



REGLAS DEL RECLUTAMIENTO: PAÍSES DE EMPLEO

EL RECLUTAMIENTO DE MIGRANTES EN LA REGIÓN DE
MÉXICO Y CENTROAMÉRICA PARA EL TRABAJO
TEMPORAL EN LOS ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ



REGLAS DEL RECLUTAMIENTO: PAÍSES DE EMPLEO

EL RECLUTAMIENTO DE MIGRANTES EN LA REGIÓN DE MÉXICO Y
CENTROAMÉRICA PARA EL TRABAJO TEMPORAL EN LOS
ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ

©2016 Global Workers Justice Alliance
Todos los derechos reservados

Para mas información o para obtener copias adicionales:

Global Workers Justice Alliance
789 Washington Avenue
Brooklyn, NY 11238
+1 (646) 351 – 1160

info@globalworkers.org

www.globalworkers.org

Encuétranos en:



ÍNDICE	
AGRADECIMIENTOS	3
RESUMEN EJECUTIVO.....	4
ESTADOS UNIDOS	4
CANADÁ.....	6
RECOMENDACIONES.....	8
PRESENTACIÓN	10
PROGRAMAS DE TRABAJO TEMPORAL EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	12
VISAS DE NO INMIGRANTE H-2 PARA TRABAJO TEMPORAL.....	12
RECLUTAMIENTO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO.....	13
DETALLES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN H-2	15
ORIGEN DE CAMBIOS REGULATORIOS H-2B DEL ABRIL 2015.....	26
FALTA DE JUSTICIA MÓVIL	28
RESUMEN – ESTADOS UNIDOS	28
INFORMACIÓN ACERCA DE LOS RECLUTADORES	28
INFORMACIÓN PÚBLICA DEL EMPLEADOR	29
INFORMACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL EMPLEO.....	29
HONORARIOS DEL TRABAJADOR Y LOS GASTOS DEL VIAJE	29
PROGRAMAS DE TRABAJO TEMPORAL EN CANADÁ.....	30
REGULACIONES PROVINCIALES SOBRE RECLUTAMIENTO	31
COLUMBIA BRITÁNICA.....	31
QUEBEC.....	32
ONTARIO.....	32
MANITOBA.....	32
ALBERTA	32
PROGRAMA DEL TRABAJADOR EXTRANJERO TEMPORAL.....	33
HONORARIOS DE RECLUTAMIENTO PROHIBIDO POR EL CONTRATO DE EMPLEO.....	34
DETALLES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PTET	34
LÍMITE DE CUATRO AÑOS DE DURACIÓN ACUMULATIVA.....	37
PROGRAMA DEL TRABAJADOR AGRÍCOLA TEMPORAL	38
RECLUTAMIENTO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO.....	39
DETALLES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN - PTAT	39
FALTA DE JUSTICIA MÓVIL	41
RESUMEN – CANADÁ	42
INFORMACIÓN ACERCA DE LOS RECLUTADORES	42
INFORMACIÓN PÚBLICA DEL EMPLEADOR	42
INFORMACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EMPLEO	42
HONORARIOS DE RECLUTAMIENTO Y LOS GASTOS DEL VIAJE.....	43
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	44

AGRADECIMIENTOS

Nan Schivone era la autora principal de este informe, cual fue concebido por Cathleen Caron y Omar Ángel. Crédito especial se debe a la profesora y abogada Dalia Gesualdi-Fecteau y sus estudiantes de derecho de la Universidad de Quebec - Montreal por el apoyo en la investigación y revisión, y a Andrea Galvez de la United Food and Commercial Workers Union-Canadá por su tiempo y pericia en la revisión del informe. Carmen Cruz tradujo el informe del Inglés al Español. Yadira Huerta y Matthew Erle se encargaron de la logística involucrada en el diseño y la maquetación, publicación y difusión.

Agradecemos a MacArthur Foundation, Public Welfare Foundation, CAMMINA, General Service Foundation, y Catholic Relief Services – México por su apoyo invaluable en el desarrollo y publicación de este informe.

RESUMEN EJECUTIVO

Los migrantes de México y Centroamérica se enfrentan a una serie de abusos mientras trabajan en empleos de bajos ingresos en los Estados Unidos y Canadá en virtud de programas de trabajadores extranjeros temporales. Se ha prestado poca atención a los abusos cometidos durante el proceso de reclutamiento en México y Centroamérica.

A pesar de que el paradigma de los programas de trabajadores extranjeros temporales estadounidense y canadiense contempla la contratación de trabajadores extranjeros, las leyes que rigen la relación laboral en los Estados Unidos y Canadá no siempre se aplican a la conducta ilícita durante el reclutamiento. Los programas no tienen reglas propias que prohíban la discriminación al contratar en el extranjero. El fraude, la discriminación, el robo de documentos y extorsión persisten, y de hecho florecen, debido a los problemas estructurales de los dos programas de trabajo temporales extranjeros. Ni los Estados Unidos ni Canadá regulan la contratación internacional en el ámbito federal. No siempre se exige a los empleadores identificar todos los eslabones de su cadena de reclutamiento. Aunque los empleadores están obligados a proporcionar información escrita acerca de los trabajos durante el reclutamiento, hay poca vigilancia gubernamental sobre lo mismo. Los reclutadores extranjeros no están obligados a tener una licencia federal. Todavía no existe un registro público de reclutadores extranjeros. Con una notable excepción en Canadá, los potenciales trabajadores y funcionarios gubernamentales en los países de origen simplemente no tienen manera de saber si el reclutador está conectado con un empleador genuino y aprobado por el gobierno antes de aceptar la oportunidad de empleo. Por tanto, la evaluación de las ofertas de trabajo en el extranjero se ha convertido en un juego de azar.

Ninguno de los programas de trabajo temporal cuenta con un mecanismo establecido para que los trabajadores hagan valer sus derechos o denunciar abusos después de su regreso a sus países de origen, una vez finalizado el período aprobado de trabajo. Esta falta de visión estructural socava el derecho y la capacidad de los trabajadores para hacer cumplir las protecciones con las que cuentan.

Global Workers Justice Alliance preparó este informe sobre todo para los interesados en México y Centroamérica. Se centra en el marco jurídico de los programas de trabajo temporal, en los Estados Unidos las visas de no inmigrante H-2A agrícolas y H-2B no agrícolas, y en Canadá el Programa de Trabajadores Extranjeros Temporales y su Programa Especial bilateral para Trabajadores Agrícolas con México, y las naciones del Caribe, y detalla las normas que se aplican a casos de reclutamiento laboral internacional. El propósito de este informe no es resaltar el abuso a los trabajadores. Más bien, el objetivo es proporcionar a los interesados de la región el contexto legal para programas de trabajo temporales de Canadá y Estados Unidos. Con una comprensión más profunda, los responsables políticos en México y Centroamérica estarán mejor equipados para mejorar de manera significativa el funcionamiento del sistema en sus propios países.

ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos, la ley estatutaria federal establece muchos tipos de visas de no inmigrante que permiten estancias temporales en los Estados Unidos. Cada visa de no inmigrante tiene sus propias reglas. Algunas ofrecen una vía para la permanencia, otras autorizan algún tipo empleo. Las visas de no inmigrante más comunes utilizados para el trabajo no calificado temporal son las visas H-2A y H-2B (también conocidas como "visas de trabajadores huéspedes"). La visa de no

inmigrante H-2A es para el trabajo agrícola temporal. La visa de no inmigrante H-2B es para el trabajo no agrícola temporal o estacional, comúnmente para la jardinería, parques de atracciones, trabajo doméstico, silvicultura, construcción y restaurantes.

Tanto la visa H-2A como la H-2B, se obtienen después de que un empleador específico recibe la aprobación del Departamento de Trabajo de Estados Unidos (USDOL) y el Departamento de Seguridad Nacional (DHS) para contratar a trabajadores extranjeros. Como tal, una vez que el trabajador es admitido en los Estados Unidos después de su examen por el DHS en la frontera, ambos visados sólo permiten trabajar con un determinado empleador en una posición específica, para el período de tiempo que fue aprobada por el USDOL y el DHS para trabajar. No hay un camino a la ciudadanía o estatus legal permanente asociado con cualquiera de las visas H-2. Si el trabajador renuncia a su puesto de trabajo o es despedido, la visa pierde su validez y debe salir de los Estados Unidos.

Los empleadores, las asociaciones de empleadores y contratistas laborales inician y controlan el proceso de la visa H-2 mediante la solicitud al gobierno de Estados Unidos del permiso para contratar trabajadores extranjeros para los empleos temporales. El empleador puede comenzar a enlistarlos, al mismo tiempo que se está aplicando para la certificación de trabajo y el permiso para que los contraten. Una vez que el gobierno de Estados Unidos da el visto bueno al empleador, los trabajadores solicitan la visa y se presentan personalmente ante el consulado de los Estados Unidos para una entrevista. Por lo general, el empleador usa un agente de contratación, un tercero o reclutador, u otra entidad para ayudar a los trabajadores en las solicitudes de sus visas.

Cómo los trabajadores extranjeros se conectan con empleadores estadounidenses varía dependiendo del mercado laboral, industrias y regiones. Los empleadores que desean contratar trabajadores extranjeros inician el proceso con el gobierno de los Estados Unidos y luego resuelven por su cuenta cómo encontrar a los trabajadores. El gobierno de los Estados Unidos no juega ningún papel en la localización o el reclutamiento de trabajadores extranjeros, ni se pone en contacto a los empleadores con los reclutadores y no regula las empresas de reclutamiento o individuos reclutadores. No existe un registro federal, no se necesita una licencia federal, y actualmente no hay una lista federal de los reclutadores que están autorizados para reclutar trabajadores. Simplemente no hay manera para que un trabajador potencial sepa si el reclutador está ofreciendo un puesto de trabajo verdadero.

Debido a que los empleadores que contratan a trabajadores H-2 deben primero solicitar al Departamento de Trabajo de Estados Unidos para la certificación de trabajo temporal, y dado que deben tratar de reclutar primero a trabajadores estadounidenses como requisito previo, la información básica de esas solicitudes de certificación se publica. Esa información está a disposición del público a través del registro de empleo público en el sitio web iCert que mantiene el Departamento de Trabajo de Estados Unidos, ver <https://icert.doleta.gov/>. Aunque el DHS también emite un aviso de aprobación a los empleadores estadounidenses que muestran la autorización para contratar a un cierto número de trabajadores extranjeros de un país especificado, para un período de tiempo específico; ese documento no se publica.

Los trabajadores H-2A y H-2B tienen derecho a recibir una descripción escrita de todos los términos del trabajo antes de solicitar su visa, estando aún en sus países de origen. Para el trabajador H-2A, este documento escrito definitivamente constituye un contrato laboral que se hace valer ante los tribunales en los Estados Unidos. Las regulaciones del programa H-2B, por lo contrario, no especifica que la descripción escrita con los términos del trabajo siempre constituye un contrato laboral. La existencia de un contrato laboral entre los trabajadores H-2B y sus

empleadores depende de las circunstancias de cada caso en particular y en la ley de la jurisdicción estatal donde se de el caso.

Los trabajadores con visas H-2A o H-2B no deben pagar ninguna cantidad por el reclutamiento y contratación. Los trabajadores con visas H-2A o H-2B tampoco deben quedarse responsable por los gastos de la solicitud de la visa y sus viajes a los Estados Unidos. Si un empleador se les requiere que los trabajadores paguen los cobros por la solicitud de la visa, tal empleador debe reembolsar al trabajador este gasto en su primer cheque de pago. Si un empleador se le requiere que los trabajadores paguen por sus propios viajes a los EE.UU., entonces debe reembolsar la cantidad completa, al cumplirse la mitad del período de trabajo aprobado.

Sin embargo, en muchas situaciones, empleadores tienen que reembolsar una porción de estos gastos del viaje en el primer cheque de pago, dependiendo de la cantidad de los gastos de viaje y el salario ganado en la primera semana de trabajo. Este requisito viene de la ley federal del salario y horas (la Ley de Normas Razonables de Trabajo).

Asimismo, los empleadores deben pagar el viaje de regreso a los trabajadores H-2A al completar el periodo del contrato y a los trabajadores H-2B si cumplan con el contrato o si se despide al trabajador antes.

Tanto a los trabajadores H-2A como H-2B deben pagar por sus pasaportes personales.

CANADÁ

En Canadá, la migración laboral temporal a Canadá en ocupaciones poco calificadas se encuentran en el Programa del Trabajador Extranjero Temporal (PTET) o el Programa de Trabajadores Agrícolas Temporales (PTAT). El PTET incluye a trabajadores de varias industrias, como los trabajadores agrícolas y otras ocupaciones poco calificadas de todo el mundo; mientras que el PTAT es sólo para los trabajadores agrícolas de México y varias naciones del Caribe. En ambos programas, los trabajadores van a Canadá por un predeterminado período y trabajan para un solo empleador que ha sido aprobado por el gobierno canadiense. No hay un camino a la ciudadanía o estatus legal permanente asociado con cualquiera de estos programas, y si los trabajadores abandonan el trabajo o son despedidos, su permiso de trabajo pierde validez y deben salir de Canadá.

Los programas de trabajo temporal de Canadá y Estados Unidos son similares en muchos aspectos. Al igual que en los Estados Unidos, los empleadores de Canadá inician y controlan el proceso de contratación de trabajo temporal y deben demostrar primero que el mercado laboral nacional no se verá afectado negativamente antes de ser autorizados para importar trabajadores extranjeros. La agencia del Empleo Federal y Desarrollo Social de Canadá (ESDC) analiza la Evaluación del Impacto del Mercado Laboral (EIML) en Canadá. La Agencia de Ciudadanía e Inmigración de Canadá adjudica permisos de trabajo para los trabajadores individuales en sus países de origen, a través de los puestos diplomáticos canadienses. Por último, la Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá verifica a todos los trabajadores en los puertos de entrada canadiense y permite o niega la admisión.

Mientras que el proceso administrativo básico es similar para ambos programas canadienses, en la práctica operan de manera muy diferente. Mientras que el PTET es una criatura relativamente reciente del sistema de inmigración federal canadiense, el PTAT se ha desarrollado durante las últimas cinco décadas a través de una serie de acuerdos bilaterales entre los gobiernos federales de Canadá y México, y Canadá y doce naciones del Caribe. Todos los países participantes

acuerdan una serie de reglas contenidas en Memorandos de Entendimiento (MOU), Directrices Operacionales y Contratos de Trabajo. Los gobiernos federales de México y el Caribe son los encargados de localizar y reclutar a sus ciudadanos a través de las agencias federales en sus países, y designar a uno de sus funcionarios diplomáticos como representante de su gobierno en Canadá.

Debido a la naturaleza bilateral del PTAT, el proceso de contratación externa es bastante diferente que los programas de Estados Unidos y el PTET. En el PTAT, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México recluta trabajadores y gestiona sus solicitudes de permisos de trabajo, y coordina la colocación de los trabajadores con los empleadores aprobados por EIML, y organiza la logística del viaje (a menudo en combinación con una agencia sin fines de lucro canadiense, controlado por los empleadores). Por el contrario, con el PTET, al igual que los H-2 programas en los Estados Unidos, los empleadores suelen utilizar un reclutador privado o agencia de reclutamiento para encontrar trabajadores y tramitar sus permisos de trabajo y la logística.

No hay regulaciones federales relacionadas con la contratación de trabajadores extranjeros para estos trabajos temporales en Canadá. No existe una licencia federal o registro de reclutadores. No hay reglas sobre quién puede ser reclutador. Y al igual que en los Estados Unidos, los empleadores canadienses no están obligados a revelar cada uno de los eslabones de la cadena reclutamiento. Algunas provincias de Canadá han desarrollado sus propias leyes que requieren a los reclutadores registrarse con organismos provinciales y prohíben a los reclutadores cobrar a los trabajadores una tarifa por el reclutamiento y contratación. Varias de las provincias, como Columbia Británica y Manitoba, requieren licencias o mantienen un registro, y tienen normas provinciales sobre quién puede ser un reclutador y consecuencias para los empleadores que no usen reclutadores autorizados. Sin embargo, ninguna regla provincial llega de manera explícita o definitivamente a las acciones de reclutadores extranjeros en el exterior. Aunque el ESDC solicita el nombre de terceros o reclutadores, esto no incluye necesariamente los reclutadores extranjeros, y en todo caso ESDC no publica esa información.

La información sobre los empleadores que contratan a trabajadores extranjeros a través PTET y PTAT tampoco está disponible. Aunque ESDC requiere un EIML para todos los empleadores en ambos programas como requisito previo, no hace estas solicitudes ni las aprobaciones de EIML públicas. No existe un registro federal de trabajo en línea, como en los Estados Unidos, con el fin de efectuar la contratación prioritaria de los trabajadores canadienses.

Las agencias federales canadienses encargadas de la PTET requieren un contrato de trabajo firmado por el empleador para procesar tanto la evaluación del impacto del mercado de trabajo, como el permiso de trabajo. No hay requisitos, sin embargo, que obliguen a que los trabajadores reciban una descripción escrita de los términos del empleo al momento en que se les ofrece el trabajo, durante la contratación en sus países de origen. Los MOU que crean el programa PTAT, tampoco requieren la descripción escrita de los términos de empleo en el momento de la contratación. Sin embargo, si señalan que los trabajadores del PTAT deben contar con un contrato de trabajo, por lo menos, en la fecha en que comienzan a trabajar.

Los trabajadores temporales extranjeros no deben pagar ninguna cuota de reclutamiento y contratación en régimen de PTET o PTAT. La responsabilidad de las cuotas de los trabajadores y los gastos de viaje, sin embargo, depende del programa. En PTET, a los trabajadores se les puede requerir pagar la solicitud de permiso de trabajo, examen médico, y por sus pasaportes. Sin embargo, los empleadores deben pagar el viaje hacia y desde Canadá. En el PTAT, los empleadores deben pagar la cuota por el permiso de trabajo por adelantado, pero pueden recuperar esa cuota a través de deducciones de nómina de los trabajadores mexicanos (pero no

de los trabajadores del Caribe). Los empleadores deben hacer los arreglos para el viaje de ida y vuelta de los países de los trabajadores de origen a Canadá y viceversa. Sin embargo, los empleadores pueden recuperar una parte de los costos a través de deducciones de nómina una vez que los trabajadores comiencen a trabajar. (Los empleadores en Columbia Británica no pueden recuperar los gastos de viaje en cualquier momento.)

RECOMENDACIONES

La estructura de los programas de trabajo temporal ha permitido la explotación del trabajador migrante durante el reclutamiento en sus países de origen. La vulnerabilidad a la explotación se ve agravada por la absoluta falta de transparencia permitido por el diseño de los programas. El hecho de que ni los Estados Unidos ni Canadá regulen el reclutamiento internacional permite la continuación de esta inadecuación estructural. Las siguientes recomendaciones se detallan en el informe como oportunidades tanto para los Estados Unidos y Canadá, para que promulguen leyes y promulguen reglamentos – a nivel federal – para reducir el fraude y el abuso en el reclutamiento externo y mejorar los programas de trabajo temporal.

1. Los empleadores que inicien el proceso de contratación deben dar a conocer todos los eslabones de la cadena de reclutamiento y proporcionar los nombres de todas las personas que puedan estar en contacto con los potenciales trabajadores para ofrecer un trabajo. La información debe ser recopilada a nivel federal y hacerla públicamente disponible a nivel mundial, actualizarla en tiempo real y que se pueda revisar por el nombre del empleador y del reclutador, y delinear claramente quien está autorizado por cual empleador para localizar a los trabajadores extranjeros, ofrecerles puestos de trabajo, y en dónde.
2. Las agencias federales de los Estados Unidos y Canadá encargadas de la protección de la fuerza de trabajo nacional, deben publicar todas las certificaciones de empleo temporal aprobadas, las aplicaciones para contratar a trabajadores no inmigrantes, y las evaluaciones de impacto de mercado laboral positivos.
3. Los empleadores y reclutadores deben asumir el costo del reclutamiento de trabajadores en el extranjero, incluyendo los costos de las solicitudes de inmigración y los gastos de viaje. Las agencias de los Estados Unidos y Canadá deben cumplir estrictamente estas normas y tener protecciones para los trabajadores que denuncien que fueron obligados a hacer algún pago durante su reclutamiento.
4. Los empleadores deben proporcionar a todos los potenciales trabajadores, en el momento de su contratación, una oferta de trabajo detallando todos los términos y condiciones del puesto de trabajo por escrito y en el idioma comprensible para el trabajador, y la aceptación de dichos términos deberían constituir un contrato de trabajo exigible y vinculante en cada instante.
5. Las leyes de los Estados Unidos y Canadá que prohíben la discriminación en la contratación deben modificarse para que se apliquen expresamente a los empleadores y reclutadores que contraten a trabajadores en el extranjero para trabajos temporales en los Estados Unidos y Canadá.
6. Las embajadas de los Estados Unidos y Canadá, y las oficinas consulares deben alentar a los trabajadores a denunciar el fraude y el abuso en el reclutamiento, así como recibir y procesar las denuncias sobre las condiciones de trabajo cuando se trabaje en cualquiera de los programas de visas H-2, PTAT y PTET.

7. Las embajadas de los Estados Unidos y Canadá, y las oficinas consulares deben apoyar la justicia móvil, es decir, la logística cuando los trabajadores temporales regresen a sus países de origen teniendo reclamos o casos pendientes en los Estados Unidos o Canadá.

PRESENTACIÓN

La misión de la Alianza Justicia de Trabajadores Globales (Global Workers Justice Alliance, GWJA) es promover la justicia móvil para trabajadores migrantes, incluso trabajadores que han trabajado en los Estados Unidos y Canadá con visas de empleo temporal: visas que permite a los trabajadores en el país durante un período determinado de tiempo y luego requiere que regresen a su país de origen. A través de nuestro trabajo de parte de migrantes de México y Centroamérica, hemos visto que la estructura de los programas del trabajador extranjero temporal tanto en los Estados Unidos como en Canadá han permitido la explotación del trabajador.¹ En marzo de 2015 la Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno de los Estados Unidos (Government Accountability Office) publicó un informe para el Congreso estadounidense acerca de los programas de visas H-2A y H-2B, que pide mayor protección para los trabajadores extranjeros, en gran parte por la vulnerabilidad que comienza durante la fase de reclutamiento.²

Tales abusos de reclutamiento y sus remedios potenciales, sin embargo, no son temas de este informe. Al contrario, el enfoque está en las reglas del juego que permiten los abusos desde el principio. Es importante para todas las partes interesadas en las regiones de México y Centroamérica de comprender el marco legal y el contexto regulador de las visas temporales de los EE. UU. y Canadá, y en particular el reclutamiento laboral internacional con el fin de participar significativamente en el proceso y más fácilmente elaborar respuestas informadas para prevenir la explotación del trabajador y avanzar la justicia móvil.

En ambos, los Estados Unidos y Canadá, la explotación del trabajador es permitida por el diseño de los programas de trabajo temporal para extranjeros. Por lo general, las visas del no inmigrante solamente permiten trabajarle a un empleador o asociación específica. En mayor parte, las visas del no inmigrante son administradas unilateralmente³ por el país de empleo, ya sea los Estados Unidos o Canadá, en sistemas que carecen transparencia. Para colmo de males, el sistema socava seriamente la capacidad para los trabajadores tener su día en los tribunales cuando sus derechos son violados. Ni los Estados Unidos ni Canadá establecieron mecanismos para permitir que trabajadores extranjeros, cuyos derechos han sido violados, a quedarse en el país de empleo y perseguir reclamaciones legales contra su empleador.

Estos problemas básicos e inherentes actuales de los sistemas del trabajador extranjero temporal se ven agravados por el hecho de que ni en los Estados Unidos ni en Canadá se regula el reclutamiento internacional al nivel federal. La falta de un registro federal de reclutadores extranjeros en ambos países deja a los trabajadores y a los funcionarios del gobierno en los

¹ Hay varios informes que documentan estas cuestiones. Ver, e.g., Fay Faraday, *Profiting from the Precarious: How Recruitment Practices Exploit Migrant Workers*, Metcalf Foundation (abril 2014), disponible en <http://metcalffoundation.com/wp-content/uploads/2014/04/Profiting-from-the-Precarious.pdf>; Global Workers Justice Alliance, *Confiscación de Títulos de Propiedad en Guatemala: Por Parte de Reclutadores en Programas de Trabajadores Temporales con Visas H-2B* (julio 2013), disponible en http://globalworkers.org/sites/default/files/Confiscacion%20de%20Títulos_Informe_Final.pdf; International Labor Recruitment Working Group, *The American Dream Up for Sale, A Blueprint for Ending International Labor Recruitment Abuse* (febrero 2013), disponible en <http://fairlaborrecruitment.files.wordpress.com/2013/01/the-american-dream-up-for-sale-a-blueprint-for-ending-international-labor-recruitment-abuse1.pdf>; Southern Poverty Law Center, *Close to Slavery: Guestworker Programs in the United States* (febrero 2013), disponible en <http://www.splcenter.org/sites/default/files/downloads/publication/SPLC-Close-to-Slavery-2013.pdf>; Centro de los Derechos del Migrante, Inc., *Recruitment Revealed* (enero 2013), disponible en www.cdmigrante.org; Proyecto Jornaleros Safe, *Mexicanos en EE. UU. con visa: Los Modernos Olivados* (noviembre 2012), disponible en <http://www.globalworkers.org>; Ashwini Sukthankar, *Visas, Inc.: Corporate Control and Policy Incoherence in the U.S. Temporary Foreign Labor System*, Global Workers Justice Alliance (2012), disponible en <http://www.globalworkers.org/our-work/publications/visas-inc.>; y UFCW, *The Status of Migrant Farm Workers in Canada 2010-2011* (2011), available at http://www.ufcw.ca/templates/ufcwcanada/images/awa/publications/UFCW-Status_of_MF_Workers_2010-2011_EN.pdf.

² Government Accountability Office, *H-2A and H-2B Visa Programs: Increased Protections Needed for Foreign Workers*, GAO-15-154 (marzo 2015), disponible en <http://www.gao.gov/assets/670/668875.pdf>.

³ La excepción es el Programa de Trabajadores Agrícolas Estacionales de Canadá, es un programa bilateral entre Canadá y México, discutido a continuación.

países de origen con poca información disponible para evaluar las ofertas de empleo para trabajar en el extranjero. El marco regulador de reclutamiento extranjero deja a los diplomáticos estadounidenses y canadienses, en los países de origen, con capacidad limitada para gestionar eficazmente los problemas cuando se producen.

La siguiente sección de este informe cubre el sistema de visa de trabajo temporal en los Estados Unidos, específicamente el proceso que los empleadores y los trabajadores siguen con los programas de visa H-2A (agrícola) y H-2B (no agrícola) y el contexto regulador para reclutamiento extranjero. La próxima revisa el proceso en Canadá, centrándose en el Programa del Trabajador Extranjero Temporal y el Programa Especial para Trabajadores Agrícolas. Este informe termina recomendando objetivos de la política para mejorar los programas de la visa temporal y reducir los abusos durante el proceso de reclutamiento.

PROGRAMAS DE TRABAJO TEMPORAL EN LOS ESTADOS UNIDOS.

La Ley de Inmigración y Naturalización (Immigration and Naturalization Act, INA), es una ley federal promulgada en 1952 y enmendada muchas veces desde entonces, y creó el sistema moderno de inmigración en los Estados Unidos.⁴ Junto con las disposiciones relativas a quién puede permanentemente inmigrar, la INA dispone varios tipos de visas de no inmigrante que permiten estadías temporales en los Estados Unidos. Cada visa de no inmigrante es comúnmente asignada una letra y un número. Las letras y los números corresponden a la sección de la INA donde se crea la clasificación o subclasificación de la visa.

Cada visa de no inmigrante tiene su propia reglas. Por ejemplo, si ofrece un camino a la inmigración permanente (residencia y ciudadanía permanente legal) o autoriza a la persona a trabajar, depende del tipo de visa. En lugar de desarrollar un sistema coherente, los EE. UU. ha respondido poco a poco a las exigencias del empleador; esto ha creado una fragmentación y gran divergencia en la protección del trabajador.⁵ El sistema carece de transparencia y coordinación entre las agencias gubernamentales y ha causado el abuso tanto de los trabajadores extranjeros como de los estadounidenses.⁶

VISAS DE NO INMIGRANTE H-2 PARA TRABAJO TEMPORAL

Las visas de no inmigrante H-2A y H-2B son las más utilizadas para el trabajo temporal en los Estados Unidos, comúnmente conocidas como visas de *guestworker* (trabajador huésped). La visa de no inmigrante H-2A es para trabajo agrícola temporal.⁷ La visa de no inmigrante H-2B es para trabajo no agrícola temporal o estacional, más común para los trabajos en jardines, parques de diversiones, limpieza, silvicultura, construcción y restaurantes.⁸ En 2013, más de 130,000 visas de H-2 fueron emitidas a trabajadores temporales procedentes de 74 países diferentes.⁹ Más del 90% (H-2A) y el 70% (H-2B) de los trabajadores son de México.¹⁰ Jamaica, Guatemala, Sudáfrica y Gran Bretaña son los siguientes países de origen más grandes de trabajadores H-2.¹¹ No hay límite en el número de visas H-2A disponibles cada año, pero las visas H-2B tienen un límite anual de 66,000.¹² En 2015, la demanda para las visas H-2B excedió el límite.¹³

⁴ 8 U.S.C. § 1101(a)(15).

⁵ Como seguimiento de *Visas, Inc.*, en abril 2014, Global Workers lanzo *Visa Pages*, ver <http://globalworkers.org/visa-pages>. Cada "página" contiene información detallada acerca de las nueve visas de no inmigrante que se ve con abuso, y se incluye, para cada visa, la historia, el proceso de contratación, mecanismos de cumplimiento, datos y sumarios de cuestiones relacionadas con justicia móvil.

⁶ En julio 2014, un proyecto de ley fue presentado a la cámara de representantes de los Estados Unidos para abordar la falta de transparencia en los programas de visas de no inmigrantes en cuanto a los datos recopilados y declarados por el gobierno de los Estados Unidos. Ver United States. Cong. House, *Transparency in Reporting to Protect American Workers and Prevent Human Trafficking Act* 113th Cong. (2013-2014) H.R. 5197, disponible en <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/5197>; ver también GAO-15-154, nota 2, *supra*.

⁷ 8 U.S.C. § 1101(a)(15)(H)(ii)(a); and 20 C.F.R. § 655.90(a)(1).

⁸ 8 U.S.C. § 1101(a)(15)(H)(ii)(b); 8 C.F.R. § 214.2(h)(1)(ii)(D), (6)(i)(A); ver U.S. Department of Labor, Office of Foreign Labor Certification, *H-2B Temporary Non-Agricultural Visa Program - Selected Statistics, FY 2012 YTD*.

⁹ U.S. Department of State, *FY2013 NIV Detail Table*, disponible en <http://travel.state.gov/content/visas/english/law-and-policy/statistics/non-immigrant-visas.html> (visto la última vez en marzo 2015).

¹⁰ Id.

¹¹ Id.

¹² Immigration Act of 1990, Pub. L. 101-649, § 205(a), 104 Stat. 4978, 5019, 8 U.S.C. § 1184(g)(1)(B). En diciembre del año 2015, se aprobaron una ley de asignación del gasto público bajo cual se subió al límite de visas h-2B para el año fiscal de 2016 con la creación de una exención para trabajadores regresando otra vez. Ver Consolidated Appropriations Act of 2016, H.R. 2029, 114th Cong. (2015-2016), Pub. L. No. 114-113 (Division F, Title V, Sec. 565) (Dec. 18, 2015; ver <https://www.uscis.gov/news/alerts/h-2b-returning-workers-exempted-h-2b-cap-fiscal-year-2016> (February 5, 2016).

¹³ Ver <http://www.natlawreview.com/article/h-2b-cap-reached-first-half-fiscal-year-2015> (2 de febrero, 2015).

Las visas H-2A y H-2B solamente están disponibles después de que un empleador específico recibe la aprobación para emplear trabajadores extranjeros de ambos el Departamento del Trabajo (U.S. Department of Labor, USDOL) y el Departamento de Seguridad Nacional (Department of Homeland Security, DHS) de los Estados Unidos. Como tal, ambas visas sólo permiten que se trabaje con cierto empleador en un trabajo específico, durante un período de tiempo fijo que ha sido aprobado por el gobierno estadounidense.¹⁴ Para la visa H-2A, este período de tiempo es al principio menos de un año¹⁵ y para la visa H-2B, es menos de diez meses.¹⁶

Puede hacer posible que un empleador solicite una extensión de hasta tres años de la visa H-2 para el trabajador.¹⁷ Si el trabajador quiere cambiar de empleador, el empleador nuevo debe pasar por todo el proceso.¹⁸ El trabajador no puede comenzar el nuevo trabajo, hasta que el gobierno federal apruebe el cambio. En cualquier caso, después de cumplir con el período de trabajo aprobado, el trabajador debe irse de los Estados Unidos.¹⁹ Ninguna de las visas H-2 proporcionan vías hacia la ciudadanía o el estatus legal permanente. Si el trabajador renuncia su trabajo o es despedido, la visa ya no es válida y el trabajador debe irse de los Estados Unidos.

Los empleadores, las asociaciones de empleadores y los contratistas laborales inician y controlan el proceso de la visa H-2 en solicitar al gobierno estadounidense el permiso de emplear trabajadores extranjeros para los trabajos temporales. El proceso puede tardar varios meses, de principio a fin. El empleador puede comenzar a hacer la búsqueda para los trabajadores extranjeros al mismo tiempo que solicita la certificación de trabajo y el permiso de emplearlos. Una vez que el empleador es aprobado por el gobierno de los Estados Unidos, los trabajadores solicitan por sus visas verdaderas y se presentan personalmente al consulado estadounidense designado en el extranjero para una entrevista. Por lo general, el empleador utilizará un agente de empleo, reclutador tercero, u otra entidad para ayudar a los trabajadores solicitar sus visas individuales.

RECLUTAMIENTO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO

Como los trabajadores extranjeros se ponen en contacto con los empleadores estadounidenses varía dentro de los mercados de trabajo, industrias y regiones.²⁰ Normalmente, el empleador contrata a un reclutador –o emplea a un agente que emplea a un reclutador– para encontrar trabajadores en sus países de origen.²¹ Algunos empleadores pueden, ellos mismos, viajar al extranjero para encontrar sus propios trabajadores, o los emplea por medio de la fuerza laboral migrante estadounidense. Tal como se detalla a continuación, empleadores que desean emplear trabajadores extranjeros inician el proceso con el gobierno estadounidense y luego se las arreglan de cómo encontrar trabajadores. El gobierno estadounidense no desempeña ningún papel en localizar ni en contratar trabajadores extranjeros, ni en vincular empleadores con

¹⁴ 8 C.F.R. §§ 214.2(h)(5)(viii)(B), (9)(iii)(B)(1).

¹⁵ 8 C.F.R. § 214.2(h)(5)(iv)(A).

¹⁶ 8 C.F.R. § 214.2(h)(6)(ii).

¹⁷ 8 C.F.R. §§ 214.2(h)(5)(viii)(C), (15)(ii)(C); ver también 20 C.F.R. § 655.103(d).

¹⁸ 8 C.F.R. § 214.2(h)(2)(i)(D). Los empleadores deben seguir todos los pasos de contratación regular, primero presentan una certificación laboral temporal con el USDOL y luego un Formulario I-129 que solicita la aprobación de la visa H-2B y una extensión de estancia para el trabajador en los Estados Unidos.

¹⁹ El tiempo de salir después de la expiración de la petición aprobada o el período de contratación depende del tipo de visa. Ver 8 C.F.R. § 214.2(h)(5)(viii)(B) (30 días para trabajadores H-2A); 8 C.F.R. § 214.2(h)(10) (10 días para trabajadores H-2B); y 8 C.F.R. § 214.2(h)(2)(v) (reglas especiales se aplican para trabajadores H-2A).

²⁰ GAO-15-154, *supra* note 2, p. 25-28; Centro de los Derechos del Migrante, Inc., *Recruitment Revealed* (enero 2013), disponible en www.cdmigrante.org; Proyecto Jornaleros Safe, *Mexicanos en EE. UU. con visa: Los Modernos Olivados*, (noviembre 2012), disponible en <http://www.globalworkers.org>.

²¹ *Id.*, ver también Jurado-Jiménez, et al. v GLK Foods, Civil Action No. 12-cv-209, *Second Amended Complaint* (E.D. Wis., presentado el 11 de dic. de 2013) (archivado con GWJA).

reclutadores. Tampoco regula a las empresas de reclutamiento extranjero ni a los reclutadores menos si son los empleadores de los trabajadores.

Nuevas reglas H-2B (emitidas en 2015) requiere que los empleadores H-2B digan al Departamento del Trabajo la identidad y el sitio de cualquier individuo quien se usa para reclutar al trabajador extranjero.²² Esa misma regla requiere que la agencia mantiene una lista disponible al público de los agentes y reclutadores quienes son nombrados durante el proceso de certificación laboral.²³ Sin embargo, desde abril 2016, no hay una lista así disponible. Estas reglas nuevas no se aplica a los empleadores H-2A.

Ambos empleadores H-2A y H-2B están obligados a revelar el nombre del agente de reclutamiento al Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (DHS) en unos de los formularios de solicitud. Sin embargo, la pregunta en tal formulario no requiere que el empleador nombre cada eslabón de la cadena de suministro de reclutamiento, pero sólo al reclutador principal.²⁴ Lo más importante es que estos formularios no están disponibles públicamente y son difíciles de conseguir a través de solicitudes de divulgación pública, porque el DHS no recopila la información del formulario electrónico en una base de datos, sino las mantiene en forma de papel.

Hasta abril 2016, no hay registro, licencia, ni una lista federal de reclutadores autorizados para encontrar trabajadores. Por lo general, como las regulaciones solamente aplican a los empleadores, aun reclutadores quienes han sido encontrado responsables de violaciones de los derechos laborales siguen reclutando. Esto es un problema ya que los trabajadores prospectos no tienen manera de asegurar la confiabilidad y legitimidad de los reclutadores ni las ofertas de trabajo.

Ley de registro del reclutador del estado de California

California es el único estado en los EE. UU. que regula reclutamiento laboral. A partir del primer de julio de 2016, cualquier persona quien recluta a trabajadores extranjeros para empleo eventual en California debe inscribirse con el Comisionado de Labor del estado de California.²⁵ A partir del primer de agosto de 2016, el Comisionado publicará en su sitio web público, los nombres y la información de contacto de todos los reclutadores de trabajadores extranjeros inscritos y una lista de cualquier contratista que se le ha negado renovación o inscripción.²⁶

Honorarios de reclutamiento están prohibidos

Desde el 2008, regulaciones federales prohíben que empleadores les exijan a los trabajadores extranjeros pagar honorarios a un reclutador para obtener un trabajo H-2 en los Estados Unidos.²⁷ Los empleadores deben declarar bajo pena de perjurio que les prohibieron por contrato a los reclutadores y a los contratistas de cobrar honorarios de reclutamiento.²⁸ Aunque las

²² 20 C.F.R. § 655.9(a), (b).

²³ 20 C.F.R. § 655.9(c).

²⁴ Global Workers Justice Alliance, *Why Transparency in the Recruiter Supply Chain is Important in the Effort to Reduce Exploitation of H-2 Workers* (septiembre 2011), disponible en http://www.globalworkers.org/sites/default/files/recruiter_supply_chain_disclosure_gwja_sept_2011.pdf.

²⁵ Cal. BPC Sec. 9998.1.5(a); La Ley de Reclutamiento Laboral Internacional de California fue aprobada en septiembre de 2014 como SB 477 pero hasta abril 2016 no han tomado efecto estas regulaciones estatales. Una copia completa del proyecto de ley del Senado está disponible en http://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB477

²⁶ Id.

²⁷ 20 C.F.R. §§ 655.20(o), y 655.135(j).

