

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

TITULO: “LA CONTRATACION DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN EL PERÚ. ¿AMPARANDO LA DISCRIMINACIÓN LABORAL POR CONDICIÓN DE NACIONALIDAD?”

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Autor: José David Cajo Cosavalente.

Asesor: David José Campana Zegarra.

Código de alumno: 20164587

2017

RESUMEN

La contratación de trabajadores extranjeros en nuestro país viene siendo regulada desde el año 1932 y ha evolucionado a través del tiempo, mostrando a través de la Constitución Política de 1979 una preferencia por la contratación de nacionales por sobre los extranjeros.

No obstante que, nuestra actual Carta Magna, incorpora el Principio – Derecho de Igualdad y no Discriminación, la regulación jurídica especial prevista en el Decreto Legislativo Nro. 689 – Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros (05 de Noviembre de 1991) y el Decreto Supremo Nro. 014-92-TR – Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros (23 de Diciembre de 1992), estableciendo que la misma está sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

Bajo dicho contexto normativo, lejos de favorecer e incentivar la contratación de trabajadores extranjeros establece limitaciones, atentando contra el principio de igualdad y no discriminación entre los trabajadores extranjeros.

El presente artículo, sobre la base del test de igualdad, pretende analizar aquellos aspectos considerados como lesivos a los trabajadores extranjeros, considerando las implicancias jurídicas aplicables a este régimen especial.

SEMINARIO DE TRABAJO ACADÉMICO II

**“LA CONTRATACIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN EL PERÚ:
¿amparando la discriminación laboral por condición de nacionalidad?”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL
TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ - PUCP

FACULTAD DE DERECHO



AUTOR

JOSE DAVID CAJO COSAVALENTE

CÓDIGO 20164587

ASESOR: Dr. David Jose Campana Zegarra

Lima-Perú

2016

“LA CONTRATACIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN EL PERÚ *¿amparando la discriminación laboral por condición de nacionalidad?”*”

I. INTRODUCCION

La contratación de trabajadores extranjeros en nuestro país viene siendo regulada desde el año 1932 y ha evolucionado a través del tiempo, mostrando a través de la Constitución Política de 1979 una preferencia por la contratación de nacionales por sobre los extranjeros.

No obstante que, nuestra actual Carta Magna, incorpora el Principio – Derecho de Igualdad y no Discriminación, la regulación jurídica especial prevista en el Decreto Legislativo Nro. 689 – Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros (05 de Noviembre de 1991) y el Decreto Supremo Nro. 014-92-TR – Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros (23 de Diciembre de 1992), estableciendo que la misma está sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

Bajo dicho contexto normativo, lejos de favorecer e incentivar la contratación de trabajadores extranjeros establece limitaciones, atentando contra el principio de igualdad y no discriminación entre los trabajadores extranjeros.

El presente artículo, sobre la base del test de igualdad, pretende analizar aquellos aspectos considerados como lesivos a los trabajadores extranjeros, considerando las implicancias jurídicas aplicables a este régimen especial.

II. ASPECTOS GENERALES

I. Concepto de Trabajador Extranjero.

Antes de conceptualizar es menester disgregar a cada uno de sus componentes, esto es, que es lo que entendemos por “trabajador” y por “extranjero”.

Nuestra legislación no nos brinda una definición exacta de lo que se entiende por “trabajador”, sin embargo, esta se desprende de los elementos que lo componen y que se encuentran previstos en el Decreto Supremo Nro. 003-97-TR – TUO del Decreto Legislativo Nro. 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), por lo que “...atendiendo a una interpretación de los artículos correspondientes de la LPCL (artículos 4, 5, 6 y 9), *es todo aquel sujeto que se compromete a prestar personal y directamente sus servicios a favor de un empresario, a cambio de una remuneración, en un régimen de ajenidad y bajo la dirección jurídica de este último*”¹. (cursiva y negrita agregada)

En cuanto a *trabajador extranjero* nuestra legislación la hace mención en el Decreto Legislativo Nro. 1236 – Decreto Legislativo de Migraciones en su artículo 7° definiéndolo como “...*toda persona que no posea nacionalidad peruana*”² (cursiva y negrita agregada)

Para el autor Víctor Anacleto Guerrero (2015), define como trabajador extranjero “...a todos aquellos que prestan servicios en el Perú, pero que no son peruanos, ni por nacimiento ni por nacionalización”³

Siendo así, se define al *trabajador extranjero* como aquella persona que no es natural de nuestro país y que presta sus servicios en territorio nacional de manera personal, bajo un vínculo de subordinación y dependencia jurídica a un empleador a cambio de una contraprestación (remuneración).

¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú – Un enfoque teórico y práctico*. (2015). Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 36.

² “Artículo 7° - Definiciones

Para efectos del presente Decreto Legislativo, se entiende por:

(...)

Extranjero: Toda persona que no posea nacionalidad peruana.

(...)

³ ANACLETO GUERRERO, Víctor, *Manual de Derecho del Trabajo – Derecho Individual – Derecho Colectivo y Nueva Ley Procesal del Trabajo*. (2015). Grupo Editorial Lex & Iuris, Lima, p. 203.

2. Relación entre Trabajador Extranjero y Migración Laboral.

Al hacer referencia a un trabajador extranjero implica necesariamente una movilización de este, esto es, que se ha producido un *traslado de su país de origen a otro del cual no es nacional*, en ese sentido, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su artículo 2 define al *trabajador migratorio* como “...toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”⁴; importa que este traslado físico de un país a otro sea para desempeñar actividades remuneradas – incorporándose al mercado laboral - convirtiéndose su fuerza de trabajo en un importante aporte al desarrollo económico y social de ambos países (tanto el de origen como el de destino).

Para el autor Camacho Solís (2013) hace una clasificación de los migrantes según su condición, haciendo una distinción entre:

- “*Migrantes Forzados*” entendiéndose como aquellos que son desplazados fuera de su país debido a guerras, desastres naturales, persecución políticas o torturas, siendo los refugiados y los solicitantes de asilo los más representativos; y
- “*Migrantes Voluntarios o Económicos*” como aquellos que se trasladan fuera de su país en búsqueda de mejores condiciones de vida y oportunidades laborales. Estos “migrantes económicos” y su fuerza laboral se constituyen en un aporte importante para el desarrollo económico de nuestro país (Camacho 2012: 245).

Bajo ese contexto, se sostiene que la migración laboral – sea forzada o voluntaria - se presenta como un fenómeno que en la actualidad y dentro del contexto de globalización, cobra mucha importancia, ya que va a permitir proporcionar mano de obra en los países de destino, contribuyendo de esta manera a aportar y dinamizar la economía de estos últimos.

⁴ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares. Naciones Unidas Derechos Humanos – Oficina del Alto Comisionado.

3. Definición de Contrato de Trabajo con Extranjero.-

Anotando que el contrato de trabajo es la institución básica sobre la que se sostiene el derecho individual laboral, se define a este como el acuerdo de voluntades entre un empleador y un trabajador, que establecen un vínculo jurídico con obligaciones mutuas y en el que este último de origen no nacional se compromete a prestar sus servicios bajo subordinación, a cambio de una contraprestación.

4. Concepto de Discriminación Laboral.-

Sobre el particular, es conveniente hacer referencia al Convenio relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación (Convenio N° 111) emitido por la Organización Internacional del Trabajo – OIT, en el que indica que esta implica:

“ (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;⁵”

En ese sentido, habiendo hecho referencia a los principales aspectos que sirven como fundamento del presente artículo, pasamos a desarrollar el análisis de la normativa que regula la contratación de los trabajadores extranjeros en nuestro país, haciendo un breve repaso sobre sus antecedentes históricos hasta la actualidad.

III. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979 Y 1993, SU VINCULACIÓN CON LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS Y LA REGULACIÓN DE LOS LÍMITES PORCENTUALES.-

1. La Constitución Política del Perú de 1979.-

Fue promulgada por Fernando Belaunde Terry – Presidente de la República el 12 de Julio de 1979 y tuvo vigencia hasta el autogolpe ocurrido en el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori en fecha 05 de Abril de 1991.

⁵ Inc. a) del artículo 1 del Convenio Nro 111. de la Organización Internacional del Trabajo.

Esta Carta Magna preveía en su artículo 42 el “trato preferente” en la contratación de los trabajadores nacionales por sobre los trabajadores extranjeros⁶, y es en atención a lo contenido por mandato constitucional - anotando que las normas que regulaban la contratación de personal extranjero no habían sido objeto de modificación alguna desde la dación del Decreto Ley Nro. 22452 - y en atención a una política de promoción y fomento del empleo que estaba destinado a estimular y favorecer el crecimiento de la inversión privada, que el gobierno de turno en ejercicio de la delegación de facultades extraordinarias dadas por el Legislativo mediante la Ley Nro. 25327, es que se emite el Decreto Legislativo Nro. 689 – Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros⁷ así como su respectivo reglamento contenido en el Decreto Supremo Nro. 014-92-TR, constitucionalizando así los límites porcentuales establecidos en cuanto al personal y a las remuneraciones, “flexibilizando y simplificando” la contratación de los trabajadores extranjeros bajo el régimen laboral privado.

Esta situación no reviste mayor análisis ya que guarda plena concordancia con lo previsto en el artículo 1° de la Ley de Contratación de los Trabajadores Extranjeros que refiere: “*Los empleadores, cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales*”. (cursiva nuestra)

2. La Constitución Política del Perú de 1993.-

⁶ **Artículo 42.** El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones.

En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.

El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato.

La ley señala la proporción preferente que corresponde a los trabajadores nacionales tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa, según el caso. (cursiva nuestra).

⁷ “ ...Que, de conformidad con el artículo 42 de la Constitución Política del Perú se debe señalar por ley la proporción preferente que corresponde a los trabajadores nacionales, tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa según el caso;

Que, esta preferencia a la contratación de personal nacional disponible en el país y en el extranjero, de realizar sin descuidar la contratación de personal extranjero para labores técnicas, gerenciales u otras especialidades que signifiquen transferencia de tecnología y creación de nuevos puestos de trabajo.

Que, es necesario flexibilizar la contratación de personal extranjero y reducir los costos para estimular el desarrollo de la inversión privada en los diversos sectores productivos y de servicios, con criterio descentralista, que signifiquen la creación de nuevos puestos de trabajo para personal nacional;

Que, es necesario simplificar los procedimientos de aprobación de contrato trabajo para personal extranjero, al estar en vigencia la Ley de Simplificación Administrativa N° 25025”

El inicio de los años noventa se caracterizaba por la crisis política, social y económica que afectaba a nuestro país, en la que un terrorismo galopante cada vez venía cobrando más fuerza del ámbito rural al urbano, por las altas tasas de inflación y desempleo, entre otros, es así que durante el primer gobierno del Alberto Fujimori Fujimori se dieron ajustes en la economía e implementaron medidas drásticas como “el paquetazo” o “fujishock”, lo que significó que si antes se apostaba por una economía de industrias estatales mediante la actividad empresarial del Estado esta sufre un revés, para proceder a incentivar la inversión extranjera privatizando las distintas empresas estatales, es en este contexto que “...creemos que era primordial la protección de la fuerza laboral nacional, más aún cuando nuestro país no era visto como un país atractivo para migrar por los problemas sociales que atravesaba, sino por el contrario era un país de origen que enviaba migrantes a otros Estados” (Culqui 2015: 129).

Siendo este el escenario, es que se marca un importante hito en nuestra historia constitucional, como es el autogolpe dado en el mes de abril de 1992, periodo en el cual se produjeron una serie de cambios, como es la promulgación de una nueva Constitución Política, la misma que fue previamente aprobada por el voto popular (vía referéndum), esto con la finalidad de que “...pudiera alinearse a las reformas que se estaban implementando, así como las que vendrían posteriormente”(Toyama 2015: 12), Carta Magna que se encuentra vigente en la actualidad.

En cuanto a la Contratación de Trabajadores Extranjeros a diferencia de su antecesora que hacía mención expresa sobre la preferencia de contratación de los trabajadores nacionales, la actual Constitución Política no hace referencia alguna sobre los mismos, sino que parte de una visión mucho más amplia que tiene como base el fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo⁸, por lo que no existiría diferencia alguna entre los trabajadores nacionales y sus similares extranjeros, todo esto vinculado bajo el Principio - Derecho de Igualdad y el Principio de no Discriminación⁹, principios que serán desarrollados en párrafos posteriores.

⁸ Artículo 23° de la Constitución Política del Perú.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y educación para el trabajo (...).

⁹ Artículo 26° de la Constitución Política del Perú.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1- Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2- Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3- Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

3. – La regulación de los Límites Porcentuales en la Contratación de los Trabajadores Extranjeros.-

No es objeto del presente artículo enumerar y analizar cada uno de los dispositivos legales que se han emitido y regulado sobre la imposición de los límites porcentuales que establecía topes máximos para la contratación de los trabajadores extranjeros, en ese sentido, haremos referencia únicamente al primer dispositivo legal del cual se tiene data, que es la Ley Nro. 7505 del año 1932, norma en la que se plantean restricciones en la proporción de contratación de los trabajadores extranjeros dando preferencia a la contratación laboral del personal peruano (no menor de 80%) y de igual proporción en el pago de los sueldos y salarios¹⁰, posteriormente, se han venido promulgando normas de símil contenido, esto hasta la actualidad en la que mediante Decreto Legislativo Nro. 689 – Ley de Contratación de Trabajador Extranjero de fecha 04 de Noviembre de 1991 así como en el Decreto Supremo Nro. 014-92-TR – Reglamento de Contratación de los Trabajadores Extranjeros, se establecen

“(…) el cumplimiento de porcentajes- limitativos en la contratación de extranjeros:

- **Límite en cuanto al número**

Las empresas podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el veinte por ciento (20%) del número total de sus trabajadores empleados y obreros, considerados estos en forma conjunta.

- **Límite en cuanto a remuneraciones**

El monto de las remuneraciones del personal extranjero no podrá exceder el treinta por ciento (30%) del total de la planilla de remuneraciones de la empresa”(Valderrama et al. 2013: 435).

En ese sentido observamos que, “...nuestra legislación optó por limitar la contratación de personal extranjero tanto en el porcentaje de número de extranjeros como en el total de sus remuneraciones, ello como opción política migratoria de restringir el acceso de trabajadores extranjeros y solo permitirlo con ciertos límites, de manera que no se promoviera la contratación de los mismos...” (Culqui 2015: 129). Esta imposición legal de los límites porcentuales es una expresión de la protección del mercado de trabajo, la misma que da

¹⁰ Artículo 1°.- Las Empresas, Talleres y Negociaciones comerciales o industriales establecidas o que se establezcan en el país estarán obligadas a ocupar personal peruano en los servicios técnicos, administrativos y mano de obra en una proporción no menor del 80%.

Artículo 2°.- Igual proporción mínima deberán mantener, dentro de las planillas de pago, en el monto de los sueldos y salarios de dichos empleados y obreros.

preferencia en la contratación a los trabajadores nacionales reservándoles una proporción distinta y mayor que a los trabajadores extranjeros, los que juntamente con la política migratoria impuesta se cautela la reserva de los puestos de trabajo para los nacionales.

De acuerdo a lo señalado, se tiene que la regulación constitucional de la contratación del trabajador extranjero así como la imposición de los límites porcentuales en nuestro país, han venido evolucionando adecuándose a las distintas políticas laborales, las que se han caracterizado por su rigidez, empero, con la promulgación de la actual Carta Magna en el que se fomenta el empleo productivo, se promueve e incentiva la inversión privada es que “...se posibilita el acceso al trabajo sin preferencias por tener la nacionalidad peruana”(Valdivia 2013: 2), teniendo como fundamento el Principio – Derecho de Igualdad y Principio de no Discriminación; siendo así, todo parece indicar que en la actualidad la normativa que regula la contratación de los trabajadores extranjeros al haber sido promulgadas durante la vigencia de la anterior norma suprema, es que vienen colisionando con los principios constitucionales antes referidos, y que se manifiesta en el trato diferenciado que se le viene dando al trabajador extranjero sin que exista una causa justificada y razonable, en ese sentido es que abordaremos el desarrollo de los principios antes indicados en el párrafo siguiente.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL PRINCIPIO – DERECHO DE IGUALDAD Y DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN SU DESARROLLO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

Previamente, es menester indicar que *principio* es “...una norma fundamental del sistema normativo, punto de donde surgen de modo permanente las demás normas de sistema jurídico. (...) que preceptúan o regulan cómo y con que debe crearse, interpretarse e integrarse el ordenamiento” (Citado por Rosas 2015: 429). Para el desarrollo del Principio – Derecho de Igualdad y del Principio de No Discriminación, que resultan relevantes para el análisis de las circunstancias que se presentan en la normativa que regula la contratación del trabajador extranjero, consideramos pertinente abordarlo desde:

1. La Constitución Política del Perú vigente.-

“El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Ley Fundamental.

Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales” (Citado por Rosas 2015: 429)¹¹.

En ese sentido en el Capítulo I del Título I de la norma máxima se encuentran previstos *Los Derechos Fundamentales de la Persona* que van desde el artículo 1° al 29°, derechos que también le corresponde a los extranjeros en general excepto los derechos políticos que únicamente está limitado a los nacionales, asimismo también se observa “...una restricción expresa para los extranjeros, que establece que la Ley de Extranjería puede restringir a los extranjeros el derecho a elegir un lugar de residencia, siendo una práctica común de los Estados, el mantener reserva en la potestad de ingreso de extranjeros a su territorio, regulándolo conforme a las políticas de inmigración de cada país” (Culqui 2015: 122).

Por otro lado, subrayamos la importancia del derecho fundamental de la Igualdad ante la Ley, el mismo que se encuentra previsto en el numeral 2 del artículo 2 esto en plena concordancia con lo previsto en el numeral 1 del artículo 26, ambos contenidos en nuestra norma máxima.¹²

2. Normas Supranacionales.-

Consideramos a los principales instrumentos internacionales en los que se va a promover la protección de los derechos humanos de las personas, así como de los derechos laborales (dependiendo del instrumento), en los que se coincide con la erradicación de las distintas formas de discriminación, estableciendo mecanismos de protección, y cuya particularidad tienen como sustento - entre otros - el Principio de Igualdad y el Principio de No Discriminación, para lo cual estimamos conveniente desarrollarlo en el siguiente cuadro:

¹¹ Véase la Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Fundamento 4.1).

¹² Numeral 2 del Artículo 2° y Numeral 1 del artículo 26° respectivamente de la Constitución Política del Perú. “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole. Artículo 26°.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.”

<i>INSTRUMENTO</i>	<i>APROBACIÓN Y/O RATIFICACIÓN</i>	<i>OBJETIVOS</i>
Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio N° 111) OIT	Ratificado por el Perú en fecha 10 de Agosto de 1970.	La erradicación de toda clase de discriminación que se presente en el ámbito laboral.
Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.	Aprobada mediante Decreto Ley N° 18969 en fecha 21 de Septiembre de 1971 y ratificada al día siguiente.	La erradicación de la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones, así como prevenir y combatir las prácticas racistas.
El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Ratificado en fecha 28 de Abril de 1978.	Reconocer los derechos civiles y políticos, estableciendo mecanismos para su protección y garantía.
El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Adoptado por nuestro país mediante Decreto Ley Nro. 22129 en fecha 28 de Marzo de 1978.	Reconocer los derechos económicos, sociales y culturales – incluidos los derechos laborales - estableciendo mecanismos para su protección y garantía.
La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)	Firmado el 27 de Julio de 1977 y ratificado el 07 de Diciembre de 1978.	Promoción y protección de los derechos humanos, obligando a los Estados al desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales.
El Protocolo de San Salvador	Aprobado en fecha 28 de Abril de 1995	Complementa al Pacto de San José, reconociendo el goce al derecho al trabajo

		bajo condiciones justas y equitativas, derechos sindicales, entre otros
La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	Ratificada el 10 de Septiembre del 2005, entrando en vigencia el 01 de Enero del 2006.	Fomentar el respeto de los derechos humanos de los migrantes y de sus familiares, sea que estos se encuentren en situación regular o irregular.
La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Suscrita en fecha 23 de Julio de 1981 y aprobada en fecha 01 de Junio de 1982.	Promoción de medidas necesarias para eliminar la discriminación laboral con igualdad de oportunidades para la mujer.

Es importante anotar que, estos instrumentos internacionales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, en ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado criterios para la aplicación del Control de Convencionalidad, lo cual implica que "(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana ..."¹³, esto es pues que, los tribunales nacionales no solamente tienen la obligación de realizar un control interno verificando que lo resuelto por estos sea acorde a las normas jurídicas de derecho interno sino que también deben de realizar este control teniendo en cuenta los convenios o tratados internacionales en los que el Estado sea parte.

3. Normativa Especial Nacional.-

¹³ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, cit, párr. 128

En nuestra legislación nacional contamos con leyes especiales que regulan a los trabajadores extranjeros, cabe reiterar que tanto la Ley como el Reglamento datan de los años noventa y con la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979, siendo que este cuenta con una serie de particularidades que la distinguen de otros regímenes, los mismos que serán materia de desarrollo en párrafos siguientes, por lo que procedemos a referirnos a esta normativa de marras:

- *El Decreto Legislativo Nro. 689 – Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros*, norma que prevé una serie de requerimientos a observar para la contratación de los mismos, sobre la base que los empleadores deben dar preferencia de contratación de trabajadores nacionales.¹⁴
- *El Decreto Supremo Nro. 014-92-TR - Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros.*

Para un mejor desarrollo de los aspectos y particularidades que están contenidas en las normas antes indicadas y que contienen reglas especiales para la contratación de estos, procederemos a referirnos a las mismas, así tenemos:

a) *Prestación de Servicios.-*

La contratación de los trabajadores extranjeros en nuestro país está limitada únicamente para la *mano de obra calificada*, esto es para profesionales y/o técnicos que deseen prestar sus servicios.

b) *Régimen Laboral.-*

La contratación de servicios de los trabajadores extranjeros se encuentra sujeta al régimen laboral de la actividad privada “...pero con las reglas especiales que se señalan en la normativa especial de contratación de trabajadores extranjeros” (Martinez & Infantes 2014: 481).

c) *De la autorización del contrato de trabajo y de la excepción del trámite de aprobación.-*

Tanto el contrato de trabajo como sus posteriores modificaciones deben ser objeto de autorización por la Autoridad Administrativa de Trabajo¹⁵, los cuales

¹⁴ Artículo 1° del Decreto Legislativo Nro. 689 – Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros. “Los empleadores, cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales.”

¹⁵ *Ibidem*, Artículo 2° “La contratación de trabajadores extranjeros está sujeta al régimen laboral de la actividad privada y a los límites que establece la presente Ley y sus servicios están comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada. El contrato de trabajo y sus modificaciones deben ser autorizados por la Autoridad Administrativa de Trabajo.”

procederán a registrar los contratos. Cabe mencionar que, la ley también establece algunos supuestos en los que los trabajadores extranjeros están exceptuados de seguir con el trámite respectivo, por lo que tienen tratamiento un trabajador nacional.¹⁶

d) De la formalidad y duración del contrato de trabajo.-

Estos tienen que necesariamente ser por escrito y a plazo determinado, teniendo como periodo máximo un tope de tres (03) años, periodo que puede ser prorrogable y por el mismo plazo antes referido y de manera sucesiva¹⁷, cabe anotar que el Reglamento establece excepcionalmente como límite a las prórrogas sucesivas que cuando se trata de exoneración por una nueva actividad o reconversión empresarial solamente se puede prorrogar por una única vez y por el plazo de tres años¹⁸.

e) De las cláusulas especiales que deben ser incluidas en el contrato de trabajo.-

En los contratos de trabajo de los trabajadores extranjeros a pesar de que estos están considerados dentro del régimen laboral de la actividad privada, la normativa especial exige que se deben incluir tres (03) cláusulas especiales, a saberse:

“... - Que la aprobación del contrato no autoriza a iniciar la prestación de servicios hasta que no se cuente con la calidad migratoria habilitante, otorgada por la autoridad migratoria correspondiente, bajo responsabilidad del empleador.

¹⁶ *Ibidem*, Artículo 3° “ Para los efectos de la presente Ley, no se consideran en las limitaciones sobre contratación de trabajadores extranjeros a que se refieren los artículos 2 y 4 de esta Ley;

a) Al extranjero con cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos peruanos;

b) Al extranjero con visa de inmigrante;

c) Al extranjero con cuyo país de origen exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad;

d) Al personal de empresas extranjeras dedicadas al servicio internacional de transporte, terrestre, aéreo o acuático con bandera y matrícula extranjera.

e) Al personal extranjero que labore en las empresas de servicios multinacionales o bancos multinacionales, sujetos a las normas legales dictadas para estos casos específicos;

f) Al personal extranjero que, en virtud de convenios bilaterales o multilaterales celebrados por el Gobierno del Perú, preste sus servicios en el país;

g) Al inversionista extranjero, haya o no renunciado a la exportación del capital y utilidades de su inversión, siempre que ésta tenga un monto permanente durante la vigencia del contrato no menor de 5 UIT;

h) Los artistas, deportistas y en general aquellos que actúen en espectáculos públicos en el Territorio de la República durante un período máximo de tres meses al año.

El personal comprendido en este artículo no está sujeto al trámite de aprobación de los contratos ni a los porcentajes limitativos establecidos en el artículo 4o. de la presente Ley”.

¹⁷ *Ibidem*, Artículo 5°. “Los contratos de trabajo a que se refiere la presente Ley deberán ser celebrados por escrito y a plazo determinado, por un período máximo de 3 años prorrogables, sucesivamente, por períodos iguales, debiendo constar además, el compromiso de capacitar al personal nacional en la misma ocupación. La Autoridad competente al otorgar la visa correspondiente tendrá en cuenta el plazo de duración del contrato.”

¹⁸ Artículo 20° del Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros - Decreto Supremo N° 014-92-TR “La exoneración por una nueva actividad o reconversión empresarial se gozará por el plazo de tres años, pudiendo prorrogarse por una única vez”.

- El compromiso del empleador de transportar al personal extranjero y los miembros de la familia que expresamente se estipulen a su país de origen o al que convengan al extinguirse la relación contractual.
- El compromiso de capacitación del personal nacional en la misma ocupación.”¹⁹

f) De los límites porcentuales en cuanto al personal y a las remuneraciones, y de la exoneración.-

La normativa establece el cumplimiento de porcentajes limitativos, que debe de observar el empleador en la contratación de un trabajador extranjero, esto es:

- *Límite en cuanto al personal*, las empresas solamente podrán contratar trabajadores extranjeros en una proporción de hasta el 20 % del número total de sus trabajadores (sean obreros o empleados) que tienen en planilla.
- *Límite en cuanto a las remuneraciones*, esto es, que el monto de las remuneraciones percibidas por los trabajadores extranjeros no podrán exceder del 30% del total de la planilla de pagos del empleador²⁰.

Por otro lado, la Ley también establece algunos supuestos en los que los empleadores pueden solicitar la exoneración de los límites porcentuales.²¹

g) De los derechos de los trabajadores extranjeros.-

Sobre el particular el Reglamento indica que las remuneraciones, derechos y beneficios de estos no pueden ser menores que un trabajador nacional sujeto al régimen de la actividad privada²², empero existe una clara diferenciación entre

¹⁹ Ibídem, Inciso e) del Artículo 14.

²⁰ Artículo 4° de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros - D. Leg. N° 689 “Las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20% del número total de sus servidores, empleados y obreros. Sus remuneraciones no podrán exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios”.

²¹ Ibídem, Artículo 6° “ Los empleadores podrán solicitar exoneración de los porcentajes limitativos prescritos en el artículo 4 de esta Ley, en los casos siguientes:

- a) Cuando se trate de personal profesional o técnico especializado;
- b) Cuando se trate de personal de dirección y/o gerencial de una nueva actividad empresarial o en caso de reconversión empresarial;
- c) Cuando se trate de profesores contratados para la enseñanza superior, o de enseñanza básica o secundaria en colegios particulares extranjeros, o de enseñanza de idiomas en colegios particulares nacionales, o en centros especializados de enseñanza de idiomas;
- d) Cuando se trate de personal de empresas del sector público o de empresas privadas que tengan celebrados contratos con organismos, instituciones o empresas del sector público;
- e) Cualquier otro caso que se establezca por decreto supremo, siguiendo los criterios de especialización, calificación o experiencia”.

²² Artículo 23° del Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajador Extranjero - Decreto Supremo N° 014-92-TR “En ningún caso las remuneraciones, derechos y beneficios del personal extranjero serán menores de los reconocidos para el Régimen Laboral de la Actividad Privada”.

el monto de lucro cesante que estos deben de percibir en comparación con un trabajador nacional.

- Por otro lado, es menester precisar que en el aspecto migratorio de los trabajadores extranjeros, se cuenta con *El Decreto Legislativo Nro. 1236 – Decreto Legislativo de Migraciones*, norma en cuyo Título Preliminar contiene principios que se vinculan al presente trabajo, mencionando únicamente al:
 - *Principio de Respeto de los Derechos Fundamentales*; y
 - *Principio de No Discriminación*.²³
- Finalmente, en el mes de octubre pasado se ha emitido el Decreto Legislativo Nro. 1246 – Decreto Legislativo con el que se aprueba una serie de medidas de simplificación administrativa, con la finalidad de que el Estado sea más eficiente y se eliminen algunos trámites que resultan innecesarios en las entidades públicas y que por el contrario se convertían en trabas para los administrados, dentro de este “paquete de medidas” se ha modificado el artículo 8 del Decreto Legislativo Nro. 689 – Ley de Contratación de los Trabajadores Extranjeros y que está referido únicamente a los documentos a adjuntar para la presentación de su solicitud de aprobación de contrato de trabajo ante el MTPE, facilitando de esta manera su registro.

En ese sentido, habiendo desarrollado una aproximación al contenido normativo del Principio – Derecho de Igualdad y el Principio de No Discriminación, los mismos que en materia de empleo y ocupación tienen fundamento constitucional y supranacional, conforme se ha expuesto en párrafos *ut supra*, pasaremos a desarrollar su enfoque doctrinal y jurisprudencial de los mismos.

