de que el reglamento de extranjería, como se indicó, incluía consideraciones adicionales, como acreditar conocimiento y que el trabajo fuese indispensable para el desarrollo del país.

La preocupación por mirar exclusivamente el cumplimiento de requisitos es concordante con la tendencia de simplificar las condiciones de los permisos para facilitar su obtención. Por ejemplo, en la visa Mercosur, bastaba (y basta aún) el pasaporte vigente y la ausencia de antecedentes penales. En los permisos de orientación, el haber egresado de alguna de las universidades individualizadas en cada permiso ¿Se mantiene esta manera de analizar los permisos bajo la ley de migración vigente?

2. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN LA LEY DE MIGRACIÓN

La ley N° 21.325 derogó la ley de extranjería, dejando sin efecto el artículo 49 N° 5 que permitía que los turistas pudiesen solicitar el cambio de condición por la de residente, acreditando “su contratación o que ejercerán efectivamente en Chile”³² como profesionales o técnicos. Con dicho cambio, se terminó una de las formas más comunes de migrar al país, es decir, la de entrar con un permiso de

²⁹ DELLACASA y HURTADO (2017) pp. 132-133.

³⁰ FEDDERSEN (2021) pp. 158-159.

³¹ El formulario tipo para solicitar cualquier tipo de residencia temporal exigía que el titular acompañara los siguientes documentos: copia del contrato de trabajo vigente y de los anteriores suscritos por el solicitante, certificado de vigencia del contrato, firmado ante notario, copias de finiquitos de contratos y certificado histórico de cotizaciones de AFP y de salud. Formulario SGC-SIAC-PD1, versión 3.0 (27/12/2012).

³² CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículo 49 N° 5.

turismo, y una vez en su interior, cambiar de estatus migratorio, postulando a una residencia temporal basada en la existencia de un vínculo laboral³³.

Si bien la ley de migración permitió que el titular de residencia transitoria pudiera solicitar un permiso de trabajo para desarrollar actividades específicas y esporádicas, la regla general es que este permiso no habilita para trabajar lícitamente en el país³⁴. En la mente del legislador, las actividades que quedarían cubiertas bajo esta autorización especialísima serían los “integrantes y personal de espectáculos públicos, deportistas, conferencistas, asesores y técnicos expertos”³⁵.

Al igual que con la ley de extranjería, bajo la ley de migración a la autoridad le interesó únicamente que el inmigrante cumpliera con los requisitos del permiso solicitado. Dicho análisis se efectúa una vez que el postulante inicia el trámite y con los antecedentes que el mismo suministra en el portal de trámites digitales del Servicio Nacional de Migraciones (en adelante el SERMIG).

En el caso de la permanencia transitoria, se podría solicitar una autorización excepcional para trabajar en Chile, acompañando, además de los documentos de identidad vigente, el permiso migratorio y la tarjeta única migratoria, una carta notariada de la empresa o un contrato de trabajo de la empresa chilena especificando las funciones y el lugar de desempeño³⁶. Esta autorización se podría prorrogar, siempre y cuando el trabajo se encontrare dentro del periodo de vigencia del permiso³⁷.

Como se observa de esta breve descripción, la autorización se otorga satisfaciendo los requisitos para su procedencia. En dichas condiciones no se incluye un análisis sobre el contexto ni la forma cómo se desarrollará la tarea específica que fundamenta la solicitud.

Con la prohibición general de cambio de categoría a los titulares de permisos de permanencia transitoria que se encuentren en el país³⁸, los inmigrantes solo puede permanecer en Chile con un permiso de residencia temporal cuando logren acreditar vínculos “de familia con chilenos o con residentes definitivos, a aquellos cuya estadía sea concordante con los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería, y en otros casos debidamente calificados por la Subsecretaría del Interior...”³⁹.

Salvo el caso de los vínculos familiares directos, la nómina y los requisitos de las subcategorías de residencia temporal se encuentran consagrados en la ley N° 21.325, en el decreto N° 296 y en el decreto N° 177, como se verá a continuación. Dichos permisos solo podrían ser alterados por una decisión política del Mi-

³³ ROJAS y SILVA (2006) p. 7. FEDDERSEN (2021) pp. 135-141. HURTADO y DELLACASA (2017) pp. 102-103.

³⁴ FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 324-325.

³⁵ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 56 inciso 1.

³⁶ SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES (sitio web-a)

³⁷ CHILE, Decreto N° 296, artículo 78.

³⁸ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 59.

³⁹ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 69.

nisterio del Interior y Seguridad Pública con el consentimiento de los ministros que conforman el Consejo de Política Migratoria⁴⁰, de la PNME⁴¹, o de la existencia de circunstancias excepcionales, que a juicio de la Subsecretaria del Interior, previo informe del SERMIG, ameritaran dicho cambio⁴².

En los hechos y producto de la norma previa, la única manera de inmigrar a Chile para ejercer una actividad remunerada lícita por primera vez y sin vínculos de familia con chilenos o con un extranjero con residencia definitiva, es mediante la postulación a un permiso de residencia temporal desde el extranjero, enviando los antecedentes a través de la plataforma del Servicio Nacional de Migraciones⁴³.

En este contexto, las residencias temporales de carácter laboral que contempló la ley de migración son cinco⁴⁴. Estas son las categorías de residencia temporal. A saber, el permiso para el desarrollo de actividades remuneradas, el permiso para trabajos de temporada, el permiso de búsqueda de oportunidades laborales, los permisos contemplados en tratados internacionales (cuando su objeto es el facilitar una actividad remunerada lícita) y los permisos para funciones gerenciales o de alta dirección⁴⁵. Cabe consignar que, a diferencia de la ley de extranjería, en la ley de migración los dependientes se encuentran autorizados para realizar actividades remuneradas en las mismas condiciones que los titulares⁴⁶.

El requisito básico para solicitar tres de las cinco residencias temporales previas es la posesión de un contrato o de una oferta formal de trabajo emitida por una

⁴⁰ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 70. El Decreto N° 177 complementa la ley N° 21.325 y el Decreto N° 296 consagrando los requisitos y características de las residencias temporales.

⁴¹ CHILE, Decreto N° 181, artículo primero, I, Introducción. Se señala en este apartado que “la autorización de los nuevos permisos de residencia solicitados desde el exterior, se restringirán en cuanto a las oportunidades laborales, privilegiando aquellos permisos de residencia que se relacionen con el cumplimiento de contratos u ofertas de trabajo para ocupaciones de difícil cobertura con la mano de obra nacional, vínculos de familia, inversionistas y otros previstos en la reglamentación de la nueva ley de Migración y Extranjería. En materia de visados consulares previos, esta política no contempla la revisión de esta exigencia para el ingreso y permanencia transitoria respecto de los países de la región que ya cuentan con ese requisito de ingreso.” Salvo el mandato de “evaluar la creación de una nueva subcategoría migratoria, que abarque estancias cortas como largas estadías de estudiantes, estudiantes de posgrado, investigadores y académicos” (objetivo específico 2.7), no se contemplan nuevas residencias temporales de naturaleza laboral que las ya reguladas en la ley N° 21.325 y en el decreto N° 177.

⁴² CHILE, Ley N° 21.325, artículo 69, inciso 1.

⁴³ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 69; FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 324-325.

⁴⁴ El permiso para negocios de múltiple entrada se otorga con ocasión de gestiones ejecutivas o directivas relacionadas con negocios o inversiones que no requieran una estadía superior a 6 meses. A pesar de que están regulados en el decreto N° 177 de las residencias temporales, su naturaleza es de carácter transitoria y no permite lograr el mínimo de tiempo de residencia en Chile para acceder a la residencia definitiva. Por estas razones, no se considera como un permiso de residencia temporal propiamente tal. FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 161-162.

⁴⁵ FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 158-163; CHILE, Decreto N° 177.

⁴⁶ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 74 inciso 3; CHILE, Decreto N° 296, artículo 56; FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 158-164.

persona natural o jurídica chilena con domicilio o sucursal en Chile. En efecto, el permiso para desarrollar actividades lícitas remuneradas requiere de un contrato bajo vínculo de subordinación o dependencia o de una oferta⁴⁷, o de un contrato civil o mercantil vigente cuando es por cuenta propia⁴⁸. El permiso de trabajo temporal exige un contrato u oferta⁴⁹, y el permiso de inversionista para personas que desempeñan actividades gerenciales o de alta dirección o el personal especialista contratado como trabajador dependiente o para prestar servicios en una empresa en Chile, también dispone del mismo requisito⁵⁰.

Una excepción es el permiso de oportunidades laborales que, como su nombre lo indica, se solicita para buscar trabajo, siempre y cuando se cumplan los requisitos que determine la PNME. Con todo, en la PNME no se especificaron las condiciones de esta subcategoría. El decreto N° 181 estableció un objetivo específico de “considerar las necesidades de desarrollo económico y provisión de empleos en distintos territorios del país, en particular en aquellos rubros de difícil cobertura por parte de la fuerza laboral local y que ofrezcan oportunidades de trabajo decente para los migrantes para el diseño de permisos de residencia vinculados a la demanda laboral⁵¹”, sin consagrar mecanismos específicos para cumplir dicho objetivo.

En consonancia con lo expuesto, se podría colegir que el uso del permiso de oportunidades laborales buscaría llenar vacantes, ya sea porque existe poco interés o capacitación de los locales, o porque la demanda nacional es insuficiente. De lo anterior no se desprende la creación de nuevas residencias temporales más allá de las presentadas anteriormente o de nuevos requisitos para sus titulares.

La segunda excepción a la exigencia de un contrato u oferta laboral es el permiso Mercosur. El acuerdo de residencia de Mercosur nunca fue aprobado por el Congreso y, por tanto, no es un acuerdo internacional vigente o vinculante⁵². Sin embargo, administrativamente la autoridad migratoria reconoció dicho vínculo para los nacionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay⁵³. Como se señaló, para acceder a dicho permiso, basta con acreditar la nacionalidad antes individualizada y un certificado de antecedentes penales. En este caso, igual que la residencia de oportunidades laborales, no se requiere de un contrato u oferta laboral⁵⁴.