²⁸ 8 C.F.R. § 214.2(h)(6)(i)(B), 20 C.F.R. §§ 655.22(g)(2) and 655.135(k). Claro que el puro hecho de tener una prohibición en un contrato no significa que se cumpla con ello y por el trabajador, lamentablemente, estas prohibiciones pueden tener el efecto de proteger al empleador de su responsabilidad por las acciones del reclutador.

honorarios de reclutamiento están prohibidos, se ha visto que igual, un reclutador se les puede pedir a trabajadores H-2 que las paguen, sin o con el conocimiento del empleador.²⁹ El reclutador fácilmente puede llamar el honorario de reclutamiento por otro nombre o decirle al trabajador que lo guarde en secreto.³⁰

Declaración escrita de las condiciones de trabajo

Los empleadores deben proveer a sus trabajadores H-2 una copia escrita de la orden del trabajo con los términos y condiciones del trabajo – en un idioma entendido por el trabajador – en el momento en que el trabajador solicite su visa.³¹ El contrato de trabajo, por lo general, es el mismo formulario que el empleador presenta al USDOL cuando solicita para la certificación de empleo temporal (ver el siguiente discurso).³² El contrato de trabajo H-2A sirve como un contrato de trabajo legalmente obligatorio y ejecutable por el Departamento de Trabajo o por los propios trabajadores en un tribunal civil.³³ No es así por los trabajadores H-2B.³⁴ Si los trabajadores H-2B son capaces de hacer cumplir el término de trabajo como parte de un contrato ejecutable en los tribunales es un asunto de ley estatal; los trabajadores han tenido resultados diferentes en litigio.³⁵

DETALLES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN H-2

Los empleadores solicitan permiso del gobierno federal para emplear trabajadores H-2. Tres agencias del gobierno están involucradas: el Departamento del Trabajo (USDOL), el Departamento de Seguridad Nacional (DHS), y el Departamento del Estado (DOS). Hay cuatro pasos desde cuando el empleador inicia el proceso a cuando el trabajador entra a los Estados Unidos.

- USDOL revisa las solicitudes de certificación de empleo temporal (la Oficina de Certificación de Empleo Extranjero [Office of Foreign Labor Certification] bajo la subagencia del USDOL, la Administración de Empleo y Capacitación [Employment and Training Administration, ETA], administra este proceso).

Si se concede luego el . . .

- DHS revisa las peticiones de permiso para emplear trabajadores inmigrantes (la subagencia del DHS, el Servicio de Ciudadanía e Inmigración de los Estados Unidos [U.S. Citizenship and Immigration Services] administra este proceso).

²⁹ Ver generalmente, GAO-15-154, p. 25-34, *supra* nota 2.

³⁰ U.S. State Department, *Trafficking in Persons Report*, junio 2011, a 377 (tomar en cuenta que luego de que la prohibición se puso en marcha, "los reclutadores ajustaron sus prácticas, después de los trabajadores obtener sus visas los reclutadores les cobraron honorarios y les impusieron gastos bajo el pretexto de "honorarios por servicio"), disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/164458.pdf>.

³¹ 20 C.F.R. §§ 655.20(l), and 655.122(q).

³² Id. El Pedido de Empleados o el Formulario ETA 790, es lo que es por lo general, traducido al español y proporcionado a los trabajadores H-2A cuando son reclutados en sus países de origen. Si ningún contrato es proporcionado, los términos requeridos en el ETA 790 y la solicitud del empleador para la certificación de empleo temporal son considerados como el contrato de trabajo.

³³ 29 C.F.R. Suppart B – Enforcement of Work Contracts. Ver también Villalobos v. North Carolina Growers Association Inc. I, 42 F.Supp.2d 131 (D.R.R. 1999), Centeno-Bernuy v. Becker Farms, 2008 WL 2483285 (WDNY 2008). Si los trabajadores pueden llevar reclamaciones de contratos bajo la ley estatal al tribunal federal o estatal depende de los hechos de cada caso en particular. Por lo general, los tribunales federales ejercen la jurisdicción suplementaria sobre las reclamaciones de contratos bajo la ley estatal si hay otras cuestiones federales implicadas en el litigio.

³⁴ Compare las regulaciones de H-2A que explícitamente declara que el orden de trabajo y el orden del trabajo certificado crece al nivel de un contrato de trabajo obligatorio. 20 C.F.R. §§ 655.102(b)(14), 655.122(q); ver también 29 C.F.R. § 501.10(d).

³⁵ Ver Cuellar-Aguilar v. Deggeller Attractions, Inc., 812 F.3d 614 (8th Cir. 2015) *r'hring denied* at 2016 U.S. App. LEXIS 2357 (8th Cr. 2016); Moodie v. Kiawah Island Inn Co., 124 F. Supp. 3d 711, 725-28 (D.S.C. 2015); De Leon-Granados v. Eller & Sons Trees, Inc., 581 F.Supp.2d 1295, 1302 (N.D. Ga. 2008) and Garcia v. Frog Island Seafood, Inc., 644 F. Supp. 2d 696, 716-19 (E.D.N.C. 2009).

Si se concede luego el . . .

- DOS revisa las solicitudes de las visas H-2 de los potenciales beneficiarios durante las entrevistas personales en los puestos de proceso consular en los países de origen de los trabajadores.³⁶

Si se concede luego el . . .

- DHS revisa si los trabajadores H-2 presentes en la entrada de la frontera o el puerto estadounidense son admisibles para entrar (la subagencia del DHS la agencia de Aduana y Patrulla Fronteriza de los Estados Unidos [U.S. Customs and Border Patrol] administra este proceso).

Si se concede la entrada, el trabajador procede al sitio de empleo.

Empleadores pueden navegar estos pasos por sí mismos o contratar a un abogado o a una empresa de dotación de personal para gestionar el proceso como su agente.³⁷ Los contratistas de trabajo deben anotar el nombre y la ubicación de cada empleador donde los trabajadores no inmigrantes trabajarán.³⁸ La ubicación actual del lugar de trabajo debe ser declarada con especificidad geográfica, tanto como sea posible.

Departamento del Trabajo de los EE. UU. – Certificación de Empleo Temporal

El primer paso es la certificación laboral a través del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos (USDOL). Los empleadores deben solicitar una certificación laboral temporal por medio de la subagencia de USDOL, la Administración de Empleo y Capacitación (ETA), mediante la presentación de una solicitud de certificación laboral. Agentes o abogados pueden solicitar de parte del empleador.³⁹ El peticionario se debe identificar como un empleador individual, un contratista o una asociación.

1) Certificación de Empleo Temporal H-2A

El proceso de la certificación de empleo temporal es un poco diferente para las visas H-2A y H-2B. En general el proceso de la H-2A contiene más requisitos para que los empleadores intenten reclutar trabajadores estadounidenses. El objetivo de esta primera fase del proceso es para certificar los puestos de trabajo empleados por los trabajadores extranjeros. USDOL no requiere que el empleador nombre al trabajador, ni el país de origen ni quien lo reclutará. Si un contratista laboral presenta un formulario H-2A, debe incluir el nombre y ubicación de cada empleador donde el trabajador será colocado.⁴⁰ El peticionario debe especificar y explicar el número de trabajadores que se necesita y demostrar primero, que no hay suficientes trabajadores estadounidenses cualificados para realizar el trabajo y segundo, que el emplear a los extranjeros no afectará adversamente los salarios ni las condiciones de trabajo de los

³⁶ Los consulados, embajadas y los lugares del procesamiento de visas son partes de

³⁷ 8 C.F.R. § 214.2(h)(2)(i)(F) y (6)(iii)(B).

³⁸ 8 C.F.R. § 214.2(h)(2)(i)(F)(2). La documentación de apoyo debe incluir un itinerario completo de servicios o compromisos. “El itinerario deberá especificar las fechas de cada servicio o compromiso, los nombres y las direcciones de los empleadores actuales, y los nombres y las direcciones de los establecimientos, locales o lugares donde se realizarán los servicios”. Id.

³⁹ 20 C.F.R. § 655.130.

⁴⁰ 20 C.F.R. § 655.132.

empleados estadounidenses con tareas similares.⁴¹ El empleador y la ubicación de cada lugar de trabajo actual debería ser descrito con tanta precisión geográfica como posible.

a) Contratistas de trabajo para las solicitudes H-2A

Los contratistas de trabajadores agrícolas pueden solicitar la certificación temporal para los empleados H-2A para trabajarles a un empleador en un sitio fijo.⁴² A los contratistas de trabajadores agrícolas se les llama “H-2ALCs” y son tratados como empleadores para el propósito del proceso de empleo de la H-2A.⁴³ Hay una ley federal, llamada Ley de Protección de los Trabajadores Agrícolas Migrantes y de Temporada (Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act, AWP) que requiere que los contratistas de trabajadores agrícolas se inscriban con USDOL.⁴⁴ La AWP, sin embargo no ofrece ninguna protección para los trabajadores H-2A.⁴⁵

Debido que el programa de H-2A requiere que los empleadores recluten trabajadores estadounidenses para trabajos agrícolas como requisito previo de obtener permiso para contratar trabajadores extranjeros, y los trabajadores estadounidenses cuentan con protección de la AWP, los H-2ALCs deben inscribirse como contratistas de trabajadores agrícolas con USDOL. La División de Salarios y Horas (Wage and Hour Division) de USDOL administra el proceso de registro de los contratistas de trabajadores agrícolas bajo la AWP y publica una lista de todas las personas inscritas.⁴⁶ Los H-2ALCs deben presentar una copia de su certificado de registro a USDOL con su solicitud para la certificación de empleo temporal.⁴⁷

b) Pedido de empleados H-2A presentada a las agencias estatales de la fuerza laboral

El empleador debe presentar el Formulario ETA 790 —Pedido de Empleados para Agricultura y Procesamiento de Alimentos (Agricultural and Food Processing Clearance Order)— a la Agencia Estatal de la Fuerza Laboral (State Workforce Agency, SWA) apropiada, tres a cuatro meses antes de que un empleado H-2A empiece a trabajar.⁴⁸ La SWA suele ser el departamento de trabajo del estado o el servicio de empleo, y revisa la conformidad de ambas regulaciones estatales como federales.⁴⁹ Dentro de un corto periodo de tiempo, la SWA notificará al empleador de cualquier problema y el empleador tendrá un breve plazo limitado para corregirlos.⁵⁰ En esencia, este paso se trata de circular un anuncio acerca del trabajo a través de los departamentos de trabajo estatales.⁵¹

c) Solicitud presentada con el USDOL

⁴¹ 8 U.S.C. § 1188(a)(1); 20 C.F.R. § 655.103(a).

⁴² 20 C.F.R. § 655.132(a) (“La Solicitud para la Certificación de Empleo Temporal presentada por un H-2ALC debe limitarse a una sola área de empleo previsto, en el cual el lugar fijo del empleador —a quien el H-2ALC le está proporcionando trabajadores— utilizará a los trabajadores”); ver también Formulario ETA 9142A.

⁴³ 20 C.F.R. § 655.103(b).

⁴⁴ 29 U.S.C. §§ 1802(7) (definir contratista de trabajadores agrícolas) y 1811 (requisito de inscripción).

⁴⁵ 29 U.S.C. §§ 1802(8)(B), (10)(B). La AWP excluye específicamente a los trabajadores agrícolas que tienen visas H-2A de las definiciones de trabajadores agrícolas migrantes y estacionales.

⁴⁶ U.S. Department of Labor, *Lista de Contratistas Agrícolas Registrados de la Ley de Protección de los Trabajadores Agrícolas Migrantes y de Temporada*, disponible en <http://www.dol.gov/whd/regs/statutes/FLCList.htm>.

⁴⁷ 20 C.F.R. § 655.132(b). Los H2ALC también se les requiere dar una fianza de seguridad y copias de los contratos de trabajo totalmente ejecutados con cada lugar fijo de los negocios agrícolas.

⁴⁸ 20 C.F.R. § 655.121(a)(1); U.S. Department of Labor., *Agricultural and Food Processing Clearance Order ETA Form 790* (versión actual marzo 2015), disponible en http://www.foreignlaborcert.doleta.gov/pdf/Revised_ETA_Form_790.pdf.

⁴⁹ 20 C.F.R. § 655.121(a)(3), ver también 20 C.F.R. § 653.501, et seq. (regulaciones que pertenecen al sistema de autorización interestatal) y 20 C.F.R. § 655.122 (los contenidos de las ofertas de trabajo).

⁵⁰ 20 C.F.R. § 655.121(b)(1).

⁵¹ Personas estadounidenses desempleados, rutinariamente buscan empleo por medio de una agencia estatal.

Después de entregar el pedido de empleados a la SWA, y no menos de 45 días antes de la fecha en que se necesita, el empleador debe presentar la Solicitud H-2A para la Certificación de Empleo Temporal, Formulario ETA 9142A.⁵² El formulario solicita información sobre el empleador, la naturaleza de la necesidad temporal, fundamentos de la oferta de trabajo, requisitos mínimos del trabajo, el lugar de empleo, honorario de pago y reclutamiento. El USDOL notificará al empleador de cualquier problema con la solicitud y provee una oportunidad para corregir cualquier deficiencia y presentar una solicitud enmendada.⁵³ Una decisión es tomada por lo general dentro de una semana y empleadores pueden apelar negaciones o certificaciones parciales.⁵⁴

d) Información obtenida del reclutador por el USDOL

La solicitud de H-2A para la certificación de empleo temporal no requiere que el empleador informe al USDOL cómo los trabajadores extranjeros serán reclutados ni por quien. La Sección H “Información de Reclutamiento” de la Caja 6 del Formulario 9142A proporciona espacio para que el solicitante apunte las actividades de reclutamiento, incluso la “fuente de reclutamiento, ubicación geográfica(s) de reclutamiento y las fechas en el cual se realizó el reclutamiento.”⁵⁵ Sin embargo, esta sección del formulario comúnmente se entiende como la obligación del solicitante a emplear trabajadores estadounidenses antes de trabajadores extranjeros H-2A.

e) Declaración de la prohibición del honorario de reclutamiento

El Apéndice A del formulario ETA 9142A requiere que el empleador haga dos declaraciones bajo pena de perjurio. Primero, el empleador debe declarar que “no ha solicitado ni recibido pago algún del trabajador H-2A por cualquier actividad relacionada con obtener certificación laboral, incluso pago de los honorarios del abogado del empleador, honorarios de la solicitud o costos de reclutamiento. Para el propósito de este párrafo, los pagos incluyen, pero no se limitan a pagos monetarios, concesiones de salarios (incluso deducciones de sueldos, salarios o beneficios), comisión clandestina, sobornos, tributos, pago en especie y trabajo gratuito.”⁵⁶ Segundo, el empleador tiene que declarar que le prohibirá, por contrato, a cualquier contratista exigir que los trabajadores H-2A le paguen honorarios.”⁵⁷

f) Reclutamiento de trabajadores estadounidenses requerida hasta la partida de los trabajadores extranjeros

El empleador debe reclutar activamente trabajadores estadounidenses para los puestos hasta la partida de los trabajadores extranjeros para el trabajo.⁵⁸ Las regulaciones del programa H-2A requiere que los empleadores activamente recluten trabajadores estadounidenses, por ejemplo, con anuncios por la radio o en los periódicos, comunicándose con sindicatos locales, y publicar un aviso de trabajo en lugares habituales.⁵⁹

⁵² 20 C.F.R. § 655.130(b); U.S. Department of Labor, *H-2A Application for Temporary Employment Certification, ETA Form 9142A* (versión actual marzo 2015), disponible en http://www.foreignlaborcert.doleta.gov/pdf/ETA_Form_9142A.pdf, y *H-2B Application for Temporary Employment Certification, ETA Form 9142A – Appendix A* (versión actual marzo 2015), disponible en http://www.foreignlaborcert.doleta.gov/pdf/ETA_Form_9142A_Appendix.pdf.

⁵³ 8 U.S.C. § 1188(c)(2)(A); 20 C.F.R. § 655.141(a), (b)(3).

⁵⁴ 20 C.F.R. § 655.141(b)(3), (4) y § 655.171.

⁵⁵ Formulario ETA 9142A, página 5, sección H, caja 6.

⁵⁶ Formulario ETA 9142A, Apéndice A, página A.2, declaración 10; 20 C.F.R. § 655.135(j).

⁵⁷ Id., declaración 11; 20 C.F.R. § 655.135(k).

⁵⁸ 20 C.F.R. §§ 655.150-655.154, y 655.158 (“la obligación de participar en reclutamiento positivo... terminará en la fecha que los trabajadores H-2A vayan para el lugar de trabajo del empleador. Al menos que la SWA está informada por escrito de una fecha diferente, la fecha que es el tercer día que precede a la primera fecha de necesidad del empleador, será determinada como la fecha que los trabajadores H-2A partieron para el lugar del negocio del empleador”).

⁵⁹ 20 C.F.R. § 655.154(b); 75 Fed. Reg. 6884, 6912 (12 de feb. de 2010); 20 C.F.R. §§ 655.150-158.

2) Certificación de Empleo Temporal H-2B

Empleadores solicitan puestos de trabajo no agrícolas temporales H-2B de la Administración de Empleo y Capacitación del USDOL con la solicitud para la certificación de empleo temporal.⁶⁰ La oportunidad de trabajo que aparece en la solicitud debe ser auténtica, temporal y de tiempo completo.⁶¹ Temporal significa 9 meses o menos y ayuda para una vez o para trabajo estacional, carga pico o intermitente.⁶² Tiempo completo es definido como 35 horas o más trabajo por semana.⁶³ El empleador debe pagar por lo menos el salario prevaleciente o para el puesto.⁶⁴ USDOL aprueba una alta proporción de solicitudes de la certificación de empleo temporal.

a) Contratistas de trabajo para solicitudes H-2B

Contratistas de trabajo pueden solicitar para la certificación de empleo temporal para trabajadores H-2B cuando presentan la solicitud con los empleadores conjuntos y ambas partes firma la solicitud para certificación de empleo temporal.⁶⁵ No hay ley federal aparte que requiere que contratistas de trabajo se inscriban cuando reclutan trabajadores para tareas no agrícolas. Sin embargo, en casos donde los trabajadores H-2B trabajan en empleos que son considerados como agrícola bajo la AWP, aquellos contratistas de trabajo deben inscribirse como contratistas de trabajadores agrícolas con el USDOL.⁶⁶

b) Determinación de salario prevaleciente H-2B

El primer paso en el proceso de reclutamiento H-2B es obtener una Determinación de Salario Prevaleciente (PWD) del USDOL por medio del Formulario ETA 9141.⁶⁷ USDOL determina el salario prevaleciente basado en una metodología específica que involucra un estudio del promedio de los salarios para esa ocupación en el área de empleo.⁶⁸ Empleadores H-2B deben pagar el salario prevaleciente aprobado por el USDOL.

⁶⁰ 20 C.F.R. § 655.15; 8 C.F.R. § 214.2(h)(6)(iii)(A). La Oficina de Certificaciones Laborales para Extranjeros y el Centro Nacional de Procesamiento (NPC) es parte de ETA, una subagencia del USDOL.

⁶¹ 20 C.F.R. § 655.18(b)(2).

⁶² 20 C.F.R. § 655.6(b). En el año fiscal de 2016, “temporaria” significa diez meses, como era antes de la nueva reglamentación H-2B promulgada en 2015. Ver Consolidated Appropriations Act of 2016, H.R. 2029, 114th Cong. (2015-2016), Pub. L. No. 114-113 (Division H, Title I, Sec. 113) (Dec. 18, 2015).

⁶³ 20 C.F.R. § 655.5.

⁶⁴ 20 C.F.R. § 655.20(a) (“El salario ofrecido en la orden del trabajo tiene que ser por lo menos igual al salario prevaleciente obtenido por el NPWC o el salario mínimo federal, estatal o local, cualquiera que sea más alto.”)

⁶⁵ 20 C.F.R. § 655.19 explica los requisitos para los contratistas. Un contratista es una persona, asociación, empresa, o una corporación que es un empleador y que ofrece mano de obra y servicios de trabajo temporal a uno o más empleadores que no es parte del mismo negocio del contratista y donde el contratista no va a ejercer supervisión diaria y control sobre las tareas del trabajo, menos ofreciendo el trabajo, pagando y despidiendo a los trabajadores. Ver 20 C.F.R. § 655.5.

⁶⁶ La definición de “agricultura” de AWP es más amplia que la del programa H-2A. Por lo tanto, es posible que trabajadores H-2B estén cubiertos por la AWP. Ver Dagoberto Morante-Navarro, et al. v. T&Y Pine Straw, Inc., 350 F.3d 1163 (11th Cir. 2003) (trabajadores de paja de pino H-2B cubiertos por AWP) y U.S. Department of Labor, *Administrator’s Interpretation No. 2012-1* (12 de diciembre de 2012), disponible en http://www.dol.gov/whd/opinion/adminIntrprtn/Agrcltr/2012/AG2012_1.pdf.

⁶⁷ 20 C.F.R. § 655.10; U.S. Department of Labor, *Application for Prevailing Wage Determination, ETA Form 9141* (marzo 2015), disponible en http://www.foreignlaborcert.doleta.gov/pdf/ETA_Form_9141.pdf.

⁶⁸ 20 C.F.R. § 655.10(b). Si la oportunidad no es con una compañía donde hay un contrato sindical, el salario prevaleciente es el promedio aritmético de los salarios de trabajadores haciendo trabajo parecido en el mismo área geográfica de la oportunidad, usando el componente del sueldo en las encuestas sometidas. El modo en que el USDOL determina el salario prevaleciente ha cambiado en años recientes y el uso de las encuestas ha sido el objeto de litigio por los defensores de trabajadores y los grupos de empleadores. Ver CATA v. Solís, 2010 WL 3431761 (E.D. Pa. el 30 de ago. de 2010) y 2013 WL 1163426 (E.D. Pa. el 21 de marzo de 2013); 78 Fed. Reg. 24047 (el 24 de abril de 2013); y CATA v. Pérez, 774 F.3d 173, 191 (3d Cir. 2014) (dejo vacante una porción de la regla de salario que permitía el uso de estudios proporcionados por empleadores para establecer el salario prevaleciente). En el año fiscal del 2016, la ley de asignación del gasto público dice que USDOL tiene que aceptar las encuestas de los empleadores aún cuando la agencia tiene otra información diciendo que el sueldo es más alto. Ver Consolidated Appropriations Act of 2016, H.R. 2029, 114th Cong. (2015-2016), Pub. L. No. 114-113 (Division H, Title I, Sec. 112) (Dec. 18, 2015).

d) Solicitud presentada con el USDOL

Después de obtener una determinación de salario prevaleciente, el empleador presenta la solicitud para la certificación de empleo temporal.⁶⁹ La solicitud incluye el Formulario ETA 9142B, los apéndices y un PWD válido.⁷⁰ El USDOL revisará la solicitud para errores y cumplimiento con los criterios del programa H-2B, y emitirá una decisión final acerca de la solicitud o le enviará al empleador una solicitud para mas información. De todas formas, el USDOL tomará una decisión dentro de 60 días de la fecha de necesidad para los trabajadores o dentro de 7 días de la respuesta del empleador, la que ocurra primero.

i) Información del reclutador obtenida por el USDOL

Junto con la solicitud para la certificación de empleo temporal, los empleadores y sus agentes tienen que proveer al USDOL una copia de todos los acuerdos o contratos con sus agentes y reclutadores quienes van a reclutar a los trabajadores extranjeros para los trabajos H-2B.⁷¹ También, el empleador debe proveer al USDOL la identidad y lugar (nombre y dirección) de cada individuo y agente - y sus sub-agentes - quienes van a estar involucrados en el reclutamiento internacional de los trabajadores.⁷² Esta regla fue promulgada en el año 2015 y se implementa a través de3 las declaraciones del empleador en el formulario 9142B apéndice. Hasta abril 2016 no existe un formato estándar para informarle al USDOL de cada eslabón en la cadena de reclutamiento.

ii) Registro público de agentes y reclutadores

La nueva regla H-2B en 2015 también – y por la primera vez – requiere que el USDOL mantenga una lista pública de los nombres y direcciones de cada agente y reclutador revelado por el empleador durante el proceso de la certificación de empleo temporal.⁷³ Sin embargo, hasta abril 2016, USDOL no ha creado esta lista pública.

iii) Declaración de la prohibición del honorario de reclutamiento

El Apéndice B del Formulario ETA 9142B requiere que el empleador declare bajo pena de perjurio que ni él ni sus agentes, abogados y empleados “ha solicitado ni recibido pago algún del trabajador por cualquier actividad relacionada con obtener una certificación laboral o el empleo, incluso pero no limitado a pago de los honorarios del abogado del empleador o agente, honorarios de la solicitud o petición, o costos de reclutamiento.”⁷⁴ El empleador también tienen que declarar que ha entrado en un contrato con la agencia de colocación o el reclutador bajo cuál es prohibido cobrar y recibir pagos o honorarios de reclutamiento del trabajador.⁷⁵

e) Reclutamiento del trabajador estadounidense para trabajos H-2B

⁶⁹ 20 C.F.R. § 655.15.

⁷⁰ 20 C.F.R. §§ 655.15(a); U.S. Department of Labor, *H-2B Application for Temporary Employment Certification*, ETA Form 9142B (abril 2016), disponible en http://www.foreignlaborcert.doleta.gov/pdf/ETA_Form_9142B.pdf, y *H-2B Application for Temporary Employment Certification*, ETA Form 9142B – Appendix B (abril 2016), disponible en http://www.foreignlaborcert.doleta.gov/pdf/ETA_Form_9142B_APPENDIX.pdf.

⁷¹ 20 C.F.R. § 655.9; ETA Form 9142B – Appendix B, page B.3, section B, declaration 23.

⁷² Id.

⁷³ 20 C.F.R. § 655.9(c).

⁷⁴ Formulario ETA 9142B – Apéndice B, página B.2, sección B, declaración 9. Para el propósito de este párrafo, los pagos incluyen, pero no se limitan a pagos monetarios, concesiones de salarios (incluso deducciones de sueldos, salarios o beneficios), comisión clandestina, sobornos, tributos, pago en especie y trabajo gratuito.

⁷⁵ ETA Form 9142B – Appendix B, page B.3, section B, declaration 23.

Empleadores están requeridos intentar reclutar trabajadores estadounidenses cuando USDOL acepte la certificación de empleo temporal del USDOL.⁷⁶ Esto incluye entregar una orden de trabajo a la Agencia Estatal de la Fuerza Laboral (SWA)—generalmente el departamento de trabajo estatal o el servicio de empleo— que cubre el área geográfica del empleo, publicar anuncios, ponerse en contacto con ex-trabajadores y el sindicato, si hay uno en vigor en el lugar de trabajo.⁷⁷ El reclutamiento debe realizarse dentro de 14 días de la fecha del aviso de la aceptación de USDOL.⁷⁸ El empleador debe preparar y firmar un informe que resume sus esfuerzos de reclutamiento y su efecto.⁷⁹ El informe debe identificar a cada trabajador estadounidense (si lo hay) que solicitó el trabajo y explicar la legítima razón de rechazarlo (si aplica).⁸⁰

3) Sistema interestatal y registro de trabajo electrónico

Parar asegurar que los trabajadores estadounidenses saben de las oportunidades de trabajo, al encontrar el pedido de empleados aceptable, la Agencia de la Fuerza Laboral Estatal (SWA) presenta el puesto para circulación dentro del sistema de servicio de empleo interestatal para reclutar trabajadores estadounidenses en el área.⁸¹ Con el fin de facilitar aun más el acceso de estos puestos a trabajadores estadounidenses, el USDOL mantiene un registro público de los trabajos en línea, que se llama iCert, a <https://icert.doleta.gov/>.⁸² Cada empleo en la lista contiene el nombre del empleador, la ubicación del empleo (ciudad, condado y estado), el tipo de visa, salarios y fechas de empleo. De costumbre, tanto los trabajos H-2A y H-2B se publican generalmente después de la aprobación. Para los trabajos H-2A, cada oferta de trabajo debe permanecer publicada durante la primera mitad del periodo de empleo.⁸³ Para trabajos H-2B, la orden de trabajo debe figurar en el registro público hasta 21 días antes de la fecha de necesidad.⁸⁴

Departamento de Seguridad Nacional – Permiso de contratar

Una vez que la decisión final del USDOL llega aprobando la certificación de empleo temporal, el próximo paso, por parte del empleador es solicitar el permiso para contratar trabajadores no inmigrantes a la subagencia del Departamento de Seguridad Nacional, el Servicio de Ciudadanía e Inmigración de los Estados Unidos (USCIS).⁸⁵ El empleador debe presentar a USCIS la Petición para Trabajador No Inmigrante, Formulario I-129, junto con el Suplemento de Clasificación H, el Formulario ETA 9142A o 9142B aprobado del USDOL, y un honorario de petición de \$325 USD.⁸⁶

⁷⁶ 20 C.F.R. § 655.40.

⁷⁷ 20 C.F.R. § 655.41-46.

⁷⁸ 20 C.F.R. § 655.40(b).

⁷⁹ 20 C.F.R. § 655.48.

⁸⁰ Id.

⁸¹ 20 C.F.R. §§ 655.34, 655.143(a) y (b)(1); 8 U.S.C.A. § 1188(b)(4).

⁸² U.S. Department of Labor, *iCert Visa Portal System*, disponible en <https://icert.doleta.gov/>; ver 75 Fed. Reg. 6884, 6927 (el 12 de feb. de 2010); 20 C.F.R. § 655.144.

⁸³ 20 C.F.R. §§ 655.121(d), and 655.144.

⁸⁴ 20 C.F.R. §§ 655.34(b), and 655.40(c).

⁸⁵ 8 C.F.R. § 214.2(h)(6)(iii)(E).

⁸⁶ U.S. Department of Homeland Security, *I-129 Petition for a Nonimmigrant Worker and H Classification Supplement* (marzo 2015 versión actual), disponible en <http://www.uscis.gov/sites/default/files/files/form/i-129.pdf>. Hay una honorario para la detección y prevención de fraude de \$150 USD impuesto por 8 U.S.C. 1184(c)(13)(A). Procesamiento “premium” (para acelerar el tiempo de revisión) está disponible para \$1,225 USD. El Formulario I-907 (Solicitud de Servicio de Procesamiento Premium) debe estar completo y presentado también si el peticionario necesita un proceso de revisión más rápida.

1) Permiso Contratación - Formulario I-129 e I-797

Peticionarios pueden solicitar por más de un trabajador en un sólo Formulario I-129 si todos los trabajadores realizarán los mismos servicios para el mismo periodo de tiempo y lugar.⁸⁷ El peticionario debe anotar el país de ciudadanía de cualquier de los trabajadores extranjeros que intenta emplear. Cada año el DHS decide de que país los peticionarios pueden emplear trabajadores extranjeros.⁸⁸ En el 2015, el DHS ha designado 68 países cuyos nacionalidades son elegibles a participar en los programas H-2A y H-2B.⁸⁹

Por lo general, los empleados no necesitan ser nombrados individualmente en el Formulario I-129. Hay excepciones para los trabajadores que están actualmente en los Estados Unidos, o cuya nación de ciudadanía no está designada a participar en el programa, por el DHS.⁹⁰ El número total solicitado de empleados beneficiarios anónimos debe especificarse y no debe exceder la cantidad de los puestos certificado por el USDOL.

El Formulario I-129 no puede ser presentado ni aprobado más de 120 días antes de la fecha del inicio del trabajo.⁹¹ Después de que las peticiones son adjudicadas, se ingresa en el sistema de seguimiento de la computadora de modo que los consulados estadounidenses sepan que la petición es aprobada cuando los trabajadores soliciten su visa.

Una vez aprobada, el USCIS le proporciona al empleador el Aviso de Acción, Formulario I-797 que notifica al empleador que tiene la autorización de contratar trabajadores extranjeros. El Formulario I-797 indica la cantidad de trabajadores aprobados y su país de origen. El aviso de aprobación es también ingresada en el sistema de seguimiento de la base de datos de la computadora del DHS, accesible por las oficinas consulares del Departamento de Estado en el extranjero.

2) Información obtenida del reclutador y pago del honorario por DHS - USCIS

Durante esta etapa del proceso, el DHS solicita información limitada acerca del reclutamiento extranjero. En la Sección 2, Suplemento de Clasificación H del Formulario I-129 existente el peticionario debe anotar los países de ciudadanía de los trabajadores H-2 que intenta contratar y si utilizará una “empresa de dotación de personal, reclutamiento, agente o servicio de colocación similar” para reclutar a los trabajadores extranjeros y si es así, el nombre y la dirección del reclutador.⁹²

Incluso en el Formulario I-129, el peticionario debe responder las preguntas siguientes relacionado con los honorarios de reclutamiento.⁹³

8.a. ¿Algunos de los trabajadores H-2A/H-2B que solicita, le pagó a usted o a un agente honorarios para colocación laboral u otra forma de compensación (directa o indirecta) como requisito para el empleo, o tiene un acuerdo de pagarle o al servicio de

⁸⁷ 8 C.F.R. § 214.2(h)(2)(ii).

⁸⁸ El Departamento de Seguridad Nacional especifica los países en que se permite a los empleadores reclutar trabajadores H-2. La lista de los países elegibles para la H-2 se publica en base continuo y es válido durante un año de la publicación. Un nacional de un país que no está en la lista sólo puede ser un beneficiario de una solicitud H-2 aprobada, si el Departamento de Seguridad Nacional determina que está en el interés de los Estados Unidos para ese extraño ser beneficiario de dicha petición. Ver 8 C.F.R. § 214.2(h)(5)(i)(F)(ii) (H-2A); 8 C.F.R. § 214.2(h)(6)(i)(E)(2) (H-2B).

⁸⁹ 79 Fed. Reg. 74735 (16 de dic. de 2014).

⁹⁰ 8 C.F.R. § 214.2(h)(2)(iii).

⁹¹ 8 C.F.R. § 214.2(h)(9)(i)(B).

⁹² Formulario I-129, Suplemento de clasificación H, página 15, preguntas 4, 7.a.

⁹³ Id., página 16.

dicho honorario en una fecha posterior? La frase “honorarios u otra compensación” incluye, pero no se limita a, honorario de petición, honorarios de abogado, costos de reclutamiento y cualquier otros honorarios que son un requisito de empleo del beneficiario que el empleador está prohibido de cobrarle al trabajador H-2A o H-2B bajo la ley, según las reglas del Departamento de Trabajo. Esta frase no incluye gastos de viaje razonables y ciertos honorarios impuestos por el gobierno (como honorarios de pasaporte) que no están prohibidas de ser solicitadas al trabajador H-2A o H-2B por estatuto, reglamentos o leyes.

8.b. Si sí, anotar los tipos y cantidades de honorarios que los trabajadores pagaron o van a pagar.

8.c. Si los trabajadores pagaron cualquier honorario o compensación, ¿fueron reembolsados?

8.d. Si los trabajadores aceptaron pagar un honorario que todavía no se les ha pagado, ¿se ha finalizado su contrato antes de que los trabajadores paguen el honorario? (Presente prueba de terminación o reembolso con esta petición.)

El peticionario debe declarar si ha hecho preguntas razonables para determinar si el reclutador “no ha cobrado ni cobrará, directa ni indirectamente, cualquier honorario u otra compensación de esta petición a los trabajadores H-2 como requisito de empleo.”⁹⁴ El peticionario debe también declarar si alguna vez tuvo una petición denegada o revocada “porque un empleado pagó un honorario de colocación laboral u otra compensación similar como requisito del contrato de trabajo u oferta de empleo.”⁹⁵

Esta información no es publicada. Debe estar disponible a través de una solicitud de la ley de divulgación pública de información. Sin embargo, no es fácilmente accesible porque el DHS no ingresa las respuestas a estas preguntas en una base de datos ni electrónica ni disponible para buscar, sino que mantiene los formularios de papel en una oficina central.

3) Cuando el DHS descubre que trabajadores pagaron por honorarios de reclutamiento

Si el DHS descubre que un trabajador ha pagado por honorarios de reclutamiento y que el empleador cobró el honorario o supo o hubo de saber que un “agente, facilitador, reclutador o servicio de empleo similar” cobro un honorario, la petición H-2 se denegará al menos que el peticionario compruebe que el beneficiario fue reembolsado.⁹⁶

Si el trabajador H-2 que pagó honorarios de reclutamiento consigue su visa pero el DHS lo descubre una vez que el trabajador está aquí, la solicitud aún puede ser revocada. Si esto sucede, la estadía del trabajador será autorizada por 30 días “con el fin de partida” y el empleador tendrá que pagarle el viaje de vuelta.⁹⁷ Si el trabajador encuentra otro trabajo H-2, el plazo de 30 días puede ayudarlo hasta que se apruebe la solicitud del nuevo empleador.⁹⁸

⁹⁴ Id., página 16, pregunta 9.

⁹⁵ Id., página 16, pregunta 10a. El peticionario debe también declarar si los trabajadores fueron reembolsados y presentar pruebas que lo compruebe. Si los trabajadores no fueron reembolsados, el peticionario debe incluir pruebas de todos los esfuerzos para hacerlo.

⁹⁶ 8 C.F.R. § 214.2(h)(6)(i)(B), ver también Formulario I-129, Suplemento de clasificación H, página __, Pregunta 9 “NOTA: Si USCIS determina que usted supo, o hubo de saber que los trabajadores solicitados en relación con esta petición, pagaron cualquier honorario u otra compensación en cualquier momento como requisito del empleo, su petición puede ser denegada o revocada”.

⁹⁷ 8 C.F.R. § 214.2(h)(6)(i)(C).

⁹⁸ Id.

Antes de contratar trabajadores H-2 dentro de un año de la revocación, un empleador tendrá que demostrar que “el peticionario o agente, facilitador, reclutador o servicio de empleo similar” le reembolsó a cada trabajador el honorario prohibido cobrado o que al trabajador no se lo pudo localizar por más esfuerzos posibles.⁹⁹ Si el empleador espera más de un año o decide de no volver en el programa H-2, no hay ninguna regulación que requiera al empleador reembolsar al trabajador por los honorarios ilegales cobrados.

Departamento del Estado de los EE. UU – Solicitud de la Visa

Después de que el DHS aprueba la solicitud del empleador para contratar trabajadores no inmigrantes (Formulario I-129) los trabajadores pueden solicitar sus visas al Departamento del Estado al consulado estadounidense o a un local de procesamiento de visas en su país de origen.¹⁰⁰ Generalmente, un agente del empleador o reclutador ayudará a los trabajadores con este proceso. En 2015, la solicitud para la visa es \$190 USD. Los honorarios adicionales son \$85 USD para las huellas dactilares/biometría y \$26 USD para la entrevista.¹⁰¹

Las regulaciones del programa H-2A requiere que los empleadores paguen estos honorarios.¹⁰² Si el trabajador H-2A que solicita la visa paga estos honorarios de su bolsillo antes o durante la entrevista a pesar de la prohibición, el empleador debe reembolsar los gastos en el primer cheque del trabajador.¹⁰³ Las regulaciones del programa H-2B no requiere que empleadores paguen estos honorarios. Sin embargo, la Ley de Normas Justas de Trabajo requiere que todo gasto incurrido por el trabajador, a beneficio del empleador (cuyos tribunales consideran incluso los honorarios de la visa) debe ser reembolsado en el primer cheque en la medida que los gastos rebajan las ganancias del salario mínimo de los trabajadores durante el primer período de pago.¹⁰⁴

Durante la entrevista para la visa, los trabajadores deben persuadir al oficial de DOS que regresaran a su país cuanto el trabajo termine. Los no inmigrantes H-2 deben mantener una residencia en el extranjero sin intención de abandonarla.¹⁰⁵ Durante la entrevista para la visa, los oficiales consulares del DOS pueden investigar la conexión del trabajador con su país de origen y su intención de volver a casa después de que el trabajo termine. DOS puede ver el historial de trabajo y los lazos del trabajador con su país.

Al imponer un proceso de petición preliminar, el Congreso estadounidense ha colocado la responsabilidad y autoridad al DHS para determinar si un trabajador extranjero cumple con los requisitos necesarios para un estatus H. Como las regulaciones del DHS que rigen la adjudicación de las peticiones H son complejas y es una actividad del DHS por mandato, el personal DOS en los puestos de procesamiento consulares en el extranjero son esperadas a “confiar en la experiencia del DHS en esta área.”¹⁰⁶ El manual de operaciones para los funcionarios consulares declara:

⁹⁹ 8 C.F.R. § 214.2(h)(6)(i)(D).

¹⁰⁰ Ver generalmente 9 FAM [Foreign Affairs Manual] 41.53; Bureau of Consular Affairs, *Temporary Worker Visas*, U.S. State Department, disponible en http://travel.state.gov/visa/temp/types/types_1271.html#5. Hay una excepción a esto para los trabajadores de naciones del Caribe que no requieren una visa. Ver 8 C.F.R. § 212.1(b)(i). Trabajadores de Jamaica, Barbados, Grenada, Trinidad y Tobago, o ciudadanos británicos, franceses o de los países bajos que viven en sus territorios del Caribe no pasan a través del Departamento de Seguridad Nacional o el Departamento de Estado.

¹⁰¹ U.S. Department of State, *Fees for Visa Services*, disponible en http://travel.state.gov/visa/temp/types/types_1263.html.

¹⁰² 20 C.F.R. § 655.135(j).

¹⁰³ 75 Fed. Reg. 6884, 6925 (el 12 de feb. de 2010).

¹⁰⁴ U.S. Department of Labor Field Assistance Bulletin 2009-2, *Travel and Visa Expenses of H-2B Workers Under the FLSA* (el 21 de ago. de 2009); 29 U.S.C. § 203(m), 29 C.F.R. Parte 531.

¹⁰⁵ 9 FAM 41.53 N3.2.

¹⁰⁶ 9 FAM 41.53 N2.1.

