

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**Propuesta de modificatoria al art. 4° del D. Leg. 689 para promover
contratación laboral de extranjeros en el sector privado**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE

ABOGADO

AUTOR

Jorge Gelsser Giomar Puican Otero

ASESOR

Leyla Ivon Vilchez Guivar De Rojas

<http://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

Chiclayo, 2023

**Propuesta de modificatoria al art. 4° del D. Leg. 689 para
promover contratación laboral de extranjeros en el sector
privado**

PRESENTADO POR
Jorge Gelsser Giomar Puican Otero

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADO POR

Ricardo Vicente Silva Peralta
PRESIDENTE

Igor Eduardo Zapata Velez
SECRETARIO

Leyla Ivon Vilchez Guivar De Rojas
VOCAL

DEDICATORIA

La presente investigación es dedicada para todas las personas más cercanas en mi entorno, especialmente para mi familia, el cual tuve siempre su apoyo incondicional y comprensión como mi madre María Elena, mi padre Jorge Luis y mis hermanas Lissbeth Geraldine y Gerly Fabiola, pues siempre fueron mis guías dándome los mejores consejos en el recorrido de este camino universitario.

ADRADECIMIENTO

Agradecer primero a Dios por guiarme en el camino correcto, a la Dra. Leyla Vilchez Guivar por orientarme, pues sus conocimientos y consejos fueron siempre útiles para realizar este proyecto y a todas las personas involucradas en mi formación académica que estuvieron a mi lado. Gracias por siempre confiar en mí.

Propuesta de modificatoria al art. 4° del D. Leg. 689 para promover contratación laboral de extranjeros en el sector privado

INFORME DE ORIGINALIDAD

23%

INDICE DE SIMILITUD

22%

FUENTES DE INTERNET

9%

PUBLICACIONES

14%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	10%
2	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	2%
3	www.tdx.cat Fuente de Internet	1%
4	tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	1%
6	html.rincondelvago.com Fuente de Internet	1%
7	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	1%
8	documentop.com Fuente de Internet	1%

ÍNDICE

RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	7
I. INTRODUCCIÓN.....	8
II. REVISIÓN DE LITERATURA.....	11
2.1. Antecedentes.....	11
2.2. Bases Teóricas.....	15
2.2.1. Derechos Humanos Universales.....	15
2.2.1.1. Características.....	17
2.2.1.2. Principios.....	19
2.2.2. Derechos Elementales para el Trabajo.....	23
2.2.2.1. Derecho al trabajo como derecho elemental de todo ser humano.....	24
2.2.2.2. El trabajo digno como contenido del derecho laboral.....	25
III. MATERIALES Y MÉTODOS.....	28
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	28
4.1. Contenido esencial del trabajador extranjero.....	28
4.2. Análisis de la regulación del derecho al trabajo y el acceso al empleo del extranjero en el ordenamiento jurídico peruano.....	32
4.3. Regulación de los Estados en el exterior sobre el acceso al empleo del trabajador extranjero.....	35
4.4. Posición de los tratados internacionales respecto a la protección del trabajador extranjero.....	36
4.5. Propuesta de mejora del art. 4 del Decreto Leg. 689 adoptada en el sistema jurídico peruano.....	39
V. CONCLUSIONES.....	41
VI. RECOMENDACIONES.....	42
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA.....	43
VIII. ANEXOS.....	48

RESUMEN

Desde inicios de los noventa y más aún en el año 2016 en Perú ha venido incrementándose la migración extranjera a causa de diferentes conflictos internos que han obligado a los ciudadanos de otros países a trasladarse a nuestra nación para una mejor calidad de vida, buscando ocupar un puesto laboral en las empresas del sector privado, sin embargo, esto no es posible en su totalidad con la vigencia del Decreto Leg. 689 aprobado en 1991 y su reglamento N° 014-92-TR que fue modificado en algunos artículos por el Decreto Supremo 008-2018-TR, que establece un límite para contratar personal extranjero regulado en el artículo 4. Por tal razón, resulta necesario establecer la modificación para mejorar el contenido sobre el porcentaje máximo de fuerza laboral, fijándola dentro de un proyecto de ley, bajo el desarrollo de una investigación sometido a un análisis detallado de las deficiencias que presenta el artículo respecto al porcentaje de extranjeros que deben ser contratados por las empresas privadas y que no está en concordancia con el sistema jurídico nacional, la doctrina, los principios y los tratados internacionales ratificados por el Estado Peruano, lo cual conllevará a elaborar concretamente las mejoras sustanciales del artículo 4 del Decreto Leg. 689 siendo idóneo la ampliación del porcentaje a un 30% con el objetivo de fomentar el acceso al empleo y lograr la tutela del derecho al trabajo.

Palabras claves: Contratación extranjera, acceso al empleo, derecho al trabajo, trabajador extranjero, migración.

ABSTRACT

Since the early nineties and even more in 2016 in Peru has been increasing foreign migration due to different internal conflicts that have forced citizens from other countries to move to our nation for a better quality of life, seeking to occupy a job in private sector companies, however, this is not possible in its entirety with the validity of the Decree Leg. 689 approved in 1991 and its regulation N° 014-92- TR which was modified in some articles by Supreme Decree 008-2018-TR, which establishes a limit for hiring foreign personnel regulated in Article 4. For such reason, it is necessary to establish the modification to improve the content on the maximum percentage of labor force, setting it within a bill, under the development of an investigation subjected to a detailed analysis of the deficiencies that the article presents regarding the percentage of foreigners that must be hired by private companies and that is not in accordance with the national legal system, doctrine, principles and international treaties ratified by the Peruvian State, which will lead to concretely elaborate the substantial improvements of Article 4 of Decree Leg. 689, being suitable the extension of the percentage to 30% in order to promote access to employment and achieve the protection of the right to work.

Keywords: Foreign hiring, access to employment, right to work, foreign worker, migration.

**PROPUESTA DE MODIFICATORIA AL ART. 4° DEL D. LEG. 689
PARA PROMOVER CONTRATACIÓN LABORAL DE EXTRANJEROS
EN EL SECTOR PRIVADO**

I. INTRODUCCIÓN

Desde el pasado, la humanidad ha venido trasladándose de un lugar a otro en busca de una vida más adecuada, por ello, la migración se ha convertido en un hábito más frecuente con la que se ha constituido en uno de los retos más importantes en la globalización que se ha ubicado en el centro de atención de la política con amplios debates tanto en los Estados internos de cada país como en numerosas Organizaciones Internacionales.

Se aprecia que la situación migratoria ha ido en aumento compartiendo un desafío significativo, lo que implica tomar decisiones eficientes en base a principios de justicia e igualdad, adquiriendo beneficios fundamentales.

Así pues, tenemos a los estados de Europa que han empleado más tiempo en realizar medidas restrictivas con mayor severidad en el orden fronterizo y en informar a las naciones que no admitan el desplazamiento de los ciudadanos, dado que, han olvidado aplicar reformas de integración y desarrollar políticas que la Unión Europea y sus estados partícipes habían acordado inicialmente.

Lo paradójico es que los inmigrantes desde inicios del siglo XXI siguen siendo un beneficio en el crecimiento económico y social, ya que, si existe una avanzada edad de los ciudadanos en un determinado Estado, los inmigrantes podrían reemplazarlos de acuerdo a lo propuesto por las Naciones Unidas. Así, se señala que la migración es elemental para considerar la supervivencia de los estados de las naciones europeas. Por ende, se ha venido regulando este fenómeno con el transcurrir de los años para poder constituir elementos que confrontan la situación.

Por otra parte, en América Latina hoy se introduce en una de las peores crisis económicas, sociales, culturales y mayormente política, en los países de Argentina, Colombia, Chile y Perú. Sin embargo, el país más azotado por esta crisis es Venezuela ya que se han visto perjudicados sus vínculos formales, así como el valor en sus productos más importados, que anteriormente era la utilidad más alta que podía tener, pasando incluso el 95% de los ingresos que en la actualidad han caído, asimismo, han sido estatizados medios rentables y otros quebraron porque muchos inversionistas optaron por retirarse ante las pérdidas desmesuradas de sus patrimonios.

Esta situación consiguió un mayor flujo de ingreso de inmigrantes de dicho país que inicialmente era de 8.175 en el año 2016 hasta alcanzar más de 850,000 habitantes en julio del año 2019 (Informe de la Superintendencia Nacional de Migraciones, 2018). Además, se aprecia una cifra de ingresos al país que alcanza los 1.050 000 habitantes solo del país de Venezuela a principios de septiembre de 2021 (El Nacional, 2021, primer párrafo).

Por estas circunstancias, el gobierno se planteó la tarea de combatir este fenómeno, tomando medidas como la de aprobar y conceder el Permiso Temporal de Permanencia (PTP) que actualmente es el Carné de Permiso Temporal de Permanencia (CPP) aprobado mediante D.S. N° 010-2020-IN, para controlar el ingreso, regularizar la situación migratoria y formalizar la ocupación laboral, lo que significó una decisión razonable para el ingreso colectivo de inmigrantes de cualquier país hacia el Perú.

Para tener en cuenta, en nuestra legislación desde el año 1932 se viene regulando los acuerdos laborales de los trabajadores extranjeros pasando por diversos cambios y actualmente es el Decreto Legislativo N° 689 de 1991, otorgado por el ejecutivo, pues formaliza y regula un límite deficiente que está fuera de la realidad migratoria y sobre todo laboral, vulnerando derechos primordiales de los trabajadores de otras nacionalidades seguido de su reglamento N° 014-92-TR (1992) que prioriza la contratación de personal nacional sobre personal extranjero

contraponiendo con nuestra Carta Magna de 1993 que regula que toda persona tiene derecho a un empleo, con el objetivo de progresar en la sociedad para un mejor estatus social, tanto económico como digno. Así, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1124-2001-AA en su fundamento 12 indica que: La carta magna ampara el derecho a acceder a un puesto de trabajo. Además, en el fondo esencial del tema posee dos posturas. Primero de poder tener acceso a un empleo y el segundo de conservarlo sin ser despedidos injustamente. En la primera supone la decisión por parte del Estado en una política en la que los ciudadanos puedan ingresar a un puesto laboral y la segunda en que el despido debe ser justificado (Tribunal Constitucional, 2001, fund. 12).

Además, el Exp. N° 8-2005-PI/TC, Fund.18 señala que: “El trabajo dignifica al ser humano y es beneficioso para la humanidad, porque no solo se transforma adaptándola a las necesidades, sino que se realiza como hombre, es más, en un cierto conocimiento se hace más completo”. (Tribunal Constitucional, 2005, fund. 18)

Con ello, se evidencia un problema de contratación extranjera y nuestro Estado aún no ha resuelto el problema de los límites que establece en relación al personal extranjero, puesto que, con el incremento de la inmigración, las empresas del sector privado deberían de ampliar sus vacantes o puestos de trabajo para los extranjeros. Ante esta realidad desmesurada se plantea el siguiente problema de investigación: ¿Cuáles son las mejoras legislativas necesarias para promover la contratación laboral de trabajadores extranjeros en el sector privado peruano?

Por consiguiente, el desarrollo de la presente investigación se basa en el objetivo general: Proponer la modificatoria del art. 4° del D. Leg. 689, fomentando el acceso al empleo a los extranjeros en el sector privado en el Perú; contribuyendo con la correcta y eficiente regulación respecto a la contratación extranjera. Con la finalidad de cumplir con el objetivo general se estableció dos objetivos específicos: el primero es analizar el contenido esencial del derecho al trabajo y el acceso al empleo de extranjeros en el Perú; y segundo determinar la necesidad de incrementar el porcentaje máximo de contratación de extranjeros por las empresas privadas en el

Perú.

Por estas cuestiones, es relevante realizar el presente trabajo porque nuestra legislación no ha tomado, hasta la actualidad, medidas normativas idóneas que como se evidencia, seguimos manteniendo los límites irracionales respecto a la contratación de trabajadores no nacionalizados, el cual, no estaría acorde con la Constitución, ni con los convenios internacionales, lo que conllevaría a la vulneración de derechos fundamentales. Con todo ello, se contribuiría el respeto a la dignidad de la persona y la correcta aplicación de la norma, acorde a la realidad en el sistema jurídico peruano.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

En el siguiente apartado desarrollaremos el marco teórico-conceptual dando a conocer las diversas referencias bibliográficas que se tomaron en cuenta para la elaboración del presente trabajo. Además, explicaremos los fundamentos científicos y teóricos de nuestra investigación.

2.1 ANTECEDENTES

Con respecto a los antecedentes de estudio, se empieza revisando diferentes fuentes escritas de tesis de pre-grado, magister; así mismo, libros, artículos científicos y revistas que se relacionan con el trabajo de investigación, para lograr los objetivos que se propone.

Aldave O. (2018) en su presente investigación para que obtenga el grado de maestría en derecho de la empresa: “**Contratación de extranjeros**”, presentado en la PUCP, se formuló como objetivo estudiar la extensión de la actividad laboral internacional recalando sus dinámicas políticas, sociales y económicas comprendiendo así que la conducta del estado genera diversos fenómenos, siendo los más importantes los, económicos, políticos y migratorios, etc. El autor llega a las siguientes conclusiones:

Que, el fenómeno laboral no está concentrado en un determinado estado, sino que trasciende más allá de los límites estatales, es así que entendiendo y pretendiendo constituir un ámbito legal sobre la contratación de personas extranjeras, pues es importante tener en entendimiento las relaciones globales, ejemplo de ello, es el alto ingreso de inmigrantes de nacionalidad venezolana en el territorio peruano que se introducen en el mercado laboral con una diferente índole cultural. Por ello, es relevante tener en conocimiento el progreso de las relaciones internacionales porque a través del tiempo ha ido en aumento el flujo migratorio (que en un tiempo no muy lejano se ha venido dando por conflictos internos entre países, por combates con armas de guerra, por gobiernos no demócratas, por terrorismo, narcotráfico, etc.), en tanto, existen desenlaces laborales por todo el mundo, especialmente en América Latina y, haciendo un énfasis, en la actual realidad peruana.

Esta investigación servirá para poder analizar si el estado peruano ha tomado decisiones adecuadas sobre la contratación extranjera basándose en las relaciones internacionales.

Cajo, J. (2017) en su investigación para adquirir la segunda especialidad en D. laboral y la seguridad social: **“La contratación de los trabajadores extranjeros en el Perú: ¿amparando la discriminación laboral por condición de nacionalidad?”**, presentado en la PUCP, tiene como objetivo analizar si en el estado peruano existe algún tipo de discriminación hacia el trabajador residente de otro país. El autor llega a las siguientes conclusiones:

Que la actual norma vigente que legaliza el ámbito laboral de los trabajadores residentes de otra nación constituida durante la Carta Magna de 1979 no tiene armonía con la actual Constitución Política del Perú porque encuentra un trato diferenciado, por lo cual, no respeta el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación que no se encuentra debidamente justificado. Estima que no existe una coherencia entre el DL N°689 y la Carta Magna de 1992 observando que la realidad de los años 90 ha cambiado tanto político, social y económicamente.

Esta investigación nos servirá para identificar si el trabajador de otra nación ha venido teniendo un trato diferenciado o igualitario respecto a la regulación de la contratación laboral regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

Moreno, G. (2017) en su tesis de pre-grado para optar el grado de segunda especialidad en derecho público y buen gobierno: **“Una mirada a la política migratoria y el buen gobierno”**, presentado en la PUCP, tiene como propósito identificar si existe o no un beneficio la llegada de migrantes en un determinado territorio. El autor llega a la conclusión:

La inmigración es una realidad complicada, por ende, se debe fortalecer las políticas que protejan los beneficios que los inmigrantes pueden ocasionar en los Estados y sus habitantes, así como para los propios migrantes y su país de procedencia. La migración no es aquello que se puede obstruir sino gestionar y conducir. Debemos consolidar que nuestras políticas sean adecuadas y admitan los desafíos impuestos por la realidad migratoria y establecer políticas de integración más flexibles que nos permita encaminar a un beneficio social y al mismo tiempo controlar este fenómeno de manera más eficiente.

Nos damos cuenta en el presente trabajo la relevancia de tener una apropiada política de integración para el extranjero a fin de traer consigo beneficios no solo sociales, sino también económicos, ya que, el principal beneficiario sería el país receptor otorgándoles facilidades en su desarrollo.

Baldeón, N. (2017) en su investigación para recibir el título profesional de Licenciado en Gestión, con mención en Gestión Pública: **“Implicancia de los costos de transacción en la contratación de profesionales extranjeros calificados y su influencia en la toma de decisiones: caso PUCP, 2008 - 2016”**, presentado en la PUCP, tiene como finalidad abordar la ineficiencia del marco legal en relación con la migración ya que no cuenta con políticas estratégicas que flexibilice la libre circulación de extranjeros en el ámbito laboral convirtiéndose así en un país más competitivo por un periodo largo. El autor llega a las siguientes conclusiones:

El Perú no solo debe generar progreso e integración para la población peruana sino también para la extranjera aprovechando así las capacidades y talentos de la inmigración, por lo cual, estamos en la necesidad de implementar políticas migratorias accesibles a los ciudadanos de otras nacionalidades incluyendo sistemas de desarrollo como la tecnología, ciencia e innovación. Es adecuado la implementación de un marco legal que incite el empleo de extranjeros para aumentar la actividad productiva del estado peruano. Además, conllevaría a otro beneficio para los peruanos que es adquirir los conocimientos migratorios.