En suma, la ley de migración, salvo los dos casos antes descritos, otorga residencias temporales para los inmigrantes que vengan a Chile por un periodo que fluctúa entre seis meses a cinco años, siempre y cuando vengan a cumplir un

⁴⁷ CHILE, Decreto N° 177, artículo 17 y 27 para los trabajadores de temporada.

⁴⁸ CHILE, Decreto N° 177, artículo 20.

⁴⁹ CHILE, Decreto N° 177, artículo 27.

⁵⁰ CHILE, Decreto N° 177, artículo 62 inciso 2.

⁵¹ CHILE, Decreto N° 181, artículo primero, objetivo específico 2.2. En este mismo sentido, ver FEDDERSEN y GREENE (2023) p. 161.

⁵² FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 162- 164.

⁵³ SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES, Circular N° 8.

⁵⁴ FEDDERSEN y GREENE (2023) p. 164.

contrato de trabajo o posean una oferta formal de trabajo, ya sea bajo un vínculo de subordinación y dependencia o por cuenta propia, acompañando un contrato civil o mercantil que justifique sus servicios. A su vez, deben acreditar para obtener dichos permisos la liquidez de la empresa que desea contratarlos, certificar su personalidad jurídica y que no poseen antecedentes penales⁵⁵.

Cabe tener presente que, la residencia temporal, es un requisito previo para postular a la residencia definitiva. En efecto, estipuló la ley de migración que la residencia definitiva solo se puede otorgar una vez que el extranjero haya poseído un permiso de residencia temporal por un tiempo que variará entre uno a cuatro años y siempre que su permiso temporal lo habilite para postular a dicho beneficio⁵⁶. Así, los extranjeros que estén en Chile por un trabajo de temporada, los que se encuentren sujetos a la custodia de Gendarmería de Chile y los que estén en Chile por orden de tribunales de justicia chilenos no calificarán para la máxima residencia⁵⁷.

Como se puede observar de los requisitos de la residencia temporal, e incluso en los dos casos excepcionales, ni la presencia de trabajadores nacionales para la posición laboral solicitada por el extranjero (salvo en el caso del permiso de oportunidades laborales), ni el salario ofrecido, ni las condiciones laborales pactadas, son relevantes al momento de evaluar la pertinencia de otorgar el permiso migratorio⁵⁸. En la medida que se cumplan con las condiciones de la normativa migratoria, con los reglamentos y con los decretos de las subcategorías específicas⁵⁹, se concederán los permisos solicitados.

Si el impacto en el mercado laboral no es relevante al momento de postular al permiso, ¿es un elemento que la autoridad laboral considera? En la siguiente sección se analiza la normativa laboral para determinar los requisitos y condiciones que esta impone a los trabajadores extranjeros que viven en Chile.

II. LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

El extranjero que desee trabajar en Chile de forma lícita tiene que sortear dos cuerpos normativos: la regulación migratoria y la regulación del trabajo. La primera, le permite entrar y comenzar un empleo de forma lícita. La segunda, establecerá los deberes y derechos que este posee en el desarrollo de su actividad remunerada en Chile.

⁵⁵ SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES (sitio web-b).

⁵⁶ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 78 inciso 2.

⁵⁷ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 70 inciso final; CHILE, Decreto N° 177, artículo 10 inciso final.

⁵⁸ Estas circunstancias son relevantes, por ejemplo, para poder postular a las residencias permanentes y temporales en Estados Unidos. Antes de postular al permiso respectivo, el Departamento del Trabajo tiene que autorizar la contratación considerando la realidad del mercado laboral local. Ver JOHNSON y otros (2019) pp. 472-473; ALEINKOF y otros (2016) pp. 354-355.

⁵⁹ CHILE, Decreto N° 177 y CHILE, Decreto N° 23.

A pesar de su relevancia, se ha investigado poco sobre estas reglas. De hecho, los autores que las han abordado se han limitado a revisar otros aspectos, como por ejemplo, entender las justificaciones tras el trato diferenciado que existe entre los extranjeros y los nacionales. Así, Caamaño ha expresado, en torno al proyecto de ley que permitía la contratación de pilotos extranjeros en las líneas aéreas nacionales, que dicha restricción se justificaba por una razón de reciprocidad, mientras las legislaciones extranjeras no se adecuaban a los principios de cooperación, integración y no discriminación⁶⁰. Para Nuñez, la excepción a favor de la contratación de extranjeros con vínculo de parentesco y tiempo de residencia en Chile se justificaba en beneficio de quienes tenían familia cercana en el país⁶¹.

Los únicos autores que han reflexionado sobre los artículos objeto de este trabajo son Arellano y Gamonal⁶². Sin embargo, estos no analizaron sus pormenores, sino que se limitaron a argumentar que la existencia de dicha restricción era parte de una tendencia global relacionada con la fuga de cerebros de los países más pobres hacia los más ricos⁶³, sin referirse a los aspectos sustantivos de dichas reglas.

Así, considerando que no existe un tratamiento comprensivo de los artículos 19 y 20 en la doctrina laboral, es menester revisar la forma en que dichos artículos se fueron gestando y el sentido que han ido adoptado bajo la interpretación de la Dirección del Trabajo (en adelante la DT)⁶⁴. Cabe señalar que estos artículos solo se refieren a la contratación. Todos los demás aspectos de la relación laboral se aplican, sin distinción, tanto a los trabajadores nacionales como a los trabajadores extranjeros⁶⁵.

1. RESTRICCIÓN A LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS

El Código del Trabajo estipuló en su artículo 19, que el “ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena”⁶⁶. De esta manera, las empresas con más de veinticinco empleados sólo podrían contratar un quince por ciento de trabajadores extranjeros, excluyendo al personal técnico especialista, al cónyuge, conviviente civil o padre o

⁶⁰ CAAMAÑO (2016) pp. 380-381.

⁶¹ NUÑEZ (2011) p. 79.

⁶² ARELLANO y GAMONAL (2014) p. 81.

⁶³ ARELLANO y GAMONAL (2014) p. 81.

⁶⁴ La Dirección del Trabajo es un servicio técnico dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, le corresponde fijar el sentido y alcance de las leyes del trabajo y fiscalizar su implementación. CHILE, DFL N° 2, artículo 1 letras b y c.

⁶⁵ GAMONAL (2020) p. 88; FEDDERSEN (2021) pp. 313-318. Ver también Dirección del Trabajo, dictamen N° 1539/017 que se refiere a la cotización previsional de los extranjeros, el dictamen N° 5848/386 que reconoce las facultades de la Dirección del Trabajo para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales del personal extranjero, sea que los trabajadores estén o no autorizados para prestar servicios en el país y el dictamen N° 5906/35 que establece la obligación de la Dirección de denunciar al Ministerio del Interior o a los Intendentes Regionales o Gobernadores Provinciales en su caso, cualquier infracción que sorprenda en la contratación de extranjeros.

⁶⁶ CHILE, DFL N° 1, artículo 19.

madre de hijos chilenos, o aquel residente extranjero que viviese por más de cinco años en el país⁶⁷.

El impulso por limitar la contratación de extranjeros emerge en la legislación desde 1924 en adelante. Empero, los antecedentes de las primeras codificaciones laborales que se refieren explícitamente a los extranjeros se remontan a 1880 cuando se intentó regular los cambios sociales y económicos que experimentaba el país a consecuencia de la bonanza producida por el salitre⁶⁸.

Ahora bien, a pesar de algunos cambios menores, el actual artículo 19 del Código del Trabajo no ha sufrido grandes modificaciones. Primero, fue cambiando el mínimo de trabajadores nacionales que se requerían para prohibir la contratación de extranjeros, partiendo en 1924 con más de 10 empleados por empresa, a su versión más acotada de más de 5 personas en 1931, y desde 1987, a más de 25 trabajadores por compañía. En segundo lugar, se modificó la relación entre los trabajadores nacionales y extranjeros. Así, en 1924, el 25% podía ser extranjero, mientras que desde 1931 la proporción ha sido de un 15%, cambiando la base de trabajadores requeridos en cada empresa para comenzar a calcular dicha proporción.

Tanto el primero como el segundo cambio se pueden entender como parte del crecimiento demográfico de la población nacional y el decrecimiento de la población extranjera⁶⁹. No obstante, y como se verá al revisar las excepciones legales del artículo 20, desde el 2010 el flujo migratorio comenzó a aumentar de forma consistente⁷⁰, sin que dicho cambio se haya visto reflejado en el artículo 19⁷¹ del Código del trabajo.

⁶⁷ CHILE, DFL N° 1, artículo 20. Hasta el 2018 existía otra excepción por razón de nacionalidad para los vigilantes privados, los que solo podían ser chilenos. El artículo 8 inciso 2 del Decreto Supremo N° 93 del Ministerio de Defensa Nacional fue derogado por el Decreto N° 867 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

⁶⁸ NAUDÓN (2013) pp. 21-26.

⁶⁹ CANO y otros (2009) p. 12. De acuerdo a cifras del Censo reportadas por Cano y otros en 1920, un 3,1% de la población nacional eran personas nacidas en el extranjero (N=114.117). En 1930, la población extranjera se había reducido a un 2,5%, contando 105.463 personas. Desde dicha fecha hasta 1992, los porcentajes fueron decreciendo paulatinamente hasta llegar a un 0,7% en 1982 (N=84.345) y 0,9% en 1992 (N=114.597).

⁷⁰ SILVA y ROJAS (2016) p. 11.

⁷¹ A pesar de que el artículo 19 del Código del Trabajo no se ha modificado, en el último tiempo se han presentado varias indicaciones para su cambio. Así, durante la tramitación de la ley N° 21.325 las indicaciones 452, 453 y 454 recomendaban reducir de un 85% a un 50% el mínimo de trabajadores nacionales; la indicación 455, de un 85% a un 70%; y la indicación 456, de un 85% a un 80% (boletín N° 8970-06). El proyecto de nueva ley de migraciones presentado el año 2017 buscaba reducir el mínimo de contratación de trabajadores chilenos de un 85% a un 75% (boletín N° 11395-06). Asimismo, el proyecto de ley de productividad y emprendimiento, presentado el año 2018, apuntaba a reducir el porcentaje mínimo de trabajadores nacionales de un 85% a un 70% (boletín N° 12025-03); finalmente, existe un proyecto presentado vía moción parlamentaria para reducir de un 85% a un 60% (boletín N° 15209-13), el cual no registra movimiento desde su fecha de ingreso (19 de julio de 2022).