No se puede cuestionar la aprobación de peticiones H sin pruebas concretas, no disponibles en el momento de la aprobación de la petición al DHS que el beneficiario pueda no tener derecho al estado. Una gran mayoría de peticiones aprobadas H son válidas, e involucran establecimientos, relaciones y cualificaciones individuales auténticas que están conforme con las regulaciones del DHS en vigor en el momento de que la petición H fue presentada.¹⁰⁷

El personal de DOS está instruido de notificar al DHS si cualquier información sale a la luz durante el proceso de solicitud de la visa que los lleve a creer que el trabajador ha pagado honorarios prohibidos o aceptó pagar tales honorarios y no ha sido reembolsado o el acuerdo para pagarlo no se ha vencido.¹⁰⁸

La responsabilidad primaria de DOS en la adjudicación de la visa, es llevar a cabo los requisitos de la ley de inmigración de los Estados Unidos. Sin embargo, cuando los oficiales descubren indicaciones de violaciones posibles de la legislación laboral estadounidense, deben informar al Departamento de Trabajo (USDOL).¹⁰⁹ Los funcionarios DOS solamente deben relatar violaciones que ocurrieron dentro de 12 meses, en los Estados Unidos, antes de la solicitud de la visa.¹¹⁰ Ejemplos de violaciones laborales dignas de informar incluyen pago insuficiente del salario requerido y cuando el trabajador es requerido a pagar honorarios prohibidos.¹¹¹ Los oficiales consulares relatan estas violaciones por medio de un correo electrónico al Centro Consular de Kentucky, la unidad de prevención de fraude, un memorándum el “Informe Consular de Violación Laboral” y documentos de apoyo identificados como pruebas de la Violación Laboral.¹¹²

La ley federal contra la trata de personas requiere que los funcionarios consulares se aseguren de informar a toda persona que solicita la visa H de sus derechos legales bajo las leyes federales de inmigración, trabajo y empleo.¹¹³ Esto incluye información sobre la ilegalidad de la esclavitud, el peonaje, la trata de personas, el acoso sexual, la extorsión, el chantaje y la explotación de los trabajadores en los Estados Unidos y los derechos legales de víctimas inmigrantes de tales delitos. En el momento de la entrevista de la visa de no inmigrante cada trabajador debe recibir un panfleto “Derechos y protecciones para cierto no inmigrantes: trabajadores o estudiantes” preparado por el DOS detallando que la información fue recibida, leída y entendida por el solicitante.¹¹⁴

Antes de emitir una visa, los puestos consulares deben verificar que la solicitud ha sido aprobada a través del servicio de gestión de información electrónica mantenida por el DOS.¹¹⁵ El empleador estadounidense le puede proporcionar al trabajador el Formulario I-797 (Aviso de Acción), pero esto no es común.¹¹⁶ Este aviso de aprobación también está ingresado en el sistema de seguimiento de la base de datos. El Formulario I-129 aprobado y el Formulario I-797 puede utilizarse como prueba suficiente para programar una cita, pero sólo la verificación electrónica

¹⁰⁷ 9 FAM 41.53 N8.2.

¹⁰⁸ 9 FAM 41.53 N2.2 (“Debe devolver la petición al DHS para reconsideración siguiendo los procedimientos actuales descritos a continuación en 9 FAM 41.53 N2.3 después de consultar con su enlace en la División de Opinión Consultiva de la Oficina de Servicios de Visas”).

¹⁰⁹ 9 FAM 41.53 N27.

¹¹⁰ 9 FAM 41.53 N27.1.

¹¹¹ Id.

¹¹² 9 FAM 41.53 N27.2.

¹¹³ 9 FAM 41.53 N28. Oficiales consulares por obligación deben declarar en una nota que el panfleto fue proporcionado y que el solicitante lo recibió y entendió su contenido.

¹¹⁴ Id.; ver 9 FAM 41.21 N6.8 para información sobre la aplicación de la ley federal contra la trata y las responsabilidades de los oficiales consulares.

¹¹⁵ 9 FAM 41.53 N8.1.a.

¹¹⁶ 9 FAM 41.53 N7.2.

proporciona la prueba que es la base de emisión para la visa H.¹¹⁷ Si DOS niega la solicitud de la visa, no hay apelación, pero el trabajador puede volver a aplicar. Los porcentajes de denegaciones han aumentado, especialmente en consulados específicos con una mayor preocupación por el fraude. Aún en 2013 el índice de denegación de las visas H-2A fue justo por debajo de 8 %, y para la visa H-2B sólo el 9 %.¹¹⁸

1) Información obtenida del reclutador por DOS

No hay ningún estatuto, regulación ni política oficial que requiera a los funcionarios del DOS a solicitar ni recopilar información acerca de los reclutadores durante el proceso de la solicitud de la visa del trabajador.¹¹⁹ Sin embargo, al menos algunas embajadas de los Estados Unidos en la región tienen unidades de fraude de visa del no inmigrante que supuestamente han comenzado a mantener una lista de reclutadores quienes son investigados o son conocidos de haber cometido fraude de visas.

2) Cuando DOS se entera que los trabajadores han pagado dineros para ser reclutados

Si DOS descubre que un trabajador ha sido obligado pagar dineros para ser parte del reclutamiento, durante el proceso de contratación, su solicitud de visa podría ser negada.¹²⁰

Departamento de Seguridad Nacional de los EE. UU. - Admisión

Una vez que los trabajadores reciben el sello de la visa H-2 en su pasaporte, los trabajadores deben pasar la inspección de inmigración en la entrada de la frontera o el puerto. El hecho de que la visa ha sido emitida no garantiza entrada a los Estados Unidos.¹²¹ La Agencia de Aduanas y Protección Fronteriza (CBP), subagencia del DHS, luego de su propia inspección en la frontera, permitirá o negará entrada, y determinará el tiempo permitido en los Estados Unidos que puede ser menos del tiempo indicado en la propia visa.¹²²

1) Información obtenida del reclutador por DHS – CBP

No hay ningún estatuto, regulación ni política oficial que requiera que CBP solicite ni recopile información acerca de los reclutadores ni reclutamiento durante el proceso de entrada en la frontera del trabajador. Es posible que algunos oficiales de CBP puedan solicitar información sobre el reclutamiento de los trabajadores presentes, pero hacerlo no es parte de su procedimiento oficial.

ORIGEN DE CAMBIOS REGULATORIOS H-2B DEL ABRIL 2015

Se esperan muchos cambios al programa H-2B en el año 2015. El 4 de marzo de este año, el Tribunal del Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de la Florida decidió que el USDOL no tenía autoridad para emitir reglas que regulen el proceso de la certificación de trabajo

¹¹⁷ 9 FAM 41.53 N8.1.b.

¹¹⁸ U.S. Department of State, *Calculation of Adjusted Visa Refusal Rate Guidelines*, disponible en <http://travel.state.gov/content/dam/visas/Statistics/Non-Immigrant-Statistics/refusalratelanguage.pdf> (marzo 2015); y *Nonimmigrant Visa Statistics, FY 2013 NIV Workload by Visa Category*, disponible en <http://travel.state.gov/content/dam/visas/Statistics/Non-Immigrant-Statistics/NIVWorkload/FY2013NIVWorkloadbyVisaCategory.pdf> (marzo 2015).

¹¹⁹ Ver generalmente, 9 *Foreign Affairs Manual (FAM)* 41.53; Entrevista con oficiales del Departamento de Estado durante 2010 y 2011.

¹²⁰ 9 FAM 41.53 N2.2.c. (El manual del DOS dirige a los oficiales consulares así: “Si sospecha que el beneficiario ha hecho un pago que es prohibido y éste no ha sido reembolsado, o el acuerdo para hacer dicho pago sigue en vigor, se debe regresar la petición al DHS para su reconsideración.”).

¹²¹ 8 C.F.R. § 235.1(f)(1).

¹²² 8 U.S.C. § 1225; 8 C.F.R. Part 235, Inspección de las personas que solicitan admisión.

temporal para las solicitudes H-2B.¹²³ El caso, *Pérez v. Pérez*, presentado por un trabajador estadounidense quejándose de un daño irreparable al debido proceso detuvo el programa de las visas H-2B por un par de semanas en marzo de 2015.¹²⁴ El tribunal seguía una decisión previa que encontró que USDOL no tiene autoridad para emitir reglas con respecto al programa H-2B.¹²⁵

La cuestión de si el USDOL tiene la autoridad para regular el programa H-2B es complicada. Según el estatuto, el DHS es la agencia federal responsable de asuntos de inmigración y puede consultar con otras “agencias apropiadas” antes de adjudicar una petición H-2B.¹²⁶ Los empleadores deben solicitar al DHS la clasificación del trabajador temporal prospecto como un no inmigrante H-2B antes de que el trabajador pueda obtener una visa H-2B o se lo conceda un estatus H-2B.¹²⁷ En este sentido, el DHS ha determinado que debe consultar con el USDOL por su habilidad de asesorar si “personas desempleadas capaces de realizar tal servicio o trabajo no se encuentran en este país.”¹²⁸ Según el DHS, la mejor manera de lograr esto es exigir que el empleador, antes de presentar una petición H-2B, primero solicite una certificación de trabajo temporal a USDOL.¹²⁹

Sin embargo, la corte del Distrito Norte de Florida encontró que aunque el estatuto dirige que el DHS consulte con otras agencias en decidir si concede las visas H-2B, no indica claramente la intención del Congreso para aquellas agencias de tener la autoridad legislativa ni para permitir que el DHS delegue su autoridad de reglamentación a ellos.¹³⁰ Debido a esta decisión en *Pérez vs. Pérez*, el DHS suspendió la adjudicación de las peticiones H-2B por un tiempo breve a fin de considerar la “respuesta adecuada.”¹³¹

En abril del 2015, las dos agencias USDOL y DHS promulgaron de manera conjunta una nueva reglamentación sobre el programa H-2B.¹³² Estas reglas de 2015 contiene cambios grandes e incluye protecciones importantes tanto para migrantes transnacionales como trabajadores estadounidenses.¹³³ Estos fueron apoyados por muchos defensores durante el proceso para frenar el abuso a los trabajadores H-2B, en parte debido a los cambios para promover la

¹²³ *Pérez v. Pérez*, No. 3:14-cv-682 (N.D. Fla. el 4 de mar. de 2015), disponible en http://www2.bloomberglaw.com/public/desktop/document/PEREZ_v_PEREZ_et_al_Docket_No_314cv00682_ND_Fla_Dec_19_2014_Court.

¹²⁴ U.S. Department of Labor., *H-2B Program Alert: Cessation of Electronic Filing* (el 6 de marzo de 2015) (debido a la decisión de Pérez USDOL “no puede aceptar o procesar las solicitudes de salario prevalectante H-2B para la certificación de empleo temporal en el programa H-2B”), disponible en <https://icert.doleta.gov/>; Vin Gurieri, *Judge Vacates 2008 USDOL Rule Over H-2B Labor Certification*, Law 360 (el 5 de marzo de 2015), disponible en <http://www.law360.com/articles/627990/judge-vacates-2008-dol-rule-over-h-2b-labor-certification>; y Bloomberg BNA, *USDOL Halts All H-2B Labor Certifications After Federal Judge Enjoins Regulations* (el 5 de marzo de 2015), disponible en http://www.just-pay.org/news/article.554848-DOL_Halts_All_H2B_Labor_Certifications_After_Federal_Judge_Enjoins_Regulati.

¹²⁵ *Bayou Lawn & Landscape Servs. v. Solís*, No. 3:12-cv-00183-MCR-CJK, (N.D. Fla. el 26 de abr. de 2012) (emisión nacional preliminar del mandato), 713 F.3d 1080 (11th Cir. 2013) (afirmar mandato), y 2014 WL 7496045 (N.D. Fla. el 18 de dic. de 2014) (conceder juicio sumario a la parte demandante empleador).

¹²⁶ 8 U.S.C. § 1184(c)(1).

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ 8 U.S.C. § 1101(a)(15)(H)(ii)(b).

¹²⁹ 8 C.F.R. § 214.2(h)(6)(iii)(A); ver también 78 Fed. Reg. 24047, 24048-49 (el 24 de abril de 2013).

¹³⁰ Ver *Bayou Lawn*, 2014 WL 7496045, at *4-5 (comparando la concesión expresa del Congreso de la autoridad legislativa al USDOL en relación con el programa de visas H-2A en el estatuto y no encontrar dicha concesión expresa del programa de la visa H-2B). El Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito ha decidido sobre la cuestión de la autoridad de USDOL de una manera diferente, ver *Louisiana Forestry Ass'n, Inc. v. Sec'y U.S. Dep't of Labor*, 745 F.3d 653, 669-675 (3d Cir. 2014) (el USDOL tuvo autoridad legislativa para las regulaciones H-2B en el 2011 en relación con la metodología del salario prevalectante).

¹³¹ U.S. Citizenship and Immigration Services, *USCIS Temporarily Suspends Adjudication of H-2B Petitions Following Court Order* (el 9 de marzo de 2015), disponible en <http://www.uscis.gov/news/uscis-temporarily-suspends-adjudication-h-2b-petitions-following-court-order>.

¹³² 80 Fed. Reg. 24041 (el 29 de abril de 2015).

¹³³ Ver lo siguiente para una explicación de los cambios: U.S. Department of Labor, *WHD H-2B Side-by-Side comparison of the 2009 and 2015 Rules*, available at <http://www.dol.gov/whd/immigration/h2bfinalrule/h2bsidebyside.htm> (last visited May 2016).

transparencia en reclutamiento.¹³⁴ En diciembre 2015, en la ley de asignación de gasto público, el Congreso estadounidense retrocedió a algunas de las reglas para el año fiscal 2016.¹³⁵ No está claro qué futuro le espera al proceso de contratación de H-2B.

FALTA DE JUSTICIA MÓVIL

Los programas H-2A y H-2B no establecen la manera de cómo los trabajadores pueden hacer valer sus derechos o denunciar abusos cuando regresan a su casa después de que el período de trabajo termina.¹³⁶ De todos modos, los abogados que representan trabajadores H-2A y H-2B rutinariamente continúan a abogar por sus clientes después de que los trabajadores regresan a sus países de origen, a pesar de que los litigios transnacionales se llevan a cabo con desafíos.¹³⁷ Por ejemplo, los trabajadores extranjeros que son demandantes en pleitos y necesitan volver a los Estados Unidos para dar testimonio en un juicio deben solicitar para una visa de visitante o de permiso humanitario. Trabajadores que se lastiman en el trabajo y requieren continuar con tratamientos médicos en los Estados Unidos enfrentan el mismo problema. El proceso de solicitar este tipo de alivio de la inmigración es complicada y costosa, a menudo él mismo impide acceso a la justicia.

RESUMEN – ESTADOS UNIDOS

INFORMACIÓN ACERCA DE LOS RECLUTADORES

No hay ninguna licencia ni registro federal de reclutadores y tampoco hay reglas de quien puede ser un reclutador para el programa H-2. Bajo nueva reglamentación en 2015, empleadores H-2B tienen que informarle a USDOL cada eslabón en la cadena de reclutadores durante el proceso de certificación de empleo temporal; esas mismas reglas requiere que USDOL mantenga una lista pública de dichos reclutadores H-2B. Sin embargo, hasta abril 2016 no existe tal lista.

A partir del verano 2016 habrá un registro estatal para reclutadores internacionales en el Estado de California pero es el único estado con un reglamento así.

El DHS pide el nombre de cualquier reclutador extranjero en ambos programas H-2A y H-2B, pero no pide sobre la completa cadena de suministro de reclutamiento. Por otra parte, el DHS no publica esa información y es difícil de obtener a través de las solicitudes de divulgación pública debido a la manera que se mantienen los formularios.

¹³⁴ Ver Global Workers Justice Alliance, *Comments regarding Interim Final Rule* (June 2015), disponible en <http://www.globalworkers.org/sites/default/files/GWJA%20comments%20RIN%201205-AB76.pdf>.

¹³⁵ Consolidated Appropriations Act of 2016, H.R. 2029, 114th Cong. (2015-2016), Pub. L. No. 114-113 (Dec. 18, 2015). Los cambios pertinentes incluye una prolongación del tiempo que se considera como temporal a diez meses, eliminando el límite de visas H-2B para ex-trabajadores regresando al mismo puesto, prohibiendo USDOL usar fondos para hacer cumplir con la garantía de tres cuartos, y dejando que los patrones utilicen encuestas privadas para fijar el salario prevaleciente. Defensores y algunos miembros del Senado se le opusieron vehementemente a estos cam. See Centro de los Derechos del Migrante, *U.S. Senators Take Action to Protect H-2B Workers' Rights during Appropriations* (December 2015), available at <http://www.cdmigrante.org/u-s-senators-take-action-to-protect-h-2b-workers-rights-during-appropriations/>.

¹³⁶ 8 C.F.R. §§ 214.2(h)(5)(viii)(B) (30 días para que los trabajadores H-2A partan de los EE. UU. después de que el trabajo termine), y 214.2(h)(13)(i)(A) (10 días para que los trabajadores H-2B partan).

¹³⁷ Ver generalmente, Global Workers Justice Alliance, *Challenges in Transnational Litigation: Representing Absentee Workers in U.S. Courts*, 4th Ed. (noviembre 2014); Global Workers Justice Alliance, *Promoviendo la Justicia Móvil: Guía Básica de derechos laborales e inmigración relevante a migrantes transnacionales en los EE. UU.* (septiembre 2014), disponible en http://www.globalworkers.org/sites/default/files/Promoviendo_Justicia_Movil-Guia.pdf.

El DOS puede tener información sobre los reclutadores extranjeros si los funcionarios de la embajada y los consulados estadounidenses en el extranjero les preguntan a los trabajadores acerca de los reclutadores durante las entrevistas de solicitud de visas. Las unidades de *Fraude de Visa de No Inmigrante* del DOS dentro de algunas embajadas estadounidenses probablemente mantienen una lista de los reclutadores problemáticos, pero no es publicada.

INFORMACIÓN PÚBLICA DEL EMPLEADOR

Debido que los empleadores que contratan a trabajadores H-2, primero deben solicitar la Certificación de Empleo al USDOL, y porque deben intentar reclutar trabajadores estadounidenses, la información básica de aquellas solicitudes de la certificación son publicadas. Esa información está disponible públicamente a través del registro público de trabajo en el sitio web de iCert mantenido por el USDOL ver <https://icert.doleta.gov/>. Hay un mapa de los Estados Unidos, y trabajos actuales son accesibles al hacer clic en un estado en particular. También hay opción de búsqueda avanzada. Mientras que el I-797 (Aviso de Acción) es un documento clave que demuestra que el empleador estadounidense está autorizado a emplear cierto número de trabajadores extranjeros de cierto país en particular para un tiempo de periodo específico, ese documento no es publicado.

INFORMACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL EMPLEO

Todos los trabajadores H-2 tienen derecho de recibir una declaración escrita con todas las condiciones del trabajo antes de solicitar la visa, mientras están aún en su país de origen. Para trabajadores H-2A, este documento escrito constituye un contrato laboral exigible ante los tribunales en los Estados Unidos. Si existe un contrato laboral entre los trabajadores H-2B y sus empleadores depende de los hechos de cada caso en particular y la ley de jurisdicción donde se presenta el caso.

HONORARIOS DEL TRABAJADOR Y LOS GASTOS DEL VIAJE

Trabajadores H-2 no deben pagar dinero para ser reclutados. Si trabajadores H-2A y H-2B pagan por la solicitud de la visa, el empleador tiene reembolsar la cantidad entera en el primer cheque de pago.¹³⁸ Ambos trabajadores H-2A y H-2B pagan por su propio pasaporte personal.

Puede ser que los empleadores piden que ambos trabajadores H-2A y H-2B paguen por su propio viaje a los Estados Unidos. Según la cantidad del gasto del viaje comparado con el salario que gana durante la primera semana de trabajo, la Ley de Normas Justas de Trabajo puede requerir reembolso de una parte del costo en su primer cheque de pago. En todo caso, los trabajadores deben ser reembolsados por sus gastos de viaje de entrada total al completar la mitad del período de trabajo aprobado.¹³⁹ Los empleadores también deben pagar el viaje de salida o vuelta de todos los trabajadores H-2B, y los trabajadores H-2A quienes completan el contrato.

¹³⁸ 20 C.F.R. §§ 655.20(j)(2) and 655.135(j); ver también U.S. Department of Labor, WHD Field Assistance Bulletin No. 2011-2 (May 2011), disponible al https://www.dol.gov/whd/FieldBulletins/fab2011_2.htm.

¹³⁹ 20 C.F.R. §§ 655.20(j)(1) and 655.122(h).

