

“DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON LOS ESTADOS UNIDOS”

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS¹
LILIANA TSUBOYAMA SHIOHAMA²

Sumario:

Introducción. I. Aspectos laborales del TLC con los Estados Unidos de América. El respeto a derechos laborales mínimos por los Estados partes. 1. La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva 2. Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. 3. La abolición efectiva del trabajo infantil 4. La eliminación de la discriminación en materia de empleo y de ocupación II. A manera de conclusión

INTRODUCCIÓN

Un tratado de libre comercio (TLC) es un contrato de carácter vinculante entre dos o más países, o entre un país y un bloque de países, cuyo objeto es eliminar obstáculos al intercambio comercial, consolidar el acceso a bienes y servicios y favorecer la captación de inversión privada¹.

Con el fin de profundizar la integración de las economías, el TLC incorpora, además de temas comerciales, aspectos económicos, institucionales, de propiedad intelectual

(*) Abogado Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Graduada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresada de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima (1998)

1) Definición adaptada de <http://www.tlcpu-eeuu.gob.pe/index.php>.

tual, laborales y medio ambientales, entre otros. De otro lado, para resguardar a los sectores más sensibles de la economía, el TLC apunta al fortalecimiento de las capacidades institucionales de los países que lo negocian y establece foros y mecanismos para dirimir controversias comerciales.

Según lo entiende el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), el TLC ofrece la posibilidad de vender nuestros productos a un mercado con un poder de compra 180 veces mayor que el peruano (ofrecemos un mercado de sólo 26 millones de habitantes con un ingreso promedio de dos mil dólares anuales y ganamos un mercado de 285 millones con un ingreso de 35 mil dólares), así como la de incrementar la estabilidad de nuestros indicadores macroeconómicos al vincularnos más estrechamente con las tendencias de la economía más grande y estable del mundo².

Lo anterior produciría una mejora en la productividad de nuestras empresas al facilitarse la adquisición oportuna de tecnologías más modernas a menores precios, pudiendo inclusive participar en compras públicas del gobierno de los Estados Unidos³.

Adicionalmente, y en lo que a este trabajo interesa, el acuerdo significaría un avance respecto a la globalización con un rostro más humano, ya que se exige el cumplimiento de ciertos estándares laborales mínimos, buscando que las diferencias en materia laboral entre las distintas legislaciones involucradas no propicie el dumping social⁴.

Asimismo, un TLC debe significar mejor calidad de vida para las personas a través de múltiples vías: el acceso del consumidor a productos más baratos y de mayor calidad y variedad, la expansión de la oferta de empleo, el incremento de los salarios reales en el sector exportador y la disminución de las tasas de interés en el mediano plazo debido al menor riesgo país.

Por otro lado, es innegable que la integración comercial constituye uno de los factores que más inciden en la decisión de los inversionistas norteamericanos, europeos o asiáticos de asentarse en un país. En efecto, un inversionista extranjero preferirá invertir en un país que se encuentre comercialmente integrado, por cuando ello será un indicio de seguridad jurídica y de apertura comercial que le permitirá expandir los resultados de sus inversiones a otros ámbitos del orbe.

En consecuencia, consideramos que las múltiples ventajas que significaría para nuestro país la celebración de un TLC con EEUU, justifican la decisión gubernamental de su negociación.

2) Véase <http://www.tlcpu-eeuu.gob.pe/index.php>

3) Para un mayor detalle véase http://www.sice.oas.org/TPD/ChiUS_s.asp

4) El dumping social se entiende como el intento de basar la competitividad internacional en el abaratamiento del componente laboral a través de la falta de respeto a los derechos fundamentales en el trabajo.

I. ASPECTOS LABORALES DEL TLC CON LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. EL RESPETO A DERECHOS LABORALES MÍNIMOS POR LOS ESTADOS PARTES.

El TLC no es ajeno a aquellos derechos laborales de carácter fundamental, por lo que, sin entrar a un detalle de los mismos, al menos se advierte una preocupación por asegurar el cumplimiento de ciertos derechos mínimos (núcleo duro o *hard core*) laborales a fin de que las diferencias en materia laboral entre las distintas legislaciones involucradas no propicie el dumping social y, desde una perspectiva más teleológica, se respete la dignidad laboral de los ciudadanos de los Estados Parte que se ven inmersos en dicho circuito comercial.

Teniendo en consideración los tratados de libre comercio suscritos previamente por EE.UU. y Canadá con países latinoamericanos, podemos advertir que aquellos estándares mínimos que los Estados Parte se comprometen a respetar y hacer cumplir, en materia laboral, son los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo adoptada en 1998⁵ (en adelante “La Declaración de la OIT”), los mismos que enumeramos a continuación y cuyo estudio será el eje central del presente ensayo:

- a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) La abolición efectiva del trabajo infantil; y,
- d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

1. La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva

Aspectos preliminares

Como lo señala la doctrina laboralista⁶, y cuya acepción creemos ha sido recogida al plasmar este derecho en la Declaración de la OIT, el derecho fundamental a la libertad sindical o Derecho Sindical⁷ se compone de (i) la sindicación, entendida como el aspecto organizativo, material o estático de la libertad sindical; (ii) la negociación colectiva (derecho a negociar colectivamente) y, (iii) la huelga (derecho de los conflictos laborales), estos dos últimos derechos entendidos como el elemento causal o dinámico

5) Para un mayor detalle de los mismos, nos remitimos a: http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.INDEXPAGE?var_language=SP

6) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad Sindical en el Perú. Organización Internacional del Trabajo. 1999.

7) PALOMEQUE, Manuel C., Derecho Sindical Español, ed. Tecnos, Madrid, 1986. Pág., 18.

de la libertad sindical, que se traduce en la actuación del sujeto colectivo dirigida a obtener la promoción y tutela de los intereses económicos del trabajador.

Respecto al derecho a la sindicación, a nivel internacional, la Declaración de la OIT tiene sus antecedentes en los Convenios 87 y 98.

El artículo 2° del Convenio 87⁸, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, señala que,

“Los trabajadores y los empleadores sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones con la sola obligación de observar los estatutos de las mismas”⁹.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar al Convenio 98¹⁰ de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y la negociación colectiva, el cual señala una serie de garantías que deben brindarse a los trabajadores para que ejerzan sin coacción alguna su libertad de afiliación. Por ejemplo, el artículo 1 del citado Convenio estipula que,

“Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo...”

Finalmente, el Convenio Colectivo 154¹¹ entiende a la expresión “negociación colectiva” como aquella que comprende,

“(...) todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.”

Situación en América Latina

La tradición continental (romano germánica) ha hecho que en América Latina exista una clara similitud en los sistemas jurídicos que conforman las relaciones labora-

8) Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa 13281 del 15 de diciembre de 1959.

9) Esta disposición de la OIT recoge lo que en doctrina se conoce como el doble aspecto de la libertad sindical, es decir, por un lado, el referido a la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales (libertad sindical individual positiva) y por otro lado la facultad de las personas de afiliarse a este tipo de organizaciones. (libertad sindical individual negativa).

10) Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa 14712 del 18 de noviembre de 1963.

11) Convenio no ratificado por el Perú.

les, un conjunto de disposiciones encaminadas a regular en detalle las relaciones colectivas, situación que, a juicio de algunos, se inspira en una desconfianza estatal hacia los sindicatos y negociación colectiva¹². Adicionalmente, en palabras de Vega-Ruiz, pese a algunas reformas en la normatividad laboral en América Latina, aún se mantiene el espíritu intervencionista del Estado en las relaciones laborales evidenciándose ello en disposiciones de algunos países que fijan muchos requisitos burocráticos para la constitución y funcionamiento de organizaciones de trabajadores o las que sujetan la huelga a un procedimiento complicado¹³.

Entre los rasgos más relevantes de la regulación de los principios de libertad sindical en nuestra región en la actualidad¹⁴, podemos resaltar los siguientes:

- El primer rasgo es el reducido campo de aplicación de la norma, que no refleja la actual composición del mercado de trabajo y que abarca un número limitado de trabajadores.

En efecto, como lo señala la OIT sin entrar en los códigos y leyes que aún excluyen a determinados grupos de trabajadores asalariados (el sector agrícola en Bolivia y Honduras o algunas de las provincias canadienses y estados de EEUU, el sector público, los aprendices o los trabajadores en formación en Perú, los trabajadores domésticos, entre otros), existe un importante contingente de trabajadores de los que la ley no se ocupa. Así, el sector informal, y el operario independiente -que son según las cifras el número mayor de los integrantes de la Población Económicamente Activa (PEA) regional- no están cubiertos en la mayor parte de los países por la ley laboral, y en tal sentido carecen de un derecho real a ejercer la libertad de asociación, en particular por las dificultades normativas para ejercer el derecho a la negociación colectiva.

- En segundo lugar, tenemos una unicidad sindical en la práctica¹⁵, ya que en muchos países de la región si bien la norma reconoce la negociación y la libertad sindical a todos los niveles, su desarrollo se regula en detalle en torno a la empresa. Es más, inclusive en torno al nivel de empresa podemos advertir que existen requisitos de funcionamiento que han sido criticados por la OIT por ser limitativos

12) BRONSTEIN, A. Elementos para un diagnóstico de las relaciones de trabajo en Centroamérica. San José. <http://www.oit.or.cr/oit/papers/estudio2.shtml>. En dicho documento de trabajo, el autor señala que “(...) *Los códigos laborales centroamericanos, como en el resto de América latina, responden a influencias ideológicas, que son comunes en algunos aspectos y muy diferentes en otros. Un rasgo común ha sido la mezcla de paternalismo-autoritarismo del Estado, el que se refleja en códigos enciclopédicos que contienen un voluminoso conjunto de disposiciones jurídicas encaminadas a proteger al trabajador individual. Al propio tiempo, un no menos voluminoso conjunto de disposiciones, atinentes a las relaciones colectivas, parece estar inspirado por el temor del Estado hacia los cuerpos intermedios de la sociedad y más en particular, por la desconfianza hacia los sindicatos y la negociación colectiva. (...)*”.

13) VEGA-RUIZ, María Luz. Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina. El desarrollo práctico de un principio fundamental. OIT. Documento de Información. Marzo de 2003. pp.22 y siguientes.

14) Véase OIT. Acuerdos de Integración Regional en las Américas: la Dimensión Laboral, p. 17 y ss.

15) De forma más reducida, pero también característica, se mantiene aún en algunos países la tendencia a la unicidad sindical por ley, aunque la propia dinámica del movimiento sindical y la crisis a la que se enfrenta está empezando a modificar cualquier tendencia al monopolio.

del derecho a la libertad sindical. Por ejemplo, la necesidad de un número mínimo de trabajadores para constituir sindicatos de empresa, situado en torno a 20 (aunque llega a 40 en Panamá, y se reduce a 12 en Costa Rica), implica una nueva reducción del campo de aplicación. En Haití la ley obliga a la aprobación gubernamental para constituir un sindicato de más de 20 trabajadores.

- Un tercer rasgo es la existencia de contratos “no laborales” como en el caso de Perú (contratos de formación, aprendizaje, cooperativas de trabajo asociado), Ecuador (contrato por horas), Costa Rica en los bananeros temporales y en ciertos períodos estacionales, y Argentina (aprendizaje y el recurso a contratos de servicios de carácter civil), situación que redundaría en la restricción del campo de aplicación de la norma.
- Otro rasgo característico sería la insuficiente regulación del fuero sindical y de la protección de los dirigentes, lo que genera no sólo múltiples comentarios de los órganos de control de la OIT, sino situaciones de cierta indefensión interna. En efecto, los actos de discriminación antisindical han constituido en los últimos cinco años el mayor porcentaje de tipos de quejas examinadas por el Comité de Libertad Sindical.

En resumen, citando textualmente a la OIT, *“si bien se observa una tendencia a la conformidad con las normas internacionales en las diferentes leyes nacionales, al menos en América Latina parece existir todavía una cierta “pesadez jurídica”, nacida del antiguo intervencionismo estatal en las formas de organización de la sociedad civil y de una tradición detallista de las legislaciones que no se adapta plenamente a la nueva composición del mercado laboral, a su dinámica y a sus cambios radicales”*.¹⁶

Su reconocimiento en otros Tratados de Libre Comercio en la Región

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

Si bien el TLCAN, firmado entre Estados Unidos, Canadá y México en diciembre de 1992 y vigente a partir de enero de 1994, regula los aspectos determinantes en la eliminación generalizada y progresiva de las barreras al comercio y la inversión en tales países, dicho tratado también incorpora aspectos no comerciales. En efecto, el TLCAN resulta ser el primer acuerdo simple de libre comercio que va acompañado de dos acuerdos no comerciales, vale decir, uno laboral y otro ambiental, los cuales buscan que el incremento en el comercio regional no produzca un deterioro de las condiciones y derechos laborales y ambientales de los países firmantes.

El Acuerdo Laboral de América del Norte (ACLAN), firmado el 13 de setiembre de 1993, acuerdo complementario al TLCAN en temas laborales, tiene por objeto princi-

16) Véase OIT, *Acuerdos de Integración Regional en las Américas: la Dimensión Laboral*, p.18

palmente propiciar el mejoramiento de las condiciones laborales y garantizar el cumplimiento de las leyes laborales de los Estados Parte.

Algunos de los lineamientos que guían la operación del ACLAN son: (i) el reconocimiento del derecho de cada parte contratante de establecer y modificar sus legislaciones, con el límite del respeto de los derechos laborales reconocidos a nivel mundial; (ii) el establecimiento de un mecanismo de consulta y cooperación para asegurar que los objetivos del ACLAN se cumplan y se garantice la existencia de disposiciones y estrategias gubernamentales que promuevan la aplicación efectiva de la legislación laboral de cada país, la existencia y acceso de los particulares a los tribunales del trabajo, así como las debidas garantías procesales; (iii) el establecimiento de mecanismos para la recepción de quejas respecto al incumplimiento reiterado de la legislación laboral por alguna de las partes, cuando dichas quejas se refieran a trabajo vinculado a actividades de comercio exterior.

En lo que al derecho a la libertad sindical atañe, el ACLAN,¹⁷ lo reconoce expresamente, enfatizando inclusive su triple acepción:

- Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse.
- Derecho a la negociación colectiva.
- Derecho de huelga.

Tratado de Libre Comercio Chile-EE.UU.

En el TLC suscrito entre Chile y EE.UU. se estableció que las Partes reafirmaban sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT, entre los cuales se advierte, como hemos citado anteriormente, el respeto a la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

Ambos países, reconocen el derecho de establecer sus propias normas laborales internas y, consecuentemente, de adoptar o modificar su legislación laboral, siempre y cuando lo realicen en concordancia con los derechos laborales establecidos en los tratados internacionales de los cuales forman parte y, específicamente las obligaciones establecidas en la Declaración de la OIT. En otras palabras, cada parte podrá establecer, adoptar y modificar su legislación laboral, en la medida que se procure garantizar la plena vigencia, en este caso, del respeto a la libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva.

17) A manera de ilustración es interesante precisar que el ACLAN no se limita a reconocer los Principios y Derechos Fundamentales de la Declaración de OIT de 1998, sino que también abarca los siguientes principios:

- (i) Condiciones mínimas de trabajo.
- (ii) Prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales.
- (iii) Indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales.
- (iv) Protección de los trabajadores migratorios.

Adicionalmente, en el TLC Chile – EE.UU. se estableció un mecanismo de cooperación laboral bilateral, mediante el cual se pretende desarrollar y perfeccionar las normas laborales y progresar aún más en los compromisos comunes. Sobre el particular, las Partes se obligan a promover la comprensión, el respeto y la efectiva implementación de los principios que refleja la Declaración de la OIT.

Tratado de Libre Comercio EE.UU. – Centroamérica (TLC EE.UU. – CA)

En este acuerdo comercial las partes declararon que procurarían asegurar que sus legislaciones protejan los principios y derechos laborales internacionalmente recogidos en la Declaración de la OIT y además establecidos en el artículo 16.8 del mismo, entre los que se incluye el de libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.

Para cumplir ese objetivo se estableció un Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades para proveer oportunidades de mejoramiento de las normas laborales y promoción del avance en los compromisos comunes en esta materia.

Sin embargo, es criticable que el TLC EE.UU - CA no exija que la legislación laboral interna de los países cumpla con las normas internacionales básicas, limitándose solamente a establecer disposiciones exhortatorias donde se recomienda a las Partes que procuren asegurar dicho cumplimiento y que no “promuevan el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna”. Las Partes que violen estas disposiciones no enfrentarán consecuencias significativas dado que el acuerdo no contempla la posibilidad de multas o sanciones ante tales violaciones¹⁸.

Ello ha provocado que, pese a la celebración del TLC EE.UU- -CA, actualmente la legislación laboral interna de algunos países miembros no cumpla con los estándares internacionales, a pesar de las recomendaciones efectuadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR). Un claro ejemplo de ello, es que en diciembre de 2003, Human Rights Watch informó que la legislación salvadoreña que regula el derecho a la libertad de asociación no protege adecuadamente dicho derecho¹⁹.

Situación en nuestro ordenamiento. Agenda pendiente

Nuestro país ha suscrito todas las declaraciones de derechos humanos de ámbito mundial y regional que reconocen la libertad sindical, habiendo ratificado además el Convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (1948)²⁰, el

18) Véase <http://hrw.org/spanish/informes/2004/cafta90days/2.htm>

19) Véase <http://hrw.org/spanish/informes/2004/cafta90days/2.htm>.

20) Ratificado mediante Resolución Legislativa N° 13281 de 2 de marzo de 1960.

Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva (1949)²¹ y el Convenio 151 sobre relaciones de trabajo en la administración pública (1978)²².

A nivel constitucional, se reconoce los derechos de asociación, sindicación, negociación colectiva y huelga²³, imponiendo al Estado la obligación de garantizar la libertad sindical, fomentar la negociación colectiva y regular el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Se excluye del ejercicio de dichos derechos a miembros de Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, funcionarios del Estado con poder de decisión o los que desempeñan cargos de confianza y dirección, así como jueces y fiscales²⁴.

A nivel legislativo se ha consagrado como delito contra la libertad individual la vulneración de la libertad de asociación. El Código Penal establece pena privativa de libertad no mayor de dos años al que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a integrar o no un sindicato (artículo 168º).

Adicionalmente, el derecho de asociación, la libertad sindical y la negociación colectiva de los trabajadores de las empresas privadas y estatales y de algunos organismos públicos cuyas leyes reguladoras así lo prevén, se rigen por el Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – LRCT (02.07.92). El Decreto Supremo 011-92-TR (15.10.92) reglamenta la LRCT.

La LRCT fue objeto de 16 observaciones por parte del Comité de Libertad Sindical de la OIT siendo modificada recién en el año 2003 con el propósito de levantar las mismas. Es así que mediante Ley N° 27912 se efectúan cambios a la LRCT logrando levantar 12 de las 16 observaciones²⁵.

Si bien en el aspecto legislativo el levantamiento de casi la totalidad de observaciones de la LRCT evidenció una preocupación por el legislador de propender a un sistema democrático de relaciones laborales²⁶, sin embargo, para arribar plenamente a ese objetivo y con miras a la celebración de un TLC con EE.UU., el cual exigirá la plena vigencia, tanto teórica como práctica, de la libertad sindical, consideramos que ade-

21) Ratificado mediante Resolución Legislativa N° 14712 de 13 de marzo de 1964.

22) Ratificado mediante la 17ª Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979.

23) Artículos 2 inciso 13 y 28, respectivamente.

24) Artículo 49.

25) Queda pendiente de subsanar, entre otras, las observaciones relativas a la lista de servicios esenciales, ya que si bien se ha suprimido una expresión genérica que se prestaba para lecturas restrictivas, la relación sigue siendo demasiado amplia. Asimismo, se encuentra pendiente de levantar la observación relativa a las modalidades atípicas de huelga, prohibidas por la Legislación peruana y admitidas por la OIT siempre que sean pacíficas, y la observación relacionada con la facultad que la LRCT otorga a la Autoridad del Trabajo para establecer un servicio mínimo en caso de divergencia entre las partes.

26) En el terreno laboral, un sistema democrático de relaciones laborales tiene como implicancia a la presencia decisiva de la autonomía colectiva, a través de la cual los representantes de la clase trabajadora y la patronal regulan sus intereses contrapuestos. En este modelo, el Estado, en consonancia con el mandato constitucional adquiere un rol de garante de la libertad sindical y de fomento de la negociación colectiva. Para una mayor explicación del tema véase: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Los derechos colectivos en un sistema democrático de relaciones laborales: desarrollo de la alternativa propuesta en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo. En: Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N°3. Año 2003.

más el Estado debe promover el diálogo o concertación social entre los sujetos colectivos, entiéndase organizaciones sindicales y organizaciones de empleadores, situación que eventualmente podría alcanzarse mediante la consolidación del Consejo Nacional de Trabajo²⁷. En otras palabras, se deberá buscar lo que en Italia se conoce como el “Garantismo Colectivo” lo cual consiste en la fijación de normas que establecen derechos mínimos, siendo mejoradas por los sujetos colectivos adaptándolas a sus condiciones particulares, debiendo el Estado cumplir un rol de garantizar el diálogo acercando a las partes y hacer cumplir los acuerdos que tomen los sujetos colectivos, a través del fortalecimiento de los servicios inspectivos a cargo de la Administración de Trabajo, es decir, que exista una real preocupación por potenciar presupuestariamente a la Administración Laboral a fin de incrementar y mejorar sus cuadros inspectivos.

2. Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio

Aspectos preliminares.

Libertad de trabajo

El principio que subyace detrás de la proscripción del trabajo forzoso es el de libertad de trabajo, que “*consiste en el derecho de toda persona a decidir si trabaja o no, en qué actividad y para quién.*”²⁸ En consecuencia, consiste en el derecho de toda persona a no ser coaccionado a trabajar y, si trabaja, a no elegir a su empleador y la actividad a desempeñar.

La libertad de trabajo está consagrada en los artículos 2º inciso 15 y 59º de la Constitución de 1993²⁹.

Si bien es cierto la propia Constitución de 1993 impone también en su artículo 22º el deber de trabajar, ello no colisiona con la libertad de trabajo, pues se entiende al deber de trabajar como una obligación principista que, como señala Montoya Melgar, “*lejos de pretender imponer una actividad laboral coactiva, se dirige a proscribir programáticamente la ociosidad improductiva y el parasitismo social.*”³⁰

27) Conforme al artículo 13º de la Ley 27711, Ley del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, modificado por la Ley N° 28318 de 5 de agosto de 2004, “*El Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo está integrado por el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo quien lo presidirá y por representantes de los trabajadores, de los empleadores, incluidos representantes de la pequeña y microempresa, y de las organizaciones sociales representativas vinculadas a los sectores del Ministerio. Tiene por objeto la discusión y concertación de políticas en materia de trabajo, de promoción del empleo y de protección social en función del desarrollo nacional y regional. Asimismo, será de su competencia la regulación de las remuneraciones mínimas vitales.*”.

28) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. 1era. edición. ARA Editores. Lima, 1997. p.27

29) Constitución Política del Perú de 1993. *Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)*

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

Artículo 59º.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

30) MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. 16ta. Edición. Editorial Tecnos S.A.. Madrid, 1995, p.35.

Cabe distinguir en este punto que no obstante que en la mayoría de situaciones el trabajador “se ve obligado” por necesidades económicas a poner a disposición de un tercero sus servicios y para ello se somete voluntariamente al contrato de trabajo, ello no desvirtúa el principio de la libertad de trabajo, el cual se circunscribe al aspecto jurídico de prestar el consentimiento para la prestación de servicios a un tercero. Por tal motivo, la constatación práctica de estos hechos es la esencia de la especialidad del Derecho del Trabajo, la cual parte de reconocer la desigualdad económica entre las partes que conforman la relación laboral y por ende el otorgamiento de una protección especial al trabajador.

De otro lado, tal como veremos en el punto siguiente, existe determinados casos en los cuales se permite que la ley obligue a los ciudadanos la prestación de determinados servicios, supuestos no considerados como infractores del principio de la libertad de trabajo.

Definición de trabajo forzoso

Como cuestión previa debemos señalar que un tema íntimamente ligado al trabajo forzoso es aquél referido al trabajo infantil, aspecto que será íntegramente abordado en el Punto 2.3 de la presente ponencia.

El Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo de 1930, Convenio sobre el Trabajo Forzoso, fue ratificado por el Perú el 1º de febrero de 1960. El artículo 2 de este Convenio define al trabajo forzoso u obligatorio como *“todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.”*

Sin embargo, el Convenio 29 excluye de su aplicación:

- a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;
- b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;
- c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
- d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias, epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;

e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.”

Se entiende entonces que estas exclusiones obedecen a que este instrumento internacional ha considerado que existe ciertos principios de orden social que se encuentran por encima del derecho a la libre elección del empleo, objeto de protección por el Convenio 29.

Con el devenir del tiempo la OIT consideró necesario precisar la definición de trabajo forzoso u obligatorio, en vista de fenómenos que venían ocurriendo en diversos países, tales como personas condenadas a realizar trabajos forzosos por motivos políticos o raciales.

Así, el 17 de enero de 1959 entró en vigor el Convenio 105 sobre Abolición del Trabajo Forzoso, ratificado por el Estado Peruano el 6 de diciembre de 1960. Mediante este instrumento internacional los Estados firmantes se comprometen:

“a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) *Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico*; c) *Como medida de disciplina en el trabajo*; d) *Como castigo por haber participado en huelgas*; e) *Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.*”

De acuerdo a estos convenios, el Estado firmante está obligado a reprimir tanto el trabajo forzoso que se configure por la acción de sus propias instancias como por particulares.

Situación en América Latina

La práctica constitucional latinoamericana en general prohíbe el trabajo forzoso en sus jurisdicciones. No obstante ello, conforme lo señala la OIT, “*los países no han encaminado muchos esfuerzos para determinar su efectiva existencia*”³¹. En efecto, la OIT ha verificado la existencia de casos que atentan contra esta prohibición en Brasil, Perú, Haití, República Dominicana, Bolivia, Guatemala, Belice y Jamaica.

La nota común en dichos países es que, si bien es cierto existe una protección normativa contra el trabajo forzoso, en la práctica existe casos de violación a este

31) Organización Internacional del Trabajo. Oficina Regional de la OIT para América Latina y El Caribe. Acuerdos de Integración Regional en las Américas: la dimensión laboral.

principio que, debido a otras prioridades en las políticas gubernamentales, no se le ha dado la importancia requerida. Ello se explica porque la fiscalización del trabajo forzoso, que muchas veces se manifiesta en lugares alejados o que no son objeto de denuncias por los agraviados, tiende a ser una medida costosa para un Estado en vías de desarrollo, que tiene que movilizar significativos recursos para realizar una eficiente labor inspectiva y, de ser el caso, sancionadora.

Su reconocimiento en otros Tratados de Libre Comercio en la Región

El TLCAN, el TLC Chile-EEUU, y el TLC EE.UU. – CA, reconocen la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio.

Situación en nuestro ordenamiento. Agenda Pendiente

El artículo 2 inciso 15 de la Constitución de 1993 reconoce el derecho de toda persona a trabajar libremente, con sujeción a la ley. Asimismo, el inciso 24 del referido artículo garantiza la libertad y la seguridad personales, prohibiendo la esclavitud, la servidumbre y trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

En concordancia con lo anterior, el artículo 23 del texto constitucional señala que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, y el artículo 59 señala que el Estado garantiza la libertad de trabajo.

Además el Perú es parte de diversos tratados de derechos humanos que prohíben el trabajo forzoso, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIV) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6.1).

A nivel de la OIT, ha ratificado el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso (1930) y el Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso (1957).

Asimismo, ha ratificado el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, que establece la obligación de disponer leyes que prohíban y sancionen la imposición de servicios personales obligatorios, remunerados o no, a los miembros de los pueblos indígenas, salvo los casos previstos por ley para todos los ciudadanos.

A nivel infraconstitucional se ha consagrado como delito contra la libertad individual la vulneración de la libertad de trabajo. El Código Penal establece pena privativa de libertad no mayor de dos años al que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución (artículo 168°).