2. EXCEPCIONES PARA FAVORECER LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS

El Código del Trabajo consagra actualmente en su artículo 20, que:

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 accidentales⁷².

La norma contempla tres excepciones y una regla para calcular el número de trabajadores en cada empresa. En relación con las excepciones, se excluye al personal técnico especialista, al extranjero con vínculos familiares y a los extranjeros que hayan residido por un tiempo determinado en el país.

Desde un punto de vista histórico, primero se eximieron de la restricción de contratación los extranjeros que tuvieran un conocimiento o habilidad diferente del trabajador nacional. La regulación de 1924 liberó al personal ocupado en la construcción o en el ensanche de instalaciones. Desde 1931, se introdujo una categoría más amplia para incorporar a los trabajadores extranjeros cuya experiencia o conocimiento pudiese considerarse útil para el país, englobándolos como “personal técnico especialista que no pueda ser reemplazado por personal nacional”⁷³.

Por otra parte, la ley N° 20.488 que reguló la tercera reforma al mercado de capitales, presentada en el año 2009 bajo el mandato presidencial de Michelle Bachelet, pero promulgada y publicada en el año 2010. En el gobierno de Sebastián Piñera, eliminó la frase “que no pueda ser reemplazado por personal nacional”⁷⁴ para permitir la internacionalización de la prestación de servicios financieros, específicamente, en el ámbito de las inversiones⁷⁵.

Estos cambios han sido ratificados y ampliados por la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo⁷⁶. En un dictamen, ampliamente citado en la jurisprudencia de este órgano, la DT se alejó de una interpretación exegética de las normas laborales para ampliar su comprensión del numeral 2 con el objeto de “proteger la competitividad del mercado de trabajo nacional frente a migraciones excesivas y de poca calificación al país”⁷⁷ y permitir una mayor amplitud a favor de la incorporación de trabajadores extranjeros.

⁷² CHILE, DFL N° 1, artículo 20.

⁷³ CHILE, Código del Trabajo de 1931, artículo 116 N° 2.

⁷⁴ CHILE, Código del Trabajo de 2003, artículo 20 N° 2.

⁷⁵ CHILE, LEY N° 20.448, artículo 4.

⁷⁶ CHILE, DFL N° 1, artículo 20 N° 2.

⁷⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 6307/282, p. 2.

Luego de la reforma de 2010, antes presentada, se extendió aún más su interpretación. En efecto, señaló la DT que, “...basta para excluir a los técnicos especialistas extranjeros que éstos tengan la calidad de tales, no siendo necesario, de acuerdo a la legislación actualmente vigente, que no puedan ser reemplazados por personal chileno”⁷⁸.

En el 2015, la DT informó que la reforma introducida al Código laboral “tiene por objeto acentuar la competencia en el mercado laboral, generando condiciones para un aumento del rendimiento de las empresas...”⁷⁹. Más tarde enfatizó que mediante dicho cambio legislativo se buscaba facilitar la contratación de personal extranjero calificado, evitando que el porcentaje exigido por la norma se transformase en un obstáculo para el desarrollo del país, “entramando la eficiencia y el crecimiento de las empresas nacionales”⁸⁰.

Así, la DT ha permitido la incorporación de especialistas en el montaje por gateo⁸¹, i) de 50 trabajadores chinos para trabajar en la supervisión, planificación y asesoría en la construcción de plantas y laboratorios industriales⁸², ii) ha autorizado la contratación de profesionales en las áreas de la biología, bioquímica, genética, ingeniería, robótica y bioinformática⁸³, iii) de nacionales polacos para la instalación y montaje de turbinas eólicas⁸⁴ y iv) en la incorporación de personal extranjero para una planta de energía renovable⁸⁵.

La posición de la DT ha sido más ambivalente cuando dichas funciones no han sido claramente el resultado de un conocimiento que se considerase como técnico u especialista.

En efecto, en el ordinario N° 4382 de 2014, ante la pregunta efectuada por una empresa de transporte internacional que quería contratar conductores de camiones para el traslado de carga entre Chile y Argentina, indicó que sus conductores no calificarían como personal técnico especialista⁸⁶. A pesar de que el Congreso había aprobado la reforma de 2010, se le pidió a la empresa que tuviera una política de recursos humanos que involucrara un competitivo régimen de compensaciones económicas y de condiciones laborales y que demostrase que los conductores nacionales o extranjeros considerados como chilenos eran insuficientes para cubrir las plazas necesarias⁸⁷.

⁷⁸ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4933/89, p. 2.

⁷⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 1035, p. 2.

⁸⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 1691, p. 3.

⁸¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4933/89, pp. 1-2.

⁸² DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 1691, p. 2.

⁸³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4408, p. 2.

⁸⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4951, p. 2.

⁸⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 5783, p. 2.

⁸⁶ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4382, pp. 1-3.

⁸⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4382, p. 3.

La necesidad de acreditar un conocimiento técnico se confirmó en el ordinario N° 4408 de 2017. En dicho ordinario, la DT exigió, además de los antecedentes académicos, que las labores que desempeñare el extranjero en la empresa guardaren relación con sus capacidades técnicas, de lo contrario no se aplicaría la excepción del artículo 20 N° 2⁸⁸. Criterio similar se reprodujo ante la solicitud de la embajada de Panamá para contratar a extranjeros en labores administrativas, técnicas y de servicio⁸⁹.

Ahora, en relación con la forma de demostrar la condición de técnico especialista, la DT ha señalado por medio del Ordinario N° 5.018 del 2 de octubre de 2018 que aquella “puede ser acreditada, ya sea, por el nivel profesional o técnico que detenta el personal de la empresa, como por la vasta experiencia que posee en el rubro, cuestiones que deben ser analizadas en cada caso particular”⁹⁰ y no de modo genérico y abstracto. De este modo, no es necesario que el empleador tenga en su poder los títulos que acrediten el conocimiento del trabajador, considerándose como suficiente la experiencia práctica acumulada y demostrada del empleado en dichos trabajos.

Una segunda y tercera excepción relevante a la regla general que prohíbe la contratación de extranjeros por sobre ciertas proporciones de empleados en la empresa es aquella que libera al trabajador cuando este tiene vínculos familiares con la población nacional o ha vivido en Chile por un periodo mínimo. Se presume así que el tiempo y los vínculos familiares hacen perder el carácter extranjero del trabajador.

Por un lado, bajo la vigencia de las normas del trabajo entre 1924 y 1931 se estableció una residencia mínima de más de diez años. Recién bajo el Código de 1987, dicho tiempo se redujo a la mitad, manteniéndose dicho plazo en vigor hasta la actualidad.

Por otro lado, desde 1924, los vínculos familiares con la población nacional han eliminado los plazos de residencia mínima. La norma, en ninguna de sus versiones, exigió tiempos de residencia cuando el extranjero se hubiere casado, enviudado o tuviese hijos en el país. El tener hijos chilenos o casarse con chilena asimilaron de inmediato al extranjero con el trabajador nacional. Esta circunstancia se ha mantenido constante por 100 años. El único cambio que se ha realizado a este respecto fue la adecuación de la legislación laboral a los cambios del derecho de familia⁹¹. Así, en 2015, la ley N° 20.830 incorporó a la persona extranjera cuyo

⁸⁸ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4408, p. 3.

⁸⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 2186, p. 4. La DT reiteró que el empleador tiene plena libertad, no obstante, su necesidad de justificar el cumplimiento de la idoneidad de sus contrataciones en caso de ser requerido por la Dirección.

⁹⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 5018. En el mismo sentido, DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4408 y DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 5018.

⁹¹ Cabe señalar no se modificó el artículo 20 para agregar la hipótesis del divorcio. Si la persona divorciada tuviese hijos, se le aplicaría el artículo 20 N° 3 sin obstáculos. La única situación donde podría existir un problema es en el caso de no tener decendencia y se produjese un divorcio unilateral o un divorcio por mutuo consentimiento, en cuyo caso el extranjero se encontraría en desventaja

conviviente civil fuera chileno al conjunto de casos donde se considerará como nacional al trabajador extranjero⁹².

En suma, del análisis previo sólo se podría considerar las reglas que consagran un tope de un 15% como limitativas a la contratación de extranjeros cuando no concurren las excepciones legales. Empero, cabe recordar que dichas restricciones operan únicamente para las empresas de más de 25 trabajadores, y con la modificación legal efectuada en 2010, dejó de ser necesario buscar un reemplazo nacional respecto del técnico especialista, bastando acreditar la concurrencia de cualquiera de las hipótesis del artículo 20 del Código del Trabajo.

Por último, es importante considerar que dichas excepciones solo se tienen que argüir en caso de fiscalización⁹³. Dicha justificación dependerá de las labores que efectúe el extranjero, sin importar el permiso de residencia o categoría migratoria que posea, bastando únicamente la autorización para trabajar⁹⁴, e incluso con independencia de si los documentos que se ocuparon para acreditar su especialidad adolecen de falsedad, ya que dicha determinación depende, a juicio de la DT, de los tribunales de justicia⁹⁵.

Considerando que la justificación que otorga el empleador al momento de la fiscalización de la DT es fundamental para determinar su conformidad con la normativa laboral, es esencial preguntarse sobre la forma cómo la DT ejerce dicha función para evaluar la vigencia práctica de la misma.

III. LA FISCALIZACIÓN DEL TRABAJO EXTRANJERO

La incorporación de extranjeros al mercado laboral formal puede producir múltiples beneficios, como por ejemplo, facilitar el desarrollo técnico de las industrias y aportar al crecimiento de las empresas nacionales. Sin embargo, la llegada de extranjeros puede introducir externalidades negativas para la población local, tales como reducir los salarios y aumentar la competitividad en los empleos⁹⁶. Dado lo anterior, tanto la autoridad responsable de otorgar las autorizaciones de ingreso y de trabajo, como aquella encargada de velar por generar condiciones mínimas y dignas de empleo debieran preocuparse de la inserción de los trabajadores extranjeros. Ahora bien, ¿de qué forma se fiscaliza el cumplimiento de las restricciones laborales?