PROGRAMAS DE TRABAJO TEMPORAL EN CANADÁ

En Canadá, el marco legal de las visas de trabajo extranjero temporal existe tanto a nivel federal como provincial. Con la excepción de Quebec, los programas en sí son creados y administrados federalmente.¹⁴⁰ Las dos fuentes de leyes federales de inmigración en Canadá son la Ley de Inmigración y Protección de Refugiados (Immigration and Refugee Protection Act, IRPA) y los Reglamentos de Inmigración y Protección de Refugiados (Immigration and Refugee Protection Regulations, IRPR).¹⁴¹ Parte del objetivo indicado de la IRPA es “facilitar la entrada [...] de los trabajadores temporales para propósitos tales como oficio, comercio, turismo, comprensión internacional y actividades culturales, educativas y científicas.”¹⁴²

Con respecto a la migración laboral en ocupaciones de baja cualificación, hay dos programas: el Programa del Trabajador Extranjero Temporal (PTET) y el Programa del Trabajador Agrícola Temporal (PTAT). El PTET cubre a los trabajadores de todo el mundo en varias industrias, incluso trabajadores agrícolas y otras ocupaciones de baja cualificación de el mundo. El PTAT es un programa específicamente para trabajadores agrícolas de México y de los varios países del Caribe. En el 2013, el número de trabajadores extranjeros temporales de baja cualificación que ingresaron a Canadá creció tan solo 55,000.¹⁴³ Al ver juntos todos los empleos temporales agrícolas y las otras ocupaciones de baja cualificación, parece indicar que los países principales de procedencia de los trabajadores en estos programas son de México y Guatemala.¹⁴⁴

Al igual que en los Estados Unidos, empleadores canadienses inician y controlan el proceso de contratación de los trabajadores extranjeros temporales. El PTET y el PTAT tienen esquemas administrativas similares. Empleadores que quieren contratar trabajadores extranjeros, primero solicitan a la agencia federal de Empleo y Desarrollo Social Canadá (Employment and Social Development Canadá, ESDC)¹⁴⁵ para una Evaluación de Impacto del Mercado Laboral (Labor Market Impact Assessment, EIML).¹⁴⁶ Una vez que el gobierno de Canadá emite una EIML positiva, los trabajadores solicitan el permiso de trabajo actual al Departamento de Ciudadanía e Inmigración Canadá (Citizenship and Immigration Canada, CIC) en la Embajada de Canadá u oficina consular en el extranjero. En cualquier caso, una vez que los permisos de trabajo se conceden, los trabajadores viajan a Canadá y pasan por una revisión final por la Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (Canadian Border Service Agency, CBSA) en el puerto de entrada.

¹⁴⁰ En Quebec existe una agencia provincial que regula la inmigración: El Ministerio de Inmigración, Diversidad e Inclusión (Ministre de l'Immigration, de la Diversité et de l'Inclusion, MIDI).

¹⁴¹ Ley de Inmigración y Protección de Refugiados, RSC 2001, c 27; y Reglamentos de Inmigración y Protección de Refugiados, SOR/2002-227.

¹⁴² IRPA, Art 3(1g).

¹⁴³ El ESDC, *Overhauling the Temporary Foreign Worker Program*, Tabla 2: Canadá – Entradas de los Trabajadores Extranjeros Temporales que tienen los permisos de trabajo por sub estatus 2002-2013, página 3 (25 de febrero de 2015), disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/reform/index.shtml [más adelante “Renovar”]; ver también Joe Friesen, *Numbers of low-skilled temporary foreign workers rose despite push to curtail program*, The Globe y Mail (27 de octubre de 2014), disponible en <http://www.theglobeandmail.com/news/national/temporary-foreign-workers-numbers-rose-despite-push-to-curtail-program/article21311277/>.

¹⁴⁴ Ver, e.g., UFCW, *The Status of Migrant Farm Workers in Canada 2010-2011*, disponible en http://www.ufcw.ca/templates/ufcwcanada/images/awa/publications/UFCW-Status_of_MF_Workers_2010-2011_EN.pdf [más adelante “Informe de UFCW”]. El gobierno canadiense al parecer no publica el número de personas que se le concede entrada a Canadá bajo el PTAT y el PTET, desagregado por nacionalidad. Ver el sitio web de Estadísticas Canadá, disponible en <http://www.statcan.gc.ca/start-debut-eng.html> (visto la última vez en abril, 2015).

¹⁴⁵ La agencia federal de “Empleo y Desarrollo Social Canadá” era conocida antes como el “Departamento de Recursos Humanos y Desarrollo de Habilidades Canadá/Servicio Canadá”.

¹⁴⁶ El proceso específico de contratación depende de la provincia donde se encuentra el trabajo y el empleador. Por ejemplo, en Quebec, los empleadores deben presentar una copia de la EIML a la agencia provincial del Ministerio de Inmigración, Diversidad e Inclusión (MIDI), junto con honorarios y declaraciones adicionales. Ver el sitio web de MIDI, disponible en <http://www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/fr/employeurs/embaucher-temporaire/recrutement-travailleurs-agricoles/travailleurs-agricoles-saisonniers.html> (visto la última vez en marzo, 2015).

El reclutamiento extranjero varía dramáticamente entre los programas PTET y PTAT. Bajo el PTET, los empleadores suelen utilizar una agencia de reclutamiento o reclutadores privados para encontrar trabajadores y ayudarlos con sus permisos de trabajo y logística. Bajo el PTAT, el gobierno federal en el país de procedencia (en México, éste es la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, STPS) es el que contrata a los trabajadores, gestiona las solicitudes para el permiso de trabajo, coordina la colocación de los trabajadores con empleadores aprobados por la EIML, y organiza los viajes en conjunto con una agencia sin fines de lucro canadiense, financiada y controlada por los propietarios agrícolas.¹⁴⁷

No hay reglamentos federales en Canadá en relación con la contratación de trabajadores extranjeros para estos trabajos temporales. Leyes de empleo y labor – incluso el reclutamiento laboral — es un asunto de la jurisdicción provincial.¹⁴⁸ Como se discute más adelante, varias provincias canadienses tienen leyes que pertenecen al reclutamiento de trabajo en general, y en particular para el reclutamiento de los trabajadores extranjeros.

REGULACIONES PROVINCIALES SOBRE RECLUTAMIENTO

Varias provincias en Canadá regulan a los reclutadores laborales, y algunos, que incluye Columbia Británica y Manitoba explícitamente alcanzan el reclutamiento extranjero. Aún así, hay preguntas sobre si las regulaciones provinciales alcanzan la conducta extranjera.¹⁴⁹ Mientras que el gobierno de la provincia de Nova Scotia mantiene en su sitio web una lista de reclutadores con licencia,¹⁵⁰ no está claro si el resto de las provincias que requieren un registro, publican también esa información. Por lo general a los empleadores que usan reclutadores no registrados, imponen una multa. Las siguientes provincias con el mayor número de trabajadores extranjeros tienen leyes que regulan el reclutamiento laboral.¹⁵¹

COLUMBIA BRITÁNICA

En Columbia Británica, agencias de reclutamiento deben obtener una licencia y mantener registros de cada empleador servido y cada trabajador enviado a cada empleador.¹⁵² Sin embargo, parece que estos registros no son públicos. También se les prohíbe a los reclutadores de cobrar honorarios a los trabajadores.¹⁵³

[El] trabajador extranjero no se le puede obligar a pagar por asistencia de inmigración como una condición para ser colocado en un trabajo. . . no se puede requerir que un trabajador extranjero pague una fianza o depósito para garantizar que terminará su término laboral o contrato de empleo, o de pagar una multa si no lo hace y no se

¹⁴⁷ Esto depende de la provincia en Canadá donde los trabajadores serán colocados. Por ejemplo, en Ontario, la organización es el Servicio de Gestión de Recursos Agrícolas Extranjeras (Foreign Agricultural Resource Management Services, FARMS). Para obtener más información, consulte su sitio web, disponible en <http://www.farmsontario.ca/> (visto la última vez en marzo, 2015). En Quebec, la organización sin fines de lucro similar es FERMES.

¹⁴⁸ Renovar, nota *supra* 143, en 26. Diferente a los Estados Unidos, el Código Laboral de la ley federal de Canadá sólo se aplica a los empleadores federalmente regulados. Ver Programa Laboral, *Standards and Equity*, disponible en http://www.labour.gc.ca/eng/standards_equity/index.shtml (visto la última vez en abril 2015).

¹⁴⁹ Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed (Toronto: Carswell, 2011) en 200-203 (la regulación provincial que regula leyes laborales por lo general no tiene efecto extraterritorial).

¹⁵⁰ Ver <http://novascotia.ca/lae/employmentrights/FW/LicensedRecruiters.asp>

¹⁵¹ Estas provincias fueron elegidas porque tienen la mayoría de los trabajadores extranjeros temporales en Canadá. Ver *Number of TFWs in Canada Tripled Between 2002 and 2012*, PBO Report Says, The Huffington Post Canadá (25 de marzo de 2015), disponible en http://www.huffingtonpost.ca/2015/03/12/number-of-foreign-workers_n_6854776.html.

¹⁵² *Employment Standards Act*, RSBC 1996 c 113 en art 12(1) y Regulación de Estándares de Empleo, parte 2.

¹⁵³ *Id.* en art 11(1).

*puede pedir que un trabajador extranjero devuelva cualquiera de los gastos que el empleador pago a una agencia de colocación laboral ni a cualquier persona que contrata al trabajador.*¹⁵⁴

QUEBEC

La sección 18 del Estatuto de Derechos Humanos y Libertades de Quebec declara que las oficinas de colocación no pueden ejercer la discriminación en la recepción, la clasificación ni el tratamiento de una solicitud de empleo.¹⁵⁵ La Ley de Normas Laborales, sin embargo, no regula el reclutamiento laboral y no menciona a las agencias de reclutamiento.¹⁵⁶

ONTARIO

Ontario prohíbe a las agencias de reclutamiento de cobrar honorarios a los trabajadores o de lo contrario imponer costos sobre ellos.¹⁵⁷ Si un oficial de las normas de empleo en Ontario descubre que un reclutador ha cobrado honorarios, el trabajador será reembolsado.¹⁵⁸

MANITOBA

En Manitoba, los reclutadores deben inscribirse en la provincia y obtener una licencia.¹⁵⁹ Una licencia especial es requerida para contratar trabajadores extranjeros temporales– estos reclutadores deben mostrar prueba de solvencia.¹⁶⁰ Los reclutadores también deben proporcionar información detallada al inscribirse, incluso el nombre, dirección y número de identificación de la empresa de sus clientes (los empleadores), el nombre y la dirección de cada trabajador contratado para cada empleador y detalles sobre el empleo.¹⁶¹ Honorarios de reclutamiento son también prohibidas: “una persona que se dedica al reclutamiento de trabajadores extranjeros no debe directamente ni indirectamente cobrar o pedir un honorario del trabajador para encontrar o intentar de encontrar empleo para él o ella.”¹⁶²

Empleadores de trabajadores extranjeros temporales también deben inscribirse con el gobierno provincial: “Ningún empleador deberá reclutar a un trabajador extranjero sin inscribirse primero con el director.”¹⁶³ No está claro si Manitoba publica esta información en su sitio web de una manera que es fácilmente accesible para los trabajadores prospectos en sus países de origen.

ALBERTA

El reclutamiento del trabajador extranjero para empleos temporales en Alberta es cubierto por los Reglamentos de Licencias del Negocio de la Agencia de Empleo (Employment Agency Business Licensing Regulations), también conocido como la Ley de Comercio Justo (Fair Trading Act).¹⁶⁴ Esta ley prohíbe cobrar a los trabajadores honorarios de reclutamiento.¹⁶⁵

¹⁵⁴ Ministerio de Trabajos, Turismo y Habilidades de Capacitación y Responsable de Trabajo, *Employment Standards for Foreign Workers*, 2014, en línea: Ministerio de Trabajos, Turismo y Habilidades de Capacitación y Responsable de Trabajo, disponible en http://www.labour.gov.bc.ca/esb/factsheets/foreign_workers.htm.

¹⁵⁵ Estatuto de Derechos Humanos y Libertades, RLRQ c C-12.

¹⁵⁶ Ley de Garantía de las Normas Laborales, RLRQ c N-1.1.

¹⁵⁷ Jean Bernier, *L'industrie des agences de travail temporaire. Avis sur une proposition d'encadrement*, 2011 en p 34.

¹⁵⁸ Ley de Estándares de Empleo, LO 2000, c. 41 en Art 74.8(1) y 74.14(1).

¹⁵⁹ Ley de Protección y Reclutamiento de Trabajadores, C.C.S.M. c. W197. Sección 2(1). En Manitoba, los reclutadores son definidos como personas que “participan en actividades de colocación”.

¹⁶⁰ Id. en sección 2(4) y Art 5.

¹⁶¹ Id. en Art 11(3).

¹⁶² Id. en Art 15(4).

¹⁶³ Id. en Art 11(1).

¹⁶⁴ Regulación de la Licencia Empresarial para la Agencia de Empleo, Alta Reg 189/1999 (EABLR).

(1) Ningún empresario puede directa ni indirectamente exigir o cobrar honorarios, recompensas u otra compensaciones (a) de una persona que busca (i) empleo, o (ii) información a cerca empleadores que buscan trabajadores, o (b) de una persona (i) para asegurar o que trata de asegurar empleo para la persona, o (ii) para proporcionar información a la persona a cerca cualquier empleador que busca trabajadores.¹⁶⁶

Los empleadores tampoco están autorizados a recuperar los gastos de reclutamiento a través de deducciones del salario.¹⁶⁷

PROGRAMA DEL TRABAJADOR EXTRANJERO TEMPORAL

En Canadá, el Programa del Trabajador Extranjero Temporal (PTET) estructura la migración de los trabajadores de ocupación temporal de todo el mundo durante un período limitado y predeterminado basado en la demanda del empleador para ocupar puestos específicos.¹⁶⁸ El PTET es administrada por la agencia federal de Empleo y Desarrollo Social Canadá (ESDC) e incluye tanto una categoría de bajos salarios y del flujo agrícola. La categoría de bajos salarios son para los puestos que pagan por debajo del salario medio de la provincia o territorio, independientemente de la ocupación. El flujo agrícola es para los trabajos relacionados en “la agricultura primaria in situ, como trabajadores de agricultura general, de viveros e invernaderos, de *feedlot* (engorde a corral) y de cosecha.”¹⁶⁹ En junio 2014, el gobierno canadiense decidió revisar el programa y está implementando cambios a través de finales de 2015.¹⁷⁰

Cuando los trabajadores canadienses no están disponibles, los empleadores pueden solicitar contratar trabajadores para los puestos de bajo salario por un período inicial máximo de un año.¹⁷¹ Trabajos de agricultura primaria in situ están exentos de este límite.¹⁷² Empleadores deben pagar los gastos de viaje de ida y de vuelta, asegurar vivienda asequible, pagar por seguro médico, proporcionar un contrato de empleo, y registrar al trabajador extranjero con la Junta de Seguridad Laboral de la provincia.¹⁷³ Los empleadores agrícolas del PTET deben ofrecer vivienda que cumple con las normas locales de seguridad y salud para un precio máximo de \$30 CSD por semana.¹⁷⁴

¹⁶⁵ En su sitio web, el gobierno provincial de Alberta declara que “[u]na agencia no puede cobrarle honorarios a un trabajador por encontrarle trabajo en Alberta”. Gobierno de Alberta, *Using Recruitment or Employment Agencies*, 2014, en línea: Alberta, Canadá <http://www.albertacanada.com/opportunity/immigrating/recruitment-employment-agencies.aspx>.

¹⁶⁶ EABLR, en Art 9.

¹⁶⁷ Id.

¹⁶⁸ Renovar, *supra* nota 143, en 1, 8.

¹⁶⁹ Renovar, *supra* nota 143, en 8. Sección 315.2 del IRPR define la agricultura primaria como trabajo que es realizado dentro de los límites de una granja, un vivero o un invernadero e implica: la operación de maquinaria agrícola; el alojamiento, cuidado, cría, saneamiento o cualquier otro manejo de los animales, además del pescado, con el fin de obtener productos de animal para el mercado, o actividades relacionadas con la recopilación, el manejo y la evaluación de los productos; o la plantación, cuidado, cosecha o preparación de cultivos, árboles, césped u otras plantas para el mercado. Actividades excluidas incluyen: las de agrónomos o economistas agrícolas; arquitectura del paisaje; la preparación de las fibras de vegetales para el uso textil; actividades relacionadas con la caza y la caza con trampa comercial; o actividades veterinarias.

¹⁷⁰ El ESDC, *Timeline of Measures Coming into Force*, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/reform/timeline.shtml (visto la última vez en abril 2015).

¹⁷¹ Renovar, *supra* nota 143, en 12. Este cambio entró en vigor en 2015. Anteriormente, los permisos de trabajo del PTET podían ser válidas hasta por 24 meses.

¹⁷² Id. en 26.

¹⁷³ El ESDC, *Stream for Lower-Skilled Occupations: Transportation Costs*, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/lower_skilled/index.shtml#des (visto la última vez en abril 2015).

¹⁷⁴ Ver Recursos Humanos y Desarrollo de Habilidades de Canadá, *Temporary Foreign Workers: Your rights are protected* (2012), disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/pdf/pub/tfw-rights-english.pdf>. Los costos de la vivienda pueden ser deducidas de los salarios.

La mayoría de los trabajadores extranjeros son seleccionados y contratados por el PTET por medio de agencias de reclutamiento.¹⁷⁵ Estas entidades son esenciales para el programa cómo es actualmente administrada, porque tienen contacto con los empleadores y facilitan el acceso a las oportunidades de trabajo.¹⁷⁶ Algunos reclutadores son empresas multinacionales con oficinas ubicadas en ambos Canadá y en los países de procedencia, mientras que otros son individuos.¹⁷⁷ Mientras que la ley federal canadiense no regula la contratación extranjera, el ESDC exige que los empleadores paguen los honorarios de reclutamiento.¹⁷⁸

HONORARIOS DE RECLUTAMIENTO PROHIBIDO POR EL CONTRATO DE EMPLEO

El ESDC requiere que los empleadores firmen y ejecuten contratos de empleo como parte de la evaluación del mercado laboral y los procesos de solicitud para el permiso de trabajo. El ESDC publica plantillas de contratos para que los empleadores usen cuando contratan trabajadores extranjeros temporales.¹⁷⁹ Las muestras de contratos prohíben que el empleador recupere los gastos de reclutamiento de los trabajadores, a través deducciones de nómina o cualquier otro medio.¹⁸⁰ No está claro si los empleadores siempre usan en particular estas plantillas de contrato y si es así, si los trabajadores alguna vez los ven y si están disponibles en un idioma que ellos entienden.

DETALLES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PTET

Empleadores solicitan permiso del gobierno federal para emplear trabajadores extranjeros. Tres agencias del gobierno participan: Empleo y Desarrollo Social Canadá (ESDC), Servicios de Ciudadanía e Inmigración Canadá (CIC), y Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (CBSA). Hay tres pasos de cuando el empleador inicia el proceso para cuando el trabajador entra en Canadá.

- El ESDC revisa la solicitud de la Evaluación de Impacto del Mercado Laboral (EIML) y los documentos de apoyo, incluso el contrato de empleo

Si se emite un resultado positivo, entonces . . .

- El CIC revisa las solicitudes de permiso de trabajo individuales presentadas por los trabajadores (o su reclutadores) en el país de origen del trabajador en la Embajada de Canadá.

Si se aprueba, entonces . . .

¹⁷⁵ Informe de la UFCW, *supra* nota 144, en 16 ("los reclutadores son una parte integral del programa TFW".)

¹⁷⁶ Dalia Gesualdi-Fecteau, 'Les droits au travail des travailleurs étrangers temporaires « peu spécialisés » : (petit) voyage à l'interface du droit du travail et du droit de l'immigration (2013) Redefiniendo la

Gobernanza Pública, Actas de la vigésima Conferencia de Crown Counsel, Cowansville, Yvon Blais 219 en la página 245.

¹⁷⁷ Fay Faraday, *Profiting from the Precarious: How Recruitment Practices Exploit Migrant Workers*, Metcalf Foundation (abril, 2014) en la página 29.

¹⁷⁸ El ESDC, *Stream for Lower-skilled Occupations, Recruitment and Advertisement*, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/lower_skilled/index.shtml#ar (visto la última vez en abril 2015).

¹⁷⁹ El ESDC, *Temporary Foreign Worker Program: Annex 2* disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/lower_skilled/employment_contract.pdf, y el ESDC, *Agricultural Stream: Instruction Sheet to Accompany the Employment Contract*, 2014, disponible en <http://www.servicecanada.gc.ca/eforms/forms/esdc-emp5510%282012-07-004%29e.pdf>.

¹⁸⁰ Id. at art 4.3. y PTET: Annex 2, en art 11.

- La CBSA revisa si los trabajadores que se presentan en la frontera o puerto de Canadá son admisibles. De ser concedido, el Oficial de la Seguridad Fronteriza le entrega al trabajador su permiso de trabajo actual y el trabajador entra a Canadá y procede al sitio del empleo.

Empleadores pueden llevar a cabo este proceso por sí mismos o contratar a un abogado o representante para gestionar el proceso para ellos como su agente.

Empleo y Desarrollo Social Canadá - Evaluación de Impacto del Mercado Laboral

El primer paso es la Evaluación de Impacto del Mercado Laboral a través del ESDC. El proceso se creó para analizar si la contratación de trabajadores extranjeros afectará negativamente el mercado laboral doméstico.¹⁸¹ Los empleadores deben proporcionar información sobre “el número de canadienses que solicitaron el empleo disponible, el número de canadienses que entrevistaron, y explicar por qué aquellos canadienses no fueron contratados.”¹⁸² Los detalles del proceso de solicitud pueden depender de la provincia donde se encuentra el trabajo.¹⁸³ En general, el empleador debe estar de acuerdo en cumplir con los requisitos de salario y condiciones de trabajo de cada provincia. Otros documentos necesarios incluyen el contrato de empleo, copias de anuncios utilizados para reclutar trabajadores locales, y documentos sobre las viviendas para los migrantes (que incluye un informe de inspección firmado por las autoridades locales).

Empleadores que desean utilizar los servicios de un representante, pagado o impagado, para ayudarlos con el proceso de la EIML deben completar y enviar el Formulario Anexo A – Nombramiento de un representante de terceros.¹⁸⁴ Generalmente, el Formulario Anexo A sólo se utiliza para nombrar entidades que representan al empleador ante el gobierno canadiense. Sin embargo, el ESDC explica que los reclutadores nombrados en el Anexo A pueden ayudar a los empleadores en prestar servicios tales como: “colocar anuncios de empleo para el reclutamiento de trabajadores extranjeros; filtrar trabajadores prospectos; realizar arreglos de viaje; y negociar sueldos/salarios de parte del empleador.”¹⁸⁵ Si el reclutador tercero es también el representante del empleador durante el proceso de la solicitud de la EIML, el empleador debe usar el Anexo A para nombrarlo.¹⁸⁶

El honorario de procesamiento de la EIML es \$1000 por puesto de bajo salario.¹⁸⁷ El empleador es responsable de este honorario. El ESDC señala que “bajo ninguna circunstancia [] pueden empleadores y representantes terceros recuperar los honorarios de procesamiento de la EIML de los trabajadores extranjeros temporales.”¹⁸⁸ No hay honorarios para los empleadores del flujo agrícola.¹⁸⁹

¹⁸¹ El ESDC, *Implementation of the New High and Low-wage Streams: Implications for Employers: New Forms*, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/reform/highlights.shtml#new-streams (visto la última vez en abril, 2015).

¹⁸² Renovar, *supra* nota 143, en 9. A partir del 22 de abril de 2015, el ESDC/Servicio Canadá está todavía en el proceso de actualizar el manual del PTET, destinado a ayudar al personal de la agencia federal a evaluar las solicitudes de la EIML. Una vez completa, estará disponible en el sitio web del ESDC, ver http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/manual/index.shtml (visto la última vez en abril 2015).

¹⁸³ Quebec tiene procedimientos adicionales, ver el ESDC, *Hiring Temporary Foreign Workers in Quebec*, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/quebec.shtml (visto la última vez en abril 2015).

¹⁸⁴ Anexo A – Nombramiento de un Representante de Terceros, disponible en <http://www.servicecanada.gc.ca/cgi-bin/search/eforms/index.cgi?app=prfl&frm=emp5575&ln=eng>.

¹⁸⁵ El ESDC, Reclutadores y Representantes Terceros: Reclutadores disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/lower_skilled/index.shtml.

¹⁸⁶ El ESDC, *TFW Web Service – Third Party Registration Guide* (abril 2012), disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/web/service/tp_guide.shtml.

¹⁸⁷ El sitio web del ESDC, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/lower_skilled/index.shtml#des (visto la última vez en marzo 2015).

¹⁸⁸ Id.

¹⁸⁹ Id.

El ESDC revisa la elegibilidad del empleador¹⁹⁰ y mira a otros factores, incluso si el empleador participa activamente en el negocio relacionado con la oferta de trabajo, si el empleador está en conformidad con la ley aplicable, y si el empleador ha hecho suficientes esfuerzos para reclutar trabajadores canadienses.¹⁹¹ Las tasas de aprobación de la EIML no están fácilmente disponibles pero los que abogan para los trabajadores informan que la evidencia anecdótica sugiere que las EIMLs son generalmente aprobadas.¹⁹²

El ESDC le envía una carta al empleador que confirma su aprobación.¹⁹³ Una vez que la carta positiva de la EIML es recibida, es la responsabilidad del empleador enviar una copia de esta y el contrato de empleo, firmada por el empleador, al trabajador.¹⁹⁴ Una EIML positiva es válida por 6 meses.¹⁹⁵

Servicios de Ciudadanía e Inmigración Canadá – Permiso de Trabajo

Después de que el trabajador recibe la carta de aprobación de la EIML del empleador, el próximo paso es la solicitud del trabajador para el permiso de trabajo del CIC, en la Embajada de Canadá o en la oficina consular en el extranjero en el país de procedencia del trabajador.¹⁹⁶ Según el CIC, la solicitud del permiso de trabajo debe incluir una copia de la carta positiva de la EIML y también un contrato del empleo.¹⁹⁷ Incluso se requiere prueba de identidad, pasaporte válido, foto y el honorario de procesamiento de \$100 a \$155 CSD. La cantidad del tiempo necesario para tramitar las solicitudes de permiso de trabajo y emitir las cartas de aprobación pueden variar.¹⁹⁸

1) Exámenes médicos

Los exámenes médicos son generalmente requeridos solamente para puestos de trabajo que durarán al menos seis meses.¹⁹⁹ La oficina de la visa en la embajada canadiense proporcionará al trabajador los formularios necesarios y una lista de médicos locales autorizados a proveer el examen. Los trabajadores son responsables de pagar los honorarios del examen directamente al médico.²⁰⁰

¹⁹⁰ La lista de empleadores inelegibles aparece en el sitio web de Servicios de Ciudadanía e Inmigración Canadá (CIC), disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/work/list.asp>.

¹⁹¹ Renovar, *supra* nota 143, en 9. En 2014, Canadá comenzó a implementar un nuevo servicio de empleo paralelo junto con el proceso de la EIML. Ver la Más y Mejor Información del Mercado Laboral del ESDC: Servicio Paralelo de Nuevos Empleos (23 de junio de 2014), disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/reform/improve.shtml.

¹⁹² Informe de UFCW, *supra* nota 144, en 16.

¹⁹³ En Quebec, existe una agencia provincial, MIDI, que debe publicar conjuntamente la aceptación EIML.

¹⁹⁴ Id. Según el sitio web del ESDC, “[p]or razones de privacidad, la carta no incluirá los nombres de los TFW. Sin embargo, provee detalles específicos acerca de la oferta de trabajo, como los salarios, las condiciones laborales y ocupaciones así como un número del archivo del sistema. Los nombres de los trabajadores aparecerán en el Anexo B, sólo previstas para los registros del empleador, y NO deben ser compartidos con los TFW ya que no se requiere para solicitar un permiso de trabajo”.

¹⁹⁵ El sitio web del ESDC, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/six_month_lmo_validity.shtml

¹⁹⁶ Cada oficina de la visa canadiense en el extranjero puede tener procedimientos diferentes. Ver <http://www.cic.gc.ca/english/information/offices/apply-where.asp>

¹⁹⁷ La IRPR R200(5)(5b) requiere el CIC evaluar que la oferta sea consistente con las necesidades razonables de los empleadores. Según el CIC, para hacer esta evaluación, el trabajador puede mostrar un “contrato/oferta de trabajo o una carta del empleador con el membrete oficial de la empresa, que describe las tareas, la duración y el salario del trabajo”. Ver boletín operacional 275-C, Anexo A – Herramienta de la Lista de Documentos (1 de abril de 2011), disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2011/ob275C.asp#annex-A> (visto la última vez en marzo 2015).

¹⁹⁸ Para obtener una lista de tiempos de procesamiento, ver el sitio web del CIC, disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/information/times/temp/workers.asp>

¹⁹⁹ Se requiere un examen médico en ocupaciones donde la protección de la salud pública es esencial, o si el período del trabajo es mayor que seis meses o si el país de procedencia de los trabajadores está en la lista de países donde los exámenes médicos se requieren. Para más detalles, ver el CIC, disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/information/medical/dcl.asp>

²⁰⁰ El sitio web del CIC, disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/resources/publications/tfw-guide.asp#a6>

2) Temas en la Embajada de Canadá en Guatemala

Con respecto a trabajadores prospectos del PTET en Centroamérica, los reclutadores típicamente envían por correo a granel, las solicitudes de permiso de trabajo individual al CIC en la embajada canadiense en la ciudad de Guatemala.²⁰¹ Los que abogan informan que la CIC ha negado permisos de trabajo a las personas afiliadas con reclutadores desconocidos por el personal de la embajada canadiense. Por otra parte, cuando los trabajadores tienen preguntas o una queja sobre el proceso de contratación o sus solicitudes del permiso de trabajo, simplemente les piden consultar el sitio web de la embajada canadiense.²⁰²

Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá – Admisión

Si el CIC aprueba la solicitud del permiso de trabajo, emitirán una carta de aprobación. Esta no es el permiso de trabajo actual. El trabajador extranjero debe presentar la carta a la Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (CBSA) en la frontera o el aeropuerto cuando quiera entrar a Canadá. La CBSA revisa a los trabajadores temporales que entran en todos los puertos de entrada. Cuando los trabajadores llegan, deben presentar al oficial de la CBSA la aprobación del permiso de trabajo del CIC y el certificado médico, si un examen médico fue requerido. A partir de 2015, “[t]odos los trabajadores extranjeros temporales que entran a Canadá recibirán un paquete de información” de la CBSA que describe los derechos básicos de los trabajadores y la información de contactos de recursos, si creen que sus derechos son violados.²⁰³ Queda para ver si los oficiales de la CBSA investigarán durante el proceso de admisión sobre las cuestiones generales de contratación y si los trabajadores fueron cobrados por honorarios ilegales.

Si la CBSA decide que el trabajador es admisible, en ese momento, el oficial le proporcionará al trabajador el documento actual del permiso de trabajo y le permitirá entrada a Canadá.²⁰⁴ El permiso es válido para trabajarle a un empleador específico para una duración determinada. Una vez que el trabajador llega a su sitio de empleo, el empleador debe revisar el permiso de trabajo para verificar que el nombre del empleado, el empleador autorizado y la duración están correctos.

LÍMITE DE CUATRO AÑOS DE DURACIÓN ACUMULATIVA

Hay un límite en cuantos años un trabajador extranjero puede participar en el PTET. En el 2011, el CIC emitió una regla que establece un límite de cuatro años de duración acumulativa.²⁰⁵ Las personas que se les aproxima el límite de cuatro años puede que no se les conceda un nuevo permiso de trabajo ni cualquier extensión. Una vez que el trabajador alcance su límite tendrá que esperar cuatro años antes de ser elegible para trabajar en Canadá otra vez bajo el PTET.

²⁰¹ Entrevistas con varios trabajadores, defensores, reclutadores y funcionarios del gobierno (2012-2014).

²⁰² Ver http://www.canadainternational.gc.ca/guatemala/visas/work_temp_travailler.aspx?lang=eng

²⁰³ Renovar, *supra* nota 143, at 25.

²⁰⁴ Boletín Operacional 275-C, en 1.3

²⁰⁵ Ver R200(3)(g)(i) y Boletín Operacional 275-C (1 de abril de 2011), disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/bulletins/2011/ob275C.asp#duration>. El límite de duración acumulativo de 4 años sólo será contado comenzando a partir del 1 de abril de 2011, el que significa a consecuencia de esta regulación, la denegación de los permisos de trabajo comenzarán el 1 de abril de 2015. Ver también Les Whittington, *Temporary foreign workers warned to leave Canada as required*, Toronto Star (1 de abril de 2015), disponible en <http://www.thestar.com/news/canada/2015/04/01/foreign-workers-warned-not-to-dodge-deportation.html>.

PROGRAMA DEL TRABAJADOR AGRÍCOLA TEMPORAL

El Programa del Trabajador Agrícola Temporal (PTAT) sólo está disponible para trabajadores mexicanos y caribeños que vienen a Canadá durante un periodo determinado limitado y trabajan para un sólo empleador agrícola.²⁰⁶ El PTAT comenzó en el 1966 y ha continuado durante casi cinco décadas “proporcionando trabajadores migrantes a los empleadores agrícolas canadienses.”²⁰⁷ Para cualificar, el empleo debe relacionarse con la producción de productos agrícolas específicos y la actividad ser considerada “agricultura primaria.”²⁰⁸ A los trabajadores bajo el PTAT se les permite trabajar en Canadá para un máximo de 8 meses de los 12 meses.²⁰⁹ No hay límite en el número de años -- o consecutivos o acumulados -- que un trabajador extranjero puede participar en el PTAT.²¹⁰

El PTAT se ha desarrollado durante muchos años a través de una serie de acuerdos bilaterales entre Canadá y México, y Canadá y doce naciones del Caribe.²¹¹ Todos los países participantes están de acuerdo en las reglas que se describen en el Memorándum de Entendimiento (Memorandums of Understanding, MOU) que hace referencia a las Normas Operativas y las plantillas de Contrato de Empleo.²¹² Los MOUs no están a la altura de los tratados internacionales.²¹³ Aunque ni la Ley de Inmigración y Protección de Refugiados (IRPA) ni los Reglamentos de Inmigración y Protección de Refugiados (IRPR) menciona el PTAT, los mecanismos descritos en el MOU deben cumplir con sus provisiones y procedimientos.

Por lo tanto, las tres agencias federales que participan con la administración del PTAT también colaboran con el PTAT. El Empleo y Desarrollo Social Canadá (ESDC) revisa la Evaluación de Impacto del Mercado Laboral (EIML) en Canadá. Los Servicios de Ciudadanía e Inmigración Canadá (CIC) adjudica los permisos de trabajo para los trabajadores individuales en sus países de origen que funciona en los puestos diplomáticos canadienses. La Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (CBSA) revisa todos los trabajadores que entran en los puertos de entrada de Canadá y permite o niega entrada. Sin embargo, con el PTAT, los gobiernos extranjeros también participan con la administración del programa. Las agencias federales de México y del Caribe están encargadas de localizar y reclutar a sus ciudadanos en sus territorios.²¹⁴ Además, los gobiernos extranjeros designan a funcionarios diplomáticos como representantes del programa PTAT en Canadá.

²⁰⁶ Las Naciones del Caribe son Anguila, Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Grenada, Jamaica, Montserrat, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vincent y las Granadinas, Trinidad y Tobago. Ver el sitio web del ESDC, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml (visto la última vez en marzo 2015).

²⁰⁷ Informe de UFCW, *supra* nota 144, en 9.

²⁰⁸ Ver IRPA § 315.2 (define la agricultura primaria como trabajo en una granja, vivero o invernadero que implica “operación de maquinaria agrícola; alojamiento, cuidado, cría, saneamiento u otro manejo de animales, aparte el pescado, con el fin de obtener productos de animal para el mercado, o actividades relacionadas con la recopilación, el manejo y la evaluación de los productos; o la plantación, cuidado, cosecha o preparación de cultivos, árboles, césped u otras plantas para el mercado”). Ver el sitio web del ESDC para obtener una lista de los productos agrícolas.

²⁰⁹ Empleo y Desarrollo Social Canadá, *Hiring Seasonal Agricultural Workers, Description*, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml (visto la última vez en marzo 2015). Hay un período de trabajo mínimo de 6 semanas y por lo menos 240 horas de trabajo remunerado es garantizado.

²¹⁰ La regla máxima de cuatro años que entró en vigor el 1 de abril de 2011 para los trabajadores extranjeros temporales tiene una excepción para los extranjeros que trabajan bajo un acuerdo internacional, “incluso un acuerdo acerca de los trabajadores agrícolas estacionales”. Ver IRPR, R200(3)(g)(iii). Ver también *Renovar*, *supra* nota 143, página 26.

²¹¹ Para una historia detallada de la evolución y expansión del PTAT, ver Veena Verma, *The Mexican and Caribbean Seasonal Agricultural Workers Program: Regulatory and Policy Framework, Farm Industry Level Employment Practices, and the Future of the Program under Unionization*, The North-South Institute, en páginas 4-12 (diciembre 2003).

²¹² *Id.* en 13, y nota 32 (explica que estos documentos están en vigor habitualmente por períodos de cinco años).

²¹³ *Id.*

²¹⁴ En México, la agencia responsable es la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, incluso su red de representantes oficiales en todo el país.

RECLUTAMIENTO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO

Como indicado, los gobiernos extranjeros que participan en el PTAT son responsables de reclutar a sus trabajadores para los empleos agrícolas en Canadá. “Canadá no procesará a los trabajadores bajo el CPTAT a través de contratistas ni recursos privados.”²¹⁵ De hecho, colaborar con los gobiernos extranjeros durante el proceso de reclutamiento fue intencionalmente diseñado para proteger a los trabajadores. Como señala un comentarista: “la necesidad de contar con actores del gobierno para desarrollar un marco institucional y regulador para la migración de trabajadores agrícolas en Canadá también se reconoce como necesario para evitar la explotación de los trabajadores migrantes que puede ser el resultado de la migración ilegal, el uso de contratistas laborales, o el reclutamiento privado.”²¹⁶ Aunque la estructura gobernante del PTAT (el MOU y las normas operativas presentes) explícitamente dicta que el reclutamiento extranjero sea la responsabilidad de los gobiernos extranjeros, las reglas provinciales aún se aplican.

El empleador, el trabajador y el oficial del gobierno extranjero deben firmar el contrato de empleo.²¹⁷ La plantilla del contrato está disponible en el sitio web del ESDC.²¹⁸ El contrato debe ser entregado al ESDC junto con la EIML. Cuando la EIML es entregada por parte de un trabajador extranjero que no es nombrado, el empleador debe proveer el contrato a aquel trabajador para su firma en el primer día del trabajo.²¹⁹

DETALLES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN - PTAT

El proceso de contratación del PTAT tiene tres pasos. Primero, los empleadores presentan la solicitud de la Evaluación de Impacto del Mercado Laboral (EIML) junto con todos los documentos de apoyo al Empleo y Desarrollo Social Canadá (ESDC). Segundo, una vez que la EIML es aprobada, el empleador envía una copia de la carta de aprobación y el contrato de empleo (firmada por el empleador) a la agencia gubernamental extranjera. Los gobiernos extranjeros son responsables de reclutar trabajadores para los trabajos aprobados por el EIML y en ayudar a los trabajadores solicitar sus permisos de trabajo de Servicios de Ciudadanía e Inmigración Canadá (CIC) en la embajada canadiense. Tercero, si el permiso de trabajo es aprobado, el trabajador se presenta a la entrada del puerto de Canadá y recibe su permiso de trabajo de la Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (CBSA) después de su ingreso a Canadá.

²¹⁵ Id. en 20; ver también el sitio web del ESDC, *Hiring Seasonal Agricultural Workers: Recruitment and advertisement*, tener en cuenta que bajo el PTAT, (“empleadores no pueden utilizar los servicios de un reclutador privado para seleccionar trabajadores”), disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml (visto la última vez en marzo 2015). CPTAT es otro acrónimo común para el PTAT.

²¹⁶ Id. en 17.

²¹⁷ Ver ESDC, *Agreement for the Employment in Canada of Seasonal Agricultural Workers from Mexico*, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml#ec (visto la última vez en marzo 2015). Los contratos de empleo detallan términos y condiciones del trabajo. El contrato de empleo entre el empleador y el trabajador debe cumplir con estándares de trabajo provinciales. El oficial del gobierno extranjero no está necesariamente obligado por las normas provinciales.

²¹⁸ Hay cuatro plantillas diferentes del contrato disponible en el sitio web del ESDC: (1) trabajadores de México (2) trabajadores de México que trabajarán en Columbia Británica (3) trabajadores de las naciones del Caribe y (4) trabajadores de las naciones del Caribe que trabajarán en Columbia Británica. Ver Id.

Hay contratos diferentes para Columbia Británica porque hay leyes provinciales en cuanto a los gastos incurridos por los empleadores que no pueden ser recuperados a través de deducciones de nómina. Los programas de México y las naciones del Caribe tienen reglas diferentes para los pasos que deben pasar cuando los empleadores quieren cambiar trabajadores.

²¹⁹ Ver Empleo y Desarrollo Social Canadá, *Hiring Seasonal Agricultural Workers: Employment Contract*, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml#ec (visto la última vez en marzo 2015).

Empleo y Desarrollo Social Canadá - Evaluación de Impacto del Mercado Laboral

El proceso de la EIML evaluará cómo la contratación de los trabajadores extranjeros impactará a los trabajadores canadienses. Los detalles del proceso de la EIML pueden depender de la provincia donde se encuentra el trabajo. Los empleadores presentan el Formulario EMP5389, en línea o en papel.²²⁰ En la EIML, los empleadores especifican el número de trabajadores nombrados y no nombrados.²²¹ Los trabajadores nombrados deben estar incluidos en el apéndice del Formulario EMP5389.²²²

La EIML describe los detalles de la oferta de trabajo, incluso las tareas, los salarios, y arreglos de las deducciones para transporte, vivienda, comidas y gastos.²²³ El empleador también debe hacer una serie de declaraciones en el formulario, incluso que cumpliera “con las leyes federales/provinciales/territoriales que regulan el empleo y la contratación de empleados, en la provincia/territorio en donde se planea que el trabajador extranjero temporal trabaje. . .”²²⁴ Y también tiene que confirmar lo siguiente: “Reconozco y entiendo que seré responsable de las acciones de terceros que contratan a los trabajadores extranjeros en mi nombre.”²²⁵

Si un representante tercero (como un abogado de inmigración aprobado) ayudará al empleador, un formulario Anexo A debe ser presentado. Otros documentos necesarios incluyen el contrato de empleo, copias de anuncios usados para emplear trabajadores domésticos canadienses, ciertos documentos relacionados a la vivienda de los migrantes y prueba de haber pagado los honorarios del permiso de trabajo.²²⁶

Se revisa cada EIML para verificar la elegibilidad del empleador y se asegura de que los requisitos del programa se cumplan.²²⁷ La agencia evaluará la “autenticidad de la oferta de trabajo” y si el empleador está actualmente conforme con la ley relevante territorial/provincial/federal.²²⁸ Además, la agencia mira el impacto de emplear trabajadores extranjeros agrícolas en el mercado laboral local.²²⁹

El ESDC confirma aprobación enviando una carta al empleador. Una EIML positiva es válida por seis meses.²³⁰ Según el sitio web del ESDC, “[p]or razones de privacidad, la carta no incluirá los nombres de los trabajadores extranjeros temporales (TWF). Sin embargo, proporciona detalles específicos de la oferta de trabajo, como salario, condición de trabajo, ocupación y también un número del archivo del sistema. Los nombres de los trabajadores aparecerán en el Anexo B, solamente para los archivos del empleador, y NO se puede compartir con el TFW, ya que no se requiere para la solicitud del permiso de trabajo.”²³¹ Es la responsabilidad del empleador de

²²⁰ ESDC EMP5389, *Application for Labour Market Impact Assessment: Seasonal Agricultural Worker Program*, disponible en [http://www.servicecanada.gc.ca/eforms/forms/esdc-emp5389\(2014-08-014\)e.pdf](http://www.servicecanada.gc.ca/eforms/forms/esdc-emp5389(2014-08-014)e.pdf) (visto la última vez en marzo 2015).

²²¹ ESDC EMP5389, página 5.

²²² Al final de cada temporada, si un empleador quiere que un trabajador vuelva para el próximo año, el mantendrá un registro con la información del trabajador y lo nombrará específicamente en la EIML para el próximo año.

²²³ ESDC EMP5389, páginas 3-4.

²²⁴ ESDC EMP5389, página 6.

²²⁵ ESDC, EMP5389, página 6

²²⁶ El sitio web del ESDC, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml#CoS (visto la última vez en marzo 2015).

²²⁷ La lista de empleadores inelegibles aparece en el sitio web de Servicios de Ciudadanía e Inmigración Canadá (CIC), disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/work/list.asp>.

²²⁸ El proceso de la Evaluación de Impacto del Mercado Laboral está disponible en el sitio web del ESDC, http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml#CoS (marzo 2015).

²²⁹ Id.

²³⁰ El sitio web del ESDC, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/six_month_lmo_validity.shtml

²³¹ El sitio web del ESDC, *Positive EIML*, disponible en

http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml#CoS (visto la última vez en marzo 2015).

enviar una copia de la carta de aprobación de la EIML y el contrato de empleo a la agencia del gobierno extranjero.

Servicios de Ciudadanía e Inmigración Canadá - Permiso de trabajo

Los gobiernos de los países de origen son responsables de contratar y seleccionar los trabajadores para los empleos aprobados por la EIML. Para los trabajos en Ontario y Quebec, colocación es coordinada con una de dos agencias sin fines de lucro canadienses que son financiadas y controladas por propietarios agrícolas (FARM y FERME). Una vez que los trabajadores tienen un trabajo específico planificado, los agentes de su gobierno les ayudan con la solicitud del permiso de trabajo del CIC en la oficina consular de Canadá. Los empleadores deben pagar por adelantado \$155 CSD al CIC para el permiso de trabajo y pueden recuperar estos honorarios por deducciones de nomina de los trabajadores mexicanos pero no de los del Caribe.²³²

Oficiales consulares que revisan las solicitudes de los permisos de trabajo se los requiere analizar la autenticidad de la oferta de trabajo, su consistencia con acuerdos federales, provinciales y territoriales y el cumplimiento de los compromisos del empleador con sus trabajadores nacionales extranjeros.²³³ Una vez que se aprueban las solicitudes de permisos de trabajo, planean sus viajes a Canadá. Para los trabajadores rumbo a Ontario y Quebec, FARM o FERME ayuda a los gobiernos de los países de origen a organizar la logística de los viajes.

Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá – Admisión

La Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (CBSA) revisa a los trabajadores del PTAT que entran al puerto de entrada de Canadá. Los trabajadores presentan la aprobación de su permiso de trabajo y el oficial de la frontera revisa los requisitos de admisibilidad.²³⁴ Si cumple, el oficial le proveerá el permiso de trabajo actual y concede entrada a Canadá. Igual que los trabajadores que entran bajo el PTET, los trabajadores del PTAT también recibirán un paquete de *conoce tus derechos* de la CBSA tras su admisión a Canadá.²³⁵ El permiso de trabajo autoriza al trabajador del PTAT al empleador específico indicado. El empleador puede optar transferir al trabajador a otro empleador diferente siempre que el trabajador acepte y hay aprobación previa por escrito de ambos el representante del gobierno extranjero en Canadá y del ESDC.²³⁶

FALTA DE JUSTICIA MÓVIL

Igual que los programas del trabajo extranjero temporal en los Estados Unidos, Canadá no tiene mecanismos establecidos para que los trabajadores hagan cumplir sus derechos o denuncien abusos cuando regresan a su país de origen. El marco institucional del programa PTAT en particular plantea el acceso a la justicia. Bajo los contratos del PTAT, se supone que tanto el agente de enlace del gobierno extranjero como el gobierno canadiense deben garantizar la protección total de estos derechos de los trabajadores. Sin embargo, el contrato no especifica las

²³² Los gobiernos caribeños participantes reembolsará a los empleadores los honorarios de los permisos de trabajo dentro de 30 días en que los trabajadores lleguen a Canadá. Ver el sitio web del ESDC, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml#fees (visto la última vez en marzo 2015).

²³³ Boletín Operacional 275-C, en 1.2.

²³⁴ Boletín Operacional 275-C, en 1.3

²³⁵ Renovar, *supra* nota 143, en 25.

²³⁶ El CIC no cobra nuevo honorarios para el permiso de trabajo cuando el trabajador se traslada a un nuevo empleador. Para los trabajadores PTAT de naciones caribeñas, ambos el empleador y el trabajador deben firmar un contrato de traslación. Para los trabajadores mexicanos no es requerido un contrato nuevo. Ver el sitio web del ESDC, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml (visto la última vez en marzo 2015).

obligaciones. Por otra parte, porque los gobiernos provinciales tienen jurisdicción sobre la ejecución del derecho laboral y el contrato de empleo, de hecho ni el gobierno extranjero ni el gobierno canadiense federal tiene la capacidad de hacer cumplir los derechos de los trabajadores en el sistema jurídico canadiense.

No obstante, abogados que representan a los trabajadores extranjeros temporales intentan continuar con el caso aún cuando los trabajadores regresan a su país de origen. Sin embargo, hay desafíos. Antes que nada, porque la ley provincial en Canadá establece protecciones laborales, cada provincia tiene diferentes procedimientos. No existe un estándar en Canadá en cuanto lo que se puede requerir de un demandante o trabajador que afirma sus derechos en el tribunal mientras el caso está pendiente. Segundo, no hay ninguna ayuda especial de inmigración disponible para los trabajadores que quieren regresar a Canadá para negociar o declarar en sus audiencias. Los trabajadores tendrían que solicitar una visa de visitante de CIC en los consulados canadienses en sus países de origen. Para los trabajadores, es difícil navegar este proceso por su cuenta propia -- para sus abogados, es difícil navegar el proceso desde Canadá.²³⁷

RESUMEN – CANADÁ

INFORMACIÓN ACERCA DE LOS RECLUTADORES

No hay licencia ni registro federal en Canadá para reclutadores, ni reglas de quien puede ser un reclutador. Varias provincias, como Manitoba, Ontario, Nueva Escocia y Saskatchewan, requiere o sea mantener un registro o licenciar a los reclutadores y tienen reglas provinciales sobre quien puede ser un reclutador. Sin embargo, ninguno de ellos explícitamente alcanza a los reclutadores extranjeros. El ESDC solicita el nombre de los reclutadores tercero en el Anexo A, pero no publica esa información y no está claro si los formularios son mantenidos de una manera que puede ser fácilmente solicitada. La embajada canadiense y los consulados en el extranjero, pueden tener información acerca de los reclutadores extranjeros si lo piden, pero no hay reglas sobre ello.²³⁸

INFORMACIÓN PÚBLICA DEL EMPLEADOR

Información acerca de los empleadores que contratan trabajadores extranjeros a través del PTAT y el PTET no está disponible. El ESDC requiere una EIML para todos los empleadores bajo ambos programas como un requisito previo, pero no hace sus aprobaciones ni las solicitudes de la EIML pública.

INFORMACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EMPLEO

Los MOUs que crean los programas PTAT no requieren información por escrito de los términos del trabajo en el momento de reclutamiento. Los MOUs dicen que los trabajadores PTAT deben ser proporcionados con un contrato de empleo el primer día de trabajo. Las agencias federales canadienses responsables del TWFP requieren un contrato laboral firmado por el empleador para procesar la EIML y el permiso de trabajo. No hay requisitos establecidos exigiendo que los trabajadores reciban información por escrito de los términos del empleo en el momento que el

²³⁷ Entrevista de GWJA con una abogada canadiense que intentó ayudar a su cliente a solicitar una visa en Guatemala (agosto 2014).

²³⁸ De hecho, defensores canadiense informan que no han oído los funcionarios del CIC indagar sobre los reclutadores durante el proceso de la solicitud del permiso de trabajo. Entrevista de GWJA (marzo 2015).

trabajo es ofrecido en sus países de origen. Hay un proceso bajo el PTAT para que los trabajadores se transfieran entre empleadores, pero no existe tal proceso bajo el PTET.²³⁹

HONORARIOS DE RECLUTAMIENTO Y LOS GASTOS DEL VIAJE

Los trabajadores extranjeros temporales no deben pagar cualquier honorario de reclutamiento bajo el PTAT ni el PTET. La responsabilidad para otros gastos y los gastos del viaje dependen del programa. Bajo el PTAT, empleadores deben pagar los \$155 CSD para el permiso de trabajo. Empleadores pueden recuperar estos honorarios a través deducciones de nómina de los trabajadores de México, pero no de los del Caribe.²⁴⁰ Bajo el PTET, puede ser que se requiera que los trabajadores paguen la solicitud del permiso de trabajo, el examen médico y sus propios pasaportes.

Bajo el PTAT, los empleadores deben hacer los arreglos para el viaje de ida y vuelta desde los países de origen del trabajador a Canadá y de regreso.²⁴¹ Los empleadores pueden recuperar parte de los gastos una vez que el empleado comience a trabajar, por deducciones de nómina. La única excepción es para los trabajadores que van a Columbia Británica. Esta provincia tiene prohibiendo que los empleadores recuperen cualquier gasto de viaje. Bajo el PTET, los empleadores deben pagar todos los gastos del viaje de ida y vuelta y no pueden recuperarlos en cualquier momento del salario de los trabajadores.

²³⁹ Ver IRPA §§ 124(1)(c) y 125, ver también el sitio web del ESDC (“Empleadores no pueden transferir informalmente a los TFW de un empleador a otro ni compartirlos entre ellos”), disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml (visto la última vez en marzo 2015).

²⁴⁰ Los gobiernos caribeños que participan les reembolsaran los honorarios del permiso de trabajo de los trabajadores a los empleadores, dentro de los 30 días que los trabajadores lleguen a Canadá. Ver el sitio web del ESDC, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml#fees (visto la última vez en marzo 2015).

²⁴¹ El sitio web del ESDC, disponible en http://www.esdc.gc.ca/eng/jobs/foreign_workers/agriculture/seasonal/index.shtml#fees (visto la última vez en marzo 2015).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La estructura de los sistemas de visas de trabajo temporal ha permitido el abuso del trabajador migrante durante el reclutamiento en sus países de origen. La vulnerabilidad a la explotación se ve agravada por la absoluta falta de transparencia permitido por el diseño de estos programas. El hecho de que ni los Estados Unidos ni Canadá regulen el reclutamiento internacional permite la continuación de esta realidad.

Al nivel federal, tanto los Estados Unidos como Canadá deberían decretar leyes o promulgar regulaciones para mejorar estos programas de los trabajadores extranjeros temporales para reducir el fraude rampante y el abuso endémico en el proceso del reclutamiento extranjero. Las siguientes recomendaciones se deben considerar:

1. Toda la información del reclutador extranjero se debe recopilar y hacer pública en los países de empleo. Los trabajadores y los gobiernos extranjeros necesitan saber que los reclutadores que contratan en los países de origen están actualmente conectados con o les trabajan a empleadores de los EE. UU. o Canadá que han sido aprobados por sus respectivos gobiernos para contratar trabajadores extranjeros. A nivel federal, ambos los Estados Unidos y Canadá deberían decretar leyes o promulgar regulaciones que requiera a los empleadores que inician el proceso de contratación revelar cada eslabón de la cadena del reclutador, incluso agencias de dotación de personal, contratistas laborales, subcontratistas, agencias de reclutamiento o reclutador individual quienes puedan estar en contacto con los trabajadores prospectos para anunciar u ofrecer un empleo.
2. Esta información del reclutador debe estar públicamente disponible en todo el mundo y en un sistema de búsqueda por nombre y por ubicación del empleador, además de cada eslabón en la cadena del reclutador (incluso individuales y empresas) quienes pueden contratar en el país de origen del migrante. La información debe delinear claramente cuales reclutadores están autorizados por cual empleador para conseguir trabajadores extranjeros y ofrecerles trabajo y donde. Esta información debe estar disponible a través de un sitio web actualizado en tiempo real, público y accesible y en varios idiomas pertinentes.
3. Las agencias federales de los EE. UU. y Canadá responsables en proteger la fuerza laboral nacional ya tienen una cantidad abundante de información de empleadores que buscan trabajadores extranjeros temporales. EL Departamento del Trabajo de los Estados Unidos (USDOL) debería subir las certificaciones de empleo temporal H-2A y H-2B en iCert en el momento oportuno. El Departamento de Seguridad Nacional (DHS) debería subir todas las peticiones I-129 o Avisos de Acción I-179 aprobadas a un sitio web públicamente accesible, que muestre el nombre del empleador, el número de trabajadores autorizados y el país de origen donde serán reclutados. Igualmente en Canadá el ESDC debe publicar informaciones pertenecientes a todos los empleadores que reciben resultados positivos de la EIML y son aprobados a contratar trabajadores extranjeros temporales bajo ambos los programas PTAT y PTET.
4. Tanto como los Estados Unidos y Canadá deben – al nivel federal – prohibir que los empleadores y los reclutadores pasen cualquier costo asociado con el programa a los trabajadores. Aunque todos estos programas tienen prohibiciones de honorarios de reclutamiento en efecto, casos han indicado que los trabajadores aún pagan honorarios. Es muy fácil disfrazar un honorario de reclutamiento como un gasto del programa. Las reglas no tienen sentido si no son robustamente ejecutadas y si no se requieren los detalles de cada costo incurrido por el trabajador. Todos los gastos pertinentes – incluyendo transporte de ida

y los costos de solicitud de visa – deben ser obligaciones del empleador desde el primer instante.

5. Tanto como los Estados Unidos y Canadá deben – al nivel federal – requerir que los empleadores proporcionen a todos los trabajadores prospectos, en el momento de su reclutamiento, una oferta de trabajo, por escrito, con información de todos los términos y condiciones del trabajo en un idioma que el trabajador entienda. Los países de empleo deberían aclarar que tras la aceptación de esta oferta, la información por escrito debe convertirse en un contrato de empleo ejecutable en cualquier corte o tribunal con jurisdicción.
6. Las leyes que prohíben la discriminación en los Estados Unidos y en Canadá deberían modificarse de modo que expresamente se aplique a los empleadores y a los reclutadores que reclutan trabajadores en el extranjero para empleo temporal en los EE. UU. y Canadá.
7. Las embajadas y las oficinas consulares en los EE. UU. y en Canadá deberían alentar a los trabajadores a seguir adelante y reportar abusos y fraudes de reclutamiento y protegerlos de represalias. Los trabajadores que pagan gastos ilegales durante el proceso de reclutamiento no deberían tener miedo en decir la verdad. Los trabajadores que revelan ese hecho durante la solicitud de la visa (EE. UU.) o el proceso del permiso de trabajo (Canadá) no deben ser negados el permiso, sino que deben recibir oportunidades para trabajar con otro empleador. Si los trabajadores están en riesgo de perder su derecho al trabajo, después de haber incurrido gastos, serán fácilmente persuadidos a cubrir cualquier ilegalidad de parte del reclutador o el empleador – esto no debe ser.
8. Las embajadas y las oficinas consulares en los EE. UU. y en Canadá deberían tener disponible oficiales para recibir y procesar quejas de los trabajadores acerca de las condiciones laborales de cualquier de los programas de las visas H-2, el PTET o el PTAT. Estos oficiales deben tener una dirección clara de las agencias de ejecución de los estándares de trabajo, ya sea federal (como en los Estados Unidos) o provincial (como en Canadá) de cómo manejar estas quejas. Hay redes de abogados en ambos los Estados Unidos y en Canadá para asesorar a los trabajadores que tengan preguntas acerca de las violaciones a sus derechos laborales. Todas las entidades gubernamentales interesadas deben trabajar juntos para llenar las brechas en el acceso al sistema de justicia de modo que nadie se haga la vista gorda e involuntariamente permita el abuso en el reclutamiento.
9. Las embajadas y las oficinas consulares en los Estados Unidos y en Canadá deberían estar disponibles para apoyar la logística cuando los trabajadores temporales vuelven a sus países de origen pero tienen pendiente reclamos legales en los Estados Unidos o en Canadá. Hay obligaciones durante los litigios civiles y las acciones administrativas que requieren la participación personal de los trabajadores extranjeros temporales que no puedan viajar a los Estados Unidos o a Canadá, debido a los gastos o la falta de ayuda de inmigración. Por ejemplo, los diplomáticos estadounidenses y canadienses deberían trabajar con los abogados de los trabajadores para poner a disposición sus salas de reuniones e instalaciones de videoconferencia en las oficinas consulares a bajo costo o sin cobrar para las deposiciones remotas y las audiencias probatorias que requieren la declaración del trabajador.



Para mas información o para obtener copias adicionales:

Global Workers Justice Alliance
789 Washington Avenue
Brooklyn, NY 11238
+1 (646) 351 – 1160

info@globalworkers.org

www.globalworkers.org

Encuéntranos en:

