

ACUERDOS COMERCIALES Y DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA

En las tendencias y tensiones entre los derechos laborales y la economía, casi siempre ha terminado dominando la economía, a pesar de tratarse de dos realidades compatibles y entre las que hay que optar por proteger a los primeros sin afectar los segundos. Considero que en la actualidad existe la conciencia de que debe existir un equilibrio entre ambos.

No se trata de que el mercado funcione a como dé lugar, pasando por encima de los derechos de los trabajadores, ni tampoco que se vaya a una posición tan extrema que no favorezca el empleo formal y ocurra lo que estamos viviendo en el Perú, es decir, un alto grado de informalidad. No hay que olvidar aquel principio del Derecho de Trabajo que nos dice que lo razonable es lo justo.

Precisamente el equilibrio o la razonabilidad que se persigue, no se viene logrando, pues no se percibe todavía un dominio del empleo formal, inclusivo y protector, ni un esfuerzo de capacitación laboral que eleve la productividad y se traduzca en mejores salarios y lleve al país a un alto grado de competitividad internacional ni a una tendencia empresarial a entender la ventajas del costo de todo ello.

Al final, el debate siempre se centra en el tema que parece esencial o clave en esta discusión que es el de la rigidez frente al despido y frente a los retos que plantea un proceso de adaptación de la empresa frente a la globalización. Precisamente de este tema y de los derechos que están internacionalmente consagrados en el mundo globalizado de los convenios comerciales como los TLC, es que tratamos en estas líneas.

Cabe señalar que en las relaciones comerciales internacionales, se han venido incluyendo trascendentes temas laborales para equilibrar lo que los países formales consideraban un *dumping* social y un desconocimiento de los intereses gremiales en los países del tercer mundo.

Por su lado, los países en desarrollo consideraban que el baremo debería ser la OIT, aunque hay que considerar casos como los Estados Unidos que no ha suscrito los convenios que entusiastamente han aprobado aquellos, muchos de los cuales se jactan de ello, pero no los cumplen o no los refrendan en la legislación interna. También es un problema el proteccionismo real o solapado que ejercen los países desarrollados en perjuicio de aquellos en proceso de desarrollo.

Tenemos ejemplos de acuerdos comerciales que han transitado por el tema laboral, fijando obligaciones en esta materia, tales como el NAFTA de 1994, entre Estados Unidos, Canadá y México; el TLC de Chile con Estados Unidos de 2003; el CAFTA de 2004 entre los países de Centro América y Estados Unidos, así como los acuerdos de Chile con Colombia, Canadá, Ecuador, el EFTA, Japón, Unión Europea y otros, así como el TLC entre Colombia y Estados Unidos celebrado con posterioridad del de Perú, que fue aprobado por Resolución Legislativa N° 28766 del 28 de junio de 2006 y entró en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009, según Decreto Supremo N° 009-2009-MINCETUR de 16 de enero de 2009.

Los acuerdos comerciales dentro del marco de los TLC, considero que han ayudado a un mayor equilibrio entre los intereses en juego.

En efecto, en ellos se han establecido normas de observancia de derechos fundamentales, tales como la libertad de asociación, la negociación colectiva, la proscripción del trabajo forzoso, la prohibición del trabajo infantil y la no discriminación, además de compromisos sobre debido proceso, salarios mínimos, horarios de trabajo y seguridad y salud en el empleo.

En la Declaración de la OIT de 1998, sobre estos acuerdos internacionales, se señalaba la obligación de adoptar y mantener los derechos de la legislación nacional, no dejarlos sin efecto de manera que afecten el comercio o las inversión entre las partes y en no incurrir en acción u omisión en la aplicación de la legislación, de manera que afecten dicho comercio o inversión. Resulta interesante apreciar cómo se han propuesto por la OIT mecanismos que garanticen la efectividad de los derechos y la eficacia de los acuerdos.

Respecto al debido proceso, la OIT señala la obligación de brindar un adecuado acceso a la justicia, tanto en lo administrativo como en lo judicial y arbitral;

el garantizar procesos justos y transparentes; asegurar el derecho de defensa y que no existan costos y plazos irrazonables y la doble instancia, consagrada en nuestro caso en el artículo 139 de la Constitución. El Perú ha realizado un importante esfuerzo en esta campo con la dación de la Ley Procesal de Trabajo aprobada por Ley N° 29497.