Como se señaló anteriormente, la DT autoriza a cada empresa para calificar autónomamente a los trabajadores que contratarse, pudiendo dicha calificación ser

en relación con el casado o viudo y tendría que esperar al cumplimiento del tiempo de residencia mínimo para aplicársele el artículo 20 N° 4 del Código del Trabajo.

⁹² CHILE, Ley N° 20.830, artículo 41 en relación con el DFL N° 1, artículo 20 N° 3.

⁹³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4382.

⁹⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 1691, p. 3.

⁹⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 5018, p. 3.

⁹⁶ GONZÁLEZ y ORTEGA (2011) pp; 57-70. BRÜCKER y JAHN (2011) pp. 286-317; SEMYONOV y otros (2002) pp. 416-431; FORTIN y otros (2016) pp. 104-119.

revocada por el Inspector del Trabajo, en el evento en que se realice una fiscalización⁹⁷. Sin embargo, mientras no se produzca dicho control, tanto empresa como trabajador extranjero pueden formalizar una relación laboral.

A efectos de determinar la aplicación de las normas estudiadas, se solicitó por transparencia a la DT el número total de fiscalizaciones realizadas, tanto por denuncia, como por oficio, junto con las sanciones y sus montos, todo en aplicación de los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo entre el 1 enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2022⁹⁸.

Una primera observación relevante en los datos entregados por la DT es que toda la información en poder de este órgano se refiere a denuncias. A pesar de poseer facultades para supervisar el cumplimiento de dichas normas, en los últimos diez años no se han realizado fiscalizaciones de oficio. Lo anterior indica que cuando el Inspector del Trabajo se hace presente en las instalaciones de la empresa o en la faena es porque un particular ha querido denunciar una práctica que considera ilegal. Esta situación es llamativa por cuanto se podría considerar que los extranjeros serían menos proclives a denunciar una afectación a sus derechos laborales⁹⁹. De hecho, hasta el año 2016, sobre el 97% de las denuncias por infracciones a la normativa laboral fueron realizadas por personas de nacionalidad chilena y un 3% de ellas por personas de nacionalidad extranjera. En el 2017, las denuncias de las personas chilenas bajaron a un 94%, para ubicarse en el rango entre el 87% y 84% entre 2019-2022. En contraposición, las denuncias efectuadas por extranjeros aumentaron a un 6% en 2017, duplicándose en 2018 a un 13%, para mantenerse relativamente estable hasta el 2022, en un 16% (2019), un 12% (2020), 12% (2021) y un 13% (2022)¹⁰⁰.

En los últimos once años, la Dirección del Trabajo ha realizado un total de 730 fiscalizaciones por denuncias al artículo 19 del Código del Trabajo. Salvo en el 2016, 2017 y 2018, no se han realizado más de 70 supervisiones al año a nivel nacional. Desde el 2020, el número de fiscalizaciones ha caído a la mitad, manteniéndose por debajo de las 31 visitas del Inspector laboral al año. A nivel agregado, las regiones donde más se han concentrado estas actuaciones son en la Región Me-

⁹⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4382.

⁹⁸ Solicitud de transparencia pasiva dirigida a la Dirección del Trabajo, AL003T0010446 y AL003T0010461

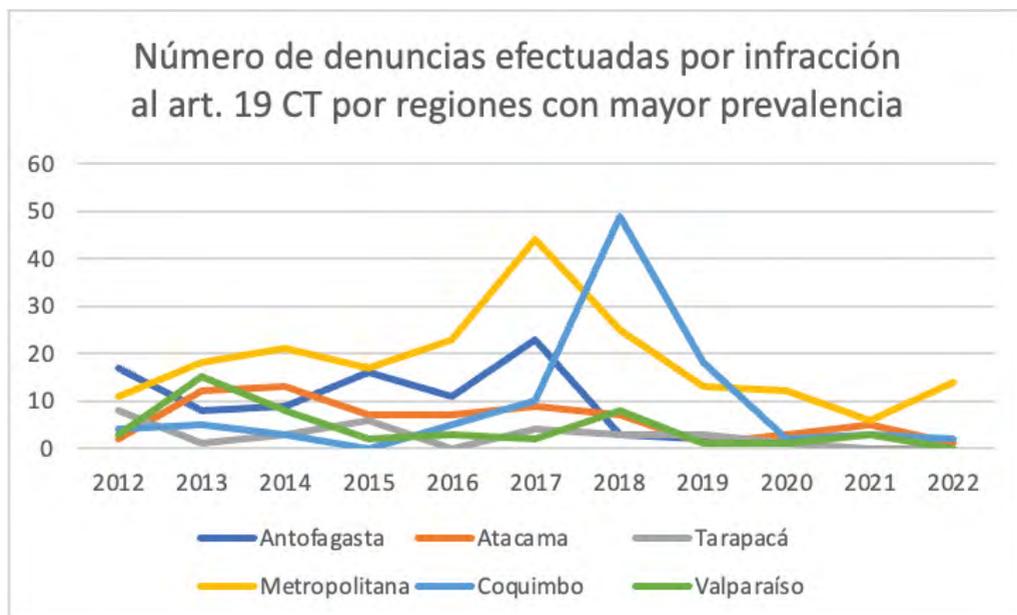
⁹⁹ Para el caso estadounidense, ver GLEESON (2010) pp. 561-602.

¹⁰⁰ De acuerdo a los registros administrativos de la DT, obtenidos mediante la solicitud de transparencia N° AL003T0010446, se obtuvo el número total de denuncias presentadas por chilenos y por extranjeros, además de la materia denunciada, entre los años 2012 y 2022. La principal razón de la denuncia para los chilenos fue no pagar remuneraciones (N= 485.087). Muy por debajo de esta cifra se encuentra la denuncia por no otorgar el trabajo convenido (N= 70.722) y no pagar remuneraciones de forma íntegra (62.635). En el caso de los extranjeros, la principal denuncia se refiere al no pago de la remuneración íntegra (N=23.856), seguido de no declarar oportunamente las cotizaciones previsionales o hacerlo de manera errónea o incompleta (N=6.689) y no otorgar el trabajo convenido (4.586).

tropolitana (204), Coquimbo (101) y Antofagasta (90). Un detalle de la cantidad total de denuncias desagregadas por región y por año se encuentra en el anexo de este artículo.

El gráfico N° 2 permite comparar la evolución de las fiscalizaciones en las regiones en donde más denuncias se han presentado. Entre el 2016 y antes de la pandemia (2020), las denuncias fueron al alza. Estos datos son consistentes con el aumento que experimentó la migración al país en los últimos 8 años. En efecto, las estimaciones del INE con el Departamento de Extranjería al 31 de diciembre de 2021 muestran que el flujo migratorio fue aumentando de forma consistente desde enero de 2015, hasta llegar a su *peak* en enero de 2019¹⁰¹. A su vez, la Encuesta Migrantes 2022 indicó que la mayoría de los extranjeros con residencia llegaron al país en 2018¹⁰².

GRÁFICO 2: COMPARATIVO DEL NÚMERO DE FISCALIZACIONES EFECTUADAS POR DENUNCIAS VERIFICADAS POR LA DT POR AFECTACIÓN AL ARTÍCULO 19 DEL CT DESDE EL 1 DE ENERO DE 2012 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2022, POR REGIONES CON MAYORES DENUNCIAS.



Fuente: elaboración propia en base a información obtenida por transparencia.

Si bien la pandemia tuvo un efecto relevante en la disminución de la migración hacia el país, desde finales del año 2020 y durante el año 2021, el Centro de Políticas Migratorias reporta saldos netos positivos para las principales nacionalidades presentes en Chile (i.e., Bolivia, Colombia y Perú)¹⁰³. Empero, de acuerdo a

¹⁰¹ INE y SERMIG (2021) p. 6.

¹⁰² BANCO MUNDIAL y otros (2022) pp. 11-12.

¹⁰³ CENTRO DE POLÍTICAS MIGRATORIAS (sitio web).

datos obtenidos por transparencia por dicho Centro, se indica que los ingresos por pasos no habilitados aumentaron 6 veces en el año 2020 (N=16.848) en relación con las cifras disponibles en el 2016 (N=2.665)¹⁰⁴. Todo lo anterior indica que ha aumentado el número de extranjeros en el país, sin que por ello se hayan incrementado, en los últimos dos años, las fiscalizaciones a las empresas que operan dentro de Chile.

A mayor abundamiento, como se puede observar en la tabla N° 1, muchas de las inspecciones no terminan en sanciones.

TABLA 1: COMPARATIVO ENTRE LAS DENUNCIAS EFECTUADAS (D) Y LAS SANCIONES APLICADAS (S) DESDE EL 1 DE ENERO DE 2012 HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2022

DT	2012		2013		2014		2015		2016		2017		2018		2019		2020		2021		2022	
	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S
Cantidad	49	10	69	9	61	11	59	10	94	12	116	23	149	40	56	22	23	6	23	8	31	16

Fuente: elaboración propia en base a información obtenida por transparencia. La letra D significa denuncia y la letra S significa sanción.

La tabla N° 1 puede indicar que en la mayoría de los casos, las empresas logran acreditar que se encuentran en alguna de las excepciones establecidas en la ley. En efecto, de las 66 inspecciones que se realizaron en promedio entre 2012 y 2022 solo se aplicaron sanciones en 18 oportunidades. Dicho de otra manera, en un 73% de las fiscalizaciones efectuadas, los empleados lograron desacreditar la denuncia. Solo un 27% de dichas inspecciones terminó en una sanción.

Adicionalmente, el incremento en el número de fiscalizaciones en los últimos años no ha venido aparejado de más sanciones. A pesar de que entre el 2016 y el 2018 aumentaron casi al doble las visitas de los inspectores, en el año 2016, sólo se cursaron 12 sanciones (y se realizaron 94 inspecciones), en el 2017 fueron 23 (con 116 inspecciones) y el 2018 se aplicaron 40 sanciones (con 149 inspecciones).

Los registros administrativos de la DT confirman la tesis de este artículo; esto es, que las restricciones a la contratación no estarían operando para limitar la inserción de los extranjeros en las empresas. Lo anterior se puede producir porque la Dirección del Trabajo realiza pocas fiscalizaciones y que cuando fiscaliza, no sanciona. Esto último podría significar que las empresas se estarían ajustando a los límites impuestos en la ley o, alternativamente, que estas lograrían acreditar exitosamente que se encuentran en la excepciones admisibles. Ello implica, para las preguntas planteadas al inicio de este artículo, que, ante la primera hipótesis, el tope del 15% no estaría funcionando como un obstáculo real para limitar la contratación de ex-

¹⁰⁴ CENTRO DE POLÍTICAS MIGRATORIAS (sitio web).

trajeros, o en la segunda hipótesis, que el tope sí funciona porque las empresas se liberan aplicando algunas de las causales del artículo 20. Con todo, la exención al tope solo funciona para aquellos trabajadores extranjeros que logran subsumirse en algunas de las excepciones legales, sea por su vínculo con algún nacional, por poseer conocimientos especializados o por estar residiendo en el país por periodos iguales o superiores a cinco años.

IV. LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS EN ESTADOS UNIDOS

El propósito de este artículo ha sido determinar el alcance y extensión de la restricción de contratación de extranjeros en el país. Para ello, se ha analizado la normativa migratoria que determina el marco bajo el cual pueden trabajar lícitamente los extranjeros. Establecido aquello, se ha abordado la forma en que opera la restricción a la contratación de trabajadores extranjeros en la legislación y práctica laboral.

En esta última sección, se presenta una regulación que, persiguiendo un objetivo equivalente a la chilena, esto es, balancear el dinamismo de los distintos sectores de la economía con la protección de los trabajadores nacionales, ha tomado una vía distinta para alcanzar dicho objetivo. En efecto, el caso que se expondrá dispone de un mecanismo de certificación laboral que es previo a la postulación a un permiso migratorio, mientras que el caso chileno adopta una prohibición a posteriori para desempeñarse en ciertas empresas y respecto de ciertas categorías de personas.

1. JUSTIFICACIÓN DEL CASO DE ESTUDIO

La historia institucional estadounidense provee un modelo único para analizar la forma en que puede abordarse el fenómeno de la migración laboral, tanto en términos legales, organizacionales, como numéricos.

Desde el punto de vista normativo, la apertura regulatoria en Estados Unidos fue selectiva al igual que la chilena¹⁰⁵. En aquel país, se dictó tempranamente una legislación federal para regular y restringir la migración desde Asia cuando desde dicho continente provenían flujos considerables de mano de obra no calificada. Su progresiva restrictividad se fue gestando con la llegada de flujos de mano de obra no calificada y trabajo precarizado empujado por el ascenso del sector industrial en los estados del norte durante la segunda mitad del siglo XIX¹⁰⁶.

Desde una perspectiva institucional, la regulación de la migración pasó de una ser una atribución a cargo de cada Estado, vinculado inicialmente al desarrollo del comercio¹⁰⁷, a ser una función asumida de forma exclusiva por el gobierno federal¹⁰⁸, pero con colaboraciones activas con otros órganos federales. He aquí la

¹⁰⁵ LARA (2018) pp. 60-62; DURÁN y THAYER (2018) pp. 429-461.

¹⁰⁶ LINDSAY (2010) pp. 6-7.

¹⁰⁷ GORDON (2018) pp. 671-672.

¹⁰⁸ ESTADOS UNIDOS, *Chae Chan Ping v. United States*. Para una aproximación crítica respecto del significado de la *plenary power doctrine* contenida en esa sentencia en la historia de la aproximación

principal diferencia con Chile, pero al mismo tiempo la fortaleza de este caso de estudio¹⁰⁹: Estados Unidos dispone de una coordinación intersectorial entre agencias públicas orientada a proveer un mecanismo de otorgamiento de permisos de trabajo que está orgánicamente vinculado al sistema de otorgamiento de visas.

En efecto, desde el año 1952 en Estados Unidos, se introdujo el mecanismo de certificación laboral como requisito para el otorgamiento de visas de trabajo para migrantes que postularan a ciertas residencias permanentes¹¹⁰. Desde ese entonces, y hasta la actualidad, el *Department of Labor* (en adelante el DOL) es la institución responsable de dicha certificación y se vincula operativamente con el *U.S. Citizen and Immigration Service* (en adelante el USCIS); esta última entidad es la sucesora del *Immigration and Naturalization Service* (en adelante la INS) y fue creada a través de la *Homeland and Security Act* de 2002, ley que reubicó institucionalmente al USCIS como parte del también recientemente creado *Department of Homeland Security*¹¹¹.

Por último, en términos numéricos, en el 2020 Estados Unidos era la primera destinación de migrantes en el mundo¹¹². De hecho, casi 45,3 millones de inmigrantes vivían en Estados Unidos en 2021, la mayor cantidad desde que se realizaron los primeros registros del censo en 1890¹¹³. Cabe destacar que, en 2021, los inmigrantes constituyeron el 17 por ciento (28,6 millones de personas) de la fuerza laboral activa (166,9 millones). Dicha proporción se ha triplicado desde 1970, cuando solo representaban el 5 por ciento¹¹⁴.

En suma y siguiendo a Corral, “el que desea estudiar derechos extranjeros no puede quedarse en los conceptos o categorías formales de cada uno de los sistemas, menos extrapolar las nociones conceptuales de su propio sistema al ajeno. Debe buscar cómo los sistemas jurídicos dan respuesta a una necesidad común¹¹⁵”. En este caso, se recurre a la forma cómo Estados Unidos regula la contratación de extranjeros a efectos de iluminar las reglas y prácticas nacionales sobre esta misma materia. En lo que sigue se explicará, recurriendo a la doctrina, normativa y jurisprudencia, el procedimiento mediante el cual se permite la incorporación de los trabajadores extranjeros al mercado laboral formal.

2. EL PROCEDIMIENTO DE CERTIFICACIÓN LABORAL

La mayoría de la migración de residentes no excepcionales que desean radicarse en Estados Unidos requieren de una certificación laboral previa que realiza el

federal a la migración como un asunto de seguridad nacional, véase LINDSAY (2010) pp. 2-6.

¹⁰⁹ En Chile, desde 1959, el Ministerio del Interior es el órgano responsable de la gestión de los inmigrantes internacionales en Chile. FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 44- 47.

¹¹⁰ DEPARTMENT OF STATE, OFFICE OF THE HISTORIAN (sitio web).

¹¹¹ ESTADOS UNIDOS, *Homeland Security Act of 2022*, título IV, subtítulo E, sección 451.

¹¹² OIM (2022) p. 25. CASTLES y otros (2014) p. 32.

¹¹³ WARD y BATALOVA (2023) p. 3.

¹¹⁴ WARD y BATALOVA (2023) p. 12.

¹¹⁵ CORRAL (2008) p. 63.

DOL¹¹⁶, comprobando dos elementos: primero, que no hay suficientes trabajadores nacionales capaces, dispuestos, calificados y disponibles para desempeñarse en la labor especializada que es objeto del permiso migratorio. Segundo, que la contratación que se pretende, no conllevará un efecto adverso en los salarios y condiciones laborales de los trabajadores estadounidenses que estarían empleados en una función similar¹¹⁷.

La ausencia de un trabajador nacional se asume porque al momento de hacer pública la oferta de trabajo, no hay interés por parte de los ciudadanos estadounidenses en dicha posición. Por lo anterior, la manera cómo se redacta la oferta laboral es clave para determinar los posibles interesados y cumplir con los requisitos de la certificación laboral. Debido a lo anterior, la autoridad del trabajo ha establecido ciertos requisitos y condiciones que se deben cumplir. Así, el empleador no está autorizado a formular una oferta de trabajo que sea concordante con los antecedentes profesionales de la persona extranjera y potencial beneficiaria de la postulación al certificado laboral¹¹⁸.

En otras palabras, los requerimientos mínimos contenidos en la oferta laboral no deben ser indebidamente restrictivos (*unduly restrictive*) en términos del número de años de estudios o el tipo de educación exigida, y también en lo referente a la experiencia previa solicitada en la oferta laboral¹¹⁹. Esta exigencia se cumple, con-

¹¹⁶ De las cinco categorías conducentes a la residencia definitiva que contempla la Immigration and Nationality Act, los profesionales con grados académicos avanzados o con habilidades excepcionales (EB-2) y los trabajadores calificados (EB-3) deben pasar por una certificación laboral. Solamente tres quedan liberadas dicha certificación, los trabajadores prioritarios (E-B1), los inmigrantes especiales (EB-4) y los trabajadores necesarios para promover la creación de nuevos empleos (EB-5). JOHNSON y otros (2019) pp. 472-473.

¹¹⁷ ESTADOS UNIDOS, IMMIGRATION AND NATIONALITY ACT, artículo 212(a)(5). 8USC 1182: Inadmissible aliens.

¹¹⁸ Pese a que los requisitos buscan restringir el trabajo lícito de población extranjera, en la práctica la gran parte de las personas no ciudadanas que califican para la inmigración basada en el trabajo se encuentran dentro de Estados Unidos cuando postulan para adquirir el estatus de residencia legal permanente. Véase a este respecto ALEINIKOF y otros (2016) p. 349.

¹¹⁹ JOHNSON y otros (2019) p. 497. Para determinar que la oferta laboral no sea indebidamente restrictiva, la DOL dispone de una base de datos en línea denominada *Occupational Information Network* (O*NET), la cual contiene un listado exhaustivo de las ocupaciones y profesiones existentes en Estados Unidos, detallando información referente a la educación y experiencia requerida para cada una de ellas. La O*NET es en la práctica la base de datos sucesora del *Dictionary of Occupational Titles* (DOT). El DOT fue utilizado por décadas por la DOL para identificar las clases de trabajos y los requerimientos estimados como normales para cada una de dichas ocupaciones. En su título 20, el Code of Federal Regulations (CFR) § 656.17 (h) establece que los requisitos para el trabajo promocionado en la oferta de empleo deben ser aquellos normalmente requeridos para aquella ocupación y no deben exceder el nivel de *specific vocational preparation* (SVA) asignado al tipo de ocupación o trabajo según las zonas laborales de O*NET (20 CFR § 656.21(b)(2)). Las zonas laborales o job zones consisten en grupos de profesiones u oficios clasificadas según los niveles de educación, experiencia previa y entrenamiento en el trabajo que se requieren para desempeñarlas. O*NET dispone actualmente de cinco zonas laborales, partiendo por el conjunto de ocupaciones que requieren

forme a la jurisprudencia de la autoridad del trabajo, acreditando la necesidad del negocio (*business necessity*), lo que implica que los requisitos de la oferta de trabajo tengan una relación razonable con el oficio o profesión en el contexto del giro de la empresa, y que las credenciales exigidas sean esenciales para desarrollar las funciones requeridas por el empleador¹²⁰.