²³ Artículo III y VI del Decreto Legislativo Nro. 1236 – Decreto Legislativo de Migraciones, que indican: “Artículo III.- Principio de Respeto a los Derechos Fundamentales. En atención al respeto a la dignidad de toda persona humana conforme a la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza al extranjero el respeto por sus derechos fundamentales conforme a lo previsto en el marco normativo vigente. Artículo VI.- Principio de No Discriminación. El Estado promueve la abolición de todo tipo de discriminación, así como la eliminación de todo tipo de prejuicio en materia migratoria; rechaza de manera especial la xenofobia y el racismo.”

V. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DEL PRINCIPIO – DERECHO DE IGUALDAD Y DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.-

Estos principios han sido ampliamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, así tenemos:

a) *El Principio – Derecho de Igualdad.-*

Conforme se ha referido anteriormente, este Principio cuenta con sustento constitucional contenido en el numeral 2 del artículo 2 de nuestra Carta Magna, siendo considerado como un *Derecho Fundamental* que es inherente a toda persona por su condición como tal y como *Principio* que va a vincular sus efectos como regla a todo nuestro ordenamiento jurídico, empero en el ámbito laboral esta aparece contenida en el *Principio de las Relaciones Laborales* estableciendo así la *Igualdad de oportunidades sin discriminación*. En ese sentido, “...la propia Constitución introduce en el campo de la relación de trabajo el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y determina, por consiguiente, su plena eficacia en este ámbito” (Blancas 2013: 134).

Algunos autores, consideran esta dualidad como uno de naturaleza objetiva cuando se trata de principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho y como uno de naturaleza subjetiva cuando se trata de derecho fundamental o derecho constitucional subjetivo que es exigible individualmente, siendo que ambos confieren a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación.²⁴

Por su parte, nuestra Corte de Vértice también ha desarrollado a través de su reiterada jurisprudencia que el Derecho a la Igualdad desde el ámbito constitucional tiene dos facetas²⁵:

a) *Igualdad ante la Ley*, esto es que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma.

b) *Igualdad en la Ley*, que implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y

²⁴ AMPUERO DE FUERTES, Victoria. “Discriminación e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo”. En. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Segunda Edición, Editorial Grijley, Lima, 2009, p. 754.

²⁵ Fundamento 39 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 02835-2010-PA/TC. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02835-2010-AA.html>

que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable

Asimismo, también precisa que el Derecho a la Igualdad implica lo siguiente:

a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.²⁶

En suma, para determinar el Derecho a la Igualdad implica realizar un análisis comparativo de acuerdo a las circunstancias o situaciones que se nos presenten y la semejanzas o diferencias que se identifiquen, para luego a partir de esta establecer el trato correspondiente (igualitario o diferenciado) a las personas, si es que identificamos que estamos frente a un trato diferenciado es necesario que este se encuentre sustentado en motivos objetivos y razonables para que sea válido caso contrario se estaría frente a un hecho discriminador el mismo que se encuentra proscrito legalmente. En ese sentido, conforme indica el autor Neves Mujica un trato no puede ser desigual para los iguales ni igual para los desiguales (2014: 138), a *contrario sensu* ante un hecho igual corresponde un trato igual y ante un hecho desigual corresponde un trato desigual; fundamento que nos permitirá abordar el siguiente tema referido a la *Interdicción de Discriminación* o Principio de No Discriminación con el cual tiene una íntima vinculación.

a) El Principio de No Discriminación.-

Este principio está vinculado al Principio – Derecho a la Igualdad el mismo que como ya hemos indicado previamente tiene sustento constitucional, y es en este articulado (inc. 2) del artículo 2° de la Carta Magna) que se considera una relación *numerus apertus* que incluye los motivos por la que ninguna persona puede ser discriminada, así tenemos por *origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole* (Ramírez 2014: 29), por lo que a través de este principio como apunta Plá Rodríguez se lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones

²⁶ Fundamento 03 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0261-2003-AA/TC.

que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto. Y sin una razón válida o legítima. (1998: 414), argumento sobre el que se fundamenta nuestra posición sobre el trato diferenciado y no justificado que se les brinda a los trabajadores extranjeros en nuestro país.

Se conceptualiza a la *discriminación* como el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales de una persona o de un grupo de personas (Defensoría del pueblo 2007: 27).

Según lo anotado por la Defensoría del Pueblo, estos hacen referencia a dos tipos de discriminación, estos son:

- ***Discriminación directa***, es aquella conducta que consiste en hacer una diferencia injustificada o arbitraria a una persona únicamente en función de ciertas características como raza, sexo, religión, entre otros, las mismas que no se encuentran vinculadas directamente con sus capacidades (Defensoría del Pueblo: 47).
- ***Discriminación indirecta***, es aquella que se manifiesta como “una regla o medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, con todo, da lugar a discriminación por su efecto adverso, exclusivo o desmedido para una categoría de personas” (citado por la Defensoría del Pueblo 2000:).

En doctrina también desarrollan una clasificación sobre la misma, así tenemos:

- ***Discriminación Positiva***, entendiéndose esta como aquella conducta que va a permitir validar “...los efectos de una conducta normativa o fáctica sometida a control” (Figueroa 2012: 10).
- ***Discriminación Negativa***, es aquella conducta arbitraria toda vez que “...significa diferenciar irrazonablemente entre iguales, a pesar de que se reúnen las mismas características respecto a una condición jurídica que es determinantemente similar entre dos personas” (Figueroa 2012: 10).

Por otro lado, en cuanto a los *elementos de la discriminación*, Neves Mujica considera que de la definición sobre *discriminación* contenida en el Convenio Nro. 111 – Convenio relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación de la Organización Internacional del Trabajo - OIT es que se desprenden sus tres elementos, a saberse:

- **Un hecho** que establezca una distinción, exclusión o preferencia aunque también puede tratarse de una restricción;
- **Un motivo determinante** de dicha diferencia (raza, color, sexo, religión, etc); y
- **El resultado objetivo** de esa diferencia de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (Blancas 2013: 152)

Ahora, siendo este el panorama y con la finalidad de determinar si es que las normas que regulan la contratación de un trabajador extranjero en nuestro país se configura una *discriminación laboral por condición de nacionalidad* como una manifestación de la política del Estado para promover la inversión privada en los diversos sectores productivos y de servicios, vulnera el Principio – Derecho de Igualdad, esto es, si es estamos frente a un trato desigual pero justificado o un trato arbitrario e injustificado como acto discriminatorio y por lo tanto contrario a Ley, se procederá a identificar los problemas para luego aplicar el Test de Igualdad respectivo.

VI. IDENTIFICACION DE PROBLEMAS Y APLICACIÓN DEL TEST DE IGUALDAD AL CASO CONCRETO.

1.- Identificación de problemas.-

Conforme a lo desarrollado en capítulos anteriores, y habiendo anotado que existe una contradicción entre las normas que regulan la contratación de los trabajadores extranjeros en nuestro país con lo previsto en nuestra norma suprema vigente y anotando que la situación económica, política y social en la que estas fueron dadas han cambiado drásticamente, cabe realizar las siguientes preguntas *¿Por qué someter entonces al trabajador extranjero a un procedimiento de contratación completamente distintos que los trabajadores nacionales?, ¿Por qué el empleador se le exige el cumplimiento de un determinado número de trabajadores nacionales en planilla*

(cinco) para que recién pueda contratar a un trabajador extranjero?²⁷, ¿Por qué establecer un tope máximo a la remuneración del trabajador extranjero?²⁸, ¿Por qué el empleador se ve en la obligación de asumir el costo de transportar al personal extranjero y su familia a su país de origen u otro una vez finalizado el vínculo laboral?²⁹, ¿Por qué exigir que el empleador nacional asuma el compromiso de capacitación al personal nacional en el mismo puesto que está siendo contratado el trabajador extranjero?³⁰, ¿Por qué someter el contrato de trabajo del trabajador extranjero a un límite temporal sin que se le exija la causa objetiva determinante a diferencia de un contrato modal de un trabajador nacional?, ¿Por qué hacer una diferencia entre la indemnización tasada que le corresponde a un trabajador extranjero y un trabajador nacional si es que el vínculo laboral es resuelto de manera unilateral e injustificada por el empleador?³¹

Por lo que, para dar respuesta a estas preguntas procedemos a realizar el test de igualdad respectivo.

2.- Desarrollo del Test de Igualdad.-

²⁷ Artículo 7° del Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros – Decreto Supremo N° 014-92-TR “Para determinar el 20% del número total de servidores a que se refiere el Artículo 4 de la Ley, se procederá de la siguiente manera:

a) Se tomará el total del personal de la planilla, computando conjuntamente a todos los trabajadores, sean nacionales o extranjeros, estables o contratados a plazo determinado, con vínculo laboral vigente. Este número total de servidores será considerado el 100%.

b) Luego, se determinará el porcentaje de la planilla que representan los trabajadores nacionales y el porcentaje que representan los trabajadores extranjeros.

c) Se compara el porcentaje que representan los trabajadores extranjeros frente al porcentaje de 20% autorizado por la Ley, con el fin de apreciar el número de extranjeros que pueden ser contratados.

²⁸ Artículo 8° del Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros – Decreto Supremo N° 014-92-TR “Para determinar si el empleador se encuentra dentro del 30% del total de la planilla de sueldos salarios, a que se refiere el Artículo 4 de la Ley, se procederá de la siguiente manera:

a) Se tomará el total de la planilla de sueldos y salarios que corresponden a los trabajadores nacionales o extranjeros, estables o contratados a plazo determinado, pagados en el mes anterior al de la presentación de la solicitud ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. El monto total resultante será considerado el 100%. En los casos que se pacte el pago de la remuneración en moneda extranjera, se tomará en cuenta el tipo de cambio de venta del día, del mercado libre, publicado en el Diario Oficial por la Superintendencia de Banca y Seguros, vigente al momento de presentación de la solicitud.

b) Luego se determinará el porcentaje del total que representan las remuneraciones de los trabajadores nacionales y el porcentaje que representan las remuneraciones de los trabajadores extranjeros.

c) Se comparará el porcentaje que representan las remuneraciones los trabajadores extranjeros frente al 30% autorizado por la Ley, con el fin de apreciar el monto máximo de remuneraciones que pueden ser otorgadas.

²⁹ “Inciso e) del artículo 14° del Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros – Decreto Supremo N° 014-92-TR “ e) Se deberá incluir además tres cláusulas especiales en que conste lo siguiente:

- Que la aprobación del contrato no autoriza a iniciar la prestación de servicios hasta que no se cuente con la calidad migratoria habilitante, otorgada por la autoridad migratoria correspondiente, bajo responsabilidad del empleador.
- El compromiso del empleador de transportar a personal extranjero y los miembros de la familia que expresamente se estipulen a su país de origen o al que convengan al extinguirse la relación contractual.
- El compromiso de capacitación del personal nacional en la misma ocupación.”

³⁰ IBIDEM.

³¹ Artículo 24° del Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros – Decreto Supremo N° 014-92-TR “Si el empleador resolviera injustificada y unilateralmente el contrato, deberá abonar al trabajador las remuneraciones dejadas de percibir hasta el vencimiento del contrato, las mismas que tienen carácter indemnizatorio. El pago de la remuneración en la forma prevista en el párrafo anterior sustituye a las indemnizaciones por despido injustificado”

Para el desarrollo del Test de Igualdad, el máximo intérprete de la Constitución Política del Estado en su pronunciamiento que resuelve el Caso PROFA, ha determinado cuales son los pasos que deben de observarse en su aplicación y el contenido de cada uno de estos, así tenemos:

- a) *Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de la discriminación.*
- b) *Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.*
- c) *Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).*
- d) *Examen de Idoneidad.*
- e) *Examen de Necesidad.*
- f) *Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.*³²

Siendo este el fundamento jurisprudencial, procedemos a explicar cada uno de sus elementos abordándolos desde la óptica de la normativa que regula la contratación del trabajador extranjero en nuestro país, con la finalidad de realizar el juicio valorativo respectivo, lo cual nos permitirá determinar si es que existe un trato diferenciado o no de estos frente a sus símiles nacionales, esto es:

a) *Determinación del tratamiento legislativo diferente*³³.-

Conforme a lo sostenido por el Tribunal Constitucional se tiene que determinar y desarrollar por separado dos aspectos, como son:

- *Los destinatarios de la norma.*- Para estos efectos y del contenido de las normas que regulan la contratación de los trabajadores extranjeros, estas tienen por objeto que los empleadores sean nacionales o extranjeros que están ubicados en nuestro territorio puedan contratar los servicios de personal extranjero, estando restringida solamente a *mano de obra calificada* (profesionales o técnicos).

³² Fundamento 65 de la STC Exp. N° 00045-2004-AI/TC.

³³ Fundamento 34 de la STC Expediente Nro. 045-2004-PI/TC, “...una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquel se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, *prima facie*, aparece como contraria a la prohibición de discriminación.”

- *El tratamiento diferente*, este se encuentra previsto en que los empleadores sean nacionales o extranjeros tienen que tener una “preferencia en la contratación de un trabajador nacional sobre el extranjero”, esto conforme lo establecido en el Decreto Legislativo Nro. 689 – Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros³⁴. Se materializa el trato diferente al establecer esta “preferencia de contratación” sin que exista justificación razonable y objetiva alguna que permita hacer esa diferenciación, contraviniendo inclusive a lo contenido en el numeral 02 del artículo 2 y el artículo 26 de nuestra Carta Magna, ambos vinculados al Principio - Derecho de Igualdad respectivamente. Este tratamiento diferente también se ve reflejado en el procedimiento de contratación de un trabajador extranjero frente a un nacional en el que la normativa les impone una serie de parámetros y/o requisitos como: observancia de límites porcentuales, se les establece un tope máximo de remuneraciones a percibir, el empleador tiene que asumir el costo del pasaje de retorno del trabajador extranjero y su familia, se les establece un límite temporal en su contratación; los mismos que no son requeridos para la contratación de un trabajador nacional.

En suma, establecer este tipo de “privilegio” y que sea reservado únicamente para los trabajadores nacionales, considero que contraviene y vulnera el contenido esencial del derecho constitucional al trabajo en su aspecto de *acceder a un puesto de trabajo*³⁵ y es aquí donde se manifiesta la *intervención*, lo que ocasiona que a los trabajadores extranjeros se les limite el derecho constitucional antes referido.

***b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad*³⁶.-**

³⁴ Artículo 1° del Decreto Legislativo Nro. 689 – Ley de Contratación de Extranjeros. “Los empleadores, cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales”.

³⁵ Sobre el particular existe amplia doctrina y jurisprudencia en la que desarrollan el contenido esencial del derecho constitucional al trabajo, el cual implica dos aspectos como es el de acceder a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

³⁶ Fundamento 35 de la STC Expediente Nro. 045-2004-PI/TC. “La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles: - Intensidad grave. – Intensidad media. – Intensidad leve. a) Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional. b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo. c) Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.”

En atención a las escalas desarrolladas por el Tribunal Constitucional sobre este punto, consideramos que la intervención en el Principio – Derecho de Igualdad se manifiesta como uno de ***Intensidad Grave*** ya que la preferencia en la contratación a los trabajadores nacionales sobre los extranjeros se sustenta únicamente en el *origen* de estos, motivo que se encuentra proscrito en nuestra Carta Magna, materializándose así una clara discriminación contra estos, asimismo, como consecuencia de esto se les limita el ejercicio pleno de su derecho fundamental al trabajo y su acceso a este, esto conforme lo sustentado en párrafo *ut supra*.

c) *Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)*³⁷.-

A través del análisis de la normativa que regula la contratación del trabajador extranjero tantas veces referida y conforme a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional para determinar la finalidad se tiene que tener en cuenta:

- *El objetivo*, es menester precisar que ambas normas (Ley y Reglamento) fueron emitidas bajo la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979 y en coyunturas sociales, políticas y económicas difíciles que se vivieron durante la época de los años noventa, por lo que el *objetivo* del legislador está marcado por una promoción del empleo, creación de puestos de trabajo, el fomento de la inversión privada – entre otros - que permita impulsar la competitividad de los distintos sectores productivos y dinamizar la economía y el desarrollo del país, para lo cual se adoptaron una serie de medidas y reformas laborales que modificaron sustancialmente la regulación del mercado laboral, como la bastante conocida “flexibilización laboral”, por lo que, dentro de estas medidas adoptadas por el gobierno se encuentran las de la Contratación de Trabajadores Extranjeros, la Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras (Decreto Legislativo Nro. 662), Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (Decreto Legislativo Nro. 757), etc.

³⁷ Ibidem, Fundamento 37 “El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.” Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>

La finalidad, partiendo de que esta tiene que estar vinculada a un derecho, principio o bien jurídico y que va a justificar la legitimidad del objetivo, anotamos que, no se advierte o identifica ninguno de estos, únicamente se logra determinar que el sustento de la proporción preferente para los trabajadores nacionales estaba contenido en lo previsto en la Carta Magna de 1979, buscando así una protección del mercado de trabajo para los nacionales y aprovechar los conocimientos y/o transferencia de tecnología que los trabajadores extranjeros puedan brindar, en ese sentido que, el legislador sustenta la preferencia de contratación de los nacionales frente a los trabajadores extranjeros, y que se ve reflejado con la imposición de los límites porcentuales respecto del personal y de remuneraciones que un empleador tiene que observar cuando desee contratar a un extranjeros salvo las excepciones o exoneraciones establecidas por Ley, situación que en la actualidad resulta perjudicial por contravenir el Principio – Derecho de Igualdad previsto en nuestra Constitución Política vigente; por lo que no existe una razón que justifique esta limitación a los trabajadores extranjeros.

d) El examen de Idoneidad³⁸.-

En este contexto se podría sostener que el tratamiento diferenciado que se realiza para la contratación de un trabajador extranjero en la actualidad carece de idoneidad alguna, toda vez que se advierte que no existe una razón objetiva y razonable que justifique la misma, máxime que por mandato constitucional ninguna persona puede ser discriminada por motivo de origen, por lo que al otorgarles ese tratamiento diferenciado no solo se les vulnera este derecho constitucional, sino que se les impone trabas que redundan en una mayor dificultad para que estos acceder a un puesto de trabajo, si bien es cierto esta situación se veía mucho más limitada antes ya que permitían únicamente la contratación de *mano de obra calificada*, pero con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nro. 1246 se ha ampliado también a *mano de obra no calificada*. En ese sentido, el tratamiento diferenciado al no ser idóneo se concluye que es inconstitucional.

³⁸ *Ibidem*, Fundamento 38 “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención.”

e) *Examen de Necesidad*³⁹.-

Bajo el examen de necesidad, podríamos indicar que la vulneración al derecho al trabajo que se materializa en los trabajadores extranjeros, no se trataría de una restricción necesaria, toda vez que según la tasa de desempleo en el Perú era relativamente baja en el año 1998 era de 6.1% y 5.4% en el año 2000, esto según el diagnóstico Perú 1990-2000 del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, por lo que la empleabilidad ha venido en aumento en la medida en que el producto bruto interno también ha venido aumentando, este comportamiento puede ser explicado por el lado de la oferta del trabajo; asimismo, según los índices de empleabilidad de los trabajadores extranjeros, su contratación también se ha visto incrementada en los últimos años siendo que según data obtenida por el MTPE desde el año 1993 se contaba con 660 contratos de mano de obra extranjera presentados, los mismos que han variado sustancialmente a 8,141 contratos de trabajo presentado hasta el año 2015 respectivamente; siendo esto así podemos concluir que pese a que en los últimos años se contratan cada vez más trabajadores migrantes, también se contratan más trabajadores nacionales, esto significa pues que no existe relación entre la contratación del trabajador extranjero con el trabajador nacional, convirtiendo las restricciones en una medida innecesario que no genera impacto en el mercado laboral nacional.

³⁹ Ibidem, Fundamento 39 “Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos”.

CONTRATOS PRESENTADOS DE MANO DE OBRA NACIONAL Y MANO DE OBRA EXTRANJERA, SEGUN AÑOS 1993 - 15										
AÑOS	CONTRATOS DE MANO DE OBRA NACIONAL							CONTRATOS DE MANO DE OBRA EXTRANJERA (D. LEG. N° 689)		
	FOMENTO DEL EMPLEO (D. LEG. N° 728)				A TIEMPO PARCIAL	A DOMICILIO	PROMOCION DE EXPORTACIONES NO TO ADICIONALES (D.LEY N° 22342)	TOTAL CONTRATOS DE MANO DE OBRA NACIONAL	PRESENTADOS	APROBADOS
	TEMPORAL	ACCIDENTAL	OBRA O SERVICIO DETERMINADO	TOTAL						
1993	n.d.	n.d.	n.d.	247,330	-	-	50,817	298,747	660	n.d.
1994	225,286	6,278	93,018	324,582	-	-	42,331	367,513	1,233	n.d.
1995	258,332	6,070	114,183	378,645	-	-	37,059	415,704	1,559	n.d.
1996	286,452	5,788	143,316	435,556	-	-	43,318	479,474	1,931	1,551
1997	262,320	7,394	163,438	433,812	-	-	42,017	475,829	2,425	2,319
1998	285,339	6,288	153,525	445,152	-	-	45,259	490,411	2,369	2,271
1999	286,634	5,886	163,653	456,173	11,975	-	65,585	533,733	2,637	2,614
2000	293,804	5,635	167,238	466,737	17,518	-	31,041	575,296	2,595	2,536
2001	408,778	3,359	232,554	645,291	27,086	-	119,896	792,273	2,209	2,179
2002	519,312	5,489	268,844	793,645	31,240	-	155,174	980,059	2,609	2,536
2003	557,036	6,019	264,279	827,334	37,007	-	166,110	1,030,451	3,901	3,768
2004	645,371	7,580	312,197	965,148	45,694	-	186,525	1,197,367	2,431	2,219
2005	733,366	7,645	383,867	1,124,878	57,412	-	224,450	1,406,740	2,834	2,361
2006	906,660	10,054	463,657	1,380,371	75,155	-	246,314	1,701,840	3,124	2,426
2007	1,227,857	19,616	563,627	1,811,100	98,809	-	250,635	2,166,604	2,679	2,566
2008	1,393,515	18,636	786,039	2,198,190	131,972	209	272,227	2,602,538	3,329	3,332
2009	1,567,056	22,821	896,505	2,486,382	149,206	209	268,265	2,904,062	3,868	3,778
2010	1,787,426	27,045	1,008,505	2,822,976	155,467	109	273,146	3,251,638	4,125	3,961
2011	1,911,355	32,621	1,123,108	3,127,084	162,279	175	280,872	3,570,410	4,162	4,803
2012	2,087,387	34,274	1,304,110	3,425,771	175,761	110	254,565	3,856,207	5,881	5,622
2013	2,139,409	36,706	1,360,789	3,536,904	198,655	98	238,217	3,973,874	6,799	6,661
2014	2,242,379	36,350	1,358,387	3,637,116	199,899	73	243,866	4,080,954	7,187	7,195
2015	2,283,051	43,077	1,564,825	3,890,953	208,080	55	241,364	4,340,452	8,141	7,487

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA

f) Examen de proporcionalidad

En este punto, se podría sostener que la intervención grave sufrida en el derecho fundamental al trabajo de los trabajadores extranjeros, se colige que resulta en una medida innecesaria toda vez que la referida restricción no genera impacto alguno en la protección del empleo, esta situación se ve corroborada conforme a lo sostenido en el párrafo anterior, es decir, estaríamos ante una restricción que no generaría impacto en la política de la generación del empleo nacional; por lo que no superaría el test de proporcionalidad.

Todo parece indicar que los aspectos mencionados no se justifican con lo que se demuestra en la realidad y que todo se sustenta únicamente en la premisa subjetiva del legislador de que *el trabajador extranjero va a desplazar al trabajador nacional restándoles puestos de trabajo a estos últimos*, máxime que si nuestra actual Constitución Política del Perú ya no hace distinción alguna entre estos, conforme se ha venido sosteniendo.

VII. CONCLUSIONES.-

1. La normativa que regula la contratación de los trabajadores extranjeros en nuestro país, al haber sido promulgada durante la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979, viene colisionando con la actual Carta Magna, específicamente con el Principio – Derecho de Igualdad y el Principio de No Discriminación, situación que vulnera los derechos fundamentales de los trabajadores extranjeros, al verse sometidos a un tratamiento diferenciado que no se encuentra debidamente justificado.
2. Realizada el análisis jurídico pertinente, apreciamos que existe una contradicción entre las normas que regulan la contratación de los trabajadores extranjeros en nuestro país con lo previsto en nuestra norma constitucional vigente y anotando que la situación económica, política y social en la que estas fueron dadas han cambiado drásticamente.
3. En base al test de igualdad, podemos apreciar que no existe una justificación para el tratamiento diferenciado que hasta la fecha se viene efectuado a la regulación de la contratación de trabajadores extranjeros, lo que se demuestra en la realidad la premisa subjetiva del legislador de que el trabajador extranjero va a desplazar al trabajador nacional restándoles puestos de trabajo a estos últimos, resulta ser a todas luces discriminatoria, máxime que si nuestra actual Constitución Política del Perú ya no hace distinción alguna entre estos, de acuerdo al análisis efectuado.
4. Considerando que los indicadores de empleo del mercado peruano han ido variando sustancialmente a través de los años, en tanto a que el índice de desempleo se ha visto reducido sustancialmente, no advertimos medida que justifique continuar con una tratativa diferenciada a para la regulación sobre la contratación de trabajadores extranjeros en nuestro país.
5. Consideramos la implementación de medidas legislativas que modifiquen la normativa vigente en materia de contratación de trabajadores extranjeros y que favorezca la igualdad entre nacionales y éstos.

BIBLIOGRAFÍA

ANACLETO, Víctor

2015 “*Manual de Derecho del Trabajo: Derecho Individual, Derecho Colectivo y Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497*”. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris. P. 203

BLANCAS, Carlos.

2013 “Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CAMACHO, Julio Ismael

2012 “Los Derechos de los Trabajadores Migrantes. Derecho a la Libertad y al Trabajo. México: Editorial Académica Española.

CONGRESO DE LA REPUBLICA

1932 “*Ley N° 7505*”. Lima, 8 de abril.

CONGRESO DE LA REPUBLICA

1971 *Decreto de Ley N° 18969*. Lima, 21 de setiembre.

CONGRESO DE LA REPUBLICA

1991 “*Decreto Legislativo N° 689*”. Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros. Lima, 4 de noviembre.

CONGRESO DE LA REPUBLICA

1992 *Decreto Supremo N° 014-92-TR*. Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros. Lima, 21 de diciembre.

CONGRESO DE LA REPUBLICA

2015 *Decreto Legislativo N° 1236*. Decreto Legislativo de Migraciones. Lima, 25 de setiembre.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2005 “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, cit, párr. 128”. Perú. Consulta: 13 de Agosto de 2016.
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/trabajadorescesados.pdf>

CULQUI, Ángela

2015 “*Los derechos laborales de los trabajadores migrantes en el Perú*”. Tesis de Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

DEFENSORIA DEL PUEBLO

2000 “*La Discriminación en el Perú: Problemática, normatividad y tareas pendientes*”. Serie Documentos Defensoriales: Documento N° 2.

GERONIMI, E.

2004 “Admisión, Contratación y Protección de Trabajadores Migrantes”. *Estudios sobre Migraciones Internacionales*. OIT. Consulta: 23 de agosto de 2016

- http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed.../wcms_201595.pdf.
- FIGUEROA, E.
2012 “*Dimensiones del Derecho a la Igualdad: avances y retrocesos ¿Entre Escila y Caribdis?*”. Lima: Gaceta Constitucional (N° 59),
- MARTINEZ, Benjamín y Gisela INFANTES
2014 “*Manual Práctico Laboral: Tratamiento Legal y Casuística Aplicada*”. Lima: Editorial Entrelineas.
- NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS
1990 “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares”. En *Naciones Unidas derechos humanos Oficina del Alto Comisionado*. Consulta 2 de junio de 2016.
- <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>
- NEVES, Javier
2014 “*Introducción al Derecho del Trabajo*”. Lima; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)
1959 “Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), (núm. 111)”. En *Organización Internacional del Trabajo OIT*. Consulta 2 de junio de 2016.
- http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111
- PLA RODRIGUEZ, Américo
1998 “*Los Principios del Derecho del Trabajo*”. Argentina; Ediciones De Palma.
- RAMIREZ, Wilder.
2010 “*La Constitución Comentada*”. Lima: Editorial Edigraber.
- ROSAS, Joel
2015 “*El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus conceptos clave: Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*”. Lima: Gaceta Jurídica.
- TOYAMA, Jorge
2015 “*El Derecho Individual del Trabajo en el Perú: Un enfoque teórico y práctico*”. Lima: Gaceta Jurídica.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2003 *Expediente N° 0008-2003-AI/TC*. Sentencia: 11 de noviembre de 2003. Consulta: 14 de agosto de 2016.
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2004 *Exp. N° 00045-2004-AI/TC*. Sentencia: 29 de octubre de 2015. Consulta 14 de agosto de 2016.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 *Expediente N° 0261-2003-AA/TC*. Sentencia: 26 de marzo 2003. Consulta: 14 de agosto de 2016.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00261-2003-AA.html>

VALDERRAMA, Luis et al.

2015 *“Régimen Laboral Explicado 2016”*. Lima: Gaceta Jurídica.

VALDIVIA, José.

2013 *“Contratación de Trabajadores Extranjeros en el Régimen Laboral Especial regulado por el Decreto Legislativo N° 1057”*. *Gestión Pública y Desarrollo*. Consulta: 11 de julio de 2016.

http://mail.peruserver.com/gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2013/mar/revges_1807.pdf

VILCAPOMA, T.G.

2003 *“Trámite para la Aprobación del Contrato de un Trabajador Extranjero”*. *Actualidad Jurídica*. (Tomo 116), p. 119-122.

ZAMORA, Mariana,

2015 *“Contratos, Documentos y Formatos Laborales de uso indispensable”*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., p. 37