También existe el compromiso de fortalecer el sistema de inspección, lo cual se ha hecho con las normas de la Ley N° 28806, Ley de Inspección y los Decretos Supremos N°s 019-2006-TR y 019-2007-TR publicados el 29 de octubre de 2006 y el 1 de setiembre de 2007, y el N° 012-2013-TR publicado el 7 de diciembre de 2013 y la norma sobre la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral- Sunafil aprobada por Ley N° 29981.

Pasaremos a reseñar los derechos fundamentales más importantes señalados en los acuerdos comerciales, en especial el TLC celebrado entre Perú y Estados Unidos y cómo están recogidos en nuestra legislación.

I. LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y LA LIBERTAD SINDICAL Y EL RECONOCIMIENTO EFECTIVO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

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 87⁽¹⁾, 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”⁽²⁾.

(1) Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13281 del 15 de diciembre de 1959.

(2) 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).

Asimismo, no podemos dejar de mencionar al Convenio 98⁽³⁾ 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 154⁽⁴⁾ 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”.

1. Situación en nuestro ordenamiento

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)⁽⁵⁾, el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva (1949)⁽⁶⁾ y el Convenio 151 sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública (1978)⁽⁷⁾.

(3) Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 14712 del 18 de noviembre de 1963.

(4) Convenio no ratificado por el Perú.

(5) Ratificado mediante Resolución Legislativa N° 13281 del 2 de marzo de 1960.

(6) Ratificado mediante Resolución Legislativa N° 14712 del 13 de marzo de 1964.

(7) Ratificado mediante la 17 Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979.

A nivel constitucional, se reconoce los derechos de asociación, sindicación, negociación colectiva y huelga⁽⁸⁾, 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 fiscales⁽⁹⁾.

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 168).

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 N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo - LRCT de 2 de julio de 1992. El Decreto Supremo N° 011-92-TR del 15 de octubre de 1992 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 observaciones⁽¹⁰⁾.

II. ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE TRABAJO FORZOSO U OBLIGATORIO

1. Libertad de trabajo

La libertad de trabajo está consagrada en los artículos 2, inciso 15, y 59 de la Constitución de 1993⁽¹¹⁾.

(8) Artículos 2, inciso 13, y 28, respectivamente.

(9) Artículo 49.

(10) 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.

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

Si bien es cierto la propia Constitución de 1993 impone también en su artículo 22 el deber de trabajar, ello no colisiona con la libertad de trabajo, pues se entiende al deber de trabajar como una obligación principista que, no pretende imponer una actividad laboral sino proscribir la ociosidad improductiva y el parasitismo social.

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.

2. Definición de trabajo forzoso

El Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo de 1930, Convenio sobre el Trabajo Forzoso, fue ratificado por el Perú el 1 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

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

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

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.

3. Situación en nuestro ordenamiento

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 N° 27178 del 29 de setiembre de 1999), y las obligaciones cívicas en periodos de elecciones (Ley N° 26859 del 1 de octubre de 1997).

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 normativa 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

Nº 654, Código de Ejecución Penal (02/08/1991), 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 y miembros de poblaciones indígenas.

Hemos mencionado anteriormente que el Estado peruano ha promulgado la Ley Nº 28806 de fecha 19 de julio de 2006 y su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, que han reforzado 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 consciencia en la población sobre la importancia de su proscripción.

Son funciones de la inspección, vigilar y exigir el cumplimiento de las normas laborales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, sean del régimen común o regímenes especiales (artículo 3 de la Ley), en el ámbito nacional. Por Ley Nº 29903 de 19 de julio de 2012, se incluye el trabajo de personas con discapacidad y por la Primera Disposición, Complementaria y Modificatoria de la Ley Nº 29981, Ley de creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral de 15 de enero de 2013, se incluye a las pensiones y régimen de prestaciones de salud en el ámbito de la inspección.

III. LA ABOLICIÓN EFECTIVA DEL TRABAJO INFANTIL

1. Situación en nuestro ordenamiento⁽¹²⁾

La Constitución de 1993⁽¹³⁾ 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.

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

(13) Ver artículo 23 de nuestro texto constitucional.

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 Niño⁽¹⁴⁾ (1990), el Convenio 138⁽¹⁵⁾ sobre edad mínima de admisión al empleo (1973) y el Convenio 182⁽¹⁶⁾ sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999)⁽¹⁷⁾.

-
- (14) Convención sobre Derechos del Niño, Artículo 32.- 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:
- Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar
 - Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y
 - Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación eficaz de este artículo”.
- (15) 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 solo 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 (o 12 para países en desarrollo) para el desempeño de trabajos ligeros, si estos no son susceptibles de perjudicar la salud o el desarrollo, ni impedir la asistencia a la escuela o el aprovechamiento de la enseñanza.
- (16) 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.
- (17) El Perú ha ratificado, adicionalmente a los antes señalados, otros tratados en materia de trabajo infantil, pero estos son más específicos, y son los siguientes:
- Convenio Relativo a la Edad de Admisión de los Niños al Trabajo Agrícola.
 - Convenio por el que se fija la Edad Mínima de Admisión de los Niños al Trabajo Marítimo.
 - Convenio por el que se fija la Edad de Admisión de los Niños a los Trabajos Industriales.
 - Convenio Relativo al Examen Médico de Aptitud para el Empleo de los Menores en la Industria.
 - Convenio Relativo al Examen Médico de Aptitud para el Empleo de los Menores en Trabajos No Industriales.
 - Convenio Relativo a la Limitación del Trabajo Nocturno de los Menores en Trabajos No Industriales.
 - Convenio Relativo a la Edad Mínima de Admisión al Trabajo de los Pescadores.

A nivel legislativo, la Ley N° 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.

El 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-TR⁽¹⁸⁾, 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 contribuir a la prevención y erradicación del trabajo infantil, de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano⁽¹⁹⁾.

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

(19) 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.

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.

Conforme hemos comentado anteriormente, la Ley General de Inspección, Ley N° 28806 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 019-2006-TR, y la Ley N° 29981 sobre creación de la Sunafil, han permitido enfrentar de manera técnica la solución de este problema.

IV. LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE EMPLEO Y DE OCUPACIÓN

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”⁽²⁰⁾. Ello restringe a las personas de su derecho a ser seleccionadas para un empleo o de recibir una remuneración en función de sus capacidades, objetivamente consideradas.

El Convenio 111 de la OIT establece que el término “discriminación” comprende (art. 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

(20) 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. 91ª. Reunión 2003. Oficina Internacional del Trabajo.

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”⁽²¹⁾. En cambio, el principio de igualdad de trato obliga a las personas privadas, entre los que se encuentra el empleador.

1. Situación en nuestro ordenamiento

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. 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.

(21) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ob. cit., p. 115.

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 (art. 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 infra constitucional se ha sancionado penalmente a quienes infringen la prohibición de discriminación. La Ley N° 27270 del 29 de mayo de 2000, modificatoria de la Ley N° 26772, Ley contra actos de discriminación, incorpora al Código Penal la prohibición de discriminación y prevé la sanción de prestación de servicios a la comunidad para los infractores (art. 323).

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

- a) Ley N° 26772 del 17 de abril de 1997, 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 algunas

denuncias, que han dado lugar a la imposición de multas. Sin embargo, consideramos que este problema aún persiste, pues solo 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 N° 27050 del 6 de enero de 1999, 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 N° 26626 del 20 de junio de 1996, de lucha contra el VIH/Sida/ETS, establece en su artículo 6 que la enfermedad no será impedimento para que el trabajador siga laborando mientras se encuentre apto para cumplir sus obligaciones. Según la misma norma, es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/Sida.
- d) La Ley N° 27942 del 27 de febrero de 2003 sanciona el acoso sexual en los centros de trabajo públicos y privados. Se considera acoso sexual la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición o autoridad o cualquier otra situación ventajosa en contra de otras que rechazan estas conductas, así como el hostigamiento sexual ambiental creando un clima de intimidación u hostilidad (art. 4).
- e) El Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Unico 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, del 27 de marzo de 1997, Texto Único Ordenado de la Ley de Formación y Promoción de Empleo, 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.
- g) La Ley N° 28983, de fecha 15 de marzo de 2007, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, cuyo objeto es establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas a nivel nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida pública y privada, propendiendo a la plena igualdad.

Los órganos de control de la OIT no han formulado ninguna observación al Estado peruano respecto al respeto del principio de no discriminación.

Al igual que en los casos anteriores el servicio inspectivo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo tiene a su cargo la vigilancia del cumplimiento de estas disposiciones.

Como puede apreciarse de lo expuesto, las normas nacionales, tanto constitucionales como infra constitucionales, establecen derechos sobre libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación, todo lo cual ha permitido que el Perú suscriba convenios comerciales internacionales como los TLC.

Sin embargo, en el ámbito interno, se requiere que los mecanismos legales destinados al cumplimiento de tales normas, hagan efectivos los derechos incorporados en nuestra legislación y en los convenios comerciales internacionales referidos.