Una vez que el DOL determina que se han cumplido los requisitos de la certificación laboral, emite dicha certificación y el empleador puede iniciar el procedimiento migratorio ante el USCIS. Empero y pese a los análisis previos, el USCIS retiene la competencia exclusiva para acoger o denegar la visa por diversas razones. Entre las más relevantes para este artículo, se encuentra aquella que la deniega porque la calificación técnica del trabajador no tiene al grado de especialidad contemplado en el permiso solicitado o debido a que no le consta que el empleador pueda pagar el salario comprometido¹²¹.

En suma, el estándar que tiene que acreditar el empleador, de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, es que esté de buena fe contratando al trabajador extranjero¹²². Es decir, que su decisión no afecte a los trabajadores nacionales, porque no existen alternativas viables capacitadas, interesadas y disponibles.

Además del análisis previo que se realiza para las residencias de carácter permanente, un estudio similar exige la legislación para las residencias temporales. Para las visas que permiten un trabajo de especialidad temporal (H-1B)¹²³, el empleador debe efectuar una declaración laboral (*attestation* o *labor condition application*) mediante la cual demuestra que el mercado laboral nacional no se verá negativamente impactado

poca o nula preparación, hasta el conjunto más exigente de profesiones que requieren una preparación minuciosa y exhaustiva. El listado de zonas laborales en detalle puede consultarse aquí: <https://www.onetonline.org/help/online/zones> (consultado el 03/08/2023).

¹²⁰ JOHNSON y otros (2019) p. 511. El origen del criterio de *business necessity* se encuentra en la decisión del *Board of Alien Labor Certification Appeals* (BALCA) en la apelación del caso conocido como *In the Matter of Information Industries* (Inc., 88-INA-82 (BALCA 1989)). Posteriormente, el criterio jurisprudencial de naturaleza administrativa desarrollado por el BALCA fue incorporado a la regulación federal a través de una modificación al CFR § 656.17 (h). De la misma forma, la prohibición general de exigir conocimiento de idiomas distintos al inglés actualmente contempla también al criterio de *business necessity* como excepción, en dos circunstancias: i) cuando la naturaleza del empleo exija conocimientos de lenguas distintas al inglés (como en el caso del traductor); ii) la necesidad, debidamente acreditada, de comunicarse en otros idiomas con clientes, contratistas o trabajadores del empleador que no dominan el idioma inglés, en los términos establecidos en el CFR § 656.17 (h).

¹²¹ Véase JOHNSON y otros (2019) p. 498.

¹²² Véase ALEINIKOF y otros (2016) pp. 354-355. El empleador tiene la obligación de demostrar que ha realizado un esfuerzo de buena fe por contratar a un trabajador estadounidense dentro de los 30 y 180 días previos a postular a una certificación laboral ante el Departamento del Trabajo.

¹²³ ESTADOS UNIDOS, 8 USC 1184 (i)(1). Una ocupación de especialidad es aquella que requiere una “aplicación teórica y práctica de un cuerpo de conocimiento altamente especializado”, junto con contar con el “grado académico de bachiller o con un grado académico más alto en la especialidad en cuestión (o su equivalente), como requisito mínimo para desempeñarse en la ocupación en Estados Unidos”.

a causa de la contratación del trabajador extranjero. Esta demostración se reduce, en general, a mostrar el impacto en las condiciones laborales o en el promedio de la remuneración esperada para el oficio específico con el cual se postula a la visa¹²⁴.

El mismo trámite se requiere para los trabajadores de baja calificación que ingresan a Estados Unidos por períodos breves de tiempo con el objeto de satisfacer una necesidad laboral temporal y demostrable¹²⁵. Tanto las visas H-2A (trabajador agrícola) como las visas H-2B (trabajador no-agrícola) abarcan el trabajo temporario de baja calificación. Ambas requieren realizar el procedimiento de certificación laboral, análogo al procedimiento descrito anteriormente. Una vez que la certificación laboral temporal ha sido concedida por el DOL, el USCIS debe aprobar la solicitud que ha realizado el empleador y solo de en ese momento el beneficiario trabajador puede obtener su visa para ingresar a Estados Unidos¹²⁶.

En suma, y con anterioridad a la tramitación del permiso migratorio, los extranjeros que quieran trabajar en Estados Unidos, tanto residentes permanentes como extranjeros con permisos de residencia temporal, deben demostrar su idoneidad para el trabajo y que su contratación no generará un efecto adverso en los salarios ni en las condiciones laborales locales. Así, no es suficiente para obtener el permiso presentar un contrato o una oferta laboral, tampoco lo será hacer la solicitud por cuenta propia, sino que todo el procedimiento ha de ser iniciado y tramitado por el empleador, en su nombre y bajo su costo.

De lo expuesto, se puede sostener que el principio unificador de la legislación estadounidense está en directa oposición a la normativa migratoria chilena. Para la *Immigration and Nationality Act*, el trabajo extranjero se presume como innecesario,

¹²⁴ JOHNSON y otros (2019) p. 522.

¹²⁵ JOHNSON y otros (2019) pp. 524-525. La visa H-2A cubre el caso de los trabajadores temporarios del sector agrícola, y fue creada como parte de la Immigration Reform and Control Act de 1986, como una manera de enfrentar el alto número de trabajadores indocumentados que se desempeñaban en dicho sector, en condiciones laborales desmedradas. De acuerdo a ESTADOS UNIDOS, 20 C.F.R. § 655.103(d), el empleo temporario es aquel que no dura más de un año, en ausencia de circunstancias excepcionales.

¹²⁶ ESTADOS UNIDOS, 8 U.S.C. 1188(a)(1) En el caso de la visa H-2A, se establece que la solicitud de certificación laboral temporal debe demostrar que (a) no hay suficientes trabajadores disponibles, interesados, calificados y presentes en el lugar y periodo de tiempo requeridos para desempeñar el trabajo o servicio indicado en la solicitud; y (b) que la contratación del extranjero en dicho trabajo o servicio no afectará de manera adversa los sueldos y condiciones laborales de los trabajadores estadounidenses empleados en ámbitos similares (traducción propia). En relación a la visa H-2B, la disposición 20 CFR 655.1(a), en consonancia con lo dispuesto en 8 CFR 214.2(h)(6)(iv), establece dos condiciones para otorgar la certificación laboral temporal: (a) que no haya suficientes trabajadores estadounidenses calificados y disponibles para desempeñar los servicios o trabajo temporal debido al cual el empleador desea contratar trabajadores extranjeros; y (b) que la contratación uno o más trabajadores H-2B no afectará adversamente los salarios y condiciones laborales de trabajadores estadounidenses empleados en ámbitos similares (traducción propia). En los dos casos señalados, la expresión certificación laboral temporal (*temporary labor certification*) se utiliza para diferenciar la certificación laboral referente a visas que permiten el trabajo temporal respecto de la certificación laboral permanente para trabajo no temporal, como se explicó previamente en este artículo.

salvo que este sea prioritario para el país, razón por la cual éste y su potencial empleador deben, como regla general, asegurar afirmativamente la certificación laboral y/o la declaración laboral, previo a la tramitación de cualquier permiso migratorio.

En síntesis, el caso estadounidense es esclarecedor por su diferencia radical con la manera cómo se analizan y otorgan los permisos migratorios en Chile. Como se ha señalado, en el caso chileno el análisis que efectúa no es relevante el mercado ni las condiciones laborales, sino únicamente el cumplimiento de los requisitos dispuestos por la normativa sea esta migratoria o laboral, según corresponda.

CONCLUSIÓN

¿Puede convivir la búsqueda de perfiles laborales, mediante una política migratoria de postulación a permisos de trabajo desde el exterior, con la restricción de contratación de extranjeros en Chile, consagrada en la ley laboral vigente? En este trabajo se argumentó que, aunque las normas migratorias y laborales parecieran estar en conflicto en relación con la contratación de extranjeros (una fomentándola y otra restringiéndola), su aplicación diaria muestra una historia diferente. Por un lado, se mostró que la legislación migratoria se ha centrado en aprobar visas de trabajo sin considerar sus efectos en el mercado laboral, mientras que la interpretación amplia de las excepciones al tope del 15% en empresas de más de 25 trabajadores, la menor fiscalización por la DT y la acreditación por parte de los empleadores de las excepciones legales, han facilitado la incorporación de trabajadores extranjeros al mercado laboral formal por sobre el máximo legal.

Dado el contexto actual y la manera cómo se han aplicado las reglas respectivas, no se justificaría un cambio en la normativa laboral. Sin embargo, dos problemas jurídico-políticos persistirían de mantener las normas o prácticas analizadas.

Por un lado, el escaso conocimiento sobre la aplicación de la normativa del trabajo podría desincentivar la contratación efectiva de extranjeros en aquellos sectores de mayor necesidad. Por otro lado, de persistir una lógica desestructurada y descoordinada entre las dos autoridades a cargo de esta materia, se perdería la oportunidad de lograr los objetivos públicos que dichas normativas debiesen cautelar: es decir, el de asegurar condiciones laborales mínimas (decentes como lo menciona la PNME), tanto para los trabajadores inmigrantes como para los trabajadores nacionales, como garantizar una migración segura, ordenada y regular.

Desde una perspectiva de política pública, la manera cómo se aplica la normativa migratoria y laboral favorece un *status quo* en donde se permite, sin muchas dificultades, la incorporación al mercado laboral formal de trabajadores especializados, con suficientes redes y recursos materiales para asegurar u obtener un contrato de trabajo o una oferta laboral desde el exterior. Ello no se extenderá, probablemente, a los trabajadores extranjeros menos calificados o a quienes no posean vínculos familiares con chilenos o con residentes definitivos, o a quienes no hayan logrado permanecer en el país por más de cinco años.