Se aprecia en esta tesis la importancia que puede generar la contratación de un trabajador extranjero aplicando políticas convenientes para la sociedad, dando paso al desarrollo en la integridad y otros aspectos elementales para el beneficio a la comunidad.

García, D. (2019) en su tesis de pre-grado para optar el título profesional de abogado: “**Análisis de la jerarquía normativa del D. Leg. N° 689 y el régimen laboral para venezolanos, regulado en el artículo 12 del DS N° 001-2018-IN**”, presentado en la Universidad Nacional de Piura, tiene como propósito identificar si el estado ha tomado decisiones pertinentes acorde con la realidad actual sobre la inmigración. El autor llega a la conclusión:

La migración y la integración son dos conceptos que están relacionados y Perú no es ajeno a esa noción, ello a la vez, genera relevantes contribuciones en el entorno comercial, social, entre otros; por ello, para referirnos al entorno laboral, es importante señalar la regulación en cada país y no solo basta con legalizar, sino que debe ser modernizado de acuerdo a las necesidades y a la realidad; se debe determinar como viene siendo reglamentada la migración laboral extranjera en cada estado ya que éste viene siendo responsable en desarrollar políticas de migración coherentes, respetando los derechos de las personas. En el Perú la ley que regula la contratación de los trabajadores de origen extranjero específicamente el Decreto Leg. N° 689 fue creada a comienzos de los años 90 teniendo a la constitución de 1979 como referencia, asimismo, la carta magna indica que se dará preferencia a los de

nacionalidad peruana contradiciéndose con la presente Constitución, el cual regula que toda persona tendrá acceso a un puesto de trabajo.

Esta tesis nos sirve como base para el planteamiento de modificar la ley para contratar personal extranjero, el cual, no se adecua a la actual Constitución ni a la realidad migratoria.

2.2 BASES TEÓRICAS

Con el objetivo de permitir una mejor comprensión del tema explicaremos los conceptos señalados en nuestra investigación.

2.2.1 DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada en el año 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) fue el documento legítimo en garantizar la tutela universal de los Derechos Humanos (DD. HH) y hasta la fecha sigue siendo la base de la justicia, la libertad y la paz de todo sistema legislativo internacional.

La elaboración del documento comenzó en el año 1946 con un comité de redacción constituido por representantes de una gran pluralidad de países entre los cuales estuvieron EE. UU, China y Líbano. Un tiempo después el comité se extendió incluyendo a representantes de Francia, Reino Unido, Australia, Chile y la Unión Soviética, lo que posibilitó que el documento se enriquezca con aportaciones de los Estados de distintas regiones en aspectos religiosos, políticos y culturales. Luego, la declaración fue deliberada por los miembros de la comisión de DD.HH. de la ONU y posteriormente fue adoptada por la Asamblea General en el año 1948.

En relación a ello para Truyol y Serra (como se cita en Sagastume, 1991) nos indica que existe derechos del hombre en el entorno histórico-espiritual y corresponde confirmar la existencia de derechos fundamentales que poseemos por el hecho de ser hombre, inherentes a nuestro ser, por la propia naturaleza y dignidad; derechos que deben ser reconocidos, consagrados y avalados por la sociedad política. Esta deducción sumamente racional compromete a los derechos humanos como derechos consustanciales; este concepto se denomina iusnaturalista racionalista. (p.11)

El principio de todo derecho humano es la dignidad de la persona, un valor intrínseco, que se definen en exigir la igualdad y no discriminación, como también la libertad que deben ser admitidas y garantizadas por el ordenamiento legal, no solo a nivel estatal sino a nivel internacional.

En palabras de Novak y Namihas (2004) “tomando como base elemental la dignidad del ser humano se puede indicar que el reconocimiento de los derechos humanos es atribuido a toda persona sin observar alguna distinción ya sea por raza, nacionalidad, sexo, religión, etc.” (p.41)

Asimismo, Praeli (1997) argumenta que: Desde un punto constitucional al tratar el tema de igualdad, corresponde iniciar recalando que existe una doble dimensión: El primero, como un principio rector de todo orden legal de un estado demócrata, siendo un valor elemental y una regla esencial que avala y respalda. El segundo, como un derecho constitucional intrínseco, particularmente requerido, que atribuye un trato de igualdad ante la ley, a cualquier individuo, y no ser objeto de algún tipo de discriminación o trato diferente. (p.63)

Además, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia Exp. N° 0008-2003-AI/TC en su fundamento 4.2 señala que “La dignidad humana es el valor más alto del orden legal y, por lo tanto, es una premisa ontológica de todos los derechos fundamentales”. (Tribunal Constitucional,2003, fund. 4.2)

2.2.1.1. Características

La doctrina les confiere a estos derechos cuatro atributos fundamentales y son:

a) Universal

Respecto de este principio se estima que todo ser humano posee derechos universales que los hacen gozar del contenido de éstos, por el mismo hecho de ser persona natural, pues, es idóneo reconocer su extensión universal. Así, Carpizo (2011) señala “que no solo es un tema de cada Estado sino de toda la sociedad interestatal” (p.16). En razón a ello se han establecido diversas cuestiones como ¿Todos los derechos humanos son universales? ¿Cuáles y cuantos son efectivamente los DD.HH? ¿Son incluidos todos los sujetos a estos derechos pese a sus múltiples diferencias?

Asimismo, se señala erróneamente que los derechos humanos universales se obtienen por el mismo ordenamiento jurídico positivo, pero resulta ilógico estas afirmaciones en la actualidad, ya que se considera que los derechos universales se sitúan en los principios y atribuciones de todo ser humano por el solo hecho de ser persona y no como derechos legales vigentes o reclamables en juicio.

Estos derechos le conciernen a la persona en virtud de su condición, por ende, no pueden ser excluidos su titularidad a ningún tipo de persona, ni a ningún tipo de grupo de personas, porque de no tener esta condición, carecería en todo sentido manifestar los derechos universales de la persona humana.

b) Inalienable

Para Álvarez (2014) “de manera básica estos derechos no pueden ser enajenados, cedidos o transmitidos por el titular” (p.12). Cuando se menciona la inalienabilidad se refiere al derecho que su titular no puede perderlo, independientemente de lo que haga, deje de hacer o el trato que reciba de los demás. Respecto a estos derechos ninguno tiene la facultad ni siquiera de alejarse de forma

voluntaria, por ejemplo, nadie puede ser esclavo de alguien de forma libre, es decir, no se puede quitar, ni ceder a otro.

Existe una relación inquebrantable entre los titulares y los derechos inalienables, pues si bien es cierto, algunos derechos se pueden perder por medio de una renuncia, pérdida legal, transferencia, etc., los derechos inalienables, a diferencia de éstos, no están sujetos a perderse por ningún tipo de modalidades.

c) Progresivo

Conlleva que su protección a nivel regional, nacional e internacional vaya incrementándose irreversiblemente. A la vez, esta característica comprende que los derechos una vez reconocidos es imposible desconocer, no existe marcha atrás.

La progresividad como indica López y Díaz (2014) es lo que “posibilita la incorporación de nuevos derechos humanos en base a todos los derechos consagrados”, Además, puede precisarse y ampliarse los ya existentes tanto nacionales como internacionales. Está relacionado con la fuerza ampliatoria de los DD.HH. lo que significa que el legislador debe tener una interpretación más desarrollada en su aplicación, adhiriendo nuevas garantías para protegerlos y perfeccionarlos.

d) Indivisible

Para Vázquez y Serrano. (2011) nos dice que “el termino indivisible hace referencia que entre los distintos derechos existe unidad”. (p.15). En cuanto a esta característica, se basa en el conjunto de derechos que tutela la dignidad de la persona humana, desde distintos aspectos. Para que sean eficaces no es posible una división, pues, todos los derechos se complementan entre sí porque necesitan unos de otros y son igualmente relevantes.

2.2.1.2. Principios

Los DD.HH. también se identifican por los principios, características y valores, los cuales, tienen una conexión inalterable en base a la dignidad humana y los derechos humanos. Estos principios, características y valores se encuentran contenidos en su propio concepto y argumento material. En esta línea el contenido de los derechos humanos se basa en los siguientes principios.

a) Dignidad Humana

El ser persona conlleva, entre otros aspectos, la facultad de poder vincularse e interactuar ante la sociedad, en virtud de que la sociedad ha sido concebida por el mismo ser humano, quien ha cooperado a estructurarla conforme a su propio beneficio, es decir, en alcance a su felicidad. En esa búsqueda, la persona ha utilizado elementos de protección para defender uno de sus atributos esenciales inherentes más importantes: Su dignidad.

En esta línea, la idea de tutelar la dignidad del ser humano viene desde el derecho positivo en un entorno a nivel nacional e internacional, pues hubo un movimiento revolucionario en protección a los derechos humanos durante el siglo XX.

Con la Declaración Universal de los DD.HH, los derechos económicos, sociales y culturales y los pactos de naciones unidas sobre derechos civiles y políticos, se admite que la dignidad es inherente a todo ser humano, sin diferencia alguna, y establece el cimiento de los derechos fundamentales que le agregan un valor esencial a la persona como sujeto libre perteneciente a una sociedad.

Así, para Cotta S. menciona que, la dignidad es un atributo del hombre de sí mismo, sin importar el valor mayor o menor de sus acciones, a diferencia ontológica, de las cosas y animales que establece la *excellence humaine*. De acuerdo a una extensa costumbre de la filosofía el hombre es, por su origen, un ser con razón y libertad que le son inherentes. (Cotta, 1993, p.200)

En la misma línea para Aparisi refiere que la dignidad humana se configura como una clase de “conciencia jurídica” internacional. Además, podría sustentarse que este principio ocupa el papel que habitualmente ha seguido el Derecho natural, comprendido como principio ontológico y fundamento final del Derecho. Este planteamiento es aplicable también en el entorno del Bioderecho. Así pues, se ha podido verificar que así lo han comprendido todos los documentos legales promulgados hasta el presente, sobre la materia. (Aparisi, 2013, p.204)

Este principio ha ido alcanzando un carácter progresivo, es así que, en el ámbito jurídico y político ha ido relacionándose con otros aspectos jurídicos como la libertad, autonomía e igualdad, que en su conjunto han instituido los valores esenciales de la persona humana y ayudan como precedentes para la creación de normas en el sistema jurídico, específicamente en aquellas normas legales que van a reconocer derechos básicos del ser humano, en el ámbito nacional y global.

Asimismo, Aparisi refiere que reconocer la dignidad implica aceptar una igualdad esencial entre los seres de la naturaleza humana. Como refiere Hervada (como se cita en Aparasi, 2013) a pesar de las radicales desigualdades que dividen a las personas, lo igual en todos, es ciertamente su naturaleza, independientemente de su estatus social o rasgos característicos. En ello se basa la dignidad del ser humano, en ser igual para todos por su naturaleza. (p.209)

Es por ello que la dignidad de los sujetos se ha instituido en los sistemas legales nacionales de cada Estado, específicamente en el contenido de la Constitucionalidad que hace un reconocimiento del principio fundamental del ser humano y puedan ser respetados y tutelados.

b) Igualdad y no discriminación

Respecto a este principio, hace referencia a que todos los seres humanos poseen la misma naturaleza y dignidad. De esta manera para Nogueira. (2006) “este principio es el derecho más básico de todo ser humano y tiene una categoría de *Ius*

Cogens que significa una prohibición de toda diferenciación hecha sobre argumentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados”. (p.08). Este autor hace referencia a la existencia de una prohibición de todo tipo de discriminación

Además, es considerado como el inicio y el fin de los DD.HH. En cuanto a inicio, la igualdad es la base de los DD.HH., es decir, que toda persona titular de derechos tiene el mismo valor fundamental. Respecto al fin, la igualdad se deriva en que toda persona está dotada de los mismos derechos básicos que le son pertenecientes.

La igualdad nos exige verificar las condiciones elementales de todo ser humano en el goce y disfrute de los derechos fundamentales. En esta línea, la igualdad se considera un valioso argumento para los derechos del ser humano contemplados en las mujeres, niños, personas con alguna discapacidad, ancianos y otros grupos en la que la sociedad y el estado se vean comprometidos en su atención, sin ninguna diferenciación de por medio.

Para Rodríguez y Bravo. (2001) Entre el principio de igualdad y no discriminación existe un elemento común que es prohibir las discriminaciones arbitrarias. El juicio de no arbitrariedad es un juicio razonable en base a las diferencias de trato (...) cuya finalidad es establecida por el legislador (p.15).

La igualdad como base esencial de los derechos humanos tiene que ir asociado con política y el modelo económico elegido por la sociedad, para que el Estado pueda amparar a todas las personas el goce mínimo de sus derechos reconocidos internacionalmente, independientemente de donde sea su origen o cualquier otra índole. El objetivo del estado siempre es asegurar a la sociedad, sin exclusión de alguien, el acceso a los derechos más básicos con un sistema distributivo idóneo que nivele las oportunidades y necesidades fundamentales de todo ser humano. Ante ello, nos referimos a la obtención de seguridad social y económica, igualdad en todo aspecto como el trabajo, educación, salud, entre otros derechos básicos que son esenciales para el desarrollo de todo ser humano.

c) Como fundamento de justicia y legitimidad de los sistemas jurídicos

Así, cuando hablamos que el reconocimiento global y la dignidad humana son el fundamento básico de los DD.HH; la tutela de éstos es condición de justicia, por ende, de legitimidad en el sistema jurídico nacional.

El término “legitimidad” debe ser comprendida como una aceptación en la sociedad de una norma o un conjunto de normas que previamente exige un reconocimiento de validez y justicia, es decir, para que un sistema de legal sea acatado íntegramente, es necesario que verse de legitimidad.

En la vida diaria, las personas reconocen la legitimidad de las normas y aceptan que éstas son aplicadas por el Estado y deben ser respetadas, por ello, las normas deben ser acatadas en cualquier circunstancia de la realidad.

Si una norma de un sistema jurídico colisiona directamente contra un principio esencial de la persona, como el principio que ningún sujeto puede ser discriminado por raza, sexo, nacionalidad o cualquier otra índole, no será sencillo lograr el acuerdo de que tal precepto deba ser acatado e incorporado en la sociedad. Es posible que el sistema jurídico al aprobar normas contrarias a los DD.HH que no se adhieran a la realidad perjudique a la sociedad, por ello, su legitimidad sería cuestionada. Los derechos humanos en su dimensión objetiva y como regla general se basan en la producción de normas acordes con la realidad y protección de la persona humana, sin distinción, por eso los DD. HH son un conjunto de normas en relación con la justicia para la sociedad, no solo nacional sino internacional.

Se hace referencia a la internacionalización cuando existe un acuerdo de estados, el cual éstos, se comprometen a respetar y acatar lo pactado en beneficio de todas las partes, por lo que, además de contribuir con el progreso, vinculan a los países pertenecientes a tener una mejor relación con la finalidad de fortalecer la dimensión de justicia. Entonces como existe un acuerdo entre naciones, éstos deben examinar que las normas de DD.HH puedan incorporarse con las normas constitucionales de cada Estado.

Para Rawls (1999) ampara que los DD.HH. poseen tres funciones fundamentales: (i) su satisfacción sería un requisito necesario para la «decencia» de los organismos públicos de la ciudadanía y de sus disposiciones legales; (ii) su satisfacción sería idóneo para descartar cualquier intervención coaccionada en otras poblaciones; e (iii) Instauraría un límite al pluralismo entre los Estados. (p.80)

Queda claro que los derechos humanos es una pieza fundamental de justicia, no necesariamente interna, sino que ésta traspasa fronteras, pues, es un elemento de legitimación de sistemas normativos para el desarrollo humano, además, el primordial aval sería el respeto a la persona, su dignidad y la protección de sus derechos. Los

DD. HH cuentan con una doble dimensión, ya que como son normas internacionales y se incorporan a las normas estatales llegan a ser un componente de legitimación doble en los sistemas legales. Así pues, están dotados de legitimidad internacional y además de legitimidad nacional ante los ciudadanos.

2.2.2. DERECHOS ELEMENTALES PARA EL TRABAJO

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha establecido en su declaración un conjunto de acciones legislativas de colaboración e investigación con la intención de proporcionar un mayor interés a los problemas de las necesidades sociales, entre los que están los trabajadores inmigrantes. Asimismo, la OIT declaró en 1998 los principios y derechos fundamentales en el trabajo, señalando que todos los estados pertenecientes, que son 187, tienen la responsabilidad de promover, respetar y concretar la realidad de los principios y derechos fundamentales; y, son:

- a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
- b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- c) La abolición efectiva del trabajo infantil.

d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.
(Organización Internacional del Trabajo, 1998, p. 11)

Los cuales se introducen en los convenios de la OIT que directamente no abordan la problemática de los trabajadores migrantes, pero comprenden componentes semejantes a los mismos. Estas indicaciones son de aplicación general, dicho de otra manera, se aplica para cualquier trabajador sin ninguna distinción independientemente de su situación migratoria.