En cuanto a los supuestos aceptados de “trabajo forzoso u obligatorio”, tenemos en el Perú el caso del servicio militar (Ley 27178 del 29.09.99), las obligaciones cívicas en períodos de elecciones (Ley 26859 del 01.10.97).

Los órganos de control de la OIT han formulado cuatro observaciones relacionadas con la aplicación del Convenio 29. Dos de ellas se refieren a la regulación norma-

tiva del trabajo penitenciario y las otras dos se vinculan a la existencia de prácticas de trabajo forzoso en ciertas regiones del país. Como consecuencia de dichas observaciones, el gobierno peruano modificó el Decreto Legislativo 654, Código de Ejecución Penal (02.08.91), por la que se establece el carácter voluntario del trabajo que realicen los internos procesados.

Sin embargo, aún queda pendiente la eliminación del trabajo forzoso en determinados lugares del país, que afecta a sectores de la población ubicados en zonas de difícil acceso por parte de las autoridades inspectivas de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Las personas afectadas incluyen niños (ver punto 2.3) y miembros de poblaciones indígenas.

En el ámbito urbano, aún existen rezagos de trabajo forzoso en el servicio doméstico, donde muchas adolescentes y mujeres generalmente provenientes de zonas rurales, son obligadas a desempeñarse como trabajadores del hogar en condiciones muchas veces inhumanas.

Por lo expuesto, consideramos que una de las tareas principales pendientes en la agenda del Estado Peruano es el reforzamiento de los servicios inspectivos de la Autoridad Administrativa de Trabajo, dotándole de todos los recursos técnicos y materiales para poder eliminar paulatinamente los casos de trabajo forzoso que aún existen en el país, así como crear conciencia en la población sobre la importancia de su proscripción.

3. La abolición efectiva del trabajo infantil

Aspectos Preliminares

Desde los inicios del desarrollo de la humanidad existe testimonios de la participación de los niños en las tareas productivas de la familia y la sociedad, tales como las evidencias documentales de niños empleados como mano de obra en Babilonia y en el antiguo Egipto, trabajando estos últimos en galerías subterráneas o en minas³². Incluso en nuestro país las historias narradas por los cronistas españoles sobre el imperio incaico señalan que todos los miembros de una familia debían contribuir al mantenimiento del ayllu.

Para la OIT una definición amplia de trabajo infantil comprendería toda actividad económica prestada por un niño, ya sea en forma independiente, incluyendo el trabajo familiar no remunerado y las tareas domésticas cumplidas en el hogar familiar, cuando son a tiempo completo o indistinguibles de las labores productivas, quedando excluidas las labores educativo-formativas y lúdicas. En la acepción restringida, la OIT excluye del trabajo infantil las tareas domésticas.

32) FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Francisco y María del C. Campos. Aspectos Jurídicos- Laborales de la explotación infantil en el Trabajo. En: Gaceta Laboral, Vol. 3. 1997. Venezuela. p.78

Situación en América Latina

Tal y como lo señala la propia OIT en su informe “Un futuro sin trabajo infantil³³”, se estima que en América Latina y el Caribe existen al menos 17,4 millones de menores trabajadores, lo que implica que uno de cada cinco niños de la región participa en actividades laborales. Las referidas estimaciones sugieren que el 50% del trabajo infantil se concentra en comunidades campesinas, y el 50% en el sector informal.

En esta misma línea, Neves³⁴ afirma que la OIT calcula que sólo en el tramo de 10 a 14 años trabajan 7,613,198.00 niños en la definición restringida³⁵, mientras que esa cifra se incrementaría en un 20 a 25% con la definición ampliada. Por ejemplo³⁶, en Ecuador trabajan alrededor de 500 mil menores entre los 5 y 14 años, en Colombia se estima que más de 700 mil niños/as entre 10 y 14 años, en Argentina, para el año 2002 se calculaba que los niños trabajadores eran aproximadamente 252,000.00.

Neves añade que las condiciones de trabajo en general, especialmente en lo referido a la duración de las jornadas y al monto de las remuneraciones, son muy malas. Con frecuencia, además, se encuentran por debajo de los pisos fijados por el ordenamiento internacional y los nacionales. Las consecuencias del desempeño de la actividad son, por ello, particularmente negativas para la seguridad y la salud de los niños y los adolescentes. Sin duda que tales efectos llegan a niveles inadmisibles en el rubro que la OIT ha denominado las peores formas de trabajo infantil.

La incidencia del trabajo infantil sobre la educación también es extraordinariamente preocupante. Casi siempre el trabajo infantil comienza cuando todavía no se han concluido los estudios escolares obligatorios, por lo que suele superponerse con ellos. Tal interferencia lleva al atraso, cuando no a la deserción escolar. Según el informe de la Organización No Gubernamental peruana especializada en el trabajo infantil, Centro de Estudios Sociales y Publicaciones (CESIP), citado por Neves³⁷, el 70% de los niños que trabaja sufre atrasos. Y produce una consecuencia nefasta en el largo plazo: una calificación deficiente que arrastrará una mala inserción futura en el mercado de trabajo. Nuevamente en referencia al mencionado informe, Neves señala que por cada dos años menos de educación, se perderán 20% de los ingresos mensuales en la adultez.

Su reconocimiento en otros Tratados de Libre Comercio en la Región

El Principio de la abolición efectiva del trabajo infantil se encuentra recogido tanto en el TLCAN, el TLC Chile – EE.UU. y en el TLC EE.UU. – CA. referidos anteriormente.

33) Puede consultarse el citado informe en <http://www.ilo.org/public/spanish/support/publ/books.htm>.

34) NEVES MUJICA, Javier. El trabajo infantil en las acciones de interés público. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 24. Año 2002.

35) La definición restringida de la OIT de trabajo infantil excluye las tareas domésticas.

36) Fuente: OIT. Acuerdos de Integración Regional en las Américas: la Dimensión Laboral.

37) NEVES MUJICA, El Trabajo Infantil. op. cit.

El TLCAN por su parte, y el ACLAN propiamente, reconocen como un principio fundamental al establecimiento de restricciones sobre el trabajo de menores.

En el TLC Chile-EEUU advertimos que ambos países se comprometen a adoptar o modificar su normatividad interna en concordancia con tratados internacionales de los cuales forman parte a fin de garantizar la abolición del trabajo infantil.

En lo que al TLC EE.UU. – CA se refiere, el ya citado artículo 16.8 (disposiciones laborales) tiene como derecho internacionalmente reconocido, cuyo reconocimiento y cumplimiento deberán asegurar los Estados Parte a la fijación de una edad mínima para el empleo de niños y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil.

Situación en nuestro ordenamiento. Agenda Pendiente³⁸.

La Constitución de 1993³⁹ establece que la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Asimismo, señala que el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria del Estado, debiendo proteger especialmente al menor de edad.

A nivel internacional, el Perú ha suscrito todas las declaraciones de derechos humanos de ámbito mundial y regional que reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, espiritual, moral o social. Ha ratificado la Convención Sobre los Derechos del Niño⁴⁰ (1990), el Convenio 138⁴¹ sobre edad mínima de admisión al empleo

38) Para un mayor detalle véase: PERÚ: PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO. NORMATIVA Y SITUACION. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Lima. En: http://www.mintra.gob.pe/contenidos/destacados/doc_tlc.pdf

39) Ver artículo 23 de nuestro texto constitucional.

40) Convención sobre Derechos del Niño, Artículo 32º.- 1. «Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social».

2. «Los Estados partes adoptarán medidas legislativas y administrativas, sociales y educacionales para asegurar la aplicación de este artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados parte, en particular:

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación eficaz de este artículo”

41) El Convenio Internacional de Trabajo 138; se caracteriza por no estar referido a un único sector de la actividad económica sino a todos y se plantea como objetivo la abolición efectiva del trabajo de los niños y la elevación progresiva de la edad mínima de admisión en el trabajo. Este propósito no se había explicitado antes en el ordenamiento internacional laboral. Antes de estos convenios internacionales sólo se habían acentuado las exigencias, pero no se había trazado una finalidad de erradicación.

Según este Convenio Internacional del Trabajo, la edad mínima no puede ser inferior a aquella en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, 15 años. Sin embargo, los países en desarrollo pueden fijar dicha edad en 14 años. La edad aumenta a 18 años si se trata de realizar labores peligrosas para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores (pero puede bajar a 16, si ello no ocurre) y disminuye a 13 (ó 12 para países en desarrollo) para el desempeño de trabajos ligeros, si éstos no son susceptibles de perjudicar la salud o el desarrollo, ni impedir la asistencia a la escuela o el aprovechamiento de la enseñanza.

(1973) y el Convenio 182⁴² sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999)⁴³.

A nivel legislativo, la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes (07.08.2000), establece que el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica, y se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo. Señala también que el trabajo del adolescente será protegido siempre que no importe una explotación económica, no importe riesgo o peligro en la salud o desenvolvimiento físico, mental y no afecte el proceso educativo.

Este mismo Código establece la edad mínima para el empleo de 14 años y excepcionalmente la de 12 años de edad cuando la referida labor no ponga en peligro su salud, su integridad física o moral. Esta disposición es concordante con las excepciones establecidas en el Convenio 138 de la OIT. La legislación también establece sanciones penales entre 3 y 10 años para quienes incurran en explotación sexual, que configuran una de las peores formas de trabajo infantil establecidas en el Convenio 182.

Adicionalmente, a nivel sectorial, cabe destacar la creación del Comité Directivo de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, mediante Resolución Suprema N°018-2003-TR⁴⁴, el mismo que se conforma por entidades del Poder Ejecutivo, representantes de empleadores, trabajadores, sociedad civil y organismos de Cooperación Internacional. Las funciones del referido Comité son, entre otras, elaborar el “Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil”, proporcionar directrices para la realización de actividades dirigidas a la eliminación del trabajo infantil en el país, asesorar en la selección de áreas prioritarias para el desarrollo de actividades y apoyo del Programa Internacional de Erradicación del Trabajo Infantil, dar seguimiento periódico a las actividades del Programa Internacional de Erradicación de Trabajo Infantil en el país así como velar por el cumplimiento de los objetivos y metas establecidas por los programas de la OIT en el área de trabajo infantil, y otras funciones que resulten pertinentes para

42) El Convenio Internacional del Trabajo 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, comparte el objetivo abolicionista del anterior y se propone prohibir y eliminar el trabajo en ciertos rubros de todos los menores de 18 años de edad, como lo son: la esclavitud o servidumbre o trabajos forzosos; la prostitución o la pornografía; las actividades ilícitas, en particular las vinculadas a los estupefacientes; y el trabajo que puede dañar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. El convenio impone el establecimiento de mecanismos de vigilancia y la adopción de programas de acción.

43) El Perú ha ratificado, adicionalmente a los antes señalados, otros tratados en materia de trabajo infantil, pero éstos son más específicos, y son los siguientes:

- (i) Convenio Relativo a la Edad de Admisión de los Niños al Trabajo Agrícola.
- (ii) Convenio por el que se fija la Edad Mínima de Admisión de los Niños al Trabajo Marítimo.
- (iii) Convenio por el que se fija la Edad de Admisión de los Niños a los Trabajos Industriales.
- (iv) Convenio Relativo al Examen Médico de Aptitud para el Empleo de los Menores en la Industria.
- (v) Convenio Relativo al Examen Médico de Aptitud para el Empleo de los Menores en Trabajos No Industriales.
- (vi) Convenio Relativo a la Limitación del Trabajo Nocturno de los Menores en Trabajos No Industriales.
- (vii) Convenio Relativo a la Edad Mínima de Admisión al Trabajo de los Pescadores.

44) Debemos indicar que, mediante Resolución Ministerial N° 128-94-TR de 3 de setiembre de 1994, el Ministerio de Trabajo aprobó la Directiva sobre Autorización de Trabajo del Adolescente, Directiva N° 007-94-DNRT.

contribuir a la prevención y erradicación del trabajo infantil, de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Peruano⁴⁵.

Las cifras⁴⁶ que se manejan respecto del trabajo de niños y adolescentes en el Perú, varían entre 1'020,925,000, detectado por la Encuesta de Hogares llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el cuarto trimestre de 1995 y 1'934,432 que figura en el primer trimestre de 1996. Por su parte en la Encuesta Nacional de Hogares 2001, se determinó que 1'987,165 de niños y adolescentes trabajan.

Los menores que trabajan son en su mayoría de sexo masculino (59%), realidad que crece a medida que se avanza de la niñez ((53.3%) a la adolescencia (57% entre los 12 y los 14 años de edad, y 61.5% entre los 15 y los 17).

En cuanto a las actividades en que principalmente se ocupan, éstas son agropecuarias (40%), servicio doméstico (14%), comercio al por menor (7%) e industria manufacturera (7%), según el Censo de 1993. El trabajo familiar no remunerado aparece como la modalidad más frecuente, especialmente entre los niños más pequeños. El trabajo doméstico de los menores entre 6 y 17 años de edad, es ejecutado casi exclusivamente por mujeres (89.3%).

En lo que al sector formal se refiere, en el año 2003 el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo otorgó 1,464 autorizaciones para el trabajo de adolescentes. De dicho universo, son los adolescentes entre los 16 y 17 años quienes concentraron el mayor número de autorizaciones de trabajo (1,120), representando el 76.50% del total. De manera poco significativa los adolescentes que se encuentran en el rango de edad representan sólo el 6.65%. El número de adolescentes que trabajaron y continuaron estudiando sumaron 745, porcentualmente el 50.89% del total. De dicho total, los varones son 589 frente a 156 mujeres, mientras que la proporción de adolescentes varones y mujeres que no continúan estudiando es equiparado entre 378 y 341, respectivamente⁴⁷.

Hay labores que realizan los niños en nuestro país, que por la peligrosidad que generan para su integridad física, su seguridad y moralidad, figuran entre las denominadas por la OIT como peores formas del trabajo infantil. Ellas son las que se llevan a cabo en lavaderos de oro, ladrilleras, camales, construcción, metalurgia, procesamiento de la hoja de coca, pirotecnia, basura y minería o como picapedreros.

45) En concordancia con lo anterior, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, implementó la Dirección de Protección al Menor y Seguridad y Salud en el Trabajo, la misma que se dedica exclusivamente a los temas relativos a la protección de los derechos de los niños y adolescentes trabajadores, así como los referidos a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Son funciones de la referida Dirección, entre otras, la autorización del trabajo de adolescentes, elaboración de campañas sobre la materia, coordinación y promoción de la protección de los derechos de los menores, participación en las diversas comisiones y campañas que corresponden al sector, en general, realizar una labor de prevención y fiscalización del trabajo infantil.

46) Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI): www.inei.gov.pe/biblioineipub/bancopub/Est/lib0175/indice.htm

47) Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Memoria presentada por el Gobierno Peruano a la OIT sobre las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio N° 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo. Setiembre 2004.

Esta lista es complementada por el documento del CESIP que identifica como ocupaciones de alto riesgo: los lavaderos de oro de Madre de Dios, donde se estima que un 20% de los mineros tiene entre 11 y 18 años de edad; los niños topes de Arequipa, que serían alrededor de 100; las ladrilleras artesanales localizadas en Huachipa, en las que laboran unos mil niños; unos 200 se desempeñan como carretilleros en los mercados mayoristas de Lima; cerca de 50 son picapedreros en la zona de Carabayllo; en la extracción de larvas de langostino; en talleres pirotécnicos; en la minería artesanal de oro en Ayacucho y Arequipa; en las cosechas de arroz y café en la selva alta; en la recolección y selección de basura; como peladores de mariscos en los terminales pesqueros; cargando bultos en los mercados; en la venta callejera nocturna; y otros⁴⁸.

Adicionalmente, es importante precisar que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha reportado como casos de trabajo forzoso relacionados con la explotación de niños en nuestro país al (i) trabajo sin remuneración en empresas peladoras de castañas en Puerto Maldonado, (ii) trabajadores de minas y lavaderos de oro de Madre de Dios y (iii) empleo forzoso en las comunidades indígenas de Atalaya.

Si bien nuestra normatividad interna busca contribuir a la erradicación progresiva del trabajo infantil, apreciamos que en la práctica la situación es distinta, ya que debido al escaso margen de acción de los servicios inspectivos laborales, lo cual muchas veces es inevitable por el escaso potencial presupuestario con que cuenta la Administración de Trabajo, existe una proliferación de trabajo infantil, siendo lo más preocupante la existencia de peores formas del mismo.

Con miras a la celebración de un TLC con EE.UU, en el cual la abolición efectiva del trabajo infantil es uno de los principios fundamentales que deberá respetar nuestro Estado, consideramos que se deberá buscar una solución progresiva de erradicación, teniendo en cuenta el entorno del subdesarrollo en el cual nuestro país se encuentra, además de una participación intensa de la fiscalización de los órganos laborales, para lo cual, será indispensable un mayor interés del Estado en dotar de herramientas suficientes a los mismos.

En suma, no se trata simplemente de legislar contra el trabajo infantil sino sobre todo crear las condiciones sociales que nos dirijan hacia su erradicación, ya que, teniendo en cuenta nuestro entorno socio-cultural actual, muchas veces el trabajo infantil es visto como una necesidad.

48) NEVES MUJICA, El Trabajo Infantil. op. cit.

4. La eliminación de la discriminación en materia de empleo y de ocupación

Aspectos preliminares

De conformidad con la OIT, *“la discriminación en el empleo y en la ocupación supone una diferenciación de trato de las personas por razón de su raza, color o sexo, entre otros motivos, independientemente de cuáles sean sus aptitudes o de los requisitos del trabajo que deban desempeñar.”*⁴⁹ Ello restringe a las personas de su derecho a ser seleccionadas para un empleo o de recibir una remuneración en función a sus capacidades, objetivamente consideradas.

El Convenio 111 de la OIT establece que el término “discriminación” comprende (Artículo 1.1):

- “a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.*
- b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y con otros organismo apropiados.”*

El referido Convenio no considera discriminación a *“las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado.”*

Las clásicas manifestaciones de la discriminación son el racismo, las desigualdades de género y por edad, sin embargo también se producen casos de discriminación de personas con discapacidad o portadores del VIH / SIDA. Dado que la discriminación proviene de elementos subjetivos, de idiosincrasias, aspectos culturales, sociales y políticos, su contenido varía de sociedad en sociedad y de tiempo en tiempo.

El principio que subyace detrás de la prohibición de la discriminación es el de igualdad ante la ley, es decir, que todos somos iguales ante la ley. Ahora bien, debemos distinguir el principio de “igualdad ante la ley” del de “igualdad de trato”. El principio de igualdad ante la ley *“vincula al Estado en el ejercicio de cada una de sus funciones primordiales: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional.”*⁵⁰ En cambio, el principio de igualdad de trato obliga a las personas privadas, entre los que se encuentra el empleador.

49) Organización Internacional del Trabajo. Informe del Director General: “La Hora de la Igualdad en el Trabajo”. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 91^a. Reunión 2003. Oficina Internacional del Trabajo.

50) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. op.cit. p.115.

La discriminación puede ser de dos clases: directa o indirecta. La discriminación directa es la más evidente y se produce cuando *“un empleador trata a un trabajador menos favorablemente que a otro debido a su raza, religión, sexo o cualquier otro motivo prohibido.”*⁵¹ De otro lado, la discriminación indirecta se produce *“cuando unas disposiciones y prácticas de carácter aparentemente imparcial redundan en perjuicio de gran número de integrantes de un colectivo determinado, independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate.”*⁵² Por ejemplo, si en una determinada colectividad una empresa exige a los postulantes de puestos de trabajo contar previamente con un título de post grado, aunque el perfil del puesto no lo requiera, sabiendo que en dicha colectividad es difícil que determinado grupo racial cumpla dicho requisito.

La discriminación en materia laboral puede producirse en el acceso al empleo o durante la relación laboral misma.

Situación en América Latina

En la generalidad de países de la Región existe una consagración constitucional del principio de igualdad ante la ley. Además algunos países han dictado normas especiales en materia de discriminación por género (acoso sexual, trabajadora gestante), así como VIH / SIDA o discapacidad.

Según la OIT, a nivel regional, *“los grupos sociales mayormente afectados por la discriminación en el mercado del trabajo son: (i) las mujeres (...); (ii) los pueblos indígenas y la población afro – latinoamericana (...); (iii) las personas con discapacidades; y (iv) más recientemente, los/as trabajadores/as afectados por el VIH/SIDA.”*⁵³

Su reconocimiento en otros Tratados de Libre Comercio en la Región

El Tratado de Libre Comercio Chile-EEUU y el TLCAN expresamente recogen la prohibición de la discriminación en el empleo. Sin embargo, en el caso del TLC EE-UU. - CA, si bien es cierto que este tratado las partes tuvieron como objetivo en materia laboral procurar y asegurar el cumplimiento y reconocimiento de los principios y derechos laborales internacionalmente reconocidos en la Declaración de la OIT de 1998, el mismo ha sido duramente criticado por no haber recogido expresamente el principio de la eliminación de la discriminación laboral, como sí lo hizo con los demás principios de la Declaración de 1998⁵⁴. Las partes que infrinjan este principio no se verán expuestas a sanciones o multas, por no estar ello así previsto en el tratado.

51) BALTA, José. “El Impacto Adverso”. En: Themis N°34, 1996. p.117

52) Organización Internacional del Trabajo. La Hora de la Igualdad en el Trabajo. Informe del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo 91a. Reunión 2003. Ginebra. p.21

53) Organización Internacional del Trabajo. Acuerdos de Integración Regional en las Américas: la Dimensión Laboral.

54) Véase <http://hrw.org/spanish/informes/2004/cafta90days/2.htm>.

Situación en nuestro ordenamiento. Agenda Pendiente

La Constitución de 1993 consagra el principio de igualdad ante la ley, prohibiendo la discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (artículo 2 inciso 2). De otro lado, en el artículo 26° inciso 1 recoge el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, complementado por el segundo párrafo del artículo 23° que señala que ninguna relación laboral pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Ahora bien, a diferencia del texto constitucional de 1979, que se refería a la “igualdad de trato”, la redacción actual recoge el concepto de “igualdad de oportunidades”. Este concepto no se queda en la verificación de la igualdad formal en una situación similar para un colectivo general, sino que pretende proteger la existencia de una igualdad sustancial, es decir, verificar que dentro de dicho colectivo *“los diversos grupos tienen las mismas oportunidades para disfrutar de los beneficios o no.”*⁵⁵ Se trata de dar un trato desigual a los desiguales. De esta manera, el concepto de igualdad de oportunidades supone la preexistencia del de igualdad de trato.

El Perú ha suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos que recogen el principio de igualdad ante la ley: artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, también es parte de tratados de derechos humanos que prohíben la discriminación, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 3).

En el ámbito de la OIT, ha ratificado el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración (1951), el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación (1958), el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidad familiares (1981) y el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (1983).

A nivel infraconstitucional se ha sancionado penalmente a quienes infringen la prohibición de discriminación. La Ley N°27270, Ley contra actos de discriminación (29.05.2000), incorpora al Código Penal la prohibición de discriminación y prevé la sanción de prestación de servicios a la comunidad para los infractores (artículo 323°).

55) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. op.cit. p.119.1) Fuente: Convenio MTPE-INEI, Encuesta Nacional de Hogares, III Trimestre 1996-2001.

Asimismo se han dictado diversas leyes que protegen aspectos puntuales del principio de igualdad de oportunidades:

- a) Ley 26772 (17.04.97), que establece que las ofertas de empleo y el acceso a centros de formación educativa no pueden contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato. En materia de discriminación en el acceso al empleo, la sanción aplicable a la infracción de esta ley está constituida por una multa aplicada por la Autoridad Administrativa de Trabajo o el cierre temporal del establecimiento.
Tenemos que entendido que, desde la vigencia de este dispositivo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha recibido nueve denuncias, tres de las cuales han dado lugar a la imposición de multas. Sin embargo, consideramos que este problema aún persiste, pues sólo basta dar una mirada a las ofertas de empleo que se publican en los diarios para verificar que muchos de ellos podrían resultar discriminatorios.
- b) La Ley 27050 (06.01.99), Ley General de la Persona con Discapacidad. Establece que la persona con discapacidad tiene derecho a gozar de todos los beneficios y derechos que establece la legislación laboral.
Asimismo, prohíbe la discriminación de la persona con discapacidad, siendo nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad. Obliga al Estado a contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al tres por ciento (3%) de la totalidad de su personal.
En materia tributaria, se otorga el beneficio de deducción de gastos sobre el importe total de remuneraciones para las entidades públicas o privadas que empleen personas con discapacidad.
- c) Ley 26626 (20.06.96), de lucha contra el VIH/SIDA/ETS, establece que la enfermedad no será impedimento para que el trabajador siga laborando mientras se encuentre apto para cumplir sus obligaciones. Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA.
- d) Ley 27942 (27.02.2003) sanciona el acoso sexual en los centros de trabajo públicos y privados.
- e) El Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de la Productividad y Competitividad Laboral, considera nulos los despidos por motivos discriminatorios (discriminación por participación en actividades sindicales o de representación de los trabajadores, por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma, por embarazo).
- f) El Decreto Supremo N° 002-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Formación y Promoción de Empleo (27.03.97), fomenta la participación de jóvenes de

sectores que podrían ser objeto de discriminación, estableciendo que el límite de jóvenes de formación laboral juvenil admitido para una empresa (10% del total de trabajadores de la empresa), puede ser duplicado si se contrata a jóvenes con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales, así como jóvenes mujeres con responsabilidades familiares.

Los órganos de control de la OIT no han formulado ninguna observación al Estado Peruano respecto al respeto del principio de no discriminación. Sin embargo, a nuestro entender, existe casos de discriminación que sería necesario se constituyan en el objetivo de los servicios inspectivos de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Como señalamos anteriormente, persisten ofertas de empleo claramente discriminatorias, que exigen a los postulantes determinada edad o provenir de determinado centro de formación universitaria.

De otro lado, un típico caso de discriminación que existe en el país, es el de discriminación por edad. Debido a la reducción de personal operada en muchas empresas a nivel nacional en los últimos años, muchas personas mayores quedaron desempleadas, atravesando muchas dificultades para encontrar un nuevo empleo formal, por lo que en la mayoría de los casos se ven obligadas a dedicarse a actividades informales.

Consideramos que, corresponde a la Autoridad Administrativa de Trabajo contar con un equipo de trabajo inspectivo lo suficientemente preparado a nivel técnico y material, para hacer frente a las eventuales denuncias que se presenten en esta materia, especialmente por la dificultad existente cuando se trata de casos de discriminación indirecta. Asimismo, la política del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo debe prever una partida de recursos especiales para difundir y realizar campañas contra la discriminación, conjuntamente con otros estamentos del Estado que aborden este problema desde otros sectores.

Todo ello es importante porque una sociedad sin discriminación promueve la justicia social y el bienestar general.

II. A MANERA DE CONCLUSION

Al elaborar la presente ponencia, hemos podido advertir que, en materia laboral, nuestro Estado ingresa con buen pie a las negociaciones del TLC con EEUU, ya que su normatividad recoge de una u otra manera los Principios y Derechos de la Declaración de la OIT de 1998. Si bien es innegable que existe muchos aspectos por mejorar, entre otros el lograr progresivamente que la normatividad llegue a sectores informales de nuestra economía, los cuales son en realidad mayoritarios, es positiva la existencia de una preocupación por el Estado en hacer más eficaz la aplicación de su normatividad laboral. En efecto, si bien puede existir descontento de algunos sectores con la mayor o

menor protección de los derechos laborales que reconoce nuestro ordenamiento, es importante tener presente que al menos tenemos un ordenamiento protector y que en muchos casos es acorde con el derecho comparado. Lo importante ahora es cumplirlo y, en el caso del Estado, educar a la población para lograr su realización práctica e incentivar su respeto, y, de ser el caso, sancionar su transgresión.

Esto último se podrá lograr no solamente con la potenciación de los servicios inspectivos laborales, sino también con el aporte de todos nosotros hacia un objetivo común, la revalorización de la dignidad del ser humano.