Para evitar un resultado que profundice las desigualdades entre empleos de alta y baja calificación, y considerando que el número de extranjeros podría seguir creciendo, pareciera prudente analizar cambios a la normativa laboral para, de este modo, evitar la informalidad o precarización laboral. Asimismo, mediante este estudio se pone en evidencia, a la luz del caso estadounidense, que resulta necesario investigar los impactos que genera la llegada de extranjeros en el mercado laboral y en los mecanismos que existen para lograr una inserción articulada, tanto desde la perspectiva de las autorizaciones para trabajar, como de la oferta laboral y de la permanencia en el empleo.

REFERENCIAS

LIBROS, CAPÍTULOS DE LIBROS Y ARTÍCULOS:

- ALEINIKOFF, Alexander y otros (2016): *Immigration and Citizenship. Process and Policy* (St. Paul, West Academic Publishing, octava edición).
- ARELLANO ORTIZ, Pablo y GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2014): “Fundamentos de la protección del trabajador migrante: problemas nuevos versus cuestiones viejas”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. 2, N° 11: pp. 79-98.
- AJZENMAN y otros (2021): “Immigration, Crime, and Crime (Mis)Perceptions”, *IZA Institute of Labor Economics*, N° 14087: pp. 1-57.
- BRÜCKER, Herbert y JAHN, Elke (2011): “Migration and Wage-setting: Reassessing the Labor Market Effects of Migration”, *Scandinavian journal of economics*, vol. 113, N° 2: pp. 286-317.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2016): *Código del Trabajo sistematizado con jurisprudencia, Tomo I* (Santiago, Editorial LegalPublishing Chile, Thomson Reuters, segunda edición).
- CANO CHRISTYNY, María Verónica, SOFFIA CONTRUCCI, Magdalena, MARTINEZ PIZARRO, Jorge (2009): “Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio”, *Serie Población y Desarrollo CEPAL*, N° 88: pp. 3-38.
- CASTLES, Stephen, DE HAAS, Hein y MILLER, Mark (2014): *The age of migration: International population movements in the modern world* (New York, Palgrave Macmillan, quinta edición).
- CORRAL, Hernán (2008): *Como hacer una tesis en Derecho* (Santiago: Jurídica de Chile).
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Legal Publishing: Thomson Reuters).
- DELLACASA ALDUNATE, Francisco José y HURTADO FERNÁNDEZ, José María (2017): *Derecho Migratorio Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- DURÁN MIGLIARDI, Carlos, THAYER, Luis Eduardo (2018): “Los migrantes frente a la ley: continuidades y rupturas en la legislación migratoria del estado chileno (1824-1975)”, *Historia 396*, vol. 7, N° 2: 429-461.
- FEDDERSEN MARTÍNEZ, Mayra (2021): *Manual de Derecho Migratorio Chileno* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, primera edición).
- FEDDERSEN MARTÍNEZ, Mayra y GREENE PINOCHET, Tomás (2023): *Manual de Derecho Migratorio Chileno* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición).

- FORTIN, Nicole y otros (2016): “Foreign human capital and the earnings gap between immigrants and Canadian-born workers”, *Labour economics*, vol. 41: pp. 104-119.
- FUENTES, Aldo y HERNANDO, Andrés (2019): “Caracterización estadística de la inmigración en Chile”, en ANINAT, Isabel y VERGARA, Rodrigo (edits.), *Inmigración en Chile: una mirada multidimensional* (Santiago: Fondo de Cultura Económica) pp. 379-407.
- FUENTES, Adolfo y VERGARA, Rodrigo (2019): “Los inmigrantes en el mercado laboral”, en ANINAT, Isabel y VERGARA, Rodrigo (edits.), *Inmigración en Chile: una mirada multidimensional* (Santiago: Fondo de Cultura Económica) pp. 65-97.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2020): *Fundamentos del derecho laboral* (Santiago, Ediciones DER, quinta edición).
- GLEESON, Shannon (2010): “Labor Rights for All? The Role of Undocumented Immigrant Status for Worker Claims Making” en *Law & Social Inquiry*, vol. 3, N° 35: pp. 561-602.
- GONZÁLEZ, Libertad y ORTEGA, Francesc (2011): “How do very open economies adjust to large immigration flows? Evidence from Spanish regions”, *Labour economics*, vol. 1, N° 1: pp. 57-70.
- GORDON, Jennifer (2018): “Immigration as Commerce: A New Look at the Federal Immigration Power and the Constitution”, *Indiana Law Journal*, vol. 93, Iss. 3, Article 3: pp. 654-711.
- GOULD, Jon y BARCLAY, Scott (2012): “Mind the Gap: The Place of Gap Studies in Sociological Scholarship”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 1, N° 8: pp. 323-335.
- JOHNSON, Kevin y otros (2019): *Understanding Immigration Law* (Durham, Carolina Academic Press, tercera edición).
- LARA ESCALONA, María Daniela (2014): “Evolución de la legislación migratoria en Chile claves para una lectura (1824-2013)”, *Revista de historia del derecho*, vol. 47: pp. 59-104.
- LINDSAY, Matthew (2010): “Immigration as Invasion: Sovereignty, Security, and the Origins of the Federal Immigration Power”, *Harvard C.R.-C.L. L. Rev.*, vol. 45, N° 1: pp. 2-52.
- LIU, Xiangbo (2010): “On the macroeconomic and welfare effects of illegal immigration”, *Journal of economic dynamics and control*, vol. 34, N° 12: pp. 2547-2567.
- NAUDÓN FIGUEROA, Andrés (2013): *La Cuestión Social y el Derecho. Orígenes de la primera codificación laboral chilena* (Santiago, RIL editores, primera edición).
- NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano (2011): “Nuevas garantías para la no discriminación por razones étnicas en la empresa”, *Revista Laboral Chilena*, vol. 6, N° 197: pp. 77-83.
- ROJAS PEDEMONTE, Nicolás y SILVA DITTBORN, Claudia (2016): “La migración en Chile: breve reporte y caracterización”, *Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo*, Julio-agosto 2016: pp. 1-44.
- SEMYONOV, Moshe, y otros (2002): “Labor market competition, perceived threat, and endorsement of economic discrimination against foreign workers in Israel”, *Social Problems*, vol. 49, N° 3: pp. 416-431.

NORMAS E INSTRUMENTOS NACIONALES CITADOS:

- CHILE, *Código del Trabajo*, Ley N° 4.059 (27/09/1924): Sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares.
- CHILE, *Código del Trabajo* (28/05/1931).
- CHILE, *Código del Trabajo* (06/07/1987).
- CHILE, DECRETO LEY N° 1094 (19/07/1975): *Establece normas sobre extranjeros en Chile.*
- CHILE, LEY N° 20.448 (13/08/2010): *Introduce una serie de reformas en materia de liquidez, innovación financiera e integración del mercado de capitales.*
- CHILE, LEY N° 20.830 (21/04/2015): *Crea el Acuerdo de Unión Civil.*
- CHILE, LEY N° 21.974 (15/02/2018): *Fortalecimiento de la regionalización del país.*
- CHILE, LEY N° 21.325 (20.04/2021): *Ley de Migración y Extranjería.*
- CHILE, MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL Decreto con Fuerza de Ley 2 (29/09/1967): *Dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo.*
- CHILE, MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, Decreto con Fuerza de Ley 1 (16/01/2003): *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR, Decreto 597 (24/11/1984): *Aprueba Nuevo Reglamento de Extranjería.*
- CHILE, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, Decreto 93 (21/10/1985): *Aprueba reglamento del artículo 5° bis del DL N° 3.607, modificado por el DL N° 3.636, ambos de 1981, y por la ley N° 18.422.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Decreto 867 (17/03/2018): *Dicta reglamento sobre nuevos estándares para personas, personal y empresas que reciben servicios o realizan actividades de seguridad privada, y modifica decretos que indica.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Decreto 296 (12/02/2022): *Aprueba reglamento de la ley N° 21.325, de Migración y Extranjería.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Decreto 177 (14/05/2022): *Establece las subcategorías migratorias de residencia temporal.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Decreto 23 (04/03/2022): *Establece las subcategorías migratorias de permanencia transitoria.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Decreto 181 (27/12/2023): *Establece política nacional de migración y extranjería.*
- CHILE, DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, Oficio circular N° 7 (26/02/2015).
- CHILE, SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES, Circular N° 8 (25/05/2022).
- CHILE, SUBSECRETARIA DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Oficio circular N° 26.465 (04/12/2009).
- CHILE, DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, Formulario SGC-SIAC-PD1, versión 3.0 (27/12/2012).

NORMAS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CITADOS:

- ESTADOS UNIDOS, *Homeland Security Act of 2022* (25/11/2002).
- ESTADOS UNIDOS, *Immigration and Nationality Act* (03/10/1965).
- ESTADOS UNIDOS, *Immigration Reform and Control Act* (06/11/1986).
- ESTADOS UNIDOS, *Code of Federal Regulations* (01/01/1938).
- ESTADOS UNIDOS, *United States Code* (30/06/1926).

BOLETINES CITADOS:

- CÁMARA DE DIPUTADOS, BOLETÍN N° 8970-06, Ley de Migración y Extranjería, Mensaje (04/06/2013).
- CÁMARA DE DIPUTADOS, BOLETÍN N° 11395-06, Establece nueva ley de Migraciones, Mensaje (23/08/2017).
- CÁMARA DE DIPUTADOS, BOLETÍN N° 12025-03, Establece medidas para impulsar la productividad y el emprendimiento, Mensaje (17/08/2018).
- CÁMARA DE DIPUTADOS, BOLETÍN N° 15209-13, Modifica el Código del Trabajo para reducir el porcentaje mínimo de trabajadores de nacionalidad chilena en los casos que indica, Moción (19/07/2022).

JURISPRUDENCIA NACIONAL CITADA:

- Dirección del Trabajo, 11/11/1996, ordinario 6307/282.
- Dirección del Trabajo, 16/11/2010, ordinario 4933/089.
- Dirección del Trabajo, 6/11/2014, ordinario 4382.
- Dirección del Trabajo, 03/03/2015, ordinario 1035.
- Dirección del Trabajo, 21/04/2016, ordinario 2186.
- Dirección del Trabajo, 21/09/2017, ordinario 4408.
- Dirección del Trabajo, 27/09/2018, ordinario 4951.
- Dirección del Trabajo, 2/10/2018, ordinario 5018.
- Dirección del Trabajo, 13/11/2018, ordinario 5783.
- Dirección del Trabajo, 28/09/2022, ordinario 1691.
- Dirección del Trabajo, 28/03/2012, ordinario N° 1539/017.
- Dirección del Trabajo, 26/11/1998, ordinario N° 5848/386.
- Dirección del Trabajo, 26/12/2019, dictamen N° 5906/35.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA CITADA:

- Chae Chan Ping v. United States (The Chinese Exclusion Case)*, 130 U.S. 581 (13/05/1889).
- In the Matter of Information Industries, Inc.*, 88-INA-82, Board of Alien Labor Certification Appeals, U.S. Department of Labor (09/02/1989).
- Matter of New York State Dept. of Transportation*, 22 I & N Dec. 215, U.S. Citizenship and Immigration Services, Acting Associate Commissioner (07/08/1998).
- Matter of Dhanasar*, 26 I&N Dec. 884, U.S. Citizenship and Immigration Services, Administrative Appeals Office (27/12/2016).

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL CITADA:

- NACIONES UNIDAS, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares: “Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de Chile”, 14 periodo de sesiones, CMW/C/CHL/Q/1 (04-08/04/2011).

NOTICIAS CITADAS:

- MUNITA, Ignacia (2023): “Tope de 15% de extranjeros en empresas al debate: Gremios y expertos afirman que “no se justifica” y urgen modificar norma”, Emol. Disponible <https://www.emol.com/noticias/Economia/2023/05/14/1094918/expertos-cuota-trabajadores-extranjeros-chile.html>. Fecha de consulta: 17/11/2023.
- WARD, Nicole y BATALOVA, Jeanne (2023): “frequently requested statistics on Immigrants and Immigration in the United States”, Migration Policy Institute. Disponible <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/frs-print-2023.pdf>. Fecha de consulta: 29/02/2024.

PÁGINAS WEBS CITADAS:

- CENTRO DE POLITICAS MIGRATORIAS (sitio web), *Portal de Datos*. Disponible en <https://www.politicasmigratorias.org/portaldatos>. Fecha de consulta: 17/11/2023.
- DEPARTMENT OF STATE, OFFICE OF THE HISTORIAN (sitio web), *The Immigration and Nationality Act of 1952 (The McCarran-Walter Act)*. Disponible en: <https://history.state.gov/milestones/1945-1952/immigration-act>. Fecha de consulta: 22/02/2024
- SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES (sitio web-a), *Trámites*. Disponible en <https://serviciomigraciones.cl/permanencia-transitoria/autorizacion-de-trabajo/>. Fecha consultada: 17/11/2023.
- SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES (sitio web-b), *Trámites*. Disponible en <https://serviciomigraciones.cl/residencia-temporal/subcategorias/actividades-remuneradas/>. Fecha consultada: 17/11/2023.

INFORMES CITADOS:

- OIM (2022) World Migration Report. International Organization of Migration (sitio web). Disponible en <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>. Fecha consulta: 29/02/2024.

ESTADÍSTICAS CITADAS:

- OBSERVATORIO SOCIAL (sitio web), *encuesta CASEN 2006, 2017 y 2022*. Disponible en <https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen>. Fecha consultada: 17/11/2023.
- INE (sitio web), *Síntesis de resultados, Censo 2017*. Disponible en https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2017/publicaci%C3%B3n-de-resultados/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf?sfvrsn=1b2dfb06_6. Fecha consultada: 01/03/2024
- INE y SERMIG (sitio web), *Estadísticas migratorias 2021*. Disponible en <https://www.ine.gob.cl/estadisticas/sociales/demografia-y-vitales/demografia-y-migracion>. Fecha consultada: 17/11/2023.
- SERMIG (sitio web), *Estimaciones de extranjeros 2018-2022*. Disponible en <https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/estimaciones-de-extranjeros/>. Fecha consultada: 01/03/2024.

BANCO MUNDIAL, y otros (sitio web), *Encuesta nacional de migración 2022*. Disponible en <https://serviciomigraciones.cl/wp-content/uploads/2023/06/Encuesta-Migrantes-2022-Presentacion-de-Resultados-Evento.pdf> Fecha consultada: 17/11/2023.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, solicitud de transparencia, AL003T0010446 (22/02/2023) y AL003T0010461 (22/02/2023).

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, solicitud de transparencia, AL003T0013910 (20/01/2024).

ANEXOS

TABLA 1: RESIDENCIAS TEMPORALES OTORGADAS POR EL DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y SU SUCESOR LEGAL, EL SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES ENTRE LOS AÑOS 2010 Y 2022

Categorías	2010-2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Estudiante	21758	2339	2003	1813	1433	603	537
Inversionista	6704	2119	2201	2120	1295	571	88
Mercosur	31272	25026	35397	30948	20129	10145	2882
Motivos laborales	0	141307	187632	31007	10170	657	56
Otros	238457	57126	158749	100189	84115	54885	246168
Profesional	9965	31135	34029	45740	13204	4050	802
Sujeto contrato	302783	4015	18390	116544	68223	27938	5674
Grand total	610939	263067	438401	328361	198569	98849	256207

Fuente: elaboración propia a partir de los datos administrativos disponibles en la página del Servicio Nacional de Migraciones (<https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/registros-administrativos/>)

TABLA 2: COMPARATIVO DE LAS REGLAS RELATIVAS A LA RESTRICCIÓN DE CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS, SU CÓMPUTO Y SUS EXCEPCIONES DE ACUERDO A LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

Cuerpo legal	Regla general	Reglas específicas para el cálculo y excepciones a la cuota
Ley 4.059 de 1924	Art. 6. “Cuando los patrones ocuparen más de diez empleados, el setenta y cinco por ciento (75%), o 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 lei, 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.”	Art. 6... 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 cuyo cónyuge sea chileno y los que estuvieren domiciliados en Chile mas de diez años.”

Cuerpo legal	Regla general	Reglas específicas para el cálculo y excepciones a la cuota
Código del Trabajo de 1931	Art. 115. “El 85% a lo menos, del total de empleados que sirvan a un mismo empleador, será de nacionalidad chilena.”	<p>Art. 115... “Se exceptúan de esta disposición al empleador que ocupa cinco empleados o menos.”</p> <p>Art. 116. “Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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; 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.”
Código del Trabajo de 1987 (versión original, ley 18.620)	Art. 20.- “El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena.”	<p>Art. 20... “Se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores.”</p> <p>Art. 21.- “Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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 que no pueda ser reemplazado por personal nacional; 3.- Se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge 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.”

Cuerpo legal	Regla general	Reglas específicas para el cálculo y excepciones a la cuota
<p>Código del Trabajo actualmente vigente (refundido a través del D.F.L. N° 1 de 2003 y reformado en su artículo 20N° 2 a través de la ley 20.448 de 2010, y en su artículo 20N° 3 a través de la ley 20.830 de 2015).</p>	<p>Art. 19.- “El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena.”</p>	<p>Art. 19. “Se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores.”</p> <p>Art. 20. “Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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.”

Fuente: elaboración propia en base a los textos originales de las normativas individualizadas en la tabla.

TABLA 3: CANTIDAD DE MATERIAS FISCALIZADAS POR LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO ORIGINADAS POR DENUNCIAS POR INFRACCIONES AL ARTÍCULO 19 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, SEGÚN REGIÓN Y AÑO. DESDE 01 ENERO DE 2012 AL 31 DICIEMBRE DE 2022

Región	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Total
Arica y Parinacot	2	0	0	1	0	1	10	0	1	0	0	15
Tarapacá	8	1	3	6	0	4	3	3	1	0	0	29
Antofagasta	17	8	9	16	11	23	3	2	1	0	0	90
Atacama	2	12	13	7	7	9	7	1	3	5	1	67
Coquimbo	4	5	3	0	5	10	49	18	2	3	2	101
Valparaíso	3	15	8	2	3	2	8	1	1	3	0	46
Metropolitana	11	18	21	17	23	44	25	13	12	6	14	204
O'Higgins	2	1	0	1	41	4	20	1	1	2	6	79
Maule	0	3	0	1	2	7	6	2	0	0	0	21
Ñuble [2]	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Biobío	0	0	3	3	1	4	9	4	0	0	2	26
Araucanía	0	2	1	0	0	0	2	1	0	0	0	6
Los Lagos	0	0	0	0	0	0	2	0	1	2	5	10
Los Ríos	0	0	0	0	0	0	3	6	0	0	0	9
Aysén	0	0	0	0	0	1	1	0	0	1	0	3
Magallanes	0	4	0	5	1	7	1	4	0	1	1	24
Total	49	69	61	59	94	116	149	56	23	23	31	730

Fuente: elaboración propia en base a información obtenida por transparencia.

TABLA 4: CANTIDAD DE MATERIAS SANCIONADAS POR LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO POR INFRACCIONES AL ARTÍCULO 19 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, SEGÚN REGIÓN Y AÑO. DESDE 01 ENERO 2012 AL 31 DICIEMBRE 2015 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2022

Región	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Total
Arica y Parinacot	0	0	0	0	0	0	5	0	0	0	0	5
Tarapacá	0	0	0	1	0	1	1	2	0	0	0	5
Antofagasta	6	2	2	5	1	4	0	2	0	0	0	22
Atacama	0	2	4	3	1	1	2	0	1	0	0	14
Coquimbo	0	1	1	0	2	3	5	5	0	1	0	18
Valparaíso	1	0	2	0	2	1	0	1	1	1	0	9
Metropolitana	2	2	2	1	4	10	5	7	4	2	7	46
O'Higgins	1	0	0	0	1	0	10	1	0	1	3	17
Maule	0	1	0	0	1	2	4	1	0	0	0	9
Ñuble [2]	0	0	0	0	-	-	0	0	0	0	0	0
Biobío	0	0	0	0	0	1	4	1	0	0	2	8
Araucanía	0	0	0	0	0	0	2	1	0	0	0	3
Los Lagos	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	3	4
Los Ríos	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	2
Aysén	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1
Magallanes	0	1	0	0	0	0	0	1	0	1	1	4
Total	10	9	11	10	12	23	40	22	6	8	16	167

Fuente: elaboración propia en base a información obtenida por transparencia.