Además, la OIT acoge normativas internacionales para el trabajador inmigrante como el convenio N° 97 de 1949, el cual precisa las bases para un tratamiento igualitario entre trabajadores extranjeros y trabajadores nacionales en asuntos de procedimientos de contratos, condiciones de vida y de trabajo (...). Asimismo, en el convenio N° 143 fija la integración de los inmigrantes en los estados de acogida.

Los convenios adoptados por la OIT relacionados a la migración en el ámbito laboral proporcionan una legislación base para la práctica de los Estados en las acciones de regulación migratoria. Por otro lado, las Naciones Unidas en 1990 sostiene en su convención, la protección de los trabajadores que migran a otro país y de sus familiares, basada en los elementos establecidos por la OIT.

Por otro lado, la Declaración Universal de DD.HH. en su art. 7 menciona que; “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Lo cual significa que existe un amplio sistema legal para la migración y su tratamiento para este fenómeno actual.

2.2.2.1. Derecho al trabajo como derecho elemental de todo ser humano

En el derecho existente, hay un valor que se intenta proteger. En la teoría tridimensional de Reale (1997) menciona que en “el derecho hay tres aspectos: la

norma, el valor y la realidad social que se complementan y siempre deben ser analizados por el legislador” (p.69). Para el mismo autor refiere que la lucha constante del derecho para su reconocimiento, empieza por una pretensión moral razonada, que cuando se comienza a generalizar es incorporada en el ordenamiento. Dicha pretensión moral una vez identificado en el sistema jurídico, pasa a emanar límites con los poderes del estado y con la misma sociedad. Por ejemplo, en la declaración de Viena de 1993 señala los DD.HH. como “patrimonio innato de todos los seres humanos”, otorgando en relieve su naturaleza universal y además hace un reconocimiento sobre los diversos patrimonios culturales, históricos y religiosos. Además, en la declaración de los DD.HH. de 1948 pone en realce el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todo individuo como base para la justicia, libertad y la paz mundial. Lo que se destaca de estas declaraciones es el valor y el centralismo que se encuentra la persona humana, independientemente de la cultura que pertenezca, además de la igualdad anexado con la dignidad y derechos.

Los derechos sociales son también DD.HH. En el entorno del D. al trabajo como derecho fundamental y humano, se indicó que éste derecho es reconocido en muchos instrumentos de carácter internacional.

Por ello, el derecho al trabajo en el ámbito civilizatorio y democrático sigue siendo un mecanismo eficaz de gestión y moderación del acceso al empleo que promueve la distribución del salario, reduce la desigualdad y hace digno a la persona estableciendo una vida decente.

El valor legislativo del D. a laborar no solo se comprende como un derecho con eficacia de regulación sino como un componente central que orienta a que la finalidad del máximo empleo sea estimado en las actuaciones del poder público como el privado.

2.2.2.2. El trabajo digno como contenido del derecho laboral

No solo hay que tener derecho a trabajar, sino también a calificar el entorno

laboral. No basta solo en conseguir trabajo, sino que debe tener condiciones adecuadas y que garantice una vida acorde con la dignidad de la persona. Así, es indispensable realizar un recorrido sobre el reconocimiento del trabajo en el ámbito supranacional para entender que trabajar dignamente es inherente y acorde con la finalidad del derecho al trabajo, pues está incluido en su protección.

En efecto, existen diversos mecanismos globales que consagran el derecho a trabajar, así como lo consagran Constituciones de diferentes países. No obstante, al observar este derecho no contempla solo el trabajo, sino además condiciones mínimas que deben otorgarse. Así, en el artículo 23 de la Declaración Universal de los DD.HH. regula lo siguiente:

Artículo 23.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualquier otro medio de protección social. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, p.07)

Las condiciones justas de trabajar deben ser propios del ordenamiento jurídico nacional e internacional y a la vez proporcionar una relación inherente de trabajo – dignidad. Por ello, al otorgar trabajo en pésimas condiciones no satisface el valor verdadero que contiene el derecho a laborar. Así, el elemento “dignidad” trae consigo una precisión más acertada del contenido del derecho al trabajo.

Por ende, el contenido de trabajar dignamente abarca el derecho a la libre elección, a una retribución apropiada que produzca una vida íntegra, comprende

también el derecho a no ser discriminado y sobre todo a la tutela contra el desempleo, acorde con la declaración.

Otro mecanismo internacional que encontramos es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre del 1966 que manifiesta el derecho a trabajar. Así en el artículo 6 y 7 del PIDESC establece lo siguiente:

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativa y satisfactoria que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores;
- b) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
- c) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- d) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- e) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, p.03)

Como se observa la PIDESC extiende el contenido del derecho al trabajo previsto anteriormente en la Declaración Universal de DD. HH, pues no se puede hablar de laborar, si no existe una garantía en la posibilidad de obtener un trabajo digno para una vida apropiada, puesto que, la persona humana es el parámetro de la dignidad del trabajo porque éste tiene un valor ético.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

El presente proyecto de investigación es cualitativa de tipo documental, pues se busca examinar documentos y datos sobre el problema, objeto de estudio, teniendo como principales fuentes de información, datos digitales, como tesis, libros, artículos científicos, revistas digitales, etc. Se ha utilizado el método analítico para realizar una descomposición del objeto de estudio en sus componentes constitutivos el cual versa sobre la contratación extranjera, por ende, se tendrá en cuenta el estudio de la información adquirida. Además, se ha utilizado la técnica del fichaje (Fichas textuales y bibliográficas) que permitirá estructurar el cimiento teórico de la investigación.

Teniendo en cuenta lo que persigue este trabajo de investigación, para su realización se ha considerado el siguiente procedimiento que implica la argumentación, coherencia y observación de la realidad problemática, planteamiento y análisis del problema y de los objetivos (general y específicos), propuesta de hipótesis, compendio y selección de información documental para la argumentación coherente y razonable del informe final.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Contenido esencial del trabajador extranjero

Al señalar a un trabajador extranjero nos referimos a aquella persona que ha realizado un traslado de su país natal a otro, el cual no es originario, para realizar

diferentes tipos de actividades en el mercado laboral, aportando con su fuerza de trabajo en el desarrollo social y económico en el país residente.

Respecto al trabajador de otra nacionalidad, nuestro sistema legal precisa su concepto en el Decreto Leg. N° 1236 – D.L de Migraciones en su art. 7 indicado como (...) “toda persona que no posea nacionalidad peruana” (Decreto Legislativo N° 1236, 2015, p.02)

Por ello, se establece que el trabajador extranjero es aquel que no es de origen peruano y que realiza una prestación de servicios en nuestro territorio de manera individual, bajo una relación de subordinación por parte del empleador a cambio de una retribución dineraria.

Según Anacleto (2015) señala como trabajador extranjero “(...) a toda persona que trabaja en el estado peruano, pero no son procedentes de Perú, ni de nacimiento, ni por nacionalización”(p.05). Pues se evidencia que un ciudadano procedente del extranjero no pertenecería al Perú por no cumplir ciertos requisitos.

El trabajador extranjero se traslada al Perú, por diversos motivos o conflictos internos que suceden en su país de origen, buscando una mejoría en su vida y un futuro prometedor, conocidos como migrantes.

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

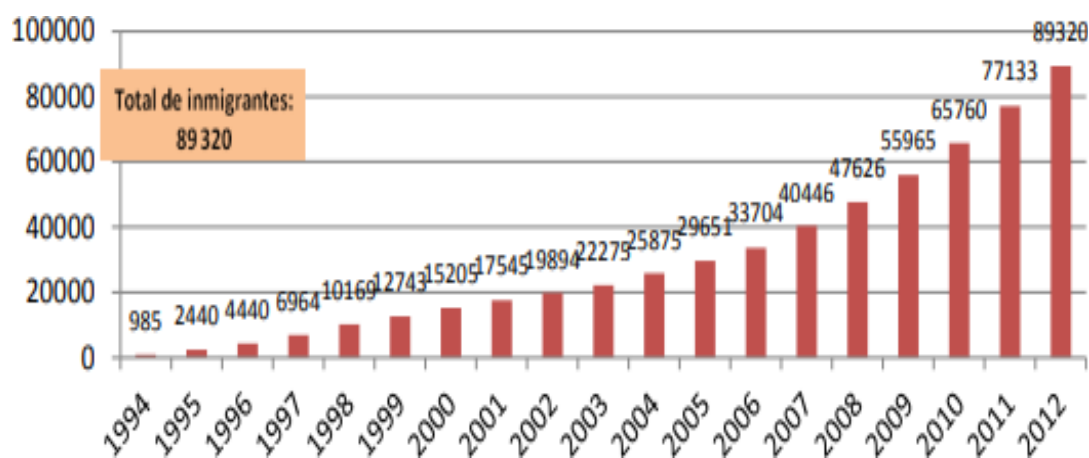
- “Migrantes Forzados” entendiéndose como aquellos que son desplazados fuera de su país debido a guerras, desastres naturales, persecución políticas o torturas, siendo los refugiados y los solicitantes de asilo los más representativos; y
- “Migrantes Voluntarios o Económicos” como aquellos que se trasladan 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.

Bajo estos conceptos podemos diferenciar el tipo de migración que se produce por parte de los extranjeros en el Estado Peruano y observar como contribuirían económicamente este fenómeno.

El tema migratorio genera controversias en EE.UU, y en la Unión Europea, pero en Perú no se ha manifestado desde antes de la vigencia de la Constitución del 93. Desde el año 1994, como se aprecia en la siguiente tabla, ha venido incrementando el flujo de inmigrantes, de manera que, causa un gran impacto en el ámbito laboral; y en la actualidad ha sido poco debatido, por ejemplo, el asunto de la contratación de extranjeros en nuestra nación.

Figura 1

Incremento de inmigración de extranjeros en Perú según periodo de entrada, 1994 - 2012



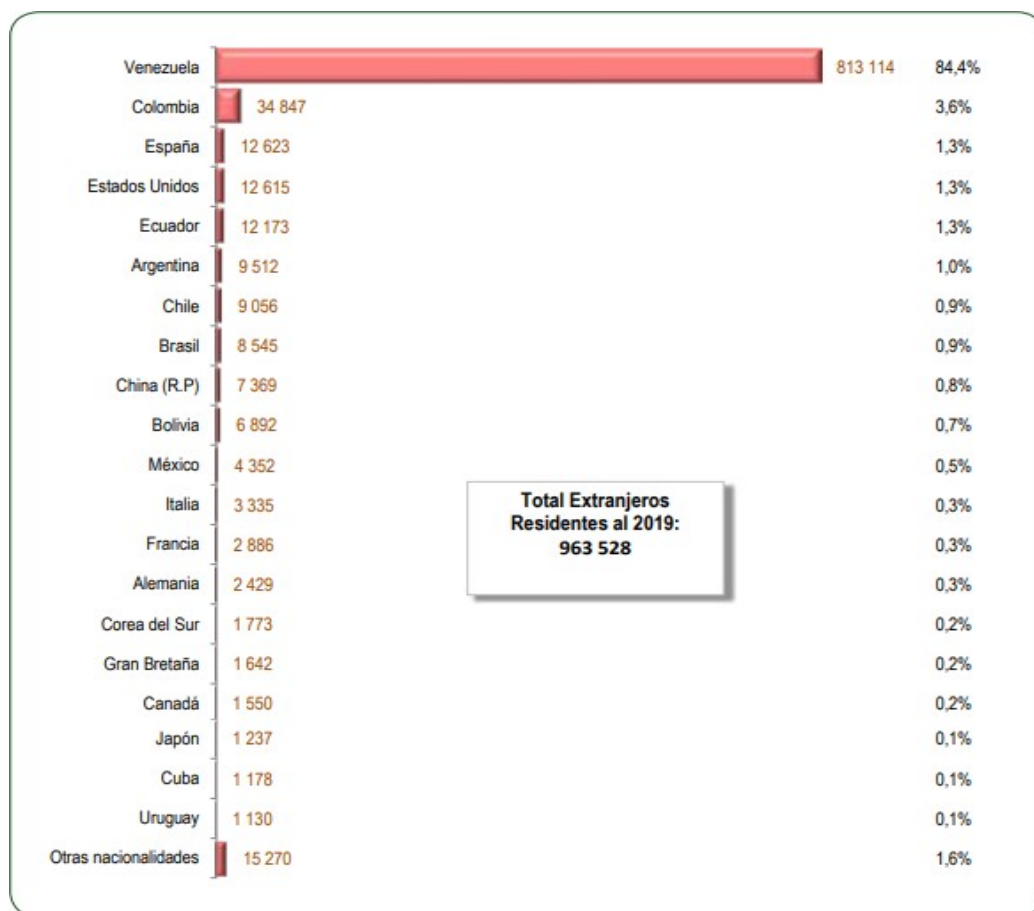
Nota: Grafico extraído de Culqui (2015)

En los inicios de los años noventa el número de inmigrantes residentes en Perú era reducido debido a conflictos originados por el terrorismo y la crisis económica de los ochenta. Además, en la década de los años ochenta existió un mayor flujo migratorios de peruanos hacia el exterior, así pues, para los nacionales no era posible vivir en su propia nación peor aún para los extranjeros que querían domiciliarse en nuestro territorio, por ello, en esas épocas la llegada de inmigrantes tenía una tasa

muy baja pero en la actualidad la realidad y la economía es distinta y hasta el 2019, de acuerdo al siguiente gráfico, evidenciamos un inminente aumento de inmigrantes extranjeros, por lo tanto es necesario hacer un análisis en las regulaciones sobre el derecho al trabajo y acceso al empleo que le brindan a las personas provenientes del exterior.

Figura 2

Ingreso de extranjeros al Perú según nacionalidad, al 2019



Nota: elaborado por INEI (2019) y extraído de Superintendencia Nacional de Migraciones.

4.2. Análisis de la regulación del derecho al trabajo y el acceso al empleo del extranjero en el ordenamiento jurídico peruano

El Estado Peruano ha regulado la contratación de personas de otras nacionalidades mediante el Decreto Leg. N° 689 “Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros” y su reglamento el D.S. N° 014-92-TR.

En efecto, el contrato de trabajo se define como una institución esencial sobre la que se sustenta el derecho individual laboral con un acuerdo de voluntades entre el trabajador y empleador, constituyendo un vínculo jurídico con obligaciones recíprocas, bajo una prestación de servicio y subordinación, a cambio de un salario apropiado.

Por otra parte, cuando se promulga el Decreto Leg. N° 689 se encontraba en vigor la Constitución Política del Perú de 1979 que fue promulgada en el gobierno del presidente Fernando Belaunde Terry en el que se encontraba el artículo 42° refiriéndose a la Contratación de Trabajadores.

Cabe indicar que, en el último párrafo del artículo mencionado, se habría dado prioridad al trabajador nacional, mas no hubo un pronunciamiento respecto al trabajador extranjero, vale decir, que el Estado establece regulaciones a los trabajadores peruanos dentro del marco constitucional. Al no incluirse a los trabajadores extranjeros en sus normativas, el Estado podría haber ejercido arbitrariamente el poder de libre decisión sobre ellos, olvidando los pactos internacionales que tutela a todo trabajador.

Artículo 42: (...) “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.” (Constitución Política del Perú, 1979, p.08)

Así pues, cuando una empresa realiza funciones y por la misma necesidad requiere de personal extranjero con mano de obra calificada, el empleador podría acordar su contratación, pero en menos proporción que los nacionales.

Existe también grandes éxodos de extranjeros que abandonan su país, por diferentes motivos de por medio, estos pueden ser conflictos políticos, sociales, guerra, devaluación de su economía, por ello, deciden abandonar su nación y junto a su familia buscan un mejor estatus de vida en todo sentido y ésta se consigue mediante esfuerzo y trabajo arduo como ya se ha indicado. Por ello, la Constitución de 1979 mediante su regulación, el Decreto Legislativo señala el porcentaje de puestos de trabajo que pueden ocupar las personas de origen extranjero, esta regulación apunta a no afectar el Derecho al Trabajo que principalmente favorece a la población peruana.

Cabe indicar que nuestra actual Carta Magna respecto al tema de la proporción preferente de trabajadores peruanos sobre los de origen extranjero, no se encuentra apreciada. En efecto, son pocos los artículos de la Constitución del 93 que tienen un vínculo con el artículo 42° de la anterior Carta Magna.

Lo que regula la actual Constitución son los siguientes artículos:

- El Artículo 22° Nos indica el deber y el derecho del trabajo, así como su protección y fomento.
- El Artículo 23° Nos señala la atención prioritaria del gobierno respecto del derecho al trabajo. La protección de la madre, menores e impedidos que trabajan. (Constitución Política del Perú, 1993, p.05)

Queda en evidencia que los legisladores que elaboraron nuestra actual Carta Magna no han tomado como referencia el tema de la “proporción preferencial” respecto de los nacionales sobre los extranjeros, no obstante, en el Artículo 26 inc. 1° indica el respeto al Principio de Igualdad de oportunidades, sin discriminación alguna.

De acuerdo al Art. 26 nos muestra “El respeto por el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación”, (Constitución Política del Perú, 1993, p.06) por ende, el estado peruano deberá proteger la igualdad de todo sujeto que ha sido recibido en el país y amparar sus derechos como persona sujeto de derechos, entre

los cuales se recalca el derecho a laborar, regulado en el Art. 22 de la constitución.

En cuanto al Decreto Leg. 689 que fue promulgado en el 91 tomó como base el artículo 42° de la Constitución del '79, el cual refiere sobre la preferencia del Estado al contratar a un trabajador peruano a diferencia del extranjero, en efecto, el Estado regula al trabajador nacional dentro del marco constitucional y no considera mucho al trabajador de otra nacionalidad, puesto que, el Estado ejercía su autoridad de forma pasiva en relación con el trabajador extranjero, utilizando su poder inadecuadamente para preferir el comercio laboral peruano, suprimiendo garantías del comercio laboral extranjero.

El aumento del flujo migratorio en nuestro territorio, ha sido motivo del presente proyecto y concretamente el análisis del Decreto Leg. mencionado, que regula la contratación del extranjero bajo el régimen laboral del ámbito privado.

El D.L N° 689 de fecha 4 de noviembre del año 91, abarca en su controvertido artículo 4 “Las empresas podrán contratar personal extranjero hasta el 20% del número total de sus empleados. Sus remuneraciones no podrán exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios”. (Decreto Leg. 689, 1991, p. 02)

En este contexto debemos precisar que nuestro ordenamiento laboral peruano posee una mayor restricción respecto a la contratación del personal de origen extranjero. Así, para estos efectos jurídicos de la presente norma se tiene que realizar una investigación referente al porcentaje de contratación de trabajadores de otra nación, por parte de la empresa. La norma advierte en su contenido que es factible contratar hasta un 20% incluyendo a servidores, empleados, obreros; y sobre su retribución salarial también se indica un límite, que no puede sobrepasar el 30% del total de la remuneración en planilla, de lo contrario la empresa estaría incurriendo en una conducta penal.

En relación a los porcentajes limitativos, nuestro ordenamiento peruano específicamente el Art. 7° del Reglamento de la Ley de Contratación de Extranjeros, D. S. N° 014-92-TR, precisa que para calcular el 20% del total de empleados se tendrá que:

- Tener en consideración a todos los empleados de la planilla, personal nacional y extranjero que posean una relación laboral vigente, ellos serán tomados en cuenta para su totalidad que es el 100% de la empresa.
- Con el total de trabajadores que laboran y representan en la empresa corresponde calcular el porcentaje del personal peruano y extranjero.
- Teniendo el número completo del personal de origen extranjero se compara con el porcentaje que la ley señala no exceder. (Reglamento del Decreto Legislativo N° 689, 1992, p. 02)

Por ello a continuación se realizará una comparación con diversos países observando si su sistema jurídico tiene un límite para contratar a trabajadores del extranjero.

4.3 Regulación de los Estados en el exterior sobre el acceso al empleo del trabajador extranjero

LEGISLACIÓN COMPARADA

ESPAÑA

Se menciona que en la legislación de este país europeo por medio de su sistema Orgánico de Extranjería, se observa que no existe un límite respecto a la contratación del personal de diferente nacionalidad, pero se exige que para autorizar dicha contratación el extranjero deberá cumplir con una serie de gestiones para conseguir la autorización idónea de la institución competente.

COLOMBIA

Según Baldeón (2017) indica que este sistema legislativo no opta por restringir derechos respecto a la contratación de trabajadores de otra nación, y respecto sobre su contribución salarial, sin embargo, para realizar la tramitación existe una desigualdad en la cantidad de requisitos que se debe cumplir para poder

contratarlos ya que tiene que ser aprobado por el Ministerio del Trabajo del respectivo País. (p.18)

ECUADOR

Por otro lado, en el sistema legislativo de este territorio por medio de su Constitución del año 2008, en el artículo 9 indica “Los ciudadanos extranjeros que se encuentran en el espacio ecuatoriano poseerán los mismos derechos y deberes que los ciudadanos ecuatorianos”, por ende, no ponen límites respecto a la contratación de personal extranjero, asimismo, deberán cumplir con diferentes exigencias por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y movilidad humana.

PARAGUAY

En cuanto al sistema legislativo de Paraguay en su Código del Trabajo en el capítulo III indica las limitaciones a la libertad de contratación, el cual, no señala ninguna restricción en contratar personal extranjero. Cabe precisar que su mismo Código establece que está elaborado en concordancia con la Declaración Universal de DD. HH; por ello resulta conveniente respetar el derecho al Trabajo para cualquier tipo de persona sin ningún tipo de impedimentos.

URUGUAY

Respecto al sistema legislativo de Uruguay por medio de la Ley N° 18250 y Decreto N° 394/009, señala la manera de como efectuar los acuerdos con el trabajador extranjero, el cual, no se observa algún límite establecido, además su Carta Magna se encuentra relacionado con la normativa internacional.

4.4 Posición de los tratados internacionales respecto a la protección del trabajador extranjero.

Tomamos en cuenta los principales mecanismos internacionales en los que se va a fomentar y proteger los DD.HH. de las personas, como también los derechos

laborales, con el objetivo de erradicar todo tipo de discriminación, estableciendo directrices de protección que tienen como instrumento el Principio de Igualdad y el de No Discriminación, por esta razón, resulta apropiado elaborar el siguiente cuadro:

Tabla 1

Tratados Internacionales ratificados por el Estado Peruano

INSTRUMENTO	APROBACIÓN Y/O RATIFICACIÓN	OBJETIVOS
Convenio sobre el asunto de 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 supranacional respecto a la erradicación de todas las formas de Discriminación Racial existentes en la sociedad.	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 cívicos y políticos estableciendo parámetros a la tutela y garantía eficiente
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 en materia de DD. HH. (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, independiente de que se encuentren en situación regular o irregular.
La Convención Internacional respecto a la erradicación de todas las formas y maneras de discriminación contra la mujer existentes en la comunidad.	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.

Nota: Cajo (2017)

Es relevante apuntar que estos mecanismos globales están integrados en nuestro sistema legal peruano, pues, la CIDH ha elaborado métodos para la aplicación del Control de Convencionalidad, el cual indica 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. Esto implica que los tribunales del estado peruano no solo tienen la tarea de realizar un control interno, comprobando que lo decidido por ellos tengan relación, no solo con las normas jurídicas internas, sino también tomando como base los convenios o tratados internacionales en los que el Estado pertenezca.

4.5 Propuesta de mejora del art. 4 del Decreto Leg. 689 adoptada en el sistema jurídico peruano.

Como se ha podido demostrar, la forma en la que se encuentra regulada el artículo 4° del D. Leg. 689 hasta ahora, carece de elementos racionales y proporcionales que limitan su adecuada función, y esto es, el derecho al acceso a un puesto de trabajo para una persona de nacionalidad extranjera.

En la actualidad, en nuestro territorio para acceder a un puesto laboral es complicado, más aún si eres de otro país, agregándole a ello el crecimiento gradual que se ha venido desarrollando en los últimos años del flujo migratorio que ha tenido como destino la nación peruana que dificulta, más aún, conseguir un puesto de trabajo. Por estas razones, se propone la mejora y modificatoria del artículo 4 del D. Leg. 689 aprobada el 04 de noviembre de 1991, a favor de aumentar el acceso al empleo para las personas de diferente nacionalidad, el cual a la fecha solo permite que solo un grupo del 20% pueden integrarse al campo laboral como trabajadores extranjeros transgrediendo así el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

En ese sentido lo que se busca es plantear el aumento del porcentaje al 30% del personal extranjero en el sector privado para promover su contratación en el campo laboral peruano relacionándose con la actual Constitución que adopta el respeto por los DD. HH., tales como el derecho a la igualdad y a la no discriminación, respeto a la dignidad de la persona, el derecho a un empleo o trabajo y otros derechos internacionales que se han ido mencionando durante la presente investigación, demostrando la problemática del presente decreto.

El objetivo de esta investigación es salvaguardar los derechos esenciales de cada persona, además la protección del derecho al trabajo. De esta forma se pretende fortalecer nuestro sistema jurídico por el bien común de la sociedad respetando sus derechos supranacionales.

4.5.1. Propuesta de modificatoria del artículo 4 del Decreto. Legislativo 689

Por el bien común de un sistema jurídico nacional y una sociedad desarrollada con relación al orden público se propone la mejora de este artículo, que como se ha dicho antes, no guarda relación con la realidad actual que el Perú presenta, por ello se plantea la siguiente propuesta:

Artículo 4.- Las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta del **30%** 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.

Así, con este aumento de porcentaje se amplía las oportunidades de trabajo en el sector privado para las personas de origen extranjero que quieran residir en el territorio peruano y puedan tener una vida digna acorde al reconocimiento de sus derechos humanos y a la vez puedan gozar de un ambiente apropiado para el desarrollo de su vida.

V. CONCLUSIONES

a) El contenido esencial del derecho al trabajo tiene dos vertientes: el derecho a acceder a un empleo y el derecho a mantenerse en él, además el acceso al empleo está protegido para nacionales y extranjeros. La contratación de extranjeros regulado en el artículo 4 del Decreto Leg. N° 689 proporciona determinados límites, el cual, aparentemente lograría la adecuada participación del extranjero en tener acceso al empleo respetando su derecho al trabajo, sin embargo, ha quedado demostrado que dicha regulación contraviene lo que establece nuestra Constitución y lo que indica nuestro Tribunal Constitucional. Si bien el Decreto instaure dichos límites, éste no se adecua a las normas generales ni internacionales acordadas, por lo que, nuestra legislación estaría incurriendo en un deficiente análisis y aprobación de normas, vulnerando derechos fundamentales en agravio de la sociedad.

b) Durante el incremento del fenómeno migratorio, el Estado ha venido adoptando medidas restrictivas cada vez más severas y burocráticas en relación con el control de las fronteras, olvidándose de promover políticas de integración, considerando que los extranjeros refugiados también deben ver garantizados sus derechos fundamentales, como lo es el derecho al trabajo. Ante ello es necesario incrementar el porcentaje máximo al 30% de contratación de extranjeros por las empresas privadas en el Perú, contribuyendo en el desarrollo del campo laboral peruano.

VI. RECOMENDACIONES

a) Con la firmeza de contribuir en el impulso de una apropiada contratación de personal extranjero sujeta a principios, derechos fundamentales y promoción del empleo, se debe realizar la modificación idónea para mejorar el contenido del artículo 4 del Decreto Leg. N° 689 aumentando el porcentaje establecido acorde con la realidad que está atravesando nuestro territorio, con el objetivo de fomentar el acceso al empleo y respetar los derechos elementales que toda persona posee por ser sujeto de derechos sin distinción alguna ya sea por raza, nacionalidad, sexo, religión, etc.

b) Con el objetivo de mantener el sentido eficiente y de integridad de la ley de contratación extranjera, es pertinente que el legislador continúe realizando modificaciones promoviendo el acceso al empleo y tutelando el derecho al trabajo que no impulsa el artículo 4 del Decreto Leg. 689, el cual, apertura la vulneración de los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

c) Que las empresas privadas acaten lo que regula el Estado Peruano sobre el debido cumplimiento del aumento del porcentaje de contratación de personal extranjero, además que los organismos supervisores competentes como el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) vigilen a las empresas, a fin de cumplir la naturaleza imperativa de la ley.

I. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

López, A. y Díaz, H. (2014). Derechos Humanos. <https://n9.cl/jrh60>

Anacleto, V. (2015). Manual de Derecho del Trabajo - Derecho individual - Derecho colectivo y Nueva Ley Procesal de Trabajo. Lima: Lex & Iuris.

Sagastume, S. (1991). ¿Qué son los derechos humanos? evolución histórica. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/15872r.pdf>

Cotta, S. (1993). El derecho natural y la universalización del Derecho.

Rawls, J. (1999). Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia.

Reale, M. (1997). Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integrada del derecho. Madrid: Tecnos.

https://enriquedussel.com/txt/Textos_200_Obras/Filosofos_Brasil/Teoria_tridimensional_derecho-Miguel_Reale.pdf

Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25), 3-29.

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88520881001>

Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et veritas*.

Rodríguez, M. y Bravo F. (2001). Igualdad y no discriminación en el empleo. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1556/b1205769.pdf?sequence=1>

Tamayo, M. (2004). El proceso de la Investigación Científica. México: Limusa.

Nogueira, H. (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y

acciones positivas.

<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Baldeón, N. (2017). Implicación de los costos de transacción en la contratación de profesionales extranjeros. Lima.

Vázquez, L. y Serrano, S. (2011). Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf>

ARTICULO

Aparisi, A. (2013). El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. *Cuadernos de bioetica*, 24(2), 201-221.

<https://www.redalyc.org/pdf/875/87528682006.pdf>

Álvarez, I. (2014). Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles. *Revista de humanidades de Valparaíso*, (4), 63-80.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5652353>

Camacho, J. (2012). Los derechos de los trabajadores Migrantes. Derecho a la Libertad y al Trabajo. México: Académica Española.

ARTICULO PERIODISTICO

Anónimo (2021, 28 de setiembre) Número de venezolanos en Perú supera las poblaciones de cinco estados del país. Nacional. <https://www.elnacional.com/venezuela/numero-de-venezolanos-en-peru-supera-las-poblaciones-de-cinco-estados-del-pais/>

TESIS

Aldave, O. (2019). Contratación de extranjeros. Lima-Perú. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://n9.cl/eoxxj>

Cajo, J. (2017). La contratación de los trabajadores extranjeros en el Perú: ¿amparando la discriminación laboral por condición de nacionalidad? Lima-Perú. [Tesis de segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://n9.cl/54cfd>

Moreno, G. (2017). Una mirada a la política migratoria y el buen gobierno. Lima - Perú. [Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://acortar.link/tfKHGX>

Baldeón, N. (2017). Implicancia de los costos de transacción en la contratación de profesionales extranjeros calificados y su influencia en la toma de decisiones: caso PUCP 2008 – 2016. Lima – Perú. [Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://acortar.link/9TmyuN>

García, D. (2019). Análisis de la jerarquía normativa del DL N° 689 y el régimen laboral para venezolanos, regulado en el artículo 12 del DS N° 001-2018-IN. Piura-Perú. [Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional de Piura]. <https://acortar.link/X8NiKT>

Culqui, A. (2015). Los derechos laborales de los trabajadores migrantes en el Perú. Lima-Perú. [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36892.pdf>

ARTICULOS DE LA CONSTITUCIÓN DEL PERÚ

Constitución Política del Perú 1993, art. 22, 23, 26

Constitución Política del Perú 1979, art. 42

NORMAS LEGALES

Decreto Legislativo N° 689, Ley que regula la contratación extranjera. (4 de noviembre de 1991).

http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/descargar/DECRETO_LEGISLATIVO_689.pdf

Decreto Supremo N° 014-92-TR, Reglamento del Decreto Leg. 689. (21 de diciembre de 1992).

<https://www.oas.org/dil/Migrants/Peru/Decreto%20Supremo%20N%C2%B0%20014-92-TR.pdf>

Decreto Supremo 008-2018-TR, Que modifica el Decreto Supremo N° 014-92-TR. (13 de septiembre del 2018). <https://n9.cl/gtubz>

Decreto Legislativo N° 1236. De Migraciones. (26 de septiembre del 2015).

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-de-migraciones-decreto-legislativo-n-1236-1292707-6>

Declaración de la OIT. (18 de junio de 1998).

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf

Declaración Universal de DD.HH. (10 de diciembre de 1948).

https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Transl

[ations/spn.pdf](#)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (16 de diciembre de 1966).

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/escr_SP.pdf

JURISPRUDENCIA

Sentencia. N° 8-2005-PI/TC (Lima). (12 de agosto de 2005). Tribunal

Constitucional Peruano. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

Sentencia. N° 0008-2003-AI/TC (Lima). (11 de noviembre de 2003). Tribunal

Constitucional Peruano. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Sentencia N° 1124-2001-AA/TC (Lima). (11 de julio de 2002). Tribunal

Constitucional Peruano. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>

ANEXOS

1. Decreto Leg. 689 (1991) [Ley para la contratación de trabajadores extranjeros]
2. Decreto Supremo 014-92-TR (1992). [Reglamento de la ley para la contratación de trabajadores extranjeros]
3. Tribunal Constitucional de Lima (2001). Expediente N° 1124-2001-AA [Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A.]
4. Tribunal Constitucional de Lima (2003). Expediente Exp. N° 0008-2003-AI/TC [Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001]
5. Tribunal Constitucional de Lima (2005). Expediente Exp. N° 8-2005-PI/TC [Juan José Gorritiy más de cinco mil ciudadanos contra la Ley N.° 28175]