
LA CONSTITUCIÓN COMENTADA

TOMO I

Análisis artículo por artículo

Obra colectiva escrita por
166 destacados juristas del país

Director
Walter Gutiérrez

Segunda edición aumentada,
actualizada y revisada

GACETA
JURÍDICA

AV. ANGAMOS OESTE 520 • MIRAFLORES
☎ (01) 719-8500 / FAX: (01) 241-5223
www.gacetajuridica.com.pe

Artículo 22

Deber y derecho al trabajo

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 1, 2 inc. 1), 15), 23 y ss., 58, 59, 3º D.F.T.; C.P.Ct.: art. 37 inc. 10); C.P.: art. 168; D.U.D.H.: arts. 23, 24, 25; P.I.D.E.S.C.: arts. 6, 7; P.S.S.: arts. 6, 7

Jorge Toyama Miyagusuku

I. Marco general

Un análisis sobre el contenido y alcances de este artículo no puede realizarse sin dejar de tener en cuenta los criterios del Tribunal Constitucional.

El derecho al trabajo ha tenido una interpretación constitucional que ha evolucionado notablemente, a tal punto que es, seguramente, el derecho que suele ser más utilizado por el Tribunal Constitucional en las sentencias de amparo laborales. Diríamos que, de un derecho interpretado tradicionalmente como programático o de preceptividad aplazada —y cuyo alcance se reducía a una escueto desarrollo interpretativo—, se ha pasado a un derecho con un contenido concreto, inmediato y exigible mediante acciones de garantía —especialmente desde el año 2002 donde el TC declaró inconstitucionales las normas que prevén que la indemnización es la reparación ante un despido—.

Se ha pasado, por consiguiente de un contenido del derecho al trabajo equivalente a la libertad de trabajo —como concepto genérico— a un contenido del derecho al trabajo concreto que se manifiesta en el acceso, desarrollo y extinción de la relación laboral.

Conviene precisar que la esfera del deber al trabajo no será materia de análisis. El deber de trabajo descrito en el artículo 22 viene a ser como una obligación general a los ciudadanos sin una sanción concreta, es una suerte de “llamada a la participación en el interés general (...)”, de lo que se trata es de vincular este deber al principio de solidaridad social⁽¹⁾.

En primer lugar, estamos ante un derecho que aparece recogido en las normas internacionales sobre derechos humanos. De los instrumentos más relevantes a efectos de apreciar los alcances del derecho comentado, tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos destaca que comprende la libertad de elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, así como la protección contra el desempleo (art. 23); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para garantizarlo, debiendo figurar la orientación y formación profesional, la ocupación plena y productiva (art. 6); y el Protocolo Adicional a la

(1) SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Trotta, Valladolid, 1996, p. 95.

Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que el derecho del trabajo incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna, que importa orientación vocacional para alcanzar un pleno empleo, proyectos de capacitación y programas de atención familiar (art. 6).

Todo este contenido forma parte de la Constitución, a tenor de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Carta Magna, que introduce a los instrumentos internacionales dentro de la interpretación constitucional.

Ahora bien, conviene diferenciar este derecho al trabajo de la libertad de trabajo recogida en el numeral 15 del artículo 2 de la Constitución. La libertad de trabajo importa la concesión general a favor de toda persona para determinar la forma, lugar, modalidad de trabajo (por cuenta propia o por cuenta ajena), así como la obligación del Estado de no tener injerencia sobre la libre determinación de las personas. En tanto, el derecho del trabajo viene atado de una actuación estatal de brindar y garantizar las condiciones de trabajo mínimas para que las personas puedan trabajar.

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional ha indicado en la STC Exp. N° 661-2004-AA/TC:

“(...) el derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo”.

En nuestra opinión, el contenido esencial del derecho del trabajo tiene dos aristas: una general, como principio general que importa la aplicación de herramientas y mecanismos de protección a favor del trabajador, esto es, el principio protector como pauta de actuación del Estado, y otra concreta y específica que se expresa en las manifestaciones o etapas del desarrollo de la relación laboral (contratación, promoción, extinción, etc.).

Sobre la primera manifestación del derecho al trabajo, el propio Colegiado Constitucional ha indicado:

“El Derecho del Trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22 y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el Derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos fundamentales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica” (STC Exp. N° 0628-2001-AA/TC).

II. Contenido del derecho al trabajo

Para el Tribunal Constitucional, el derecho al trabajo tiene un contenido laboral definido, concreto y exigible: acceso (por ejemplo, la aplicación del principio de primacía de

la realidad), desarrollo (el derecho a la promoción o ascenso) y extinción (la reposición ante despidos sin expresión de causa) en las relaciones laborales: todas estas etapas del contrato laboral están comprendidas dentro del contenido. No estamos, por consiguiente, ante un derecho programático.

Veamos primero la interpretación sobre el acceso a las instituciones laborales. En tanto acción de amparo, el demandante debe basarse en una norma constitucional para interponer la acción. En la gran mayoría de ocasiones el Tribunal ha indicado que el principio de primacía de la realidad se encuentra implícitamente reconocido en los artículos 22 y 23 de la Constitución⁽²⁾ y, sobre ellos, ha declarado fundadas las acciones de amparo (STC Exp. N° 991-2000-AA/TC)⁽³⁾:

“El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (art. 22) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (art. 23). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos”.

Por otro lado, el criterio del Alto Tribunal sobre los alcances del derecho al trabajo también se extiende a los supuestos de ascensos o promociones que no son otorgados por los empleadores al personal:

“Debe entenderse que la relación laboral surgida entre el actor y la emplazada –independientemente de que se haya suscrito un contrato a plazo fijo– es de duración indeterminada, toda vez que, como alega el recurrente a fojas 223 de autos, la convocatoria al mencionado concurso público no señaló plazo de contratación alguno para el puesto sometido a prueba, argumento que no ha sido contradicho ni desvirtuado por la demandada. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que, al haberse dado por concluida la relación laboral, se ha vulnerado el derecho al trabajo previsto por el numeral 22 de la Carta Magna” (Exp. N° 2226-2003-AA/TC)⁽⁴⁾.

Finalmente, el tema más controvertido. El Tribunal Constitucional ha interpretado que el derecho al trabajo reconocido en la Constitución otorga al trabajador protección contra

(2) Sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad por el TC, se puede ver TOYAMA, Jorge. “El principio de primacía de la realidad en las sentencias del Tribunal Constitucional”. En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. AMAG & SPDTSS. Lima, 2004, p. 33 y ss.

(3) La misma referencia aparece en la STC Exp. N° 525-99-AA/TC-Cajamarca, STC Exp. N° 598-2000-AA/TC-Puno y STC Exp. N° 731-99-AA/TC-Loreto.

(4) Al respecto, en otro proceso, el TC indicó lo siguiente: “Que por el contrario los vicios o irregularidades alegados por la parte demandada respecto del Concurso en que resultó ganador el demandante, no han sido en ningún momento demostrados y en todo caso el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 12.2 de la Directiva de Concurso Interno de Personal por parte de la Gerencia General en lugar de avalar dichas suposiciones, la debilitan pues reflejan que el demandado ha tenido en todo momento la inexcusable intención de dejar sin nombramiento al demandante” (STC Exp. N° 0008-1997-AA/TC).

un despido sin expresión de causa, y ello importa que el trabajador tenga derecho a ser re- puesto en una acción de amparo.

Para el Tribunal, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución, importa la imposibilidad de no ser despedido sino por causa justa, de tal manera que cualquier despido sin expresión de causa, resulta atentatorio con la Constitución:

“Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa” (Exp. N° 1124-2001-AA/TC).

En nuestra opinión, la Constitución solo desarrolla los lineamientos genéricos, buscando “contener” solamente disposiciones generales que aspiran a ser permanentes (estabilidad de salida) y, de otro, se permite que la ley regule materias que pueden variar en el tiempo de acuerdo a las circunstancias (estabilidad de entrada).

Como se ha advertido, el Tribunal estima que el despido incausado supone una lesión a la libertad de trabajo, no brindándose la protección adecuada ante el despido arbitrario. No se puede, sin embargo, dejar de tenerse en cuenta que el derecho al trabajo (art. 22) tiene en la propia Constitución un desarrollo que es el mandato al legislador para regular la protección contra el despido arbitrario (art. 27). Así, no puede existir una lectura aislada del derecho al trabajo sin tener en consideración la delegación legal para brindar la protección adecuada ante el despido (art. 27). Se puede afirmar que el artículo 22 de la Constitución prevé un contenido genérico que es desarrollado o delimitado por el artículo 27 al referirse a la delegación legal sobre el desarrollo de la protección ante un despido.

Entonces, cuando el legislador ha indicado que la protección es el pago de una indemnización, ha observado el mandato constitucional. Al respecto, se ha indicado:

“La opción legislativa por la improcedencia de los despidos que no se adecuan a los requisitos formales exigidos es – pese a las críticas que puedan hacerse – una opción legal y constitucionalmente válida (...) y sobre todo, en cuanto el legislador ha tenido buen cuidado en salvar los mínimos de inconstitucionalidad, sancionando con nulidad los despidos que vulneren derechos fundamentales”⁽⁵⁾.

(5) GALIANA MORENO, Jesús. “Algunas consideraciones sobre la improcedencia del despido por razones formales”. En: AA.VV. (Coordinador: Javier Gárate). *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997, p. 97.

En España, hasta las reformas del año 1994, se construyó la doctrina jurisprudencial de los despidos radicalmente nulos, por los cuales se sancionó, ante una falta de regulación precisa en las normas legales, que la reposición era la protección adecuada ante un despido incausado, ante un despido verbal. Luego, cuando las normas legales reformularon el sistema legal del Estatuto de Trabajadores e indicaron que los despidos por lesión de forma (léase incausados) no concedían la reposición al centro de trabajo sino el pago de una indemnización y devengados o reposición a opción del empleador, parte de la doctrina española criticó esta variación pero no se consolidó y, a la fecha, la mayoría admite que no existe una lesión a un derecho fundamental cuando nos encontramos ante un despido incausado.

El sistema español, donde se reconoce a nivel constitucional el derecho al trabajo (al igual que el Perú), no impone como inobservancia a los supuestos de incumplimiento de los requisitos formales del despido —llamados despidos improcedentes—, la reposición al centro de trabajo, pues se confiere al empleador la posibilidad de optar entre la reposición al centro de trabajo o el pago de la indemnización⁽⁶⁾. Ciertamente, debemos reconocer que hay quienes inicialmente criticaron la modificación legal por afectar a los trabajadores y no responder a conferir una reparación adecuada ante un despido⁽⁷⁾, pero también hay otros —que, entendemos, es la posición que habría ido consolidándose— que la apoyan y la consideran como válida dentro del esquema normativo⁽⁸⁾, hasta se ha dicho que la nulidad de los despidos improcedentes ha pasado a ser una “curiosidad histórica”⁽⁹⁾. Más todavía, los pocos pronunciamientos judiciales no han cuestionado la nueva protección legal⁽¹⁰⁾.

Finalmente, lo que se exige en la Constitución es una protección adecuada contra el despido, y esta existe: el pago de la indemnización. No se vacía de contenido a la estabilidad laboral si no se sanciona con la reposición los casos de despidos incausados. El contenido esencial de la estabilidad laboral supone una protección que, en función del mandato constitucional y a las normas internacionales —como veremos en el siguiente punto—, tiene contenido diverso (reposición, indemnización, seguro de desempleo y otra forma de protección) y no único (como lo declara el Tribunal).

Sin perjuicio de lo indicado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que cada legislación determinará la forma de protección contra el despido arbitrario. Ante

(6) Por todos, véase MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2001, p. 721 y ss.

(7) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Los supuestos de readmisión en el despido*. Tecnos, Madrid, 1996, p. 151 y ss. En la misma línea, PEDRAJAS, Abdón. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Trotta S.A., Madrid, 1992, p. 303 y ss.

(8) Una reseña puede verse en ROMÁN VACA, Eduardo. “El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la ‘Reforma de 1994’”. En: *Presente y futuro de la regulación del despido*. Coordinador: Jaime Castiella. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 383 y ss.

(9) ALONSO OLEA, Manuel. “Introducción general al despido y a sus causas”. En: *Estudios sobre el despido*. ACM. Madrid, 1996, p. 12.

(10) RIERA, Carlos. *El despido nulo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 138.

ello, el Tribunal ha indicado que el Protocolo Adicional no es aplicable pues es una norma mínima que puede ser mejorada por la normativa interna (aplicación de la norma más favorable)⁽¹¹⁾. Nos preguntamos: ¿cuál es la norma nacional más favorable que contempla el derecho a la reposición ante un despido incausado? No existe ninguna norma. Más bien, se ha desplazado la norma aplicable (Protocolo Adicional) por una interpretación aislada del contenido de la protección adecuada ante el despido incausado⁽¹²⁾.

Estimamos que el Colegiado Constitucional no ha utilizado adecuadamente los criterios de interpretación normativa. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución expresamente anota que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados sobre la materia aprobados por el Perú. En esta línea, el contenido del derecho al trabajo y de la estabilidad laboral, reconocidos en los artículos 22 y 27 de la Constitución, respectivamente, debe ser interpretado de conformidad con lo previsto en los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional que se refieren a los mismos derechos. Pues bien, expresamente, el artículo 7.d del Protocolo Adicional anota que cada legislación establecerá el mecanismo de protección contra el despido arbitrario. En suma, se delega a cada país la posibilidad de regular la protección que estime conveniente ante un despido arbitrario.

El legislador peruano ha optado por la indemnización a favor de todo trabajador despedido. Así como se ha indicado, nos encontramos ante un esquema legislativo “no por razones naturales (o intrínsecas), sino porque esta es la opción de política jurídica cristalizada en la ordenación legal del despido injustificado”⁽¹³⁾.

En este sentido, resulta ajustado a la Constitución que el artículo 27 indique que la protección contra el despido arbitrario será precisado por el legislador. Y el legislador peruano ha establecido que la protección se contrae en el pago de una indemnización tasada, “sin margen para que el juez estime la cuantía de los daños y perjuicios que se presumen *ex lege* causados por el despido o derivados sin más de este, indemnizándose la ruptura culpable del contrato y no los perjuicios que esta cause, que pueden no existir, aunque normalmente existan”⁽¹⁴⁾.

Para conocer el contenido de un derecho fundamental, se debe acudir a las normas internacionales y si estas establecen una determinada regulación, ella se debe observar por el Alto Tribunal para apreciar la constitucionalidad de un dispositivo de nivel primario.

(11) Vide: STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC, f. j. 12.

(12) En el mismo sentido, puede verse NEVES MUJICA, Javier. “Los conceptos y los efectos de la sentencia del Caso Telefónica”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 49, Gaceta Jurídica, Lima, octubre, 2002, p. 49.

(13) MONEREO PÉREZ, Luis & MORENO VIDA, María Nieves. “Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo”. En: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Tomo II, Revista de Derecho Privado. Director: Efrén Borrajo Dacruz, Madrid, 1994, p. 376.

(14) ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, Ma. Emilia. “La improcedencia del despido (art. 56)”. En: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*. Revista Española de Derecho del Trabajo. Madrid, 2000, p. 1167.

De no haber regulación en las normas internacionales, recién sería posible interpretar el contenido de un derecho fundamental.

Al existir un tratado internacional que no contempla a la reposición como una sola fórmula de protección contra el despido arbitrario, sino que se prevé un contenido genérico, no se puede limitar el criterio de interpretación y establecer una excluyente protección ante el despido incausado: la reposición al centro de trabajo. En suma, para la apreciación del contenido del derecho al trabajo, el Tribunal ha inaplicado el Protocolo Adicional y brindado un contenido único al despido incausado: la reposición al centro de trabajo.

Algunos sostienen que el Protocolo Adicional prevé la causalidad del despido como contenido del derecho al trabajo, en la medida que dicho pacto indica que todo trabajador tiene derecho a: "La estabilidad (...) en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación". En tal sentido, se indica que el propio Protocolo Adicional contiene la institución de la causalidad en el despido⁽¹⁵⁾; sin embargo, consideramos que la instauración de la causalidad del despido no trae consigo que, en caso de trasgresión, la protección sea exclusivamente la reposición en el centro de trabajo. Es el propio Protocolo que prevé que la protección puede ser la indemnización, reposición, seguro de desempleo u otra forma prevista legalmente. Hay, pues, un abanico de protección laboral que debe ser determinado por el legislador en cada país.

Por lo demás, el Convenio OIT 158 (no ratificado por el Perú, pero que tiene el carácter de una recomendación) no prescribe la reposición como medio de reparación al centro de trabajo. Al respecto, se ha dicho, en función del referido convenio que: "Nada impide, por lo tanto, al legislador nacional regular los aspectos reparadores cuando el empresario incumple la formalidad previa al despido disciplinario, y ello a través, en nuestro caso, de una alta indemnización compensatoria por la resolución contractual injustificada"⁽¹⁶⁾.

Por todo lo expresado, consideramos que la tesis del Tribunal que el artículo 22 de la Constitución importa que todo despido sin expresión de causa sea inconstitucional, no se adecua a nuestro esquema constitucional. Se ha dejado de tener en cuenta lo expuesto en el artículo 27 de la Constitución que delega a la ley la forma de protección ante un despido arbitrario, además de que se obvia la aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel. "Introducción general al despido y a sus causas". En: *Estudios sobre el despido*. AA.VV. ACM, Madrid, 1996; ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE, María

(15) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Derecho al trabajo y despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 49, Gaceta Jurídica, Lima, octubre, 2003, p. 30. En la misma línea, GARCÍA GRANARA, Fernando. "El derecho al empleo y el despido arbitrario". En: *Revista Derecho y Sociedad*. N° 19. PUC, Lima, pp. 251 y 252.

(16) MIÑAMBRES PUIG, César. *El despido disciplinario verbal y el Convenio N° 158 de la OIT*. En: AA.VV. (Coordinador: Javier Gárate). Ob. cit., p. 102.

Emilia. "La improcedencia del despido (art. 56)". En: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*. Revista Española de Derecho del Trabajo. Madrid, 2000; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Derecho al trabajo y despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 49, Gaceta Jurídica, Lima, octubre, 2003; GALIANA MORENO, Jesús. "Algunas consideraciones sobre la improcedencia del despido por razones formales". En: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. AA.VV. Javier Gárate, Coordinador, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Los supuestos de readmisión en el despido*. Ed. Tecnos, Madrid, 1996; GARCÍA GRANARA, Fernando. "El derecho al empleo y el despido arbitrario". En: *Revista Derecho y Sociedad*. N° 19, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 2001; MONEREO PÉREZ, Luis & MORENO VIDA, María Nieves. "Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo". En: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. AA.VV. Efrén Borrajo Dacruz, Director. Tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994; NEVES MUJICA, Javier. "Los conceptos y los efectos de la sentencia del Caso Telefónica". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 49, Gaceta Jurídica, Lima, octubre, 2002; PEDRAJAS, Abdón. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Ed. Trotta S.A., Madrid, 1992; RIERA, Carlos. *El despido nulo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; ROMÁN VACA, Eduardo. "El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la 'Reforma de 1994'". En *Presente y futuro de la regulación del despido*. AA.VV. Jaime Castiñeira, coordinador. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997; SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Ed. Trotta, Valladolid, 1996; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El principio de primacía de la realidad en las sentencias del Tribunal Constitucional". En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. AMAG & SPDTSS, Lima, 2004.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Además de la jurisprudencia citada por el autor de este comentario puede revisarse la STC Exp. N° 00005-2008-PI/TC, según la cual es contenido esencial del derecho al trabajo el acceder a un puesto y no ser despedido sino por causa justa. Asimismo, la STC Exp. N° 10777-2006-PA/TC, también desarrolla el contenido esencial del derecho al trabajo (NOTA DEL EDITOR).

Artículo 23

Atención prioritaria del derecho al trabajo. Protección de la madre, menores e impedidos que trabajan

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. (...).

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 1, 2 incs. 15), 24.b), 4, 22 y ss., 58, 59, 3a DFT; C.P.Ct.: art. 37 inc. 10); C.P.: art. 168; C.N.A.: arts. 19, 22, 40, 48 y ss.; Ley 27240; Ley 28048; D.U.D.H.: arts. 23, 24, 25; C.D.N.: art. 32

Elmer Huamán Estrada

I. Ámbito subjetivo de protección

La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 23 de la actual Constitución de 1993⁽¹⁾ resalta como objeto de protección prioritaria por parte del Estado al “trabajo” en sus diversas modalidades. Con esta disposición, debemos afirmar que el ámbito subjetivo de protección estatal no comprenderá solo el trabajo asalariado o dependiente, sino que con este término se encuentra incluido también el trabajo independiente o autónomo. Esta inclusión se justifica debido a que, en la actualidad, se “presenta una situación de desequilibrio del autónomo en sus relaciones con sus empresas-clientes, con ciertas similitudes a lo que sucede respecto del trabajador asalariado”⁽²⁾, por lo que se hace necesario insertar el trabajo independiente en el conjunto de las políticas laborales estatales.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en nuestro medio esta disposición constitucional ha sido parcialmente desarrollada a nivel infraconstitucional, pues solo se ha enfocado la protección legislativa al trabajo asalariado, y, de manera aislada, se han

establecido normativas para ciertos trabajadores independientes (trabajador ambulante⁽³⁾, lustradores de calzado⁽⁴⁾ y estibadores terrestres⁽⁵⁾), careciendo nuestro país de una normativa sistemática que regule el trabajo autónomo.

II. Reconocimiento del principio protector o tuitivo

Con este dispositivo constitucional, adicionalmente, podemos afirmar que, a nivel constitucional, nuestro ordenamiento reconoce el principio tuitivo o protector⁽⁶⁾, principio a través del cual se busca “establecer un amparo preferente frente a una de las partes: el trabajador”⁽⁷⁾. Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciando en este sentido y ha señalado que este principio “se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, principio pro operario y los contenidos en el artículo 23 de la Constitución)”⁽⁸⁾.

III. Protección especial a favor de la madre, el menor de edad y la persona impedida que trabajan

El legislador constitucional ha establecido, además, una “acción afirmativa” a favor de la madre, el menor de edad y la persona impedida que trabajan. Este tipo de acción, conocida también por la doctrina como “discriminación positiva” o “discriminación inversa”, se justifica porque, tal como señala Bidart Campos, “resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa ‘discriminación’ se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa de benefician”⁽⁹⁾. No obstante, estas medidas singulares de acción positiva serán solo aplicables en tanto subsistan las situaciones que las sustentan y deberán ser medidas “razonables y proporcionadas” en relación con el objeto perseguido en cada caso, esto es, deben perseguir como fin corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho y así garantizar, en la práctica, su plena igualdad⁽¹⁰⁾.

(1) El artículo 42 de la Constitución de 1979, a diferencia de la actual Constitución, señaló que: “(...) El trabajo en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato. (...)”. Sobre esta distinción terminológica, Blancas Bustamante ha señalado que la Constitución de 1979 establecía claramente la obligación del Estado de brindar protección al trabajo en todas sus modalidades, mientras que la actual solo le impone el deber de brindarle “atención prioritaria” y limita la protección a tres categorías de trabajadores: la madre, el menor de edad y el discapacitado. Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2011, p. 315. En un sentido contrario, Boza Pro nos expone, en relación con esta diferenciación terminológica, que “si bien hay una diferencia de orden semántico entre una norma y otra, no nos parece que la misma sea sustancial, si entendemos que la atención ‘prioritaria’ supone tener un especial cuidado o poner el énfasis en la protección de las categorías establecidas por el constituyente”. Cfr. BOZA PRO, Guillermo. “La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano”. En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2009, p. 71.

(2) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2008, p. 46.

(3) Regulado mediante Decreto Supremo N° 005-91-TR.

(4) Regulado mediante Ley N° 27475.

(5) Regulado mediante Ley N° 25047.

(6) En un mismo sentido, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. cit., p. 316; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 32; y, BOZA PRO, Guillermo. Ob. cit., p. 68.

(7) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 61.

(8) STC Exp. N° 1124-2001-PA/TC, f. j. 12 b). Encontramos definiciones de este principio en otras sentencias como la STC Exp. N° 00008-2005-PI/TC, f. j. 20; y la STC Exp. N° 10777-2006-PA/TC, ff. jj. 4 a 7.

(9) BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 388.

(10) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. 18ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 123.

La protección especial brindada a estos tres grupos de trabajadores ha sido abordada a nivel supranacional y cuenta también con normas infraconstitucionales y con sentencias de nuestro Tribunal Constitucional desarrollando este dispositivo:

1. Protección a la madre trabajadora

En relación con la madre trabajadora, nuestro país ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación y los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo N° 100 (Convenio sobre igualdad de remuneración), N° 111 (Convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación) y 156 (Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares) de la OIT. También debe observarse lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (art. 4 numeral 2), la Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (art. 10° numeral 2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10 segundo párrafo), y la Decisión N° 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo.

A nivel interno, existen normas enfocadas a proteger a la madre trabajadora, ya sea durante el desarrollo o al momento de la extinción de la relación laboral. Así, por ejemplo, existe la Ley N° 28048, Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, norma legal que ha sido desarrollada por el Decreto Supremo N° 009-2004-TR. Asimismo, existe la Ley N° 26644, norma que regula el derecho de descanso pre y posnatal de la trabajadora gestante, norma que ha sido reglamentada a través del Decreto Supremo N° 005-2011-TR. Por otro lado, tenemos la Ley N° 27240, Ley que otorga el permiso por lactancia materna, norma legal que ha sido modificada por la Ley N° 27591 y precisada por la Ley N° 27403. También debe tenerse en cuenta la Resolución Ministerial N° 374-2008-TR, en la que se han establecido los listados y lineamientos para garantizar la salud de la trabajadora gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto.

Finalmente, la norma laboral⁽¹¹⁾ ha establecido como causal de nulidad del despido que la extinción de la relación laboral se base en el estado de embarazo de la trabajadora.

Sobre la protección de la madre trabajadora, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que: "La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el

(11) El artículo 29 literal e) del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señala que es nulo el despido que tenga por motivo: "El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa".

periodo que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las posturas organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el artículo 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja"⁽¹²⁾.

2. Protección al menor de edad que trabaja

Respecto al menor de edad, nuestro país ha ratificado dos Convenios de la OIT que regulan esta situación: el Convenio N° 138 (Convenio sobre la edad mínima) y N° 182 (Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil). Por otro lado, resulta necesario acudir al Código de los Niños y Adolescentes, norma en la cual se establecen varias definiciones que permitirán brindar una protección adecuada al menor de edad que trabaja.

Nuestro Tribunal Constitucional ha fundamentado esta protección especial al menor de edad de la siguiente manera: "El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar"⁽¹³⁾.

3. Protección a la persona con incapacidad que trabaja

En lo concerniente a la persona con discapacidad que trabaja, nuestro país ha ratificado los Convenios de la OIT N°s 111 (Convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación) y 159 (Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas). Asimismo, a nivel interno, existe la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, que establece ciertos beneficios para las personas con discapacidad, así como para los empleadores que contraten personas con esta condición.

Para concluir, consideramos que la extinción de la relación laboral de la persona que sobreviene en discapacidad después de haber celebrado un contrato de trabajo es inválida y susceptible de ser impugnada a través del despido nulo, procediendo su reposición en su puesto de trabajo⁽¹⁴⁾. Sobre esta última protección de la persona con discapacidad que trabaja frente al despido basado en dicha condición, el Tribunal Constitucional, analizando un caso relacionado con esta situación, ha señalado que "el demandante ha sido despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido (...). En tales circunstancias, resulta evidente que, tras producirse una modalidad de despido nulo como la antes descrita, procede la reposición del demandante como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos"⁽¹⁵⁾.

(12) STC Exp. N° 05652-2007-AA/TC, f. j. 51.

(13) STC Exp. N° 03330-2004-PA/TC, f. j. 35.

(14) Así lo establece el artículo 31.2 de la Ley N° 27050: "Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad".

(15) STC Exp. N° 10422-2006-PA/TC, f. j. 9.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1993; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2011; BOZA PRO, Guillermo. "La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano". En: AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2009; CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2008; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*, 18ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010; PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1998; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

De manera complementaria a lo desarrollado por el autor de este comentario, conviene revisar la STC Exp. N° 02317-2010-PA/TC, donde se desarrollan las "categorías sospechosas" o "especialmente odiosas" y la protección por la discriminación a un trabajador por su discapacidad. Asimismo las STC Exps. N°s 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), y en la STC Exp. N° 00008-2005-PI/TC (f.j. 19) mencionan las responsabilidades del Estado con respecto al trabajo de las personas discapacitadas. Y, por último, la STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC (f.j. 15) es un precedente vinculante, según el cual el amparo será procedente por despido nulo de la madre o del discapacitado, en consideración a la protección urgente que se requiere para este tipo de casos (NOTA DEL EDITOR).

Artículo 23

Promoción del trabajo. Empleo productivo y educación para el trabajo

(...)

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 1, 2 incs. 15), 24,b), 4, 14, 22, 58, 59, 89, 3a DFT; C.P.Ct.: art. 37 inc. 10); C.P.: art. 168; C.N.A.: arts. 19, 22, 40, 48 y ss.; Ley 27240; Ley 28048; D.U.D.H.: arts. 23, 24, 25; C.D.N.: art. 32

*Juan Carlos Cortés Carcelén
Fernando García Granara
César González Hunt*

I. Introducción

Esta disposición es una de carácter programático, que coloca como responsabilidad del Estado la promoción de condiciones para el progreso social y económico, con incidencia en las políticas de empleo productivo y de educación para el trabajo.

El marco de esta disposición trasciende el campo estrictamente laboral y se complementa con otras disposiciones constitucionales relativas al derecho al trabajo (art. 22), la actuación de los poderes públicos en cuanto diseñan y ejecutan las políticas públicas, así como con disposiciones del régimen de economía social de mercado, en el que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa (arts. 58 y 59) y las políticas educativas y de formación profesional a fin de mejorar los niveles de aprendizaje para incorporarse a la actividad laboral.

En efecto, las políticas a cargo de los poderes públicos se dirigen a cumplir la previsión del derecho al trabajo que tienen los individuos frente al Estado. Desde esta perspectiva hay una necesaria complementariedad y desarrollo. Es más, el derecho al trabajo resulta ser un presupuesto para la aplicación de las políticas de empleo y estas revisten un

carácter instrumental para la plasmación del derecho al trabajo, como lo anota con precisión Sastre en referencia a la Constitución española⁽¹⁾⁽²⁾.

Corresponde al Estado establecer las políticas dirigidas al progreso social y económico, aunque en estricto esta es la finalidad y la razón de ser de la existencia del Estado para el bienestar general. De entre todas las políticas que realiza el Estado, la norma constitucional destaca las que se dirigen especialmente al fomento del empleo productivo y a la educación para el trabajo. Nos ubicamos aquí ante normas que establecen reglas de actuación de los poderes públicos, tanto en el diseño y proyección de las políticas como en su aplicación práctica.

Aunque se trata de una norma de carácter programático, la referencia particular a las dos políticas como expresión de la promoción de las condiciones para el progreso social y económico denota una obligación del Estado de incorporarlas de modo expreso a la competencia y función de las entidades públicas, así como establecer mecanismos dirigidos a verificar su existencia. Tal es el caso de su incorporación en las normas y programas de los diferentes ministerios o entidades públicas, cuyas funciones no solo aluden expresamente al empleo productivo y a la educación para el trabajo, sino que realizan actividades concretas o programas con ese objetivo.

II. Empleo productivo

Las políticas de empleo comprenden todas aquellas medidas de los poderes públicos encaminadas para la consecución y mejoramiento del empleo tanto en cantidad como en calidad. Una acepción más restringida, desde la perspectiva jurídico-laboral, alude "solo a las actuaciones directas de los poderes públicos sobre los elementos y sobre el funcionamiento del mercado de trabajo para conseguir los objetivos clásicos que se suelen proponer en cuanto a cantidad, calidad y forma de ocupación de la población activa"⁽³⁾.

- (1) SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 81. La Constitución española se refiere al pleno empleo, que tiene una connotación económica, y además en su artículo 40 relativo a los principios rectores de la política económica y social, establece que: "Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo". La fórmula es parcialmente recogida en la Constitución Política de 1993, pero el progreso social y económico se vincula de modo particular a las políticas de empleo productivo y educación para el trabajo, mas no a la distribución de rentas, como lo hace la Constitución española. Por otro lado, el texto en nuestra Constitución se ubica dentro de los derechos económicos y sociales, y en forma particular, en un artículo específicamente referido al trabajo.
- (2) Como expresa Antonio Martín Valverde, "La manera adecuada de enfocar la relación entre el derecho al trabajo y el pleno empleo es, por lo tanto, considerar este último como el presupuesto económico indispensable para el ejercicio del primero. En cuanto tal, el pleno empleo no forma parte del contenido de este derecho, si bien condiciona decisivamente su efectividad". MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Derecho al trabajo*. 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 143. Y anota que: "El pleno empleo es aquella situación de equilibrio total entre volumen de demanda y volumen de oferta de empleo en la que existen ocupaciones o puestos de trabajo disponibles para todos aquellos que quieren y puedan trabajar". Ob. cit., p. 142.
- (3) MARTÍN VALVERDE, Antonio. "La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo". En: *Documentación Laboral*. Madrid, 1983, pp. 61-62.

Las políticas de empleo distinguen aquellas políticas activas de empleo, dirigidas a la colocación e información laboral, medidas de fomento del empleo, vinculadas a incentivos para la contratación, empleo público directo, fomento del autoempleo, o temporales en programas del Estado, etc., y medidas de promoción a la formación; de aquellas denominadas políticas pasivas, dirigidas a brindar cobertura y apoyo a los desempleados. La norma constitucional alude expresamente a las políticas de fomento del empleo productivo, enfatizando entonces las políticas activas, pero con la connotación de dirigirse al empleo productivo.

Por empleo productivo debemos entender aquel que persigue un fin económico, una compensación por la actividad desarrollada, por oposición a las no productivas. Al respecto, señala Neves que "el trabajo es productivo cuando se encamina a reportar un beneficio económico, de cualquier magnitud, a la persona que lo realiza"⁽⁴⁾. En el mismo sentido, Rubio señala que "el empleo productivo es aquel que genera nueva riqueza"⁽⁵⁾.

Se privilegia entonces como política aquella dirigida a que los ciudadanos puedan acceder a un trabajo —en los términos planteados por el derecho al trabajo contenido en el artículo 22 de la Constitución— y a que este sea productivo.

Ahora bien, el empleo puede ser dependiente, propio de la relación subordinada, o puede tratarse de un empleo autónomo siempre que la finalidad sea la obtención de un beneficio económico.

Un aspecto que debe formar parte de esta idea de empleo productivo es el doble sentido que adquiere tanto para fines cuantitativos (número de puestos de trabajo) como también la calidad del mismo, es decir, el acceso a derechos laborales y a la seguridad, lo que ha sido apuntado por la Organización Internacional del Trabajo como el Trabajo Decente⁽⁶⁾.

La expresión empleo productivo ha adquirido importancia capital en un contexto de crisis económica internacional. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuenta con instrumentos internacionales que reconocen al empleo productivo como la base de las políticas económicas y sociales: la **Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa**, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2008 y el **Pacto Mundial por el Empleo**, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2009.

La **Declaración** busca promover una globalización equitativa basada en el trabajo decente. Destaca la necesidad de situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elementos centrales de las políticas económicas y sociales, basados en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT como: promover el empleo creando un entorno institucional y

- (4) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. ARA Editores, Lima, 1997, pp. 22-24.
- (5) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 212.
- (6) Recogido en: *Trabajo decente y protección para todos*. Dirección General de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, 1ª edición, 1999.

económico sostenible; adoptar y ampliar las medidas de protección social que sean sostenibles y adaptadas a las circunstancias nacionales; promover el diálogo social y el tripartismo, así como respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Respecto a la promoción del empleo, alude a la posibilidad de que las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias necesarias para trabajar de manera productiva; así como a que todas las empresas, públicas y privadas, deben ser sostenibles para hacer posible el crecimiento y la generación de mayores oportunidades.

El Pacto Mundial por el Empleo propone un conjunto de políticas y estrategias para que los países puedan recuperarse de la crisis económica y generen oportunidades de trabajo decente. Parte de reconocer a la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, que crea un marco de referencia para el progreso social y el desarrollo económico, sobre la base de una atención prioritaria a la protección y aumento del empleo por medio de empresas sostenibles, de servicios públicos de calidad y el establecimiento de una protección social. En este sentido, las opciones de política se centran en acelerar la creación de puestos de trabajo, la recuperación del empleo y el respaldo de las empresas, apoyando a que el objetivo del pleno empleo y productivo y el trabajo decente se ponga en el centro de las respuestas a la crisis. Entre las respuestas planteadas por el Pacto Mundial por el Empleo se propone el impulso a la demanda efectiva y contribuir al mantenimiento de los niveles salariales inclusive por medio de paquetes de estímulo macroeconómico; el apoyo a los que buscan trabajo, aplicando políticas activas de mercado de trabajo y focalizadas; mejora de las competencias y aumento de los recursos a disposición de los servicios públicos de empleo y poniendo en práctica programas de formación profesional, inversiones en competencias laborales, reconocer la contribución de las pequeñas y medianas empresas, entornos normativos que propicien la generación de empleo a través de la creación y desarrollo de empresas sostenibles.

Ambas declaraciones fueron aprobadas de modo tripartito por representantes de Gobierno, trabajadores y empleadores, y reflejan un consenso internacional en la necesidad de identificar un conjunto de políticas y estrategias para el empleo productivo, como base de la recuperación económica. En tal sentido, más allá del concepto mismo y del análisis económico, se aprecia un nuevo enfoque especialmente referido al contenido y aplicación de las experiencias prácticas que generen empleo productivo. Justamente estas Declaraciones de la OIT proponen políticas, estrategias, instrumentos, experiencias, de fomento del empleo productivo e incluso de capacitación para el trabajo, a que alude la Constitución Política por lo representan un marco actual de su aplicación en diferentes países.

III. La educación para el trabajo

Se apunta con ello al interés en la formación para el desarrollo de las aptitudes laborales que permitan una incorporación en la actividad laboral. Al margen de la terminología⁽⁷⁾, esta disposición recoge el interés de las políticas educativas y laborales de formación

(7) Se utiliza el término de capacitación, formación profesional, formación continua y educación para el trabajo con connotaciones específicas.

para el trabajo que refuerzan la empleabilidad, es decir, la aptitud para el desempeño laboral a través de la formación continua, tanto a nivel educativo, como en los centros de formación profesional y en el desarrollo mismo de la actividad laboral. En este sentido, la enseñanza y preparación para el trabajo comprenden todos los niveles y entidades⁽⁸⁾.

La empleabilidad apunta a mejorar la aptitud en las habilidades y conocimientos teóricos y prácticos para el desarrollo de la actividad laboral, especialmente en un contexto de cambio tecnológico y social. Una adecuada formación ayuda al trabajador a conservar su empleo, ya que aquella le permite adaptarse mejor a los cambios, asumir nuevas tareas y mejorar su rendimiento.

Convergen aquí la política educativa, la política laboral y la propia política económica en la necesidad de identificar y promover políticas, así como destinar recursos a las tareas de mejoramiento de los niveles de formación para el trabajo, la cual puede ser impartida desde el nivel educativo y en las entidades de formación, así como en diferentes entidades o en el aprendizaje previo al trabajo.

Desde la perspectiva de la formación, la educación para el trabajo forma parte de las políticas activas de empleo, tal como lo reconoce el Convenio N° 122 de la Organización Internacional del Trabajo, pues el trabajador debe gozar de todas las posibilidades para adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar, en este empleo esta formación, reconociendo la importancia de incrementar los medios de producción y de lograr el pleno desarrollo de las aptitudes humanas, por ejemplo, por medio de la educación, de la orientación y de la formación profesionales⁽⁹⁾. Otros convenios y recomendaciones, así como instrumentos internacionales desarrollan tanto a nivel internacional como en el caso de los países andinos, la formación⁽¹⁰⁾.

Así, la formación se convierte en un "instrumento estratégico" capaz de contribuir a orientar la contratación laboral hacia el "capital humano de los trabajadores y no a basarse en su disposición a ocuparse a bajo precio"⁽¹¹⁾. Ya la OIT destaca el papel de la formación frente a los retos de la competitividad mundial, así como a las demandas del mercado, con el desarrollo de las capacidades, destrezas y eficiencia de los trabajadores mejorando su empleabilidad⁽¹²⁾.

(8) Al respecto, Marcial Rubio expresa que: "La educación para el trabajo es esencialmente aplicada y, en realidad, debe ser prestada a través de todos los grados del aprendizaje obligatorio, particularmente en la secundaria. Para muchos también podrá ser impartida a través de centros superiores con carreras cortas y por supuesto, en las universidades", RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 212.

(9) Un interesante y didáctico examen del tema puede encontrarse en: BARRETO GHIONE, Hugo y HENDERSON, Humberto. *El derecho a la formación profesional y a las normas internacionales*. Héctor Hugo Barbagelata (editor), CINTERFOR, OIT, Montevideo, 2000.

(10) Sobre el tema GARCÍA GRANARA, Fernando. "La formación profesional en la Comunidad Andina". En: *Formación profesional en la integración regional*. CINTERFOR, OIT, 1999, pp. 104-108.

(11) ERMIDA, Oscar y ROSEMBAUM, Jorge. *Formación profesional en la negociación colectiva*. CINTERFOR, OIT, Montevideo, 1998.

(12) Informe sobre el Empleo en el Mundo 1998-1999. Organización Internacional del Trabajo.

IV. Artículo 23, tercer párrafo

Esta disposición del artículo 23 establece un marco de respeto que debe mantenerse en la relación laboral. Así, en la relación laboral no se puede:

- a) limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, sean estos estrictamente laborales o no.
- b) desconocer la dignidad del trabajador.
- c) rebajar la dignidad del trabajador.

Al parecer, las menciones expresas a la dignidad del trabajador en este artículo son reiterativas en tanto dicho valor se encuentra en los artículos 1 y 3 de la Constitución, referidas a la persona en general, y por consiguiente, incluidas en los derechos constitucionales. Sin embargo, consideramos que el constituyente ha querido recalcar la dignidad de la persona en un contexto especial como es la relación de trabajo, originalmente asimétrica.

Tal referencia tiene especial relevancia en algunos tipos de trabajo susceptibles del ejercicio de un mayor poder por parte del empleador o una mayor debilidad del trabajador. De ahí que sea indispensable recalcar lo indispensable del respeto a la dignidad del trabajador.

Este artículo es unilateral, es decir, trata de proteger exclusivamente los derechos constitucionales de los trabajadores. Esto no quiere decir que no se respetan los derechos de los empleadores que están protegidos en otros derechos en la Constitución. La razón de la unilateralidad es simple, es el propio contexto de subordinación en el que se da la relación de trabajo. Sí resulta llamativo que este párrafo se haya centrado básicamente en la existencia de la relación laboral, cuando debería ser extensiva a los trabajadores independientes, los que también ven afectada muchas veces su dignidad. Sin embargo, al parecer el constituyente ha entendido que las particularidades de la relación laboral ameritan una mención especial, mientras que los trabajadores independientes ejercen sus derechos en un contexto diferente.

Como se ha dicho, el párrafo no hace diferencia entre si los derechos son los específicamente laborales o son los otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución. Entendemos que son ambos, pero que en este contexto son los segundos los que de alguna manera tienen mayor relevancia en este artículo, ya que los laborales están reconocidos expresamente en otras disposiciones constitucionales e irradian desde ahí la imposibilidad de sus excesivas limitaciones.

Los derechos específicos laborales tienen "su origen o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquellos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio"⁽¹³⁾.

(13) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. 9ª edición, Centro de Estudios Ramón Acero, Madrid, 2001, p. 147.

Mientras que los derechos laborales inespecíficos son "otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenidos. Se produce una 'impregnación laboral' de derechos de titularidad o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo"⁽¹⁴⁾.

A diferencia de los primeros, que tienen como marco único o marco casi exclusivo a la relación de trabajo, los segundos corresponden a todas las personas, y por consiguiente, los trabajadores en tanto tales, también podrán ejercerlos al interior de la empresa. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos tendrá en la relación de trabajo ciertas características especiales, lo que es denominada como la ciudadanía laboral.

Queda claro del articulado que ningún contrato de trabajo puede establecer limitaciones a los derechos constitucionales específicamente laborales reconocidas en la Constitución, ni tampoco afectar dichos derechos de tal manera que afecten la dignidad del trabajador.

En lo que se refiere a los derechos inespecíficos, en la relación de trabajo existe una situación especial en la que el poder directriz del empleador puede entrar en colisión con los derechos inespecíficos de los trabajadores, limitándolos. Eso nos lleva a determinar que el límite de dicho poder no puede ser excesivo, sino que debe responder a una cierta razonabilidad. Igualmente, los poderes del empleador no pueden utilizarse de tal manera que afecten la dignidad del trabajador.

Esta situación de limitar al poder directriz del empleador tiene como efecto que se proceda a la ponderación de los bienes en juego, de tal manera que las restricciones que se puedan colocar a los derechos de los trabajadores sean adecuadas, indispensables y proporcionales. Adecuada, en cuanto a si la limitación impuesta sirve o no para garantizar su libertad de empresa y las facultades de ella derivadas; indispensable, a efectos de demostrar si las restricciones son estrictamente imprescindibles para salvaguardar el derecho que se le opone; y proporcional, para constatar si la restricción al derecho fundamental establece una relación razonable con la importancia del interés del empresario que se pretende proteger.

Los derechos inespecíficos laborales reconocidos en sede constitucional con los que se puede colisionar de manera más frecuente son el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 2.2), la libertad ideológica y religiosa (art. 2.3), el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 2.7), el derecho a reunión (art. 2.12) y el debido proceso y la tutela jurisdiccional (art. 139.3).

(14) *Ibidem*, pp. 147-148.

En buena cuenta, lo que pretende este párrafo es lograr que el trabajador se considere y sea considerado como un ciudadano en el ejercicio de sus derechos al interior de la empresa (y fuera de ella).

V. Artículo 23, cuarto párrafo

En esta disposición se establecen tres supuestos que estarían prohibidos, los cuales son:

- a) Trabajo libre, es decir, existe la voluntad de trabajar de manera onerosa, pero no se remunera.
- b) Trabajo no libre y no remunerado. No existe la voluntad de trabajar, se obliga a hacerlo y no se remunera el mismo.
- c) Trabajo no libre y remunerado. No existe la voluntad de trabajar, se obliga a hacerlo y se remunera el mismo.

Si bien aparece el primero como trabajo libre, como resultado no lo es, ya que las condiciones en las cuales se presta el trabajo no lo diferencian del segundo supuesto, pues no existe la voluntad de laborar sin contraprestación. En todos estos supuestos estamos ante trabajo forzoso u obligatorio, ya que la voluntad inicial del primero desaparece ante la obligación de prestar el servicio de manera gratuita.

El eje central de los distintos supuestos es la falta de libertad en la decisión de trabajar, lo que definirá el carácter de forzoso u obligatorio de la prestación de servicios.

En la misma Constitución se trata el tema de la libertad de trabajo en dos artículos adicionales. El primero, el artículo 2.15, en el que se indica que toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley; y el artículo 59, que señala que el Estado garantiza la libertad de trabajo.

El contenido del artículo constitucional se define con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tratan el tema bajo comentario. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1)⁽¹⁵⁾, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6.1)⁽¹⁶⁾; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 6.1)⁽¹⁷⁾.

Especial relevancia adquieren en la normativa internacional el Convenio N° 29 OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado en 1930; y el Convenio N° 105 OIT sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957, ambos ratificados por el Perú. Los dos

(15) "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, (...)".

(16) "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, (...)".

(17) "Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto estas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas".

convenios forman parte de ese núcleo duro de principios y derechos fundamentales recogidos en la denominada Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, que obliga a los miembros de la OIT a realizar acciones concretas con miras a eliminar el trabajo forzoso.

El trabajo forzoso se configura cuando es impuesto a una persona por parte de otra. A decir del Convenio N° 29 de la OIT, "la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente" (art. 1).

Los elementos que se desprenden de la definición son, por un lado, la falta de voluntad del trabajador, y por otro, la amenaza que se encuentra pendiente si es que no existiera dicho servicio.

No están comprendidas dentro de la definición de trabajo forzoso la necesidad de trabajar para atender los requerimientos de la subsistencia, esto porque, en primer lugar, no hay persona que concretamente esté obligada a trabajar para otra, sino que se trata de las circunstancias ordinarias de la mayoría de la población; y en segundo lugar, porque existe un margen para la voluntad de la persona de decidir trabajar o no.

Tampoco se encuentran comprendidos dentro del trabajo forzoso los compromisos u obligaciones de trabajo que un trabajador asume libremente. Es decir, la obligación principal del trabajador dentro de una relación de trabajo es justamente laborar, o poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo. En consecuencia, se encuentra obligado a cumplir su prestación; y la consecuencia de no hacerlo consiste en la posibilidad del empleador de ejercer su poder disciplinario, lo que no puede entenderse como una pena consistente en obligar a trabajar, sino como una consecuencia de la libertad del trabajador de, a pesar de haberse comprometido a realizarlo, no haberlo hecho. Queda claro que el poder disciplinario no puede imponer la obligación efectiva de trabajar, sino la sanción dentro del marco de la ley, como puede ser el despido.

Existen ciertos supuestos en los que existe una obligación de trabajar, pero que no son considerados como trabajo forzoso. Al respecto, el Convenio N° 29 de la OIT comprende como tales a cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar; que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos; que se exija en casos de fuerza mayor, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población; exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, con ciertas condiciones; y los pequeños trabajos comunales (art. 2).

Hay diversas modalidades de trabajo forzoso a través de la historia, como la esclavitud o la servidumbre. La historia peruana no ha sido ajena a estas y otras diferentes formas de trabajo forzoso, y lamentablemente, encontramos todavía hoy día expresiones de trabajo forzoso, como lo demuestran ciertos estudios recientes de la OIT.

Finalmente, referido a la primera expresión del párrafo bajo comentario, el trabajo voluntario se diferencia del trabajo oneroso en, justamente, la motivación principal que impulsa al trabajador: la adquisición de una ventaja económica o el altruismo.

BIBLIOGRAFÍA

BARRETO GHIONE, Hugo y HENDERSON, Humberto. *El derecho a la formación profesional y a las normas internacionales*. Héctor Hugo Barbagelata (editor), CINTERFOR, OIT, Montevideo, 2000; ERMIDA, Oscar y ROSEBAUM, Jorge. *Formación profesional en la negociación colectiva*, CINTERFOR, OIT, Montevideo, 1998; GARCÍA GRANARA, Fernando. "La formación profesional en la Comunidad Andina". En: *Formación profesional en la integración regional*. CINTERFOR, OIT, 1999; MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Derecho al trabajo*. 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2002; MARTÍN VALVERDE, Antonio. "La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo". En: *Documentación Laboral*. Madrid, 1983; NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. ARA, Lima, 1997; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. 9ª edición, Centro de Estudios Ramón Acero, Madrid, 2001; RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Trotta, Madrid, 1996.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

De manera complementaria a lo desarrollado por el autor de este comentario, conviene revisar la STC Exp. N° 02317-2010-PA/TC, donde se desarrollan las "categorías sospechosas" o "especialmente odiosas" y la protección por la discriminación a un trabajador por su discapacidad. Asimismo las STC Exps. N°s 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), y en la STC Exp. N° 00008-2005-PI/TC (f.j. 19) mencionan las responsabilidades del Estado con respecto al trabajo de las personas discapacitadas. Y, por último, la STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC (f.j. 15) es un precedente vinculante, según el cual el amparo será procedente por despido nulo de la madre o del discapacitado, en consideración a la protección urgente que se requiere para este tipo de casos (NOTA DEL EDITOR).

Artículo 24

Derecho a una remuneración

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

CONCORDANCIAS:

C.: art. 2 incs. 1), 15), 22, 23, 25 y ss., 59, 1º D.F.T.; C.P.Ct.: art. 37 inc. 20); C.P.: art. 168 inc. 2); C.N.A.: arts. 59, 61; D.S. 003-97-TR: art. 6; R.M. 091-92-TR; D.U.D.H.: arts. 23.3, 24, 25; P.I.D.E.S.C.: art. 7 inc. a); P.S.S.: art. 7 inc. a)

Jorge Toyama Miyagusuku

I. Marco general

Antes que nada, conviene indicar las más relevantes normas internacionales sobre derechos humanos que tratan a la remuneración: la Declaración Universal de Derechos Humanos que destaca el derecho a la no discriminación salarial y la remuneración equitativa y justa para el trabajador y su familia que permitan una vida digna y, de ser necesario, ella se complete con otros medios de protección social (art. 23, y en la misma línea el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica que toda persona tiene derecho a una remuneración, relacionada con la capacidad y destreza del trabajador (art. XIV).

En primer lugar, es importante destacar que el contrato de trabajo es un negocio jurídico oneroso en virtud del cual el empleador debe abonar una retribución por los servicios prestados por el trabajador. La remuneración es uno de los elementos esenciales de la relación laboral.

Ahora bien, la remuneración no solamente es un elemento esencial del contrato de trabajo, sino que constituye un derecho fundamental reconocido por el artículo 24 de la Constitución de 1993. Ciertamente, el artículo 24 de la Constitución contiene una fórmula de contenido general y de preceptividad o eficacia diferida o programática al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia bienestar material y espiritual.

Sin embargo, de otro lado, representa un interés del Estado en su tratamiento, fija un determinado marco de desarrollo legal y de interpretación judicial y, finalmente se indica

—en el propio artículo— que su cobro tiene prioridad sobre otros adeudos del empleador, reconociendo una remuneración mínima vital⁽¹⁾.

II. Alcances de la remuneración y de los beneficios sociales

En primer lugar las normas aluden a la remuneración. En el ámbito legal, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR, indica que el contrato de trabajo se caracteriza por ser subordinado, remunerado y con una prestación personal del trabajador.

Consideramos que la remuneración es todo lo que percibe el trabajador por los servicios prestados sea en dinero o en especie. La remuneración comprende aquellos conceptos que representan una ventaja o beneficio patrimonial⁽²⁾ para el trabajador y su familia —ya sea en bienes o servicios— sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega⁽³⁾. No se considera remuneración aquellos conceptos que se encuentren excluidos legalmente o que, por definición, no ingrese dentro esta institución.

Las normas laborales tienen una definición concreta sobre la remuneración. Así, el artículo 6 de la LPCL señala que es remuneración “para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición”.

A ello, habría que agregar lo expresado en el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (LFE), aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR: “El concepto de remuneración definido por los artículos 39 y 40 de la Ley —hoy artículos 6 y 7 de la LPCL—, es aplicable para todo efecto legal, cuando sea considerado como base de referencia, con la única excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas”.

La jurisprudencia ha recogido en sus diferentes pronunciamientos lo mencionado anteriormente. A modo de ejemplo, en la Casación N° 052-2001, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

“(…) la remuneración es el resultado de una contraprestación entre el servicio que se presta y el pago de este servicio (…)”.

- (1) Un alcance sobre el contenido de este artículo puede verse en MARCENARO, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Cuzco, Lima, 1995, p. 113 y ss.; ZAVALA COSTA, Jaime. “Remuneraciones y jornada de trabajo”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, enero, 1994, p. 21 y ss. y; sobre la remuneración mínima vital en concreto, puede apreciarse la revista *Asesoría Laboral*, Lima, abril, 2000, p. 15 y ss.
- (2) LÓPEZ BASANTIA, Justo. “El salario”. En: *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. En: AA.VV. (coordinadores: Nestor De Buen & Emilio Morgado). AIADTSS-UNAM. México, 1997, p. 447.
- (3) En el mismo sentido, puede verse MORALES CORRALES, Pedro. “Remuneraciones”. En: *Actualidad Laboral*. Lima, junio, 1999, p. 9.

A partir de lo expuesto en la LPCL y el Reglamento de la LFE, podemos apreciar que estamos ante una definición genérica, abierta y amplia sobre los alcances del concepto remunerativo y que se aprecia en la mayoría de las legislaciones en América Latina⁽⁴⁾.

Así, las prestaciones que percibe el trabajador deben ser calificadas, en principio, dado el concepto “totalizador” y la “vis atractiva”⁽⁵⁾ o la concepción total y comprensiva de cuantos beneficios perciba como contraprestación de sus servicios⁽⁶⁾, como remunerativas. Si existiera alguna duda sobre los alcances de un concepto que percibe el trabajador, debería privilegiarse por el carácter remunerativo de la misma⁽⁷⁾. Ciertamente, se debe analizar en cada caso para determinar si un concepto tiene carácter remunerativo (las normas prevén una relación taxativa de conceptos que no califican como remuneración).

La Constitución indica que el pago de las remuneraciones y beneficios sociales tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (art. 24). Evidentemente, la cobranza y su enunciado tienen su base en el carácter protector del Derecho Laboral, de tal manera que el crédito laboral tiene preferencia sobre una acreencia civil más antigua y pública (como puede ser una hipoteca).

Sobre este tema, quienes defienden el sistema económico del Derecho, sostienen que el privilegio laboral no puede imponerse sobre garantías reales que son públicas y denotan un comportamiento diligente del acreedor, máxime si las deudas laborales suelen ser ocultas y generarse al cese de la relación laboral. Nosotros, al respecto, consideramos que el crédito laboral debe ser protegido, pues estamos ante acreedores más débiles, con un poder de información reducido y los créditos tienen carácter alimentario y esencial para el trabajador. En tanto no exista un sistema que tutele al personal (como un fondo de garantía salarial), no resulta posible que el crédito laboral ceda ante uno civil.

Sobre el crédito salarial parece oportuna la amplia fórmula al establecerse la primacía de adeudos laborales ante estados de insolvencia del empleador. Empero, esta fórmula amplia está generando un debate interesante con relación a los alcances del crédito laboral; por ejemplo, ¿están comprendidos los conceptos no remunerativos, como la gratificación extraordinaria?

- (4) A título de ejemplo, puede verse el artículo 128 del Código de Trabajo de Colombia, el artículo 95 del Código de Trabajo de Ecuador, el artículo 133 de la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela, los artículos 457 y 458 de la Ley de Consolidación de Leyes de Trabajo de Brasil, el artículo 361 del Código de Trabajo de Honduras y el artículo 141 del Código de Trabajo de Panamá. Al respecto puede verse OIT. *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*. OIT, Lima, 2000.
- (5) Las frases corresponden a José Luis Monereo Pérez, a propósito de la fórmula legal española, muy parecida a la peruana. Respecto del contenido de la reforma española, véase MONEREO PÉREZ, José Luis. *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*. Civitas, Madrid, 1996, p. 13 y ss.
- (6) MERCADER UGINA, Jesús. *Modernas tendencias en la ordenación salarial*. Arazandi, Pamplona, 1996, p. 97.
- (7) Un análisis mayor puede verse en TOYAMA, Jorge. “Conceptos extraordinarios en la liquidación de beneficios sociales: naturaleza y tributos aplicables”. En: *Asesoría Laboral*. Lima, mayo, 1998, p. 12 y ss.

La Constitución indica que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales tiene primer orden de prioridad en la jerarquía de acreedores del empleador (art. 24). Por ello, cuando menos desde el punto de vista constitucional es necesario determinar la real naturaleza de los beneficios sociales.

Enseguida, exponemos las posiciones que se han esgrimido tratando de delinear los alcances de la expresión beneficios sociales:

1. Criterio restrictivo

Solamente los conceptos que se encuentran detallados en la Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, aprobada por Decreto Legislativo N° 688 del 5 de noviembre de 1991. Los beneficios sociales serían la compensación por tiempo de servicios (CTS), bonificación por tiempo de servicios y seguro de vida. Esta posición es sostenible por la referencia legal. Empero, excluye del concepto de beneficio social, por ejemplo, a la participación anual en las utilidades y demás beneficios sociales.

2. Criterio amplio

Todo complemento y suplemento, con independencia del nombre o modalidad de entrega, o la fuente (convencional o legal), ingresa como beneficio social. En la práctica, muchas veces se alude a la liquidación de beneficios sociales en la cual se pueden incluir la CTS, las vacaciones y las remuneraciones mensuales.

3. Criterio diferenciado

En este punto, se indica que la remuneración (normalmente ordinaria, fija y permanente) es diferente de los beneficios sociales (cobro extraordinario o periódico, que no es una remuneración). La Constitución y las normas laborales aluden a las remuneraciones y los beneficios sociales.

Esta postura puede ser criticada porque hay beneficios sociales que no son remuneraciones (CTS), pero otras que sí los son (la bonificación por tiempo de servicios). Pese a ello, en una oportunidad la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema indicó que el plazo de caducidad para demandar por hostilidad (CTS) era el mismo que el previsto para la hostilidad por remuneraciones⁽⁸⁾.

4. Criterio excluyente

En tanto que el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (LCTS), aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR, indica que la CTS es

(8) Al respecto, puede verse la Cas. N° 1562-97. En esta, la Corte Suprema indica que la falta de pago de la CTS es asimilable a la falta de pagos de remuneraciones y, por lo tanto, caduca dentro de los 30 días. No compartimos lo expresado en la sentencia casatoria, la misma que será analizada más adelante.

un beneficio social de previsión de las contingencias del cese, este sería el único beneficio social propiamente dicho.

Esta posición no puede ser sostenida, dado que el propio Decreto Legislativo N° 688 contiene, como otros beneficios sociales, al seguro de vida y la bonificación por tiempo de servicios.

5. Criterio legal

En esta posición, se indica que los beneficios sociales son aquellos cuyo origen es legal o heterónomo. En otras palabras, la expresión beneficio social es idéntica a los beneficios de origen legal.

La última posición no debería admitirse, pues hay beneficios sociales que provienen de la costumbre, convenio colectivo, contrato individual o acto unilateral del empleador.

Desde nuestra perspectiva, los beneficios sociales son todos aquellos conceptos que perciben los trabajadores por o con ocasión del trabajo dependiente. No importa su origen (legal -heterónomo- o convencional -autónomo-); el monto o la oportunidad de pago; la naturaleza remunerativa del beneficio; la relación de género-especie; la obligatoriedad o voluntariedad, etc. Lo relevante es que lo percibe el trabajador por su condición de tal.

En otras palabras, consideramos que los beneficios sociales se deben apreciar con independencia de la fuente u origen, la cuantía, la duración, los trabajadores comprendidos, etc. Esta es, por lo demás, la posición que se aprecia en los procesos laborales donde los jueces emplean una concepción amplia sobre el alcance del término beneficios sociales. Ciertamente, debe tener un contenido patrimonial claro, en dinero o en especie.

Sobre los pagos en especie, hay que anotar que se ha determinado que en el monto de los beneficios sociales no pueden incluirse al pago por concepto de Impuesto General a las Ventas (IGV), de tal manera que el trabajador debe percibir bienes por el equivalente a sus beneficios sociales y sobre dicho valor se debe calcular el IGV (Cas. N° 107-97-Chimbote).

A nivel legal, el Decreto Legislativo N° 856 establece los alcances y prioridades de los créditos laborales. En primer lugar, define cuáles son los créditos laborales y luego cuáles son los alcances y prioridades. En concreto, esta norma indica que son créditos laborales las remuneraciones, la CTS, las indemnizaciones y, en general, los beneficios establecidos por ley que se adeuden a los trabajadores. Además, son créditos laborales los aportes impagos más intereses y gastos a los sistemas de jubilación (públicos o privados).

La jurisprudencia se ha encargado de determinar que los intereses laborales también son créditos laborales de primer orden. Sobre este tema, puede verse la sentencia recaída en el Exp. N° 533-97-BS(A) de la Sala Laboral de Lima del 10 de marzo de 1997:

“Que en reiterados pronunciamientos de esta instancia especializada se ha interpretado que el interés originado por las deudas laborales no puede identificarse con el proveniente de deudas comunes, pues el primero está regulado en forma especial y

exclusivamente por el Decreto Ley N° 25920, constituyendo por lo tanto un crédito laboral teniendo por ello la primera prioridad en la atención de pago [...], el Decreto Legislativo N° 856 citado igualmente por el emplazado no excluye de la prioridad que asigna a los créditos laborales a los intereses de estos, pues al referirse a los conceptos que también los integran, debe entenderse la referencia hecha también a los intereses que generan estos; [...] que el crédito laboral es de naturaleza alimentaria y por lo tanto no pueden hacerse distingos a los conceptos que la integran para los efectos de desplazar alguno de ellos de la prioridad de pago que la ley le asigna porque implicaría entonces negarle tal naturaleza en perjuicio del trabajador”.

La relevancia de la consideración como crédito laboral se contrae en que su cobro tiene prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador (art. 2 del D. Leg. N° 856), lo que es congruente con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución. Si los bienes del empleador no alcanzan para pagar todos ellos, se cancelarán a prorrata. Este privilegio, se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de las obligaciones.

Cabe anotar que la preferencia de los créditos laborales se establece claramente en la Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809) y se ejerce principalmente en caso de disolución y liquidación de una empresa que ingresa al sistema supervisado por el Indecopi. Igual mandato de privilegio se prevé en las normas del Código Procesal Civil y la Ley del Sistema Financiero.

De acuerdo con lo previsto en el Decreto Legislativo N° 856, los conceptos no remunerativos no estarían comprendidos como créditos laborales de primer orden, pues no califican como remuneración, indemnización, ni están establecidos por leyes. Así, cuando menos, ya ha sido considerado por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi que ha considerado (en aplicación del Decreto Legislativo N° 856) que los conceptos no remunerativos no tienen el primer orden de preferencia en el cobro sobre el patrimonio de la empresa. Al respecto, pueden verse la Res. N° 230-2000-TDC y Res. N° 251-98-TDC, expedidas por dicho Tribunal, en las cuales no se reconoció como créditos laborales de primer orden, la asignación escolar y las condiciones de trabajo, respectivamente.

Finalmente, aun cuando no se menciona, la regulación constitucional también importa que su tutela importe la intangibilidad de la remuneración. Así, respecto de una reducción de remuneración que afectó a un trabajador que fue trasladado de una entidad a otra, el TC indicó (STC Exp. N° 0818-2005-PA/TC) lo siguiente:

“(...) Debe tenerse presente que las remuneraciones de los trabajadores, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26, inciso 2), de la Constitución Política del Perú, son irrenunciables e intangibles, y solo se podrán afectar las planillas de pago por orden judicial o por un descuento aceptado por el trabajador”.

En relación con la compensación de deudas de un trabajador con los depósitos que se realizan en las cuentas sueldos, hay un interesante debate. Para el TC, el embargo en

forma de retención sobre depósitos en poder de terceros, de ninguna manera puede ser interpretado de forma tal que permita el embargo de cuentas bancarias –cuando se acredite que corresponden a pago de haberes–, desconociendo el artículo 648, inciso 6), del Código Procesal Civil, puesto que no es posible autorizar en sede administrativa lo que ni siquiera un juez en la vía judicial está facultado para afectar (SSTC Exps. N°s 0691-2004-PA/TC y 01780-2009-PA/TC).

Nosotros, en este tema, no compartimos la opinión del TC y nos alineamos al criterio del Indecopi. Antes el Indecopi indicaba que no era posible la compensación si el sueldo del trabajador era menos de media UIT aun cuando hubiera aceptado el cobro. Solo a partir del exceso de media UIT se podía compensar la tercera parte, en aplicación de las normas de juicios civiles que ponen límites a los embargos judiciales.

Ahora el Indecopi indica (Res. N° 3448-2011) que si un trabajador libre y voluntariamente decide aceptar la compensación de su deuda con las sumas que son depositadas en su cuenta sueldos, es válido que la entidad bancaria aplique la compensación. Y ha indicado que esto es diferente a los casos donde existe un juicio y se dispone un embargo que tiene los límites que hemos mencionado.

Si un trabajador tiene un adeudo y acepta que el cobro se realice a través de su propia cuenta de sueldos, no hay razón para que se prohíba tal aceptación. Se trata de una deuda que debe pagarse, estamos ante dinero de los ahorristas (recuérdese que los bancos administran dinero de los clientes), hay una aceptación y no existe un juicio de embargo. En general, existe la percepción de que los acuerdos donde el trabajador acepta descuentos por pérdida de productos, reducción de sueldos, cambios que rebajan su remuneración, etc. son nulos. Se habla de los derechos irrenunciables, la intangibilidad e inembargabilidad de sueldos. Sin embargo, estamos ante acuerdos válidos salvo que se demuestre una violencia o amenaza, un engaño o exista una prohibición legal.

III. Remuneración mínima vital

Marcial Rubio Correa⁽⁹⁾ menciona que las remuneraciones mínimas son las cantidades que el Estado fija por norma jurídica como el menor pago posible a un trabajador en el país, o en una determinada parte del país. Esto porque se supone que si bien el mercado debe fijar las remuneraciones, funciona imperfectamente con los trabajadores de menores ingresos y la remuneración que les fijaría sería irrisoria.

El Convenio sobre los Métodos para la Fijación de Salarios Mínimos, 1928 (núm. 26)⁽¹⁰⁾, señala que todo miembro de la OIT que ratifica el convenio se obliga a establecer métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores

(9) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución de 1993*. Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 220.

(10) Este Convenio ha sido ratificado por el Perú con fecha 04/04/1962.

empleados, para estos efectos queda en libertad, previa consulta de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, de determinar a quiénes se les aplicarán los salarios mínimos (arts. 1 y 2).

El Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95)⁽¹¹⁾, prevé que el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar (art. 1).

El Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura, 1951 (núm. 99)⁽¹²⁾ dispone que todo miembro deberá, antes de adoptar una decisión sobre la fijación de salarios mínimos, consultar preliminarmente con las organizaciones interesadas más representativas de empleadores y de trabajadores (art. 3 inc. 2). Finalmente, el Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131)⁽¹³⁾ complementa el Convenio 26, 1928 y Convenio 100, 1951⁽¹⁴⁾. Este instrumento tiene como finalidad asegurar la protección a los trabajadores contra remuneraciones indebidamente bajas, de manera especial en los países en vías de desarrollo. Todo Estado Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique este Convenio se obliga a establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema.

De otro lado, es necesario mencionar que, con motivo de la propuesta del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo del logro de Trabajo Decente para los hombres y mujeres en todos los países emitida en la Conferencia Internacional del Trabajo 2000, la OIT ha señalado, como uno de sus objetivos estratégicos, la necesidad de contrarrestar el déficit de ingresos por trabajo mediante una política salarial que persiga la recuperación gradual del poder adquisitivo de los trabajadores mediante el reajuste de la Remuneración Mínima Vital (RMV) –denominación propia del sistema peruano–, el fomento de la negociación colectiva y el reajuste gradual de las remuneraciones en el Sector Público.

En el caso del Salario Mínimo o Remuneración Mínima Vital (RMV) se debería tender a su reajuste gradual periódico, según la necesidad de compensar la pérdida de poder adquisitivo o los aumentos de productividad. Se debería vincular los reajustes del salario mínimo a la evolución del costo de una canasta mínima. El reajuste de los salarios

(11) Este Convenio no ha sido ratificado aún por el Perú. Sin embargo, tiene la calidad de recomendación para el Estado peruano.

(12) Convenio ratificado el 15/12/1959 por el Perú.

(13) Este Convenio aún no ha sido ratificado por el Perú. Sin embargo, tiene la calidad de recomendación para el Estado Peruano.

(14) Convenio ratificado por el Perú el 15/12/1959.

debería vincularse a los aumentos de la productividad del trabajo y la inflación, como criterios principales, y el reajuste sería mediante la negociación colectiva⁽¹⁵⁾.

Sobre este último tema, cabe advertir que el Estado no ha dispuesto un diálogo social cuando ha determinado el monto de una RMV pese al mandato constitucional –coincidente con las recomendaciones de la OIT–, toda vez que las remuneraciones mínimas se han fijado unilateralmente por el Estado sin contar con la participación de trabajadores y empleadores y, más todavía, sin que existan estudios que fundamenten y respalden objetivamente los alcances de los montos aprobados.

BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ BASANTÍA, Justo. "El salario". En: *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. AA.VV., Néstor De Buen & Emilio Morgado (coordinadores), AIADTSS-UNAM. México, 1997; MARCENARO, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Ed. Cuzco S.A., Lima, 1995; MERCADER UGINA, Jesús. *Modernas tendencias en la ordenación salarial*. Ed. Arazandi, Pamplona, 1996; MONEREO PÉREZ, José Luis. *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*. Civitas, Madrid, 1996; MORALES CORRALES, Pedro. "Remuneraciones". En: revista *Actualidad Laboral*. Lima, junio, 1999; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente 2004-2006*. Informe Preliminar, Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos, diciembre, 2003; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*. OIT, Lima, 2000; RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución de 1993*. Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Conceptos extraordinarios en la liquidación de beneficios sociales: naturaleza y tributos aplicables". En: revista *Asesoría Laboral*. Lima, mayo, 1998; ZAVALA COSTA, Jaime. *Remuneraciones y jornada de trabajo*. En: *Revista Asesoría Laboral*, Lima, enero, 1994.

(15) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente, 2004-2006*. Informe Preliminar, Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos, diciembre, 2003, p. 91.

Artículo 25

Jornada de trabajo

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 incs. 15), 22), 22 y ss., 59; C.P.Ct.: art. 37 inc. 10); C.N.A.: arts. 56, 57, 61; D.S. 001-93-PCM: art. 2; D.S. 007-2002-TR; D.S. 008-2002-TR: arts. 1, 6; D.U.D.H.: arts. 23, 24; P.I.D.E.S.C.: art. 7 inc. d); C.D.N.: art. 32.2

Javier Dolorier Torres

I. Introducción

El desarrollo de la relación laboral requiere de la delimitación de un espacio temporal para su ejecución, por lo cual, la determinación del lapso en el cual se desarrollará la labor del trabajador resulta imprescindible para conseguir una adecuada prestación del servicio. De este modo, la fijación de la jornada o tiempo de trabajo constituye uno de los aspectos más importantes del vínculo jurídico laboral, por cuanto constituye el periodo en el cual el trabajador se obliga a poner su actividad laboral a disposición del empresario⁽¹⁾.

Este es el origen de la jornada de trabajo, entendida como el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios de conformidad a lo pactado en el contrato de trabajo. Actualmente, es uno de los temas más debatidos en nuestro país en materia laboral, con posiciones que exigen el irrestricto cumplimiento de la normativa sobre la materia, las mismas que parten de las organizaciones de trabajadores, y aquella postura del empresariado, que condiciona su cumplimiento a un mayor desarrollo económico, considerando que su normativa atenta contra la competitividad y productividad de las empresas⁽²⁾.

En nuestro país esta institución tiene reconocimiento legislativo desde 1919, y consagración constitucional desde 1979, y en la Constitución vigente de 1993 se mantiene dicho modelo con un cierto matiz flexibilizador.

(1) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derecho del Trabajo*. 6ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998, p. 831.

(2) Es pertinente recordar que precisamente una de las normas laborales más importantes en la actualidad y vigente con algunas modificaciones, es la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. Leg. N° 728), cuyo ostentoso nombre no necesariamente tiene correlato con lo que originó una década después de su promulgación y entrada en vigencia. Es como denominar Ley de Amnistía a una norma que ordene el encarcelamiento de los ciudadanos.

II. Fundamento doctrinario

La definición que citan la mayoría de los autores consultados sobre este tema es la de Alonso Olea y Casas Baamonde, quienes sostienen que "por jornada de trabajo se entiende el tiempo que cada día –hoy, pese a lo incorrecto de la expresión, cada semana o cada año– ha de dedicar el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo; el tiempo de trabajo diario, semanal o anual"⁽³⁾. Como hemos señalado, es el espacio temporal durante el día en que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para ejecutar el contrato de trabajo. Sin embargo, esto podría conducir a pensar que el trabajador lo que "vende" es su tiempo para trabajar y no propiamente su fuerza de trabajo, pero los autores citados aclaran esta controversia cuando sostienen que el trabajador no debe realmente tiempo, sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo. En este caso, se presume que la jornada se invierte en un trabajo efectivo y real y, en tal sentido, la jornada es una primera aproximación para medir la prestación que el trabajador debe⁽⁴⁾. También se considera como jornada de trabajo el tiempo que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor por causas que no le sean imputables⁽⁵⁾.

Esto supone que la jornada de trabajo es un derecho y una obligación del trabajador, en la medida que este debe poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, pero solamente por determinado lapso. Esta limitación temporal de la prestación del servicio es la que constituye el derecho del trabajador y crea la obligación del Estado de establecer jornadas máximas, de tal manera que el exceso de trabajo no atente contra la salud física y mental de quien lo realiza, dentro de límites de razonabilidad, dado que "la regulación de la jornada máxima de trabajo no solo es la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, es también el uso eficiente de la fuerza de trabajo dentro de la unidad productiva y produce un beneficio generalizado dentro de la sociedad"⁽⁶⁾.

Dentro de la definición de jornada de trabajo se encuentra la del horario de trabajo, el mismo que constituye, a decir de Alonso Olea, "la determinación de los momentos en que cada día se ha de entrar y salir del trabajo, y sitúa, por tanto, con exactitud cuando, dentro de cada día, la prestación es debida; se suma así a la prestación de tiempo determinado la prestación en tiempo determinado, aquellos momentos pueden ser los mismos todos los días del año o variar según el calendario, con el que el horario forma un todo; pueden también variar de unos a otros, siendo el supuesto más importante de variación el exigido por los turnos de trabajo, si los hay"⁽⁷⁾.

(3) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. 18ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2000, p. 269.

(4) Ídem.

(5) Se toma nuevamente como referencia el artículo 21 del Código del Trabajo de España.

(6) CANESSA MONTEJO, Miguel. "La jornada máxima de trabajo en el Perú: ¿Un derecho o una quimera?". En la página web de la Comisión Andina de Juristas: <www.cajpe.org.pe/rj/bases/doctrina/dh1.htm>.

(7) ALONSO OLEA, Manuel, citado por ARÉVALO VELA, Javier. *Manual de legislación laboral*. Tomo I, Cultural Cuzco, Lima, 2003, p. 376.

La Constitución Política del Estado reconoce expresamente ambas instituciones en su artículo 25 y su desarrollo legislativo se encuentra en el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo aprobado por D.S. N° 007-2002-TR y en su Reglamento, aprobado mediante D.S. N° 008-2002-TR, ambos publicados el 4 de julio de 2002.

III. Antecedentes del texto constitucional

En el desarrollo constitucional de nuestro país no ha existido un reconocimiento expreso de la jornada y del horario de trabajo. Es recién a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1979 que se establece la jornada ordinaria de trabajo en el artículo 44 de dicho texto⁽⁸⁾.

Para alcanzar el reconocimiento a nivel constitucional, esta institución ha recorrido un largo camino a través de la historia, el mismo que se inicia en el año de 1886 en la ciudad de Chicago, Estados Unidos, donde 350 mil trabajadores iniciaron una huelga reclamando una jornada laboral de ocho horas, siendo brutalmente reprimidos por las autoridades y perdiéndose muchas vidas en defensa de sus intereses⁽⁹⁾, sacrificio que obtuvo resultados recién en 1919 con el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo OIT⁽¹⁰⁾ donde la jornada máxima de trabajo fue reconocida en su primer convenio, el trascendental Convenio N° 01 OIT⁽¹¹⁾.

(8) Dicho artículo enunciaba lo siguiente:

"Artículo 44. La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley. Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente. La ley establece normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres o peligrosas. Determina las condiciones del trabajo de menores y mujeres. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios. También tienen derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios que señala la ley o el convenio colectivo".

(9) Denominados "Los mártires de Chicago". Sobre este importante suceso histórico y la evolución del derecho a la jornada de ocho horas, recomendamos a DEVEALI, Mario. *Tratado del Derecho del Trabajo*. Tomo II, 2ª edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1972, pp. 18-27.

(10) En el caso específico del subsistema universal de la OIT, la limitación de la jornada máxima de trabajo fue uno de los temas centrales en la propia conformación del organismo internacional, evidencia de ello es que se le menciona en el Preámbulo de la Constitución de la OIT y en los Principios Generales (art. 427 del Tratado de Versalles de 1919). El Preámbulo resalta en su segundo considerando que: "Existen condiciones de trabajo que implican para gran número de personas injusticia, miseria y privaciones, lo cual engendra tal descontento que la paz y la armonía universales peligran; y teniendo en cuenta que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo que respecta a la fijación de las horas de trabajo, (...)". En los Principios Generales se señala que es de suma importancia y urgencia: "4. La adopción de la jornada de ocho horas, o de la semana de cuarenta y ocho horas, como finalidad que deba perseguirse dondequiera que no se haya logrado todavía".

(11) El Convenio N° 1 de la OIT dispone un término máximo de la jornada laboral en el primer párrafo de su artículo 2: "En todas las empresas industriales públicas o privadas o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que solo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y cuarenta y ocho por semana (...)". Cabe recordar que este Convenio fue ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 10195 del 8 de noviembre de 1945.

En nuestro país, el primer dispositivo laboral de la historia republicana data de 1919 y consiste precisamente en la regulación de la jornada de trabajo y el establecimiento como límite máximo el de 8 horas diarias, aprobado mediante Decreto Supremo del 15 de enero de 1919 y emitido durante el gobierno de José Pardo. La promulgación de este dispositivo se originó por las huelgas masivas en Lima y Vitarte, desarrolladas por trabajadores organizados en sindicatos y mutuales obreras con influencia anarquista. Con esta norma se inició la regulación de la jornada máxima en nuestro país y constituyó el inicio de la regulación estatal sobre las relaciones laborales peruanas.

Este derecho laboral fue reconocido como un derecho humano con jerarquía constitucional recién en la Constitución de 1979, y con la actual Constitución de 1993 se realizaron algunas modificaciones dentro del contexto de flexibilización laboral de la década del 90, las mismas que analizaremos en los capítulos posteriores.

IV. Análisis sobre el texto constitucional y su relevancia

El artículo 44 de la Constitución de 1979⁽¹²⁾ establecía un marco protector respecto a la regulación de la jornada de trabajo en nuestro país, a diferencia de la Constitución de 1933 en la que no se hacía mención a este derecho. La Asamblea Constituyente de 1979 determinó que era pertinente su incorporación en el texto constitucional dado que, como lo mencionamos anteriormente, este derecho se encontraba reconocido por nuestra legislación desde 1919. Es así que la Constitución de 1979 establece un marco proteccionista, situación que se modificó 14 años después hacia un marco flexibilizador con la Constitución de 1993.

Sin embargo, a decir de Marcenaro, en la Constitución de 1993, la regulación específica de la jornada de trabajo no varió demasiado, incluso se realizaron algunas mejoras al texto anterior⁽¹³⁾: "La nueva Constitución ha agregado que la jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas diarias o 48 horas semanales (...) como máximo para resaltar que se trata de un límite para proteger la salud de trabajador".

Desde nuestro punto de vista, la Constitución de 1993 pretende, en materia de jornada de trabajo, introducir una sustancial modificación a la tradicional "jornada de ocho horas", permitiendo que el empleador pueda programar las actividades de forma acumulativa mediante una "jornada atípica", respondiendo así a las necesidades operativas que requieren una labor intensiva pero que se compense con periodos de descanso más amplios. Ello ocurre, por ejemplo, en las labores que se desarrollan en campamentos mineros, en centrales hidroeléctricas apartadas de centros urbanos, en centros de prospección petrolífera, y otros de similar naturaleza. En estas especiales actividades se requiere una

(12) Véase cita 8.

(13) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1995, p. 137.

específica regulación de la prestación de los servicios, permitiéndose la posibilidad de acumular días de trabajo que excedan la jornada de ocho horas diarias, pero que en promedio semanal no excedan el tope constitucional de 48 horas semanales.

De este modo, en un centro de trabajo se puede implementar un sistema de trabajo que comprenda una labor de doce días continuos de trabajo, con una jornada diaria de doce horas, a los que seguirían nueve días de descanso ininterrumpidos. En este caso, se estaría organizando el trabajo en ciclos de tres semanas en las cuales se respetaría el mandato constitucional al mantenerse el promedio de 48 horas.

Sin embargo, y ante la ausencia de norma de nivel infraconstitucional que precise el punto, existe una discusión respecto al número máximo de semanas que pueden ser objeto de acumulación a efectos de estas jornadas especiales. Sobre el particular, la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, al comentar el caso de la acumulación de jornadas de trabajo implementadas por la empresa Milpo en el año 2001, se precisó que de acuerdo al artículo 2. c) del Convenio 1 de la OIT, cuando la gente trabaja en equipos, es posible emplear a personas por más de ocho horas al día y 48 semanas, siempre que la media de horas trabajadas durante un periodo máximo de tres semanas o menos no exceda las ocho horas diarias y las 48 horas semanales. Como se puede apreciar, el exceso de horas de trabajo que supere dicho límite será considerado como "horas extraordinarias" y corresponderá a los trabajadores el pago adicional según las normas sobre la materia⁽¹⁴⁾.

Finalmente, consideramos que la norma constitucional introduce un elemento de discusión que resulta innecesario y que debiera superarse en cualquier proyecto de reforma. Este consiste en eliminar la referencia a las "ocho horas diarias" y simplificar el límite laboral a 48 horas semanales, las cuales pueden distribuirse según las partes lo establezcan en función de la naturaleza de las operaciones de la empresa, siempre y cuando se respete el límite establecido en el artículo 2. c) del Convenio 1 de la OIT.

BIBLIOGRAFÍA

ARÉVALO VELA, Javier. *Manual de legislación laboral*. Tomo I, Cultural Cuzco, Lima, 2003; ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. 18ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2000; CANESSA MONTEJO, Miguel. "La jornada máxima de trabajo en el Perú: ¿Un derecho o una quimera?". En la página web de la Comisión Andina de Juristas: <www.cajpe.org.pe/rij/bases/doctrina/dh1.htm>. Mayo, 2004; DEVEALI, Mario. *Tratado del Derecho del Trabajo*. Tomo II, 2ª edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1972; MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1995; PALOMEQUE LÓPEZ,

(14) El Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Exp. N° 1396-2001-AA, en demanda de amparo interpuesta por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos en contra de la empresa Southern Perú Copper Corporation, consideró válida la decisión de la empresa de programar un sistema de labores de cuatro días de trabajo de 12 horas cada uno a las que seguían tres días de descanso. En este caso estamos ante un sistema de acumulación de jornadas de trabajo, o jornada atípica, que no afecta el derecho a la jornada máxima consagrada en el artículo 25 de la Constitución.

Manuel Carlos. *Derecho del Trabajo*. 6ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Además de la jurisprudencia citada por el autor de este comentario puede revisarse la STC Exp. N° 03885-2010-PA/TC (ff. jj. 4 al 6) donde se señala que una de las condiciones de trabajo que puede ser objeto de la negociación colectiva es la jornada de trabajo. Asimismo, en la STC Exp. N° 04635-2004-PA/TC (ff. jj. 13 y 39) (caso Toquepala II) se desarrolla a la derecho a la jornada de trabajo de ocho horas, constituyendo un precedente vinculante. En la RTC Exp. N° 04635-2004-PA/TC (aclaración 2) (f. j. 14) se desarrollan las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas, señalándose que las que superen el promedio de horas no serán compatibles con la Constitución. Y, por último, la STC Exp. N° 00027-2006-PI/TC (ff. jj. 18 al 24) contiene amplia doctrina jurisprudencial sobre jornada de trabajo y descanso anual vacacional (NOTA DEL EDITOR).

Artículo 26

Principios de la relación laboral

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.*

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 inc. 2), 15), 22 y ss., 59; C.P.Ct.: art. 37 inc. 10); C.C.: art. 4; Ley 26636: art. III; Ley 26772; Ley 28048; Ley 28983; R. 707-2006-TDC/INDECOPI; D.U.D.H.: arts. 23.1, 24, 25; P.I.D.E.S.C.: art. 7 inc. c).

Jorge Toyama Miyagusuku

I. Principio de igualdad

Los principios suelen ser conceptuados como las pautas generales, las directrices que informan las normas e inspiran soluciones, sirviendo en diversas fases de la vida normativa, en particular, en su proceso de conformación –inspirando sus contenidos–, interpretación y aplicación –integrando lagunas–⁽¹⁾.

La Constitución de 1993 ha recogido los fundamentales principios que estaban incorporados en el texto de la precedente Constitución⁽²⁾. Sin embargo, hay algunos cambios importantes.

Primero, veamos el principio de no discriminación que supone, siguiendo la consabida expresión, tratar igual a los iguales que se encuentran en iguales circunstancias. En el plano específico del Derecho Laboral, el numeral 1 del artículo 26 de la Constitución prevé el principio de igualdad de trato⁽³⁾ al señalar que, en toda relación laboral, se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Con esta fórmula se distingue adecuadamente la igualdad ante la ley (art. 2,2) de la igualdad de trato, apreciándose un tratamiento más adecuado y claro que lo previsto en la Constitución de 1979.

Sobre este tema, el Convenio 111 de la OIT, ratificado por el Perú indica lo siguiente (art. 1):

- (1) PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 9.
- (2) Al respecto, puede leerse NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. ARA, Lima, 1997, p. 107 y ss.
- (3) En el Derecho Laboral, como contraposición a la igualdad ante la ley, cuando se alude al concepto de igualdad, se habla, además, de una igualdad de trato. Sobre este tema, puede verse NEVES MUJICA, Javier. "El principio de igualdad en el ordenamiento laboral". En: *Asesoría Laboral*. Lima, octubre, 1992, pp. 18 y 19.

"1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

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

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación".

En la misma línea se puede encontrar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7).

El principio de no discriminación o igualdad es una de las piezas esenciales de toda sociedad. En virtud de este principio, las personas tienen derecho a no sufrir un trato arbitrario por razones ideológicas, políticas, raciales, religiosas, sexuales, etc. De esta forma, como señala Hueck⁽⁴⁾ "el igual debe ser tratado de modo igual y el desigual de modo desigual, pero correspondiendo a su desigualdad".

Como se ha destacado⁽⁵⁾, toda persona calificada para obtener un trabajo, debe tener la oportunidad de competir por él, obtenerlo y conservarlo con "prescindencia total de su pertenencia a un determinado grupo racial, sexual, religioso, etc.". Más todavía, como señala el autor citado, no debe permitirse "aferrarse" de un mérito o calificación para ocultar un motivo que es considerado discriminatorio.

Sobre el concepto de discriminación, el Tribunal Constitucional ha indicado:

"(...) este Tribunal en reiterada jurisprudencia, [ha señalado] que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que

- (4) RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel; CRUZ VILLALÓN, Jesús & FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda. *Derecho del Trabajo I*. Vol. II. Materiales de Enseñanza del Curso de Derecho Laboral de la Universidad de Sevilla, p. 185.
- (5) BALTA VARILLAS, José. "¿Qué es la discriminación en el empleo?". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 1, Editorial Normas Legales S.A. Año XLV, Trujillo, 1995, p. 95.

exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato" (STC Exp. N° 2510-2002-AA/TC).

La existencia de criterios objetivos parece ser el tema central para que el Tribunal acepte una diferenciación, tal como puede apreciarse en la siguiente sentencia:

"Respeto a que la pretendida aplicación del horario genera una situación de discriminación, debe destacarse que, conforme lo ha expuesto la propia demandante, el horario de doce horas de trabajo se aplica únicamente a los trabajadores de la sección Operaciones en Mina, y que, dada la naturaleza de la labor que desarrollan los trabajadores de dicha sección, es evidente que tiene que existir un trato diferenciado, pues se dan situaciones fácticamente distintas que justifican, objetiva y razonablemente, la adopción de un horario de trabajo diferente, que en nada afecta la dignidad de los trabajadores" (STC Exp. N° 1396-2001-AA).

El TC ha señalado sobre este precepto que "la igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta, ya sea del Estado o los particulares, en relación con las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria" (STC Exp. N° 01875-2006-PA/TC).

Un caso que vale la pena mencionar es el criterio del TC sobre el Contrato Administrativo de Servicios (CAS), creado por el Decreto Legislativo N° 1057 y desarrollado por normas complementarias, pues para el TC, estamos ante un contrato especial y no hay afectación al principio de igualdad (STC Exp. N° 00002-2010-PI/TC). A nuestro juicio, el CAS afecta los preceptos constitucionales antes citados, pues, de manera injustificada y sin que existan razones objetivas que lo respalden, establece menores derechos y beneficios a las personas contratadas bajo esta modalidad contractual en comparación con los previstos para los demás trabajadores del Estado, como lo es la estabilidad laboral y la reposición ante un despido que no se ajusta a los parámetros constitucionales.

El régimen CAS no se alinea a los parámetros constitucionales en tanto que se priva de derechos laborales esenciales a las personas contratadas bajo esta modalidad y no existe proporcionalidad en la medida (las razones presupuestales o transitoriedad del régimen no pueden ser admitidas ante derechos fundamentales de eficacia inmediata además de que no se ha regulado un mecanismo de desaparición progresiva de este sistema CAS) como para sustraer de ciertos derechos laborales a las personas contratadas bajo CAS de los sistemas de beneficios sociales y protección laboral establecidos en todos los regímenes laborales del Estado. Además, no hay, en nuestra opinión, una racionalidad que permita justificar, de manera coherente, la creación de un "tercer régimen laboral en el Estado" para personas que ocupan puestos de trabajo, desarrollan funciones propias de un trabajador subordinado, es decir, se verifican todos los elementos esenciales de una relación laboral, pero, por una disposición legal, tienen menores derechos y beneficios que el resto de los trabajadores.

Así, a diferencia de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, considero que el régimen CAS vulnera los principios de igualdad ante la ley y de trato (arts. 2, 2 y 26, 1 de la

Constitución) además de que estamos ante una norma que establece un trato diferente que no se basa en razones objetivas, ni proporcionales que permitan fijar un régimen especial a las personas contratadas bajo el CAS (art. 103 de la Constitución).

II. Principio de irrenunciabilidad de derechos

El principio de irrenunciabilidad de derechos se fundamenta en el carácter protector del Derecho Laboral en la medida que presume la nulidad de todo acto del trabajador que disponga de un derecho reconocido en una norma imperativa. Dada la desigualdad que caracteriza a las partes laborales, a diferencia del Derecho Civil, el ordenamiento laboral no confiere validez a todos los actos de disponibilidad del trabajador. La imposibilidad de lograr un equilibrio en la negociación entre empleador-trabajador genera que este último no cuente con la misma capacidad de disposición de sus derechos.

La renuncia, de acuerdo a Ojeda Avilés, es una especie de la disposición que supone todo acto de desprendimiento de nuestro patrimonio de un bien mediante enajenación, gravamen y renuncia⁽⁶⁾. Ahora bien, siguiendo la difundida definición de De la Villa, podemos señalar que el principio de irrenunciabilidad puede ser definido como la imposibilidad que tiene el trabajador para abandonar unilateral e irrevocablemente un derecho contenido en una norma imperativa⁽⁷⁾.

Antes de describir la definición expuesta, debemos anotar que existe una discusión sobre el ámbito subjetivo de aplicación del principio: la extensión de la irrenunciabilidad a los actos del empleador y los actos desplegados por el sindicato en un convenio colectivo.

Veamos primero los actos del empleador. El ejemplo que se acostumbra citar es la posibilidad de que el empleador disponga de sus facultades de dirección –que supone las prerrogativas para dictar normas, fiscalizar la prestación y sancionar los incumplimientos laborales– previstas en el ordenamiento jurídico. Algunos sostienen que el empleador no podría renunciar a esta facultad en la medida que la relación laboral se desnaturalizaría sin una facultad de dirección del empleador.

En nuestra opinión, teniendo en cuenta que el principio de irrenunciabilidad se origina en la desigualdad entre las partes laborales y la necesidad de proteger al trabajador, está reservado únicamente para los actos de disposición de derechos de este último. En el caso propuesto, si el empleador renuncia a sus facultades de dirección, podría "deslaboralizarse" la relación laboral y encontramos ante un vínculo posiblemente de carácter civil, pero no nos encontramos ante un caso referido al principio de irrenunciabilidad.

De otro lado, los actos de disposición del sindicato respecto de derechos nacidos en convenios colectivos tampoco configuran supuestos de renuncia en la medida que en la

(6) OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador*. IEP, Madrid, 1971, p. 30 y ss.

(7) DE LA VILLA, Luis. "El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales". En: *Revista de Política Social*. N° 70, Madrid, 1970, p. 7 y ss.

negociación colectiva no se verifica una desigualdad entre las partes y no debe presumirse, por consiguiente, la nulidad de los actos de disposición del sindicato. Ahora bien, si se tratara de actos del sindicato que disponen de derechos previstos en normas heterónomas imperativas, sí cabría, como apunta Neves Mujica, la aplicación del principio abordado⁽⁸⁾.

Veamos ahora cada uno de los elementos de la definición de De la Villa descrita precedentemente. En primer lugar, estamos ante una disposición, irrevocable y unilateral del trabajador, de un derecho.

La renuncia de derechos del trabajador debe ser irrevocable, esto es, incondicional, definitiva. No debe confundirse la irrevocabilidad con la temporalidad. Nos explicamos. El acto de renuncia del trabajador puede ser temporal –renuncia a la percepción de un beneficio por un mes–, lo trascendente es que el solo acto del trabajador suponga la disposición incondicional del derecho.

Nótese que es el trabajador quien prescinde de un derecho: el acto –claro y contundente– no normativo del trabajador que dispone de un derecho previsto en una norma imperativa. El acto unilateral del trabajador puede estar contenido en una declaración unilateral, en un contrato de trabajo, en un acuerdo extrajudicial con el empleador, en un recurso presentado en un proceso judicial, etc. En otras palabras, lo relevante es que se trate de un acto de disposición del trabajador a un derecho, que puede encontrarse en uno unilateral o bilateral.

Lo relevante es que el trabajador no ejerza un derecho laboral, supuesto que es diferente de la falta de ejercicio de una acción judicial. Así, el TC ha destacado que “una cosa es la irrenunciabilidad de los derechos, esto es, su naturaleza inalienable en su condición de bienes fuera de la disposición, incluso llegado el caso, de sus propios titulares (por ejemplo, no podría argumentarse válidamente que un trabajador “ha renunciado” al pago de sus haberes), y otra cosa distinta es la “sanción” legal que se impone al titular de un derecho que, tras su agresión, no ejercita el medio de defensa en un lapso previsto normalmente en la ley” (STC Exp. N° 04272- 2006- AA/TC).

De otro lado, siguiendo a De la Villa⁽⁹⁾, no constituyen supuestos de renuncia el no ejercicio de un derecho por el transcurso del tiempo ni la renuncia tácita o presunta. Debe tratarse, pues, de un acto expreso y claro del trabajador que disponga de un derecho.

Obviamente, la voluntad del trabajador debe haberse originado válidamente. Cuando se aprecie uno de los denominados vicios de la voluntad –como la violencia o el error– por la doctrina civil, estaremos ante supuestos de ineficacia estructural del acto jurídico que determinan la nulidad o anulabilidad del acto de disposición del trabajador. En estos casos, no estamos ante un supuesto de renuncia porque no existe un acto válido del trabajador: aquí deberían aplicarse las disposiciones sobre nulidad o anulabilidad para enervar

(8) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 111.

(9) DE LA VILLA, Luis. Ob. cit., p. 9.

los efectos del acto de disposición. La renuncia, entonces, supone un acto de disposición del trabajador que nació válidamente, sin ningún vicio en la prestación de su voluntad.

En definitiva, los casos de renuncia se producen porque el trabajador voluntariamente prescinde de un derecho. Todo acto ajeno a la voluntad del trabajador que suponga la disposición de un derecho, no importa una transgresión al principio de irrenunciabilidad de derechos. No puede, pues, alegarse la doctrina de los actos propios para enervar los efectos de la irrenunciabilidad porque el acto de disposición del trabajador no genera efectos jurídicos.

El segundo elemento que podemos analizar se contrae en el reconocimiento del derecho en una norma imperativa. Bastará la existencia del derecho para que el acto de disposición del trabajador pueda calificar como irrenunciable, sin que se requiera que el trabajador cuente con los requisitos previstos en la normativa para el goce efectivo del referido derecho. Como anota el profesor Neves Mujica, lo expuesto distingue al principio de irrenunciabilidad del principio de condición más beneficiosa, en tanto que este último principio requiere, para ser alegado, que el trabajador cuente con los requisitos para gozar del derecho⁽¹⁰⁾.

Así, antes, durante o después de la relación laboral rige el principio de irrenunciabilidad. Cuando el trabajador suscribe un contrato de trabajo y acepta no percibir ninguna gratificación por Fiestas Patrias y Navidad, o conviene en trabajar una hora extra sin el pago de una retribución adicional o firma una liquidación de beneficios sociales al término de la relación laboral en la que señala que no tiene nada por reclamar pese a que no le hubieran pagado vacaciones trunca, estamos ante supuestos de renuncia de derechos.

Ahora, conviene describir el tipo de norma –y el carácter de esta– que contiene un derecho del trabajador que no puede ser materia de dejación. Las normas estatales que reconocen derechos a los trabajadores no merecen cuestionamiento alguno. Luego, tenemos los derechos contenidos en normas convencionales. Sobre este último, se plantean posiciones encontradas, en tanto que unos señalan que también recogen derechos irrenunciables y otros no.

En nuestra opinión, el principio de irrenunciabilidad de derechos debe comprender a los derechos nacidos de actos normativos como los convenios colectivos de trabajo, dado su carácter eminentemente normativo e imperativo dentro de su ámbito de aplicación –reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución⁽¹¹⁾–. La aplicación de la irrenunciabilidad es, pues, frente a todo derecho reconocido en una norma.

Finalmente, el derecho materia de renuncia debe estar contenido en una norma imperativa. Aquí conviene trasladar la distinción española sobre el grado de imperatividad de

(10) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., pp. 113-114.

(11) Además, el artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley N° 25593, TUO aprobado por D.S. N° 010-2003-TR), prescribe que los trabajadores no pueden disponer de derechos derivados de un convenio colectivo de trabajo.

las normas estatales frente a la autonomía privada. Así, tenemos las normas de derechos dispositivos —existe plena autonomía para las partes—, necesarios relativos —fijan un piso, un derecho mínimo que puede ser “mejorado” por la autonomía privada—, máximos de derechos necesarios —establecen un techo o tope que no puede ser superado por las partes— y absolutos —no existe alguna capacidad de disposición de las partes—.

Con relación a los criterios del Tribunal Constitucional, en algunos casos, la aplicación de este principio no ha sido del todo correcta. Por ejemplo, en la STC Exp. N° 0085-1995-AA/TC, se admite una afectación al principio de irrenunciabilidad sin que se verifique un acto de disposición del trabajador sino un incumplimiento del empleador:

“Si bien la demandada niega el derecho de reincorporación solicitado por el actor, en base a la interpretación de diversas normas legales citadas en la contestación de la demanda, y relacionadas a los alcances de la Ley N° 25273, este Colegiado considera que las argumentaciones legales de la emplazada no enervan el derecho de reincorporación adquirido por el actor al amparo de la acotada Ley N° 25273, por cuanto aceptar dicho predicamento significaría desconocer derechos y principios laborales de jerarquía constitucional contenidos en los artículos 42 y 57 de la Constitución de 1979, y en el artículo 26, incisos 2) y 3) de la vigente Constitución, que hacen referencia al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos a los trabajadores por la Constitución y la ley”.

Por otro lado, ha destacado correctamente (STC Exp. N° 009-2004-AA/TC-Arequipa), que los acuerdos de reducción de remuneraciones son válidos y no transgreden, por ello, la Constitución:

“En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas 11 a 15 de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de 1999, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha 25 de octubre de dicho año. Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N° 9463, de 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, a contrario sensu, por el artículo 30, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y el artículo 49 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. Sin embargo, el actor manifiesta que fue compelido por la emplazada a firmar dicho convenio. En ese sentido, este Colegiado considera que la vía del amparo, por su carácter sumario, no es la idónea para resolver dicho extremo de la demanda, tomando en consideración que se fundamenta en un vicio en la manifestación de voluntad del recurrente, lo cual requiere la actuación de pruebas y diligencias dentro de la correspondiente estación probatoria, etapa de la cual carece el amparo. En todo caso, en este extremo, este Colegiado deja a salvo el derecho del recurrente para que pueda ejercerlo en sede ordinaria”.

Finalmente, en algunos casos, el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales en forma cuestionable, pues en el acto de despido no se presenta un acto unilateral del trabajador, no existe un acto de disposición laboral de un derecho (STC Exp. N° 566-99-AA/TC-Arequipa):

“El hecho de que el demandante no haya obtenido puntaje favorable para acceder a una plaza en calidad de nombrado en el concurso promovido, no podía afectar su derecho a permanecer en la entidad en la condición de contratado para servicios de naturaleza permanente; razonamiento este último que se sustenta en los principios constitucionales de jerarquía normativa y el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, aplicable en la relación laboral; principios contenidos en los artículos 51 y 26 de la Constitución Política del Estado, respectivamente”.

Entonces, los casos donde el empleador no otorgue un derecho que corresponde al trabajador, un convenio colectivo disminuya el monto de un beneficio reconocido legalmente a los trabajadores o una ley derogue un derecho de los trabajadores, no configuran supuestos de renuncia de derechos. En los casos descritos, nos encontraremos ante un incumplimiento laboral del empleador que puede motivar la presentación de una demanda laboral para que se goce del derecho, un convenio colectivo ilegal que puede generar el control de su legalidad y la sucesión peyorativa de normas estatales que puede suponer la alegación del principio de condición más beneficiosa⁽¹²⁾, respectivamente.

Empero, en ocasiones, se suele “amparar” la irrenunciabilidad de derechos para declarar fundadas determinadas pretensiones de trabajadores, cuando no estamos dentro del ámbito de aplicación del referido principio: el caso más frecuente es la utilización de la irrenunciabilidad de derechos cuando una norma estatal deroga un beneficio y el trabajador acude a la vía judicial para mantener el referido derecho.

III. Principio de *in dubio pro operario*

Este principio incide en la función tuitiva del Derecho Laboral, rasgo inherente y distintivo de la disciplina, y que, entre otros aspectos, presidiría el proceso de elaboración de las normas laborales, que les imprimiría imperatividad absoluta y que guiaría su proceso de interpretación y aplicación. Conviene, por lo tanto, distinguir entre el principio *pro operario* y el principio *in dubio pro operario*, aplicable solo al proceso de interpretación de la norma laboral⁽¹³⁾.

(12) En nuestra opinión, en el ordenamiento jurídico peruano resulta discutible la alegación del principio de condición más beneficiosa ante una sucesión peyorativa de normas estatales. En rigor, este principio laboral solamente debería utilizarse cuando estamos ante derechos nacidos de actos no normativos —un contrato, un acto unilateral del empleador—. Al respecto, puede verse TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El principio de condición más beneficiosa”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 7, Lima, 1993, p. 42 y ss.

(13) ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. “La vigencia del principio *pro operario*”. En: AA. VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea*. MTSS, Madrid, 1990, p. 850.

El primer caso, esto es, la oscura o ambigua determinación de los hechos, no ofrece en estricto un problema de interpretación normativa, sino más bien constituye una cuestión de prueba que debe regirse por las reglas procesales de distribución de la carga probatoria y de determinación de quien debe soportar su insuficiencia⁽¹⁴⁾.

Al respecto, una crítica importante es la fórmula empleada: solamente cuando existe una duda insalvable, puede acudir al principio de favorabilidad. Como ha dicho Neves Mujica⁽¹⁵⁾, se ha tratado de relegar la aplicación de este principio, de tal manera que se deben emplear todos los métodos de interpretación y solamente cuando exista duda, resolverse el conflicto por la vía de favorabilidad. En este sentido, habría un retroceso con relación a la fórmula empleada por la Constitución de 1979.

Sobre el principio de *in dubio pro operario*, se ha señalado que, dada la falta de limitación, este principio se aplicaría a toda disposición en materia de trabajo como las normas estatales o autónomas e, inclusive el contrato de trabajo⁽¹⁶⁾. Nosotros no estamos de acuerdo con lo expresado; creemos que solamente es materia de este principio las normas y no los actos no normativos –como es un contrato de trabajo–, para estos últimos habría que aplicar las disposiciones respectivas del Código Civil.

El Tribunal Constitucional ha interpretado de modo más favorable la extensión de los puntos adicionales que gozaba un trabajador discapacitado en los concursos para las evaluaciones de personal. En rigor, en este caso, existe una laguna que ha sido resuelta por el Tribunal empleando los mecanismos de integración (STC Exp. N° 337-97-AA/TC):

“Que la Constitución Política de 1993, en su artículo 23 consagra el principio de atención prioritaria al trabajo, protegiendo especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan, así como en el inciso 3 del artículo 26 sostiene la interpretación más favorable al trabajador, en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma legal.

Que, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-89-SA acuerda una bonificación de 15 puntos sobre el puntaje global obtenido en los concursos convocados por los organismos del Sector Público, para acceder a las vacantes en los tres grupos ocupacionales existentes en los mismos; es entendido e interpretado así, de conformidad con el artículo 7 del Convenio N° 159 de la Organización Internacional del Trabajo ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 24509, que señala que: ‘Las Autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar, y evaluar los servicios de colocación, empleo, y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo (...)’; conforme lo

(14) DESDENTADO BONETE, Aurelio. “¿Existe realmente el principio *in dubio pro operario*?”. En: *Relaciones Laborales*. N° 14, Editorial La Ley, Madrid, 2003, p. 20.

(15) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 130.

(16) BOZA PRO, Guillermo. “Los principios del Derecho del Trabajo en la nueva Constitución”. En: *Asesoría Laboral*. N° 37, p. 37.

dispone el artículo 15 de la Ley N° 25398 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la vigente Carta Política del Estado”.

Por otro lado, en la STC Exp. N° 990-97-AA/TC, se aplicó el principio de *in dubio pro operario* para la interpretación de la ausencia de un supuesto en el proceso de evaluación, y dicha falta de regulación normativa fue interpretada de la manera más favorable al trabajador:

“Que, de autos se aprecia que el actor fue calificado por su jefe inmediato con treintidós puntos, tal como consta del documento que corre en autos a fojas ciento cuarentiocho y luego esta puntuación fue modificada a veinticuatro puntos por el jefe inmediato superior, entiéndase que el jefe inmediato es el que labora directamente con el trabajador y como tal es el facultado a calificar, así se establece en el Reglamento de Evaluación, no obstante también puede entenderse que el jefe inmediato superior sí puede ratificar contrario sensu, también puede no hacerlo como sucedió en el presente caso, pero al no existir norma que indique tal opción, por la regla del *in dubio pro operario* se debió promediar ambas calificaciones, obteniendo como resultado veintiocho puntos, el cual hubiese permitido que el actor continúe trabajando, ya que su nota hubiese sido aprobatoria; en tal sentido en mérito a este principio constitucional consagrado en el inciso 3) del artículo 26 de la Carta Magna vigente, la presente acción resulta amparable”.

Finalmente, en una ocasión, el Tribunal Constitucional ha admitido una demanda de amparo sobre la base de la aplicación del principio de condición más beneficiosa previsto en el numeral 3 del artículo 26 de la Constitución, que alude al principio de *in dubio pro operario*:

“(…) a la fecha del cese, el accionante había adquirido la protección prescrita en el artículo 1 de la Ley N° 24041, sustentada en el principio de protección al trabajador, cuyo tenor es la aplicación de la condición más beneficiosa al trabajador, y consagrado por la Constitución en su artículo 26, inciso 3)” (STC Exp. N° 2132-2003-AA/TC-Piura).

De un lado, no existe relación entre la condición más beneficiosa –que actúa ante una sucesión peyorativa– y el principio de *in dubio pro operario* –que se aplica ante una duda en la interpretación de una norma–. De otro, ninguno de estos principios resulta aplicable en un despido de un trabajador que supone previamente la aplicación del principio de primacía de la realidad.

El principio de *in dubio pro operario* tiene un reducido marco de actuación: solamente en caso de duda sobre la interpretación de una norma, se debe escoger por aquella que favorece al trabajador. Por lo tanto, cuando se discute sobre la valoración de pruebas en un proceso judicial, cuando se debe brindar una solución concreta en caso de ausencia de normas, cuando el empleador o el Estado suprimen o reducen un beneficio o cuando el trabajador acepta una condición menos ventajosa que la prevista legalmente, estamos fuera del alcance del principio de *in dubio pro operario*. De pronto, en los casos mencionados, se podría aplicar principios y reglas basadas en el principio protector del Derecho Laboral pero no el principio de *in dubio pro operario*.

Así las cosas, el TC ha mencionado que este principio "será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de 'norma' abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc." (STC Exp. N° 008-2005-PI/TC).

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. "La vigencia del principio pro operario". En: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea*. AA. VV. MTSS, Madrid, 1990; BALTA VARILLAS, José. "¿Qué es la discriminación en el empleo?". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 1, Año XLV, Editorial Normas Legales S.A. Trujillo, 1995; BOZA PRO, Guillermo. "Los principios del Derecho del Trabajo en la nueva Constitución". En: *Asesoría Laboral*. N° 37, Lima, octubre; DE LA VILLA, Luis. "El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales". En: *Revista de Política Social*. N° 70, Madrid, 1970; DESDENTADO BONETE, Aurelio. "¿Existe realmente el principio in dubio pro operario?". En: *Relaciones Laborales*. N° 14, Editorial La Ley, Madrid, 2003; NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ed. ARA. Lima, 1997; NEVES MUJICA, Javier. "El principio de igualdad en el ordenamiento laboral". En: *Asesoría Laboral*. Lima, 1992; OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador*. IEP, Madrid, 1971; PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978; RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel; CRUZ VILLALÓN, Jesús & FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda. *Derecho del Trabajo*. Volumen II, Tomo I, Materiales de Enseñanza del Curso de Derecho Laboral de la Universidad de Sevilla; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El principio de condición más beneficiosa". En: *Revista Derecho & Sociedad*. N° 7, Lima, 1993.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

De manera complementaria a lo desarrollado por el autor de este comentario, conviene revisar las siguientes sentencias indicadas para cada inciso:

Inciso 1: STC Exp. N° 00008-2005-PI/TC que desarrolla la doctrina jurisprudencial sobre la igualdad y discriminación en el trabajo. STC Exp. N° 00261-2003-PA/TC donde se señala qué es la "razón suficiente" para la confrontación entre el principio de igualdad y otra pauta basilar en torno al proceso de diferenciación. STC Exp. N° 02562-2002-PA/TC en la que se hacen indicaciones sobre la prueba indiciaria para acreditar la discriminación en el trabajo.

Inciso 2: STC Exp. N° 00008-2005-PI/TC que contiene doctrina jurisprudencial sobre los beneficios sociales laborales. STC Exp. N° 03052-2009-PA/TC (ff. jj. 33 al 35) que constituye un desarrollo jurisprudencial sobre la irrenunciabilidad del goce efectivo de los beneficios sociales. Contiene un precedente según el cual el cobro de la CTS no supone consentimiento del despido arbitrario (f. j. 37).

Inciso 3: STC Exp. N° 00008-2005-PI/TC (f. j. 21) señala que el *in dubio pro operario* será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. STC Exp. N° 00013-2002-PI/TC (f. j. 4) que indica que la duda es un criterio de interpretación utilizable en materia laboral, cuya aplicación se encuentra supeditada a que, en una norma legal, exista una "duda insalvable" sobre su sentido. Es un criterio de interpretación cuya aplicación corresponde al operador jurídico (NOTA DEL EDITOR).