

# Laborem

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Nº 7

Año 2007

*Laborem 7*  
*Revista de la Sociedad Peruana de*  
*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Año 2007*

# Laborem

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

7

© Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Manuel Villavicencio 119, Lince, Lima, Perú  
Teléfono: 617 5700  
Fax: 422 1832  
E-mail: [spttss@spttss.org.pe](mailto:spttss@spttss.org.pe)  
[www.spttss.org.pe](http://www.spttss.org.pe)

Cuidado de la edición:  
Renato Mejía Madrid

ISSN: 1996-4897

Hecho el depósito legal en Biblioteca Nacional del Perú N° 2007-10604

Tirada: 500 ejemplares  
Octubre 2007

Diagramación e impresión: Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.  
Américo Vespucio 110, Covima , La Molina  
Teléfono: 348 5571  
E-mail: [info@roblerojo.com](mailto:info@roblerojo.com)  
[www.roblerojo.com](http://www.roblerojo.com)

## Contenido

<b>Presentación</b>	11
<b>Monografías</b>	15
Derechos humanos laborales en el Derecho uruguayo <i>Oscar Ermida Uriarte</i>	17
El <i>jus cogens</i> laboral en el ordenamiento internacional <i>Miguel F. Canessa Montejo</i>	35
Protección especial a la madre trabajadora: relación con el cuidado infantil <i>Isabel Herrera González-Pratto</i>	73
El trabajador autónomo (De la dependencia jurídica a la dependencia económica) <i>Elmer Arce Ortiz</i>	93
La libertad sindical en el empleo público y las evidencias de un sistema autoritario de relaciones laborales en el Perú <i>Edgardo Balbin Torres</i>	127
<b>Concurso universitario de investigación</b>	153
III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Arequipa; 1, 2 y 3 de noviembre de 2006 Ensayos premiados y menciones honrosas, en orden de mérito	153

El daño moral como consecuencia del despido discriminatorio <i>Alicia Carolina Jiménez Llerena</i>	155
Procedencia de la acción de amparo ante despidos nulos <i>May Lin Ataca Ugaz</i>	187
La legalidad del control del empleador sobre el correo electrónico asignado a sus trabajadores <i>Jorge A. Larrea De Rossi</i>	215
Acercamiento a la naturaleza del derecho laboral, criterios y principios de interpretación constitucional y contenido constitucional del derecho a la remuneración: crítica a los criterios del Tribunal Constitucional para resolver en cuestiones de reducción de remuneraciones <i>Manuel Gonzalo De Lama Laura</i>	255
Las implicancias constitucionales del ejercicio de la facultad de control por parte del empleador <i>Carla Valdivia Sánchez</i>	281
El derecho constitucional a la jornada atípica o acumulativa <i>Giuliana Paredes Loyola</i>	313
De la protección constitucional de derechos laborales inespecíficos La intimidad del trabajador ¿está preparado el TC frente a las nuevas tecnologías? <i>Milagros Edith Vivas Ponce</i>	331
Nuevos desafíos del sistema previsional peruano: modelo complementario o alternativo de pensiones <i>Paola Orellana Rosalino</i>	353

**Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**  
**Junta Directiva (Período 2005 - 2007)**

Presidente:	Alfredo Villavicencio Ríos
Vice-Presidente:	Alfonso de los Heros Pérez Albela
Secretario:	José Balta Varillas
Pro-Secretario:	Luz Pacheco Zerga
Tesorera:	Isabel Herrera Gonzales - Pratto
Pro-Tesorero:	Hugo Salas Ortiz
Secretario de Biblioteca y Publicaciones:	Renato Mejía Madrid
Eventos y reuniones científicas:	Juan Carlos Cortés Carcelén
Relaciones Internacionales:	Mario Pasco Cosmópolis

**Lista actualizada de miembros activos:**

César Abanto Revilla	César Gonzáles Hunt
Beatriz Alva Hart	Orlando Gonzáles Nieves
Victoria Ampuero de Fuertes	Isabel Herrera Gonzales-Pratto
Luis Aparicio Valdez	Ricardo Herrera Vásquez
Elmer Arce Ortiz	Ricardo Marcenaro Frers
Luis Arbulú Alva	Víctor Mayorga Miranda
Javier Arévalo Vela	Renato Mejía Madrid
Julio César Barrenechea Calderón	Pedro G. Morales Corrales
Edgardo Balbin Torres	Néstor Morales Gonzales
José Balta Varillas	Carlos Guillermo Morales
Jaime Beltrán Quiroga	Javier Neves Mujica
Guillermo Boza Pró	Luz Pacheco Zerga
José Andrés Butrón Fuentes	Mario Pasco Cosmópolis
Martín Carrillo Calle	Luigino Pilotto Carreño
Adolfo Ciudad Reynaud	Herbert Prella Mayuri
Juan Carlos Cortés Carcelén	Germán Ramírez Gastón Ballón
Alfonso de los Heros Pérez Albela	Francisco Javier Romero Montes
Víctor Ferro Delgado	Hugo Salas Ortiz
Fernando García Granara	Wilfredo Sanguineti Raymond
Leopoldo Gamarra Vilchez	Raúl Saco Barrios

Jorge Toyama Miyagusuku  
Daniel Ulloa Millares  
Luis Vinatea Recoba  
Edmundo Villacorta Ramírez

Alfredo Villavicencio Ríos  
Jaime Zavala Costa  
Roger Zavaleta Cruzado

**Miembros honorarios:**

Carlos Blancas Bustamante  
Fernando Elias Mantero  
Ricardo Nugent Lopez Chavez  
Jorge Capriata D'auro  
Nestor de Buen Lozano  
Oscar Ermida Uriarte  
Jean Claude Javillier  
Emilio Morgado Valenzuela  
Alfredo Montoya Melgar  
Fernando Suárez González

Américo Plá Rodríguez  
Mozart Víctor Russomano  
Hector Hugo Barbagelatta

Manuel Alonso Olea +  
Guillermo Gonzales Rosales +  
Ricardo La Hoz Tirado +  
Javier Vargas Vargas +  
Joaquin Leguía Galvez +

## *Presentación*

En nuestro país, el debate en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social se ha visto revitalizado en los últimos años por dos acontecimientos: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la negociación del acuerdo de promoción comercial con los Estados Unidos de América.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional llevó el debate en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social a terrenos compartidos con el derecho constitucional y con la teoría general del derecho.

En materia laboral, por ejemplo, el Tribunal Constitucional abrió las posibilidades de protección que inicialmente se interpretó otorgaba la Constitución en supuestos de extinción de la relación laboral, en particular en supuestos de despido, cuando esta extinción vulnera derechos constitucionales.

Asimismo, en materia de seguridad social, al establecer el contenido esencial al derecho a la pensión, el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de la reforma precisamente constitucional que supuso el «cierre» del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley 20530, conocido como «cédula viva».

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre dichas materias despertaron encendidos debates en su momento, y lo que nos han dejado, junto con otros pronunciamientos no menos importantes, ha sido una nueva configuración del contenido de la «Constitución laboral» vigente, que ya pocos reconocerían en el espíritu original de su texto.

Por otra parte, la negociación del acuerdo de promoción comercial con los Estados Unidos de América, ha volcado la atención a las observaciones que sobre nuestra legislación y práctica han sido realizadas por los órganos de control de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) con ocasión del incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos con la aprobación y ratificación de los Convenios de la OIT, en particular los que regulan los derechos y principios fundamentales en el trabajo, tal cual los reconoce la Declaración de la OIT sobre los mismos de 1998: libertad sindical y negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil, eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Ello debido a que el acuerdo de promoción comercial o tratado de libre comercio incluye lo que usualmente se denomina una «cláusula social», un compromiso de respeto de estándares mínimos laborales a fin de no obtener ventajas en el comercio internacional a través de la reducción de dichos estándares. El estándar acordado es básica y precisamente el establecido en la Declaración de la OIT de 1998.

Ahora, si bien dicho compromiso no reconoce derechos subjetivos para los ciudadanos de los países que lo suscriben, el impacto en los mismos ya puede verse en las recientes modificaciones en nuestra legislación interna, particularmente en materia de libertad sindical, que, aunque parciales e inorgánicas, estarían destinadas a cumplir con dicho estándar o, al menos, con el estándar exigido por la representación demócrata del Congreso estadounidense, que es de la que finalmente depende la aprobación final del acuerdo por parte del Congreso de los Estados Unidos, objetivo acariciado por este gobierno.

Hasta qué punto dichas modificaciones reflejan una sincera intención del gobierno de realizar una revisión integral y coherente de la legislación nacional a la luz del hoy reconfigurado marco constitucional y de nuestras obligaciones internacionales, es algo que se verá evidenciado con el tiempo.

Las monografías preparadas por nuestros asociados y amigos colaboradores para esta nueva edición de la revista *Laborem*, por su interés y los temas que tratan, serán sin duda fuente de consulta para futuras reflexiones y debates

relacionados con los acontecimientos comentados, así como para cualquier iniciativa de investigación.

Oscar Ermida escribe un artículo sobre los derechos humanos laborales en el sistema de fuentes uruguayo, aquéllos derechos laborales inherentes al trabajador como persona humana reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, así como los criterios de interpretación propios de este conjunto de normas que son parte de un derecho universal de los derechos humanos.

Miguel Canessa, comparte con nosotros una reflexión acerca de la conformación del *jus cogens* laboral, normas imperativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto sobre derechos humanos laborales, y de las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha conformación.

Isabel Herrera nos presenta un análisis crítico de la legislación nacional sobre la protección de la maternidad y la problemática derivada de su aplicación (o de la ausencia de la misma cuando la legislación protectora es insuficiente, sobretudo luego del alumbramiento) desde una perspectiva que reafirma el derecho de la madre trabajadora a la dignidad e igualdad, sustento de la protección estatal especial que debe otorgársele de conformidad con nuestra Constitución.

Elmer Arce nos propone el establecimiento de una ley que regule la prestación de servicios de los trabajadores autónomos como medio a través del cual los derechos constitucionales de contenido social tengan aplicación efectiva a todos los ciudadanos trabajadores, independiente de su categorización jurídica, cumpliendo así el derecho social con su función política: la inclusión social y, con ello, logrando la igualdad sustancial. Por este camino ha discurrido la legislación en Europa, y recientemente la española con el Estatuto del trabajo autónomo de 12 de julio de 2007.

Por su parte Edgardo Balbín, desde la tesis contractualista del empleo público, que reconoce que en la relación de empleo público el Estado actúa como parte contractual en una relación jurídica de intercambio de trabajo por salario, nos recuerda la necesidad de establecer un sistema democrático de relaciones laborales

en el empleo público a través del reconocimiento pleno y efectivo del ejercicio de la libertad sindical en el mismo, tarea que, como demuestra, aún se encuentra pendiente en nuestro ordenamiento.

Finalmente, y no por ello menos importante, en la presente edición de *Laborem* publicamos los ensayos premiados y menciones honrosas del Concurso Universitario de Investigación convocado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el marco de su III Congreso Nacional realizado en la ciudad de Arequipa los días 1, 2 y 3 de noviembre de 2006, del cual resultó ganadora Alicia Carolina Jiménez Llerena con un interesante ensayo titulado «El daño moral como consecuencia del despido discriminatorio».

A través de dicho concurso la Sociedad busca fomentar la investigación jurídica en derecho del trabajo y de la seguridad social, y la calidad de los trabajos que han recibido un reconocimiento de la misma y que publicamos hoy, son demostración de la realización de dicho objetivo.

Esto no puede ser sino motivo de orgullo especial para la Sociedad.

Renato Mejía Madrid  
Secretario de Biblioteca y Publicaciones

*Monografias*

# Derechos humanos laborales en el Derecho uruguayo

*Óscar Ermida Uriarte*

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Concepto de derechos humanos

De conformidad con el enfoque tradicional de la doctrina rioplatense<sup>1</sup>, manejamos como sinónimos los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales. Los derechos humanos, es decir, aquellos inherentes a la persona humana, son fundamentales, precisamente, en tanto esenciales al ser humano, propios de la dignidad humana .

También son fundamentales en un segundo sentido: recogidos o proclamados en las normas jurídicas de mayor jerarquía tanto del ordenamiento jurídico nacional (Constitución) como del orden jurídico internacional (pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos), están jurídicamente «supraordenados» al legislador ordinario, a las autoridades administrativas y a los operadores jurídicos en general<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BARRETTO GHIONE, Hugo, Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el Uruguay. OIT, Lima: 2006, p. 21.

<sup>2</sup> VALDÉS DAL RE, Fernando, Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. En Revista de Derecho Laboral, Montevideo, 2003, tomo XLVI, número 212, pp. 650 y 662, y BARRETTO, Hugo. Op. cit.

## **1.2. Derechos humanos laborales**

Dentro del conjunto de los derechos humanos, hay un número importante de derechos laborales. La trascendencia de esta circunstancia es múltiple, mayúscula y evidente. Por una parte, el hecho de que muchos derechos laborales formen parte de los derechos fundamentales resalta la jerarquización del Derecho del trabajo y de los valores que le inspiran. Por otra parte, el hecho de que esos derechos laborales que son derechos humanos estén supraordenados en la Constitución y en las normas internacionales, los vuelven indisponibles para el legislador ordinario, para la Administración y para el operador jurídico en general. En tercer lugar, esta misma circunstancia conecta nuestro tema con dos de las tres más importantes particularidades del sistema de fuentes del Derecho laboral: su internacionalidad y su constitucionalidad<sup>3</sup>

## **1.3. Características del enfoque adoptado**

Está claro que toda la temática de los derechos humanos tiene una honda connotación filosófica y específicamente ética, con repercusiones probablemente mayores aún, en el terreno político e ideológico. Sin embargo, procuraremos prescindir en la mayor medida posible de esas connotaciones e implicancias, adoptando, a tal efecto, un enfoque estrictamente jurídico y formal, casi positivista y no valorativo. No se trata de negar aquella faceta, ni de tomar posición entre juspositivismo y jusnaturalismo, sino que se opta por esta metodología solamente para limitar al máximo posible el flanco de discusión o debate. Con ese afán – y sin que signifique en modo alguno una toma de posición filosófica o de teoría del Derecho – adoptaremos, en esta ocasión, un método puramente jurídico formal, ateniéndonos a las normas jurídicas de más alta jerarquía: las constitucionales e internacionales.

---

<sup>3</sup> La tercera gran particularidad del sistema de fuentes del Derecho del trabajo es la autonomía colectiva.

Con el mismo objetivo y a pesar del peso definitivo que en esta materia tienen las normas internacionales, adoptaremos aquí un enfoque constitucional, o sea, nacional.

Tampoco es una toma de posición sobre las relaciones entre el orden jurídico nacional y el internacional (monismo vs. dualismo). Por el contrario, nuestra opinión se inclina a reconocer la primacía del Derecho internacional, de conformidad con las previsiones de la Convención de Viena de Derecho de los tratados. Pero como esta visión del Derecho puede ser discutida – y a menudo lo es – desde puntos de vista nacionalistas o «soberanistas», hemos optado por hacer una segunda concesión, optando por un enfoque que parta exclusivamente del Derecho nacional y llegue hasta donde este Derecho positivo nacional lo permita. Reiteramos: es una opción metodológica coyuntural destinada a juridizar todo lo posible el análisis, «aislándolo» y «descontaminándolo» de todas aquellas connotaciones más expuestas a la discusión.

El enfoque será, pues, jurídico formal, positivista y nacional. Comenzaremos, así, por el estudio de los derechos laborales que son derechos humanos de conformidad con la Constitución uruguaya (parte I) y luego, en atención a la remisión constitucional, analizaremos el mismo contenido en las fuentes internacionales (parte II).

## 2. LA CONSTITUCIÓN

Como la mayoría de las constituciones modernas, la Constitución uruguaya es no solamente una norma jurídica, sino que además es la de más alta jerarquía en el orden jurídico nacional, primando, por tanto, sobre todas las demás. En esa condición contiene dos grandes partes: una, de la cual no nos ocuparemos aquí, en la que se determina la estructura política del Estado y otra, que le antecede, en la cual se reconocen o proclaman los derechos fundamentales.

Se advierte, en la Constitución uruguaya, un doble contenido en materia de derechos humanos. Hay un elenco importante de derechos fundamentales que

están reconocidos a texto expreso, «con nombre y apellido» (contenido directo) y hay luego, en el artículo 72, una remisión a otros derechos, operándose así una ampliación conceptual del referido elenco (contenido indirecto, remisivo o ampliado)

Dentro de ese conjunto de derechos humanos, hay muchos que son derechos laborales<sup>4</sup>, esto es, derechos fundamentales de titularidad del trabajador o derechos humanos laborales.

## 2.1. Contenido laboral directo

Entre los derechos humanos reconocidos expresamente en la Constitución y que pueden ser ejercidos por los trabajadores, se distinguen, por un lado, aquellos reconocidos al trabajador en tanto tal (derechos específicos) y aquellos otros genéricos o inespecíficos que, sin ser atribuidos exclusivamente a los trabajadores, pueden ser ejercidos por éstos como por cualquier otra persona

### 2.1.1. Derechos específicos o reconocidos al trabajador en cuanto tal (artículos 7 y 53 y siguientes)

El análisis de los derechos humanos reconocidos al trabajador en cuanto tal o derechos humanos específicamente laborales o simplemente derechos específicos, no puede comenzar sino con la constatación de que la Constitución impone un Derecho del trabajo tuitivo, sancionando expresamente la protección legal del trabajador. «El trabajo está bajo la protección especial de la ley»<sup>5</sup>, dice el artículo 53. El primer derecho fundamental del trabajador es pues, el derecho a la protección, lo que también venía ya adelantado por el significativo artículo 7.

---

<sup>4</sup> BARRETTO GHIONE, Hugo. Op. cit.

<sup>5</sup> Subrayado nuestro. La doctrina ha resaltado la importancia jurídica de esta expresión calificativa excepcional en el texto uruguayo. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los principios del Derecho del trabajo. Buenos Aires, 1998. p. 82 y Curso de Derecho laboral. Montevideo, 1990. Tomo 1, volumen 1. pp. 39 y 183.

En efecto, esta disposición establece que «todos los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad»<sup>6</sup>

Esta disposición proviene de la Constitución de 1917, aunque la referencia al trabajo fue agregada en la reforma de 1934. La circunstancia de que el agregado del trabajo no se hiciera al final, como hubiere correspondido a una adición, sino que se le insertara antes de la propiedad, ha permitido a la doctrina fundamentar la preeminencia del trabajo sobre la propiedad, lo cual, por lo demás, refuerza el principio de protección del artículo 53<sup>7 8</sup>

El elenco de derechos laborales específicos reconocidos como derechos humanos por la Constitución en su Sección II, incluye asimismo, a los derechos a la independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador, a la justa remuneración, a la limitación de la jornada, al descanso semanal, a la higiene física y moral (artículo 57), a la promoción de la actividad sindical y a la huelga (artículo 57), así como el derecho a la seguridad social (artículo 67 y disposición especial M).

También se reconocen, aunque de manera asistemática, algunos derechos de participación en los entes autónomos y servicios descentralizados del Estado, en el Consejo de Economía Nacional, en la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y en el instituto nacional de seguridad social extravagantemente denominado «Banco de Previsión Social» (artículos 65, 206-207, 230 y disposición especial M).

---

<sup>6</sup> Subrayados nuestros.

<sup>7</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los principios...p. 82 y Curso...p.181

<sup>8</sup> En otro orden, es del caso destacar que el artículo 7 no consagra el derecho a la vida, honor, etc., sino el derecho a ser protegido en el goce de la vida, honor, etc., de donde se deduce que la Constitución no concede esos derechos que son preexistentes e impuestos por el *jus cogens*, sino el derecho a la protección para su ejercicio. Establece una garantía de ejercicio del derecho y no el derecho mismo (conf. CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo, en Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo, 1993, tomo XXVI, pp. 5 y siguientes, especialmente pp. 6 y 14). Sin embargo, no desarrollamos este aspecto – limitándonos a consignarlo en nota al pie, con finalidad puramente informativa -, porque llevaría a tomar posición sobre aspectos que decidimos dejar de lado en esta ocasión (supra, 3).

En una norma sorprendentemente moderna (habida cuenta que proviene de la reforma de 1934), el actual artículo 55 dispone que «la ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo».

El artículo 56 reconoce el derecho a alimentación y alojamiento adecuados cuando el trabajador debe permanecer en el establecimiento.

Finalmente, una referencia especial requiere el artículo 54 inciso 2, según el cual, «el trabajo de las mujeres y de los menores de 18 años será especialmente reglamentado y limitado». Parece claro que esta norma, proveniente también de la reforma de 1934, es hoy claramente discriminatoria por razón de género, en cuanto ordena la limitación del trabajo femenino. Debería entenderse que la misma ha sido desplazada por las normas internacionales que imponen el principio de igualdad y no discriminación, como los artículos 1 y 3 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo y los convenios internacionales del trabajo 100 y 111<sup>9</sup>.

En resumen, pues, el contenido laboral directo o expreso de la Constitución uruguaya, en materia de derechos humanos laborales específicos, incluye:

- 1) derecho a la protección del trabajo (artículos 7 y 53)
- 2) independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador (artículo 54)
- 3) justa remuneración (artículo 54)
- 4) limitación de la jornada (artículo 54)
- 5) descanso semanal (artículo 54)
- 6) higiene física y moral (artículo 54)
- 7) promoción de la actividad sindical (artículo 57)
- 8) huelga (artículo 57)
- 9) seguridad social (artículos 67 y disposición adicional M)
- 10) participación en determinados ámbitos (artículos 65, 206-207, 230 y disp. esp. M)

---

<sup>9</sup> Esta interpretación, que en nuestra opinión personal vendría impuesta por la preeminencia de las normas internacionales de derechos humanos, es de todos modos aplicable en función del artículo 72 de la Constitución, comentado infra, I.2

- 11) distribución equitativa del trabajo (artículo 55)
- 12) alimentación y alojamiento en determinadas circunstancias (artículo 56)
- 13) reglamentación y limitación del trabajo de los menores de 18 años (artículo 54 inciso 2)<sup>10</sup>

A esta nómina de derechos específicos reconocidos expresamente en la Constitución, deben agregarse los derechos inespecíficos (infra, 1.2.) y todos los inherentes a la persona humana y a la forma democrático republicana de gobierno, aunque no estén mencionados expresamente (infra, 2)

### 2.1.2. Derechos de la persona del trabajador o inespecíficos

El trabajador no solo es titular de aquellos derechos fundamentales típica o específicamente laborales, reconocidos al ser humano en tanto trabajador (como la libertad sindical, la negociación colectiva, el derecho de huelga, la limitación de la jornada, el descanso semanal o las vacaciones anuales, entre otros), sino que él también es titular de los demás derechos humanos esenciales a la persona simplemente en tanto tal. Está claro que la titularidad y goce de tales derechos (universales, irrenunciables e indisponibles), mal podrían verse afectados por la celebración de un contrato de trabajo o por la incorporación a una unidad productiva jerarquizada, como la empresa. Como alguna vez bien dijo Romagnoli, al ingresar a la fábrica, el trabajador no deja colgados en la reja, junto a su gorra, los derechos humanos de que es titular, ni los guarda en el ropero del vestuario, junto a su abrigo, para retomarlos al fin de la jornada. Por el contrario, él sigue siendo titular de los derechos esenciales a todas las personas, como el derecho a la dignidad, al honor, a la intimidad, a las libertades de pensamiento y de cultos, a la libre expresión del pensamiento, etc.), los que vienen, por tanto, a engrosar significativamente el número de derechos humanos de que es titular el trabajador.

---

<sup>10</sup> Como va dicho, esta disposición incluye, en las mismas condiciones, la reglamentación y limitación del trabajo femenino, lo que se estima superado por normas de fuente internacional que establecen la igualdad de trato y no discriminación, conf. lo expuesto supra, nota anterior.

Esta ampliación de los derechos humanos laborales no respondió a una reforma constitucional ni a la adopción de nuevas normas internacionales. Respondió, simplemente, a una nueva lectura de las mismas normas ya existentes. Fue una creación doctrinal y jurisprudencial, originada en Europa y luego extendida en América latina y en Uruguay<sup>11</sup>.

Estos derechos inespecíficos – denominados a veces «derechos de la persona del trabajador» y otras veces presentados en el concepto de «ciudadanía en la empresa» – tienen diversas significaciones. En primer lugar – y a ello alude la primera de las denominaciones citadas -, amplían la esfera personal de autonomía del trabajador. En segundo término - y a ello alude la segunda de las denominaciones - recuerdan que el trabajador es también un ciudadano y apuntan a democratizar ese espacio de poder y dominación que es la empresa y a cuya extensión y profundización había contribuido el contrato de trabajo, atribuyéndose efectos que excedían en mucho la esfera de lo jurídicamente disponible. Y en tercer lugar, es del caso señalar cómo han dado fundamento al surgimiento de nuevos derechos, a la extensión o reelaboración de otros de no poca importancia o a la imposición de nuevos límites a las facultades patronales, tales como, por ejemplo y sin ninguna pretensión de exhaustividad, la proscripción de los acosos sexual y moral, la limitación de medidas de revisión física del trabajador y de otras medidas de control, como las audiovisuales, la afirmación o extensión de la intimidad y de la libertad en la vestimenta y en la apariencia física, etc<sup>12</sup>.

En todo caso y para finalizar este apartado, cabe destacar la importancia que en esta materia cobra la vieja disposición constitucional uruguaya – también procedente de 1934 – contenida en el artículo 54, que reconoce a todo trabajador, «la independencia de su conciencia moral y cívica» (...) «y la higiene física y moral»<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> ROMAGNOLI, Umberto, BAYLOS, Antonio y APARICIO, Joaquín. Ciudadanía, empleo y trabajo. Mesa redonda publicada en: X Encuentro del Grupo Bologna / Castilla – La Mancha, Montevideo 2002. pp. 201 y siguientes; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Op cit. pp. 645 y siguientes; GAMONAL CONTRERAS, Sergio, Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos. Montevideo, 2004.

<sup>12</sup> GAMONAL, Sergio. Op. cit.

<sup>13</sup> Subrayados nuestros.

### **2.3. Contenido indirecto, remisivo o ampliado (el artículo 72 de la Constitución y el «bloque de constitucionalidad»)**

Pero el elenco de derechos laborales reconocidos como derechos humanos en la Constitución no se agota en los que venimos de comentar. Por el contrario, nuestra máxima norma jurídica contiene un dispositivo relativamente frecuente en las constituciones más recientes, por el cual, en materia de derechos fundamentales, su contenido implícito es aún mayor que el explícito. En efecto, el artículo 72 de la Constitución nacional – procedente, con variantes menores, del texto de 1918 –, dispone que la enumeración de derechos contenida en la Constitución no excluye sino que incluye a los otros, aún no enumerados, «que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma democrático republicana de gobierno». Con lo cual gozan del reconocimiento constitucional todos aquellos derechos esenciales a la persona humana. Ahora bien, ¿cómo saber cuáles son esos derechos? ¿cómo determinarlos?. Pues bien, parece que uno de los métodos posibles, sin duda el más objetivo y ajustado a la técnica jurídica, es considerar que sin duda son derechos fundamentales aquellos que la comunidad internacional ha reconocido como tales en los pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. De tal forma, opera una remisión de la Constitución a las fuentes internacionales de derechos humanos, las que operan como fuente de integración del contenido abierto del artículo 72. Así, las normas expresas de la Constitución sobre derechos fundamentales<sup>14</sup> forman un «bloque de constitucionalidad» en materia de derechos fundamentales junto con las normas internacionales sobre la materia<sup>15</sup>.

Como se puede advertir con facilidad, esta remisión opera una ampliación fenomenal del contenido constitucional en materia de derechos humanos, contenido este, además, que resulta siempre actualizado en línea con las normas internacionales. Ello exige, asimismo, analizar el contenido de las fuentes

---

<sup>14</sup> Las comentadas supra, 1.

<sup>15</sup> BARBAGELATA, Héctor-Hugo, Derecho del trabajo. Montevideo, 2002. Tomo I volumen 1. pp. 134-135; El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. En: en Revista de Derecho. Laboral. Montevideo, 2004. Tomo XLVII, número 214. pp. 213 y siguientes, y La renovación del nuevo Derecho. En: XVII Jornadas uruguayas de Derecho del trabajo y de la Seguridad social. Montevideo, 2006. Volumen 2. pp. 11 y siguientes.

internacionales en la materia para conocer apropiadamente el de la Constitución nacional que a ellas se remite.

Pero antes de pasar a ese análisis, parece indispensable llamar la atención sobre otra consecuencia menos evidente, pero igualmente trascendente, si no más, de esta técnica remisiva conceptual abierta de nuestra Constitución. En función de su previsión en el artículo 72, los derechos fundamentales proclamados en pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, son constitucionales *ab initio*: nacen constitucionales al Derecho uruguayo. No hay ninguna operación de incorporación al Derecho interno (ni ratificación, ni adopción, ni traducción del ordenamiento jurídico internacional al nacional). La Constitución nacional nació grávida de estos derechos de fuente internacional, que forman parte de ella desde el comienzo, como va dicho, sin necesidad de ratificación, adopción, ni incorporación. Demás está decir que esta circunstancia permite sortear toda la discusión sobre las relaciones entre orden jurídico internacional y orden jurídico interno, sobre monismo y dualismo, y habilita la metodología adoptada, de utilizar un enfoque exclusivamente nacional y positivista. Las normas internacionales de derechos humanos, son normas constitucionales nacionales, vía artículo 72.

### **3. LAS FUENTES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS LABORALES**

#### **3.1. Enumeración no taxativa de Pactos y Declaraciones de derechos humanos**

Son numerosos y variados los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Incluyen pactos, convenciones o tratados sujetos a ratificación, tanto como declaraciones no sujetas a aprobación nacional distinta de su suscripción. Tales pactos y declaraciones pueden ser asimismo, generales o específicamente sociales o laborales y pueden, también, ser de vocación universal o regionales. Consideramos aquí, en esta enumeración no exhaustiva, aquellos instrumentos aplicables como normas uruguayas, razón por la cual, incluimos los universales y americanos, sin perjuicio de reconocer la gran importancia de los europeos.

Entre las declaraciones de vocación universal, a menudo se cita al Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) como la primera carta internacional de derechos de los trabajadores. La Declaración de Filadelfia (1944), que actualiza y precisa los objetivos y principios de la OIT, formando parte de su Constitución, tiene la misma naturaleza.

Por su parte, la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) completaría el elenco de las principales declaraciones internacionales de derechos laborales dadas en el marco de la OIT.

La Declaración Universal de derechos humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (ambos de 1966) completan el grupo de los principales y temáticamente más amplios pactos y declaraciones dados en el marco de la ONU

En el nivel regional americano, deben tenerse en cuenta, al menos, la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre (1948), la Carta interamericana de garantías sociales (1948), la Carta de la OEA (1948, actualizada en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires), la Convención Americana de derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) y el Protocolo de San Salvador (1988), complementario de la anterior.

En el plano subregional, la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998) forma parte de ese elenco mínimo de pactos y declaraciones de derechos humanos que incluyen derechos laborales.

A esta nómina de pactos y declaraciones de derechos fundamentales habría que agregar los convenios internacionales del trabajo y las recomendaciones de la OIT sobre derechos humanos<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Cuáles son los convenios y recomendaciones de la OIT sobre derechos humanos, es cuestión objeto de debate doctrinal. Hay quienes sostienen que casi todos los convenios son sobre derechos humanos, ya que la mayor parte de los derechos laborales por ellos abordados tienen esa naturaleza, excluyendo solamente algunos convenios sobre temas estadísticos o puramente técnicos. En el otro extremo se situaría una eventual lectura hiper restrictiva de la Declaración de 1998, que pretendería ver en ella un *numerus clausus*.

### **3.2. Enumeración mínima de derechos humanos laborales contenidos en los Pactos y declaraciones**

Ese conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos proclama un número importante de derechos laborales, entre los cuales aparecen, con claridad, por lo menos los siguientes:

- 1) Derecho al trabajo o empleo libremente elegido
- 2) Prohibición del trabajo forzoso
- 3) Prohibición y limitación del trabajo de menores
- 4) Igualdad y no discriminación
- 5) Limitación de la jornada
- 6) Descanso semanal
- 7) Vacaciones anuales
- 8) Formación profesional
- 9) Salario justo, equitativo, vital o mínimo
- 10) Protección contra el despido injustificado
- 11) Libertad sindical
- 12) Negociación colectiva
- 13) Huelga
- 14) Protección contra el desempleo
- 15) Protección de la maternidad
- 16) Protección contra los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales
- 17) Seguridad social
- 18) Libre acceso a la función pública

En función de lo dicho anteriormente<sup>17</sup>, estos derechos forman parte de los reconocidos por la Constitución uruguaya , a través del artículo 72, por lo cual vienen a integrarse con los expresamente proclamados en los artículos 7 y 53 y siguientes, dando lugar al elenco mínimo que se indica de inmediato.

---

<sup>17</sup> Supra, 2.

#### **4. ESQUEMA DEL CONJUNTO MÍNIMO DE DERECHOS RECONOCIDOS AL TRABAJADOR CON EL RANGO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO POSITIVO URUGUAYO**

Integrando las previsiones expresas de la Constitución uruguaya sobre derechos humanos laborales con las de los instrumentos internacionales que forman parte de ella vía artículo 72, se puede proponer el siguiente listado mínimo de derechos del trabajador reconocidos constitucionalmente en el Uruguay con el rango de derechos humanos:

- 1) Protección especial del trabajo
- 2) Prohibición del trabajo forzoso
- 3) Prohibición, limitación y reglamentación del trabajo de menores
- 4) Igualdad y no discriminación
- 5) Derecho al trabajo o al empleo libremente elegido
- 6) Limitación de la jornada
- 7) Descanso semanal
- 8) Vacaciones anuales
- 9) Justa remuneración
- 10) Protección contra el despido injustificado
- 11) Alimentación y alojamiento adecuados en determinadas circunstancias
- 12) Formación profesional
- 13) Independencia de la conciencia moral y cívica del trabajador
- 14) Higiene física y moral
- 15) Libertad sindical
- 16) Negociación colectiva
- 17) Huelga
- 18) Participación en determinados ámbitos
- 19) Seguridad social
- 20) Protección contra el desempleo
- 21) Protección contra los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales
- 22) Protección de la maternidad

- 23) Distribución equitativa del trabajo
- 24) Libre acceso a la función pública
- 25) Derechos inespecíficos

## 5. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

El referido conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, sumado a las normas constitucionales en la misma materia, viene conformando un nuevo Derecho universal de los derechos humanos con características superadoras del tradicional enfoque que de los derechos fundamentales se hacía, de una parte, por el Derecho Internacional público tradicional y de la otra, por el Derecho constitucional nacional.

Este Derecho universal de los derechos humanos se diferencia del clásico Derecho internacional público por poseer caracteres propios, como el sujeto (la persona humana), el objeto (los derechos humanos), las fuentes (instrumentos internacionales, principios generales del Derecho de las naciones y costumbre internacional), su naturaleza y eficacia (orden público internacional o *jus cogens*, universalidad, indisponibilidad e irrenunciabilidad), así como criterios de interpretación igualmente propios. Estos criterios que rigen la hermenéutica de las normas sobre derechos humanos, son los que seguidamente se indican.

### 5.1. Autoaplicación

Las normas sobre derechos humanos son autoaplicables, es decir, de aplicación inmediata o directa. Así lo disponen, por ejemplo, el artículo 5 de la Constitución brasileña, el 18 de la portuguesa y el artículo 22 de la venezolana.

Pero la Constitución uruguaya va mucho más allá. No se limita a declarar la autoaplicabilidad de las normas sobre derechos fundamentales, sino que establece el procedimiento para tal aplicación. En efecto, el artículo 332 – disposición que proviene de la reforma de 1942 -, dispone que las normas que reconocen derechos fundamentales «no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los

principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas». Lo mismo dispone el artículo 45 de la Constitución paraguaya actual.

Se acota así, el ámbito de la programaticidad de las disposiciones constitucionales e internacionales de derechos humanos. Estas, que generalmente proclaman derechos de manera más o menos genérica o imprecisa, no pueden dejar de aplicarse a la espera de una ley que de precisión (a menudo limitándolo) al contenido de esos derechos. El Juez deberá fallar integrando la disposición genérica, recurriendo a la analogía, los principios generales y la doctrina.

## 5.2. Interpretación más favorable

El principio de la interpretación más favorable al trabajador es un viejo conocido del Derecho del trabajo (*in dubio pro operario*), que también se plantea en el Derecho de los derechos humanos como la interpretación más favorable a la persona (*in dubio pro omine* o *in dubio pro personae* o *in dubio pro libertate*). Si bien tal vez no haya diferencia ontológica, parece preferible plantearlo como la regla que indica que en caso de duda, corresponde optar por la interpretación que favorezca la realización del derecho, aquella que potencie su ejercicio en vez de la que lo limite.

Si se trata de derechos esenciales a la persona humana, no puede, en caso de duda, sino optarse por la interpretación amplificadora.

## 5.3. Interdependencia de las fuentes

El criterio de la interdependencia de los tratados postula que el conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforman un sistema que debe ser, en la medida de lo posible, manejado en su conjunto, de forma tal que es válido, pertinente y a menudo necesario, integrar disposiciones de una y otra fuente para – en armonía con los demás criterios interpretativos – proceder a la configuración del derecho y garantizar su aplicabilidad.

Este criterio, concebido originalmente para ser aplicado entre fuentes internacionales, resulta también aplicable a la interpretación e integración de normas constitucionales e internacionales, en la medida en que ambas se refieran a derechos humanos.

#### **5.4. Norma más favorable**

El criterio de la norma más favorable es otro viejo conocido del derecho del trabajo. A diferencia del *in dubio pro operario*, el criterio de la norma más favorable no supone la existencia de una disposición cuyo sentido debe ser interpretado, aclarado o desentrañado, sino que supone la concurrencia de varias normas (por lo menos dos) con vocación de aplicación al mismo caso concreto. En este caso, es válido optar por la norma cuya aplicación produzca la solución más favorable al titular del derecho o mejor aún, al ejercicio y aplicación plena del derecho.

En materia de Derecho de los derechos humanos, este criterio ha sido consagrado expresamente en algunos casos. Por ejemplo, tanto el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, como el de San José de Costa Rica, dejan a salvo la aplicación de la norma más favorable en materia de libertad sindical, entre las propias y las del Convenio internacional del trabajo número 87.

Del mismo modo y más ampliamente, el artículo 48 de la Constitución de Costa Rica y el 23 de la venezolana disponen que los tratados internacionales de derechos humanos priman sobre la Constitución, en tanto sean más favorables.

#### **5.5. Carácter vinculante de la interpretación de los órganos internacionales de control**

Finalmente, tiende a imponerse un quinto criterio hermenéutico en materia de normas internacionales de derechos humanos, cual es el carácter vinculante de la interpretación efectuada por los organismos internacionales especiales de control. En otras palabras, cuando existe un órgano internacional creado expresamente para la interpretación o aplicación de un instrumento internacional, la interpretación realizada por ese órgano resulta vinculante para los otros operadores jurídicos. Por

ejemplo: un país ratificante del convenio 87 no puede interpretarlo de una manera diferente *in pejus* a como lo hacen el Comité de Libertad sindical y la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT. Lo mismo puede decirse, *mutatis mutandi*, de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Internacional de derechos humanos y de la Corte Interamericana de derechos humanos, respecto de los instrumentos internacionales bajo su jurisdicción.

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica aplica regularmente este criterio en relación con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de derechos humanos, mientras que también lo ha hecho el Tribunal Constitucional de Colombia en relación con pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

## 6. CONCLUSIONES

1. La Constitución es la norma máxima del ordenamiento jurídico nacional.

Por tanto, debe ser con ella que se de el «puntapié inicial» de cualquier operación jurídica de interpretación, aplicación o creación de Derecho.

Por ser la norma de mayor jerarquía y recoger los derechos, principios, valores e instituciones esenciales a la comunidad – las bases mínimas de convivencia –, debe tener la mayor eficacia.

En consecuencia, las normas constitucionales que reconocen derechos humanos son de aplicación inmediata o directa, para lo cual, en el caso uruguayo, el artículo 332 establece un procedimiento de integración tendiente a la plena eficacia.

2. El artículo 72 de la Constitución uruguaya – como otras – incluye a todos los derechos inherentes a la personalidad humana y derivados de la forma democrático republicana de gobierno, aunque no estén expresamente consagrados en su texto. Se forma así un bloque de constitucionalidad sobre derechos fundamentales, compuesto por las propias disposiciones

de la Constitución y las de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

3. Los derechos humanos son indisponibles o intangibles para el legislador infraconstitucional y demás operadores jurídicos, por estarles supraordenados por las normas de jerarquía superior. Quedan fuera de la esfera de disponibilidad de los poderes públicos, que no pueden restringirlos, sino garantizarlos y promoverlos.
4. Por su esencialidad para la persona humana y por la jerarquía de las fuentes de Derecho que los recogen, los derechos humanos constituyen el pilar fundamental del ordenamiento jurídico.
5. Los operadores jurídicos y los actores sociales comparten responsabilidades en la materia, especialmente en lo referido a la asunción de la esencialidad de los derechos humanos y consecuentemente, de la necesidad de su aplicación, eficacia, promoción y protección. Además está decir que en este marco resalta el papel de la jurisprudencia, que puede y debe proceder a una verdadera reconstrucción constitucional e internacional del Derecho del trabajo, a través de la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos y de la interpretación amplia de tales derechos y restrictiva de sus excepciones y límites.
6. También el sistema educativo tiene una función a cumplir. Es obvia la responsabilidad de la educación superior, especialmente en Derecho, encargada de la formación de los principales operadores jurídicos (jueces, abogados, cuadros técnicos de la Administración). Pero también hay un responsabilidad de la educación básica, que debería educar en derechos, promoviendo el desarrollo de una cultura de los derechos y entre ellos los laborales, que son parte fundamental, a su vez, de la cultura del trabajo.

# El *jus cogens* laboral en el ordenamiento internacional<sup>1</sup>

Miguel F. Canessa Montejo<sup>2</sup>

En el actual contexto de la globalización económica, los derechos laborales han recobrado la centralidad en el debate socio-jurídico, en especial, su regulación dentro del ordenamiento internacional. Uno de los pilares del Derecho Internacional del Trabajo son los derechos humanos laborales, entendidos como aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo<sup>3</sup>.

Asimismo, dentro del ordenamiento internacional se ubica la categoría de las normas imperativas o las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional general. Se trata de unas normas que siendo aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, gozan de la característica de prevalecer sobre cualquier tratado o acto unilateral de los Estados que esté en oposición a ellas.

Mi interés es estudiar la conformación de un *jus cogens* laboral –que es el resultado del encuentro entre los derechos humanos laborales y las normas imperativas del Derecho Internacional- y las consecuencias jurídicas que se derivan de ello. Para ello he dividido el artículo en cuatro partes. En primer lugar, se aborda

---

<sup>1</sup> Este artículo está basado en un capítulo de la tesis doctoral: Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional, defendido en la Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>2</sup> Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado y Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>3</sup> Es la definición que adopté en mi investigación doctoral (CANESSA 2007: 12).

la definición de las normas imperativas o de *jus cogens*, sus características, y la identificación del listado de normas imperativas del ordenamiento internacional. En segundo lugar, se analiza la definición de las obligaciones *erga omnes* y su relación con las normas imperativas del Derecho Internacional. En tercer lugar, se postula la conformación de un *jus cogens* laboral y el listado de derechos humanos laborales que lo constituyen. Finalmente, en el último punto, se estudia la eficacia del *jus cogens* laboral en el ordenamiento internacional y los ordenamientos nacionales, en especial los procedimientos que declaren la nulidad de un tratado internacional o un acto unilateral de los Estados que están en oposición a las normas imperativas del Derecho Internacional.

## 1. LAS NORMAS DE *JUS COGENS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Las normas de *jus cogens* en el Derecho Internacional es uno de los temas más estudiados por la doctrina jurídica, por lo que no pretendo analizarlo en profundidad sino apoyarme en autores que lo han hecho, presentándolo de una manera breve y donde se resalten sus aspectos más sustanciales, especialmente en referencia a los derechos humanos.

La definición formal de una norma de *jus cogens* se encuentra en el artículo 53 de la Convención de Viena (1969): «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> A su vez, el artículo 64 de la Convención de Viena formula la definición formal del *jus cogens* superveniens: «Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

El artículo 53 es el resultado de un largo proceso de discusión, primero dentro de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y posteriormente en la Conferencia de Estados en Viena donde se aprobó la redacción de la Convención (1969)<sup>5</sup>. La CDI elaboró el artículo dentro de una definición formal con la finalidad que fuese la propia práctica de los Estados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) quienes estableciesen su contenido material (CDI 1963: párrafo 231)<sup>6</sup>.

A partir de la lectura del artículo 53 se desprende, en mi opinión, tres elementos de las normas de *jus cogens*.

En primer lugar, son normas imperativas del Derecho Internacional. Esto significa que en caso de conflicto tienen preponderancia sobre cualquier norma convencional, declarando la nulidad de ésta por su contradicción con la norma de *jus cogens*. La justificación de su imperatividad reside en que son normas que consagran valores fundamentales de la Comunidad Internacional y por ende deben recibir especial protección<sup>7</sup>. Así, las normas imperativas pueden ser identificadas como uno de los pilares del ordenamiento internacional<sup>8</sup>.

En segundo lugar, son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto. Lo que no debe interpretarse que se requiere la

---

<sup>5</sup> Una excelente investigación histórica sobre el proceso de elaboración de la Convención de Viena (1969) se encuentra en: GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. El *jus cogens* Internacional (Estudio histórico-crítico) México DF: UNAM, 1982.

<sup>6</sup> «Efectivamente, la Comisión de Derecho Internacional cuando preparó el proyecto de artículos que sirvió de base a los trabajos de la Conferencia, decidió no incluir ni siquiera ejemplos de normas de *jus cogens*, dejando su determinación a la práctica y a la jurisprudencia internacional» (PASTOR RIDRUEJO 2002: 43). Ver también (CASADO 2001: 26-27); (LI 2001: 510).

<sup>7</sup> «La razón porque determinadas normas poseen tal cualidad imperativa es por ser vistos en el reconocimiento universal de que esas normas consagran valores, las cuales no pueden estar a disposición de los Estados de manera individual. Esa es ciertamente el caso con las normas de derechos humanos fundamentales. Por tanto, el patrón de la formación de las normas de *jus cogens* es realmente difícil (la traducción es mía)» (SIMMA 1994: 292). Véase también (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 113).

<sup>8</sup> «Puede afirmarse que, consideradas en su conjunto, expresan, se integran o constituyen el desarrollo de la práctica del núcleo esencial positivo de los principios constitucionales o fundamentales del orden jurídico internacional (la cursiva es del autor)» (MARÍÑO 2005a: 81). Véase también (TOMUSCHAT 1993: 307).

unanimidad de sus Miembros para aceptarla y reconocerla<sup>9</sup>. Como afirmó el propio Presidente del Comité de redacción de la Convención de Viena (1969), el reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto, no significa necesariamente el reconocimiento por parte de todos y cada uno de los Miembros de la comunidad internacional para otorgar el carácter de *jus cogens* a una norma, lo que se requiere es una amplia mayoría que refleje los «componentes esenciales» de la comunidad internacional. Como consecuencia, un Estado aislado o un número pequeño de Estados no pueden impedir que una norma general del derecho internacional adquiera carácter imperativo (citado por SIMMA 1994: 290-291). Con lo que se rechazaría la eficacia jurídica de cualquier objeción persistente sobre una norma de *jus cogens*, en tanto representaría poner en tela de juicio su carácter imperativo<sup>10</sup>.

En tercer lugar, son normas inderogables que sólo pueden ser sustituidas por otra norma imperativa. En la traducción al castellano de las Convenciones se utiliza el término «una norma que no admite acuerdo en contrario», que debe interpretarse como la inderogabilidad de la norma<sup>11</sup>. La inderogabilidad de una norma de *jus cogens* no tiene un carácter absoluto porque puede ser sustituida o reemplazada sólo por otra norma imperativa posterior. Lo sustancial es que la norma de *jus*

---

<sup>9</sup> «Así, de acuerdo a la Convención, una norma imperativa necesariamente opera conforme para todos los Estados, y esto sobre la base de que la norma habiendo sido «aceptada y reconocida» como imperativa por «la comunidad internacional de los Estados en su conjunto». Hay un acuerdo general entre los intérpretes que la ausencia de aceptación o hasta la oposición por parte de uno o varios Estados no es obstáculo para que la norma llegue a ser imperativa (la traducción es mía)» (GAJA 1981: 283). Véase también (MARIÑO 2005a: 371).

<sup>10</sup> «El verdadero concepto de *jus cogens* hace razonable argumentar que las normas imperativas no admiten ninguna objeción persistente. Si la finalidad de la norma imperativa es permitir que el interés de los Estados prevalezca sobre el interés conflictivo de un singular Estado o un pequeño grupo de Estados, esta finalidad se frustraría si un Estado o un pequeño número de Estados les fuera permitido escapar de la aplicación de la norma imperativa sobre la base de la objeción persistente (la traducción es mía)» (RAGAZZI 1997: 67). Véase también (BYERS 1997:217).

<sup>11</sup> Tanto el texto en inglés («as a norm from which no derogation is permitted») y en francés («en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise») se refieren expresamente a una norma inderogable.

*cogens* no puede ser derogada ni modificada por una simple norma convencional o consuetudinaria, o por un acto unilateral de los Estados<sup>12</sup>.

En mi opinión, estas tres características tienen que ser concurrentes para identificar una norma de *jus cogens*, no basta que se manifieste una sola característica para calificarla como tal.

Existe la polémica si las normas imperativas del Derecho Internacional general se aplican sólo para los Estados que han ratificado o se han adherido a la Convención de Viena, o si también se extiende a la generalidad de los Estados. En mi opinión, la norma imperativa o de *jus cogens* es obligatoria para todos los Estados al ser reconocida y aceptada por la comunidad internacional en su conjunto. Por lo que no debe confundirse la regulación que cumple la Convención de Viena sobre la materia y el reconocimiento de la existencia de las normas imperativas que es obligatoria para todos los Estados<sup>13</sup>.

El siguiente paso es tratar de identificar cuáles son las normas de *jus cogens* aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Como se ha señalado, queda en manos de la práctica de los Estados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia establecer cuáles son las normas de *jus cogens*. Si seguimos los pronunciamientos de la CIJ tanto antes como después de la elaboración

---

<sup>12</sup> «Las normas internacionales imperativas priman incondicionalmente sobre cualesquiera otras, con independencia de sus respectivos modos de positivación (...). En este sentido, un tratado posterior no puede derogar a una norma consuetudinaria de *jus cogens*, y una costumbre particular tampoco puede derogar a una norma convencional imperativa (la cursiva es del autor)» (PASTOR RIDRUEJO 2002: 165). Véase también (RAGAZZI 1997: 58).

<sup>13</sup> «Una norma de *jus cogens* cual ha sido reconocida y aceptada por la comunidad internacional en su conjunto conforme con el artículo 53 de la Convención de Viena y desde el cual ninguna derogación es permitida sería una norma del Derecho Internacional universal. Ningún Estado, incluyendo los que no son parte de la Convención, puede rechazar su fuerza obligatoria sobre ellos por medio de cualquier declaración u objeción. Esto es el resultado natural del inherente carácter en una norma de *jus cogens*. Por tanto, esta forma sería una excepción para la norma de que un tratado no puede imponer una obligación a un tercer Estado. Más específicamente, porque de su importancia, una norma de *jus cogens* requiere que cada Estado se compromete con la comunidad internacional en su conjunto sobre la obligación absoluta de cumplirla, y no sólo se compromete con la obligación relativa de cumplirla entre los Estados partes. Por tanto, esto sería obligatorio para todas las naciones (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (LI 2001: 514).

de la Convención de Viena (1969) podemos concretizar un listado de normas de *jus cogens*<sup>14</sup>.

El período previo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), la Corte Internacional de Justicia se concentró en formular la existencia de principios del Derecho Internacional asentados en la humanidad que resultan obligatorios para los Estados, pero sin precisar ejemplos claros sobre cuál es el contenido de esos principios. El primer pronunciamiento relevante proviene de la sentencia del caso «Canal de Corfú» (9 de abril de 1949), donde la Corte señala que existen obligaciones internacionales que están basadas en «determinado principio general y bien reconocido, a saber: consideraciones elementales de humanidad, hasta más exigibles en tiempos de paz que en la guerra» (CIJ 1949: 22)<sup>15</sup>. Luego, en la opinión consultiva sobre las «Reservas a la Convención para la prevención y sanción contra del delito de genocidio» (28 de mayo de 1951), la Corte resalta que existen principios fundamentales de la Convención que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligaciones para los Estados (CIJ 1951: 23).

Después de la redacción de la Convención, la CIJ inicia una mayor concretización sobre las normas de *jus cogens*. En el caso «Barcelona Traction» (5 de febrero de 1970), que se convierte en la sentencia paradigmática sobre el tema. La Corte resalta que «debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado dentro del marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos, las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*. Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, pero asimismo los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana,

---

<sup>14</sup> «La jurisprudencia internacional no ha sido, en general, muy proclive a reconocer la existencia de normas concretas que pertenezcan a la categoría de las normas imperativas del Derecho Internacional general o *jus cogens* (la cursiva es del autor)» (BOU FRANCH 2002: 302).

<sup>15</sup> Para GÓMEZ ROBLED0, el término utilizado por la sentencia tiene que ser visto como un sinónimo de *ius cogens* (GÓMEZ ROBLED0 1982: 195).

incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial» (CIJ 1970: 33-34). La sentencia es coincidente con lo expresado en el artículo 53 de la Convención de Viena (1969) respecto a que existen «obligaciones» hacia la comunidad internacional en su conjunto, aunque en el tratado se alude a «normas imperativas» que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Un importante sector de la doctrina lo ha interpretado como una alusión indirecta a las normas de *jus cogens*<sup>16</sup>.

Con su Opinión Consultiva sobre las «Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia» (21 de junio de 1971), la CIJ resaltó que el régimen de *apartheid* dentro de Namibia supone no respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza (CIJ 1971: párrafos 129-131). En la sentencia sobre el caso del «Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán» (24 de mayo de 1980), la CIJ señala dos puntos importantes sobre esta materia. Por un lado, el reconocimiento del carácter fundamental del principio de inviolabilidad, estableciendo que hasta en el caso de un conflicto armado o en el caso de una violación de las relaciones diplomáticas, esas normas requieren que tanto la inviolabilidad de los miembros de la misión diplomática como de los locales, propiedades y archivos de la misión deban ser respetados por el Estado receptor (CIJ 1980: párrafo 86). Por otro lado, que la privación abusiva de la libertad a los seres humanos y someterlos a condiciones penosas son en sí mismas manifiestamente incompatibles con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como con los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (CIJ 1980: párrafo 91).

Posteriormente, con la sentencia sobre el caso «Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua» (27 de junio de 1986), la CIJ resalta que en los diversos trabajos de la Comisión de Derecho Internacional se

---

<sup>16</sup> «La sentencia de fondo del Tribunal Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction, dictada el día 5 de febrero de 1970, contiene un dictum en el que se habla «de las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto» para caracterizar determinado tipo de obligaciones que denomina *erga omnes*, y que como ha dicho el maestro Míaja de la Muela, son en realidad las derivadas de normas de *jus cogens* (la cursiva es del autor)» (PASTOR RIDRUEJO 1979: 581). Véase también (BYERS 1997: 230).

reconoce como una norma de *jus cogens* la prohibición del uso o amenaza de la fuerza (CIJ 1986: párrafo 190). Igualmente, la sentencia sobre el caso «Timor Oriental» (30 de junio de 1995) resulta muy ilustrativo porque la CIJ subraya que el derecho de autodeterminación de los pueblos es una norma imperativa: «En opinión de la Corte, la afirmación de Portugal que el derecho de autodeterminación de los pueblos, como esta desarrollado desde la Carta y desde la práctica de Naciones Unidas, tienen un carácter *erga omnes*, es irreprochable. El principio de autodeterminación de los pueblos ha sido reconocido por la Carta de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia de la Corte; este es uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo (CIJ 1995: párrafo 29).

La Opinión Consultiva sobre la «Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares» (8 de julio de 1996), la Corte recuerda su pronunciamiento sobre el caso «Canal de Corfú», resaltando que las normas del derecho internacional humanitario son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y las consideraciones elementales de la humanidad. Agregando que «estas normas fundamentales son para ser respetadas por todos los Estados hayan o no ratificado las convenciones que los contienen, porque ellos constituyen principios intrasgredibles del derecho internacional consuetudinario» (CIJ 1996: párrafo 79)<sup>17</sup>. En la reciente Opinión Consultiva sobre «Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado» (30 de septiembre de 2004), donde la CIJ reitera el carácter *erga omnes* del derecho de autodeterminación de los pueblos: «La Corte hizo claro que el derecho de autodeterminación de los pueblos es un derecho *erga omnes*» (CIJ 2004: párrafo 88) y que Israel ha violado determinadas obligaciones *erga omnes*: «Las obligaciones *erga omnes* violadas por Israel son la obligación de respetar el derecho del pueblo Palestino a la autodeterminación y determinadas obligaciones bajo el Derecho Internacional Humanitario» (CIJ 2004: párrafo 155).

A estos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia quiero agregar también los señalados por los tribunales y órganos de control de derechos humanos,

---

<sup>17</sup> Posteriormente, la Corte reitera el carácter *erga omnes* de estos postulados: «En opinión de la Corte, estas normas incorporan obligaciones las cuales son esencialmente de un carácter de *erga omnes*» (CIJ 2004: párrafo 157).

así como los desarrollados por la propia Comisión de Derecho Internacional, quienes por su propia labor tienen que analizar en profundidad esta materia.

En el caso de los tribunales regionales de derechos humanos, destaca la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la «Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados», donde: «Este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*» (Corte IDH 2003b: párrafo 101).

El Comité de Derechos Humanos al abordar el tema de las reservas al PIDCP, señaló que «las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y *a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías (el paréntesis es del Comité)» (Comité DDHH 1994: párrafo 8).

En el caso de la Comisión de Derecho Internacional, hay una serie de comentarios sobre las normas imperativas en sus diversos documentos de trabajo. He seleccionado dos temas abordados por la Comisión donde se concentran esos comentarios: la propia elaboración del proyecto de la Convención de Viena (1969) y el proyecto de la «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» (2001)<sup>18</sup>.

En cuanto a los trabajos preparatorios de la Convención de Viena (1969), los diferentes Relatores responsables del tema dentro de la CDI fueron elaborando distintas propuestas que terminaron materializándose en el proyecto presentado a la Conferencia de Estados. Merece atención el proyecto del Relator Waldock, en donde se propone expresamente como causal de nulidad por violación de una norma imperativa: el uso o amenaza de la fuerza en contravención de la Carta de las Naciones Unidas; cualquier acto u omisión calificado por el derecho internacional de delito internacional; o cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional (citado por GÓMEZ ROBLEDO 1982: 40)<sup>19</sup>. Dicha propuesta fue suprimida dentro de las discusiones al interior de la CDI por considerar que era preferible no establecer un listado de casos de *jus cogens*<sup>20</sup>.

Respecto al proyecto de la «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos»<sup>21</sup>, se debe destacar especialmente los artículos 26

---

<sup>18</sup> También hay material muy valioso en los documentos de la CDI sobre el proyecto de las «Reservas a los tratados». Véase (CDI 2002: párrafos 59-100)

<sup>19</sup> Esta propuesta estaba recogida en el artículo 13 párrafo 2 del proyecto de Waldock.

<sup>20</sup> «Propuso también Briggs –y fue aceptado así desde entonces- la supresión total del párrafo 2 del artículo 13, estimando, y con razón, que era mejor no ejemplificar el *ius cogens* en casos concretos, no fuera a creerse que otros casos no listados allí no podrían ser igualmente, a despecho de dicha omisión, *iuris cogens*. Waldock, por lo demás, no había tenido la intención, ni con mucho, de presentar una lista exhaustiva, y debe reconocérsele el mérito de haber presentado la prohibición del uso o amenaza del empleo de la fuerza (artículo 2.4 de la Carta) como uno de los preceptos de *ius cogens* absolutamente indiscutibles, y así se le considera hasta el momento actual (la cursiva y el paréntesis son del autor)» (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 41).

<sup>21</sup> El proyecto fue aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en sus sesiones 2702º a 2709º celebradas del 6 a 9 de agosto de 2001, remitiéndolo a la Asamblea General de Naciones Unidas, que lo aprueba bajo la Resolución 56/82 (12 de diciembre de 2001), donde toma nota de los artículos presentados por la CDI.

(Cumplimiento de normas imperativas)<sup>22</sup> y 40 (Aplicación del presente capítulo a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general)<sup>23</sup>, en donde la CDI considera que la violación grave de las normas imperativas generan una responsabilidad de los Estados<sup>24</sup>. En sus Comentarios al artículo 26 del proyecto, la CDI señala que «los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena no sólo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como de derecho internacional general, vinculante como tal, sino que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto. Hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales. Sin embargo, diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados. Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación» (CDI 2001: 216-217).

Igualmente, la CDI reitera que es inconveniente establecer ejemplos sobre las normas imperativas dentro del propio articulado del proyecto<sup>25</sup>. Por eso los ejemplos

---

<sup>22</sup> El artículo 26 establece: «Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general».

<sup>23</sup> El artículo 40 establece: «1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general. 2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable».

<sup>24</sup> «Como parte de ese entendimiento, las referencias anteriores a violaciones graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto y esenciales para la protección de sus intereses fundamentales, que en su mayoría se referían a la cuestión de la invocación tal como fue expresada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Barcelona Traction, se sustituirían por la categoría de las normas imperativas. Era preferible utilizar esta categoría, ya que se refería al alcance de las obligaciones secundarias y no a su invocación. Otra ventaja del método era que el concepto de normas imperativas estaba ya bien establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (la cursiva es de la Comisión)» (CDI 2001: párrafo 49).

<sup>25</sup> «No es apropiado dar ejemplos de las normas imperativas a que se hace referencia en el texto del propio artículo 40, como tampoco se hizo en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena. Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanarían de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales» (CDI 2001: 305).

son plantearlos dentro de los comentarios a los artículos. Así, sobre el artículo 40 señala: «Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa. Esto lo corroboran, por ejemplo, el comentario de la Comisión a lo que luego fue el artículo 53, las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena, las exposiciones de ambas partes en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares* y la posición de la propia Corte en ese asunto. También parece haber un amplio acuerdo respecto de otros ejemplos citados en el comentario de la Comisión al artículo 53: por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio y la discriminación racial y el *apartheid*. Esas prácticas han sido prohibidas en tratados y convenciones internacionales que han gozado de amplia ratificación y que no admiten excepciones. En la Conferencia de Viena hubo acuerdo general entre los Gobiernos en cuanto al carácter imperativo de esas prohibiciones. En lo que se refiere al carácter imperativo de la prohibición del genocidio, está apoyado por diversas decisiones de tribunales nacionales e internacionales. Aunque no se menciona específicamente en el comentario de la Comisión al artículo 53 de la Convención de Viena, también parece ser aceptado generalmente el carácter imperativo de ciertas otras normas. Esto se aplica a la prohibición de la tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, de 16 de diciembre de 1984. El carácter imperativo de esta prohibición ha sido confirmado por las decisiones de órganos internacionales y nacionales. Teniendo presente que la Corte Internacional ha definido como «inconculcables» las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados, parecería estar justificado que se considerasen también imperativas. Por último, merece ser mencionada la obligación de respetar el derecho a la libre determinación. Como lo señaló la Corte Internacional en el asunto relativo a Timor Oriental, «el principio de libre determinación... es uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo», que da lugar a la obligación de la comunidad internacional en su conjunto de permitir y respetar su ejercicio» (la cursiva es de la Comisión)» (CDI 2001: 305-307).

Con todos estos pronunciamientos podemos establecer un listado de normas de *jus cogens*, que en algunos casos consagran principios del Derecho Internacional

y en otros recogen derechos humanos: la prohibición del genocidio, el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de sus locales, la prohibición de los actos de agresión, uso o amenaza de la fuerza, la prohibición de la esclavitud, el principio de igualdad de las personas ante la ley, la prohibición de la discriminación, la privación abusiva de la libertad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, los principios del Derecho Internacional Humanitario<sup>26</sup>.

Merece destacarse que sólo un grupo de derechos humanos recogidos en los instrumentos internacionales se ubican en las normas de *jus cogens*. Por tanto, no se puede afirmar –en la actual etapa del Derecho Internacional- que todos los derechos humanos son recogidos en normas de *jus cogens*<sup>27</sup>. Por supuesto, esto no impide que conforme evolucione el Derecho Internacional se reconozca a la totalidad del listado de los derechos humanos dentro de esta categoría de la dogmática jurídica.

En resumen, las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional general son las normas imperativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que siendo inderogables establecen la nulidad de las normas internacionales que están en contradicción con ellas. Quedando su identificación a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia internacional.

## 2. LAS OBLIGACIONES *ERGA OMNES* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La Corte Internacional de Justicia ha recurrido a la figura de las obligaciones o normas *erga omnes* para referirse a las normas imperativas, esto en principio

---

<sup>26</sup> También la doctrina se ha pronunciado sobre ejemplos de normas de *jus cogens* que en general coinciden con las mencionadas. Véase a manera de ejemplos: (ALEXIDZE 1981: 262-263); (CASSESE 1993: 77, 241); (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 102, 155, 185); (MARIÑO 2005a: 83-87); (MERON 2003: 418); (RAGAZZI 1997: 49-50); (VILLÁN DURÁN 2002: 100,111).

<sup>27</sup> «Dudaríamos ciertamente en pretender la naturaleza imperativa del cuerpo entero de los derechos humanos y humanitarios de hoy íntegramente (la traducción es mía)» (SIMMA Y ALSTON 1992: 103). Ver también (VILLÁN DURÁN 227-228). Aunque para el Instituto de Derecho Internacional en su resolución del Congreso de Santiago de Compostela en 1989, se sostiene que los derechos humanos en general gozan de ser obligaciones *erga omnes* (citado por RAGAZZI 1997: 141-142).

haría pensar que ambos términos son sinónimos y que conllevan las mismas consecuencias jurídicas<sup>28</sup>, aunque cierto sector de la doctrina sostiene que hay una opción de la CIJ en rehusarse a utilizar el término *jus cogens* y preferir el término *erga omnes*<sup>29</sup>. A continuación analizo este punto controversial.

Se entiende la obligación jurídica internacional como «la exigibilidad de una conducta de acción u omisión impuesta por la norma de Derecho, ya sea directamente, a través del Derecho Internacional general, o ya indirectamente, a través del ejercicio válido de la autonomía de la voluntad de los Estados» (JUSTE 1979: 220). Por lo que podría agregarse que para el caso de las obligaciones *erga omnes* dicha exigibilidad es en relación a la comunidad internacional en su conjunto.

Sin embargo, una obligación *erga omnes* no necesariamente se corresponde con la noción formal de la norma de *jus cogens* formulado en la Convención de Viena, en razón que una norma dispositiva también puede generar obligaciones *erga omnes*. Como sostiene SIMMA: «la noción de obligaciones *erga omnes* sólo expresa el interés legal de la comunidad entera en el cumplimiento de esas obligaciones. Pero esto no implica que *inter se* acuerdos incompatibles con tales obligaciones deban ser considerados nulos bajo todas las circunstancias. Normas imperativas, por otro lado, son definidas precisamente como normas las cuales tienen el poder legal de invalidar tratados que están en conflicto. Por tanto, es absolutamente concebible en teoría que algunas obligaciones *erga omnes* no tengan

---

<sup>28</sup> «Aunque este razonamiento no parece enteramente transparente para mí, esto permite la conclusión que la Corte no distingue claramente entre los conceptos de *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes*. Por supuesto, la omisión de la Corte no vuelve fútil los esfuerzos de la doctrina para dilucidar la relación entre ambas nociones (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (SIMMA 1994: 299).

<sup>29</sup> «Los exámenes establecidos en el artículo 53 de la Convención de Viena no conceden una definición precisa del contenido del *jus cogens* más allá de algunos ejemplos, los cuales son universalmente admitidos (...). El diferente enfoque reflejado en el dictum sobre las obligaciones *erga omnes* ha permitido a la Corte Internacional de Justicia para eludir mucho, si no del todo, de esas oscuridades. En su dictum (de Barcelona Traction), la Corte Internacional ha dado cuatro concretos ejemplos de obligaciones *erga omnes* y ha escrito expresamente que las obligaciones *erga omnes* son «por su verdadera naturaleza» el interés de todos los Estados. En otras palabras, la Corte Internacional ha adoptado lo que puede ser denominado un enfoque «valor-orientado» apoyado por prácticos ejemplos, como opuestos al enfoque «examen-orientado» reflejado en el artículo 53 de la Convención» (la cursiva es del autor, la traducción y el paréntesis son míos)» (RAGAZZI 1997: 72).

ese efecto. En la práctica, no obstante, es difícil pensar un ejemplo de una obligación *erga omnes* la cual al mismo tiempo no pueda ser considerada que proviene desde el *jus cogens* (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (SIMMA 1994: 300)<sup>30</sup>.

En cambio, no es posible postular una norma imperativa sin que a su vez imponga obligaciones *erga omnes*, porque la naturaleza de este tipo de normas está dirigida a que sus efectos se produzcan en todo el ordenamiento internacional sin excepciones ni restricciones. Este criterio se armoniza con lo dispuesto por el artículo 53 de la Convención de Viena al considerar nulo cualquier norma convencional que lo contravenga<sup>31</sup>.

Pero si no todas las obligaciones *erga omnes* son normas imperativas, cómo interpretar los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia donde aparentemente los equipara.

En «Barcelona Traction», la CIJ resalta dos tipos de obligaciones. Por un lado, las obligaciones que se establecen entre un Estado y otro. Por otro lado, las obligaciones de un Estado frente a la comunidad internacional en su conjunto<sup>32</sup>. Son éstas las que son calificadas por la CIJ como *erga omnes*. Coincido con

---

<sup>30</sup> «Algunas normas de Derecho Internacional general imponen obligaciones cuyo cumplimiento es exigible por cualquier sujeto de Derecho Internacional, en especial por todo Estado, porque la norma protege un interés colectivo y cada uno de los Estados es titular del derecho a invocar la correspondiente responsabilidad del que la haya violado. Así, el principio de libertad del Alta Mar constituye una norma de Derecho Internacional general que impone obligaciones exigibles *erga omnes* y que protege un interés común a todos los Estados. Sin embargo, no cabe duda de la licitud de su modificación y derogación por vía de acuerdo inter partes, sin perjuicio de los derechos de terceros (la cursiva es del autor)» (MARIÑO 2005a: 85). Ver también (JUSTE 1979: 222).

<sup>31</sup> «Por definición, todas las normas de *jus cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*. Mientras el *jus cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas de *jus cogens* (la cursiva es del autor)» (CANÇADO 2003: 80). Véase también (CARRILLO SALCEDO 1995: 121); (DÍAZ BARRADO 2004: 160); (GAJA 1981: 281); (SIMMA 1994: 293-294).

<sup>32</sup> Habría que agregar las obligaciones hacia una pluralidad de Estados sin referirse a la comunidad internacional en su conjunto. Ejemplo de ello es el artículo 33 del proyecto de «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» (2001) de la Comisión de Derecho Internacional, cuando señala en su primer párrafo: «Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir en relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación».

CEBADA, cuando afirma que la CIJ caracteriza dos rasgos esenciales de las obligaciones *erga omnes* dentro de «Barcelona Traction»: En primer lugar, se contraen a toda la comunidad internacional; y, en segundo lugar, incorporan valores esenciales para la comunidad internacional (CEBADA 2002: 3). Esto significa que sólo se puede identificar una obligación *erga omnes* que proviene de una norma imperativa cuando goza de ambos rasgos. Por el contrario, estaremos ante una obligación *erga omnes* «simple» cuando sólo presenta el primer rasgo (una obligación vinculante hacia la comunidad internacional) pero sin incorporar valores esenciales para la comunidad internacional<sup>33</sup>.

En la opinión consultiva sobre el «Muro en el territorio palestino ocupado», la CIJ señala que el derecho a la autodeterminación de los pueblos es un derecho *erga omnes* y que el gobierno israelí ha violado obligaciones *erga omnes* donde identifica nuevamente al derecho a la autodeterminación y a los principios del Derecho Internacional Humanitario. Aquí sigo al profesor MERON, cuando subraya que las obligaciones *erga omnes* son la consecuencia de la existencia de una norma y no la causa fundamental de un derecho<sup>34</sup>, por lo que sería preferible referirse a normas imperativas o de *jus cogens* en vez de normas *erga omnes*.

Se debería interpretar que el término obligaciones *erga omnes* usado por la Corte Internacional de Justicia corresponde a las que provienen de normas imperativas en el caso que incluya los dos rasgos esenciales descritos; en cambio, la ausencia de uno de ellos significaría que estamos ante una norma dispositiva. A su vez, cuando la Corte señala norma *erga omnes* se referiría en realidad a las normas imperativas.

---

<sup>33</sup> «Puede haber obligaciones contraídas frente a toda la comunidad internacional, de carácter general, que no se recogen en una norma imperativa, pero éstas no serían las obligaciones *erga omnes* de las que habla el TIJ en el asunto Barcelona Traction, pues les faltaría una característica: la de proteger un valor esencial para la comunidad internacional en su conjunto (la cursiva es de la autora)» (CEBADA 2002: 5).

<sup>34</sup> «Además, siendo *erga omnes* una consecuencia, no la causa, del carácter fundamental de un derecho. El criterio *erga omnes* es, por lo tanto, inútil para caracterizar los derechos fundamentales u ordinarios (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (MERON 1986: 183).

En resumen, las normas imperativas del Derecho Internacional establecen obligaciones *erga omnes* que por su importancia todos los Estados son poseedores de un interés jurídico para protegerlos<sup>35</sup>.

### 3. EL *JUS COGENS* LABORAL

Se ha señalado que las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional general son las normas imperativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que siendo inderogables establecen la nulidad de las normas internacionales que están en contradicción con ellas. Asimismo, se han identificado las normas de *jus cogens* desde la jurisprudencia internacional que consagran principios del Derecho Internacional y en la mayor parte de los casos protegen derechos humanos dentro de su contenido material. El listado de normas imperativas está constituido por la prohibición del genocidio, el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de sus locales, la prohibición de los actos de agresión, o el uso o amenaza de la fuerza, la prohibición de la esclavitud, el principio de igualdad ante la ley, la prohibición de la discriminación, la privación abusiva de la libertad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos y los principios del Derecho Internacional Humanitario.

En este listado de normas imperativas destacan para el ámbito laboral dos derechos humanos: la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación racial. Entendiendo que estos dos derechos humanos laborales están recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional, postularía que conforman un *jus cogens* laboral.

---

<sup>35</sup> Refuerza este criterio la redacción del artículo 42 del proyecto de «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» elaborado por la CDI, cuando señala: «Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe: b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forma parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación: i) Afecta especialmente a ese Estado; o ii) Es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta».

Como se ha señalado, la prohibición de la esclavitud es identificada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* como una de las obligaciones *erga omnes*. Por lo que es indiscutible que se trata de un derecho humano recogido en una norma imperativa del Derecho Internacional<sup>36</sup>. El punto que merece analizarse es si la prohibición de la esclavitud incluye también la prohibición de la servidumbre, tomando en cuenta que ambas prohibiciones suelen ser consagradas conjuntamente en los instrumentos internacionales<sup>37</sup>.

En primer lugar, ambos conceptos de esclavitud y de servidumbre pueden ubicarse dentro de las más graves violaciones de la libertad de trabajo. Para la OIT la esclavitud y la servidumbre son dos modalidades del trabajo forzoso u obligatorio<sup>38</sup>. Sin embargo, existen diferencias entre ambas figuras jurídicas por la distinta formulación legal de las prohibiciones. Por un lado, la esclavitud y la servidumbre se refieren a los sujetos que sufren esa condición, mientras que las prohibiciones del trabajo forzoso se refieren al tipo de relación existente entre el trabajador y su empleador<sup>39</sup>. Por lo que no se puede extender la prohibición de la esclavitud a las demás modalidades prohibidas del trabajo forzoso u obligatorio.

---

<sup>36</sup> Se ha interpretado que la sentencia *Barcelona Traction* de la CIJ al señalar la prohibición de la esclavitud se extiende también a la prohibición del comercio de esclavos (RAGAZZI 1997: 106). Criterio que fue asumido por el Relator Especial de la CDI en su Quinto Reporte (CDI 1976: 49).

<sup>37</sup> El artículo 4 de la DUDH; el artículo 8 párrafos 1 y 2 del PIDCP; el artículo 4.1 del CEDH; el artículo 6.1 de la CADH; el artículo 5 de la CAfDH. Al lado de estos instrumentos internacionales mencionados, específicamente se han elaborado tratados universales sobre la materia. La Convención sobre la Esclavitud (25 de septiembre de 1926), el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (2 de diciembre de 1949), el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud (23 de octubre de 1953) y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (7 de septiembre de 1956). Mención aparte es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998) que dentro de sus artículos ubica a la esclavitud y otros actos inhumanos de carácter similar como crímenes de lesa humanidad (artículo 7, 1, c y k).

<sup>38</sup> Tanto en el Informe Global de 2001 como en el de 2005 sobre el trabajo forzoso, se consideran a la esclavitud y la servidumbre por deudas como formas tradicionales del trabajo forzoso (OIT 2001b: párrafo 1 y OIT 2005: párrafos 26 y 27).

<sup>39</sup> «Naturalmente, algunas manifestaciones de la esclavitud (por ejemplo, la servidumbre) a menudo se yuxtaponen con el trabajo forzoso, pero ellos deberían ser tomados separadamente debido a las diferencias esenciales en sus formulaciones legales de sus prohibiciones (la traducción es mía)» (DRZEWICKI 2001: 229). Ver también (OIT 2005a: párrafo 16).

En segundo lugar, el concepto de esclavitud lo encontramos en el artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud (1926) cuando señala: «La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos». Esto se complementa con el Estatuto de Roma (1998): «Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluidos el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños» (Artículo 7, 2, c). En el caso del concepto servidumbre lo podemos ubicar en la Convención suplementaria sobre la esclavitud (1956) bajo el artículo 1: «a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios; b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición». Al comparar ambos conceptos existe una raíz común que es la ausencia de libertad en la persona que ejercita el trabajo. En ambos conceptos la persona se convierte en un objeto que está a disposición de un tercero, ya sea como el ejercicio de atributos del derecho de propiedad o como el estado en que se ejerce autoridad sobre él.

En mi opinión, podría interpretarse que la mención de la prohibición de la esclavitud señalada por la Corte Internacional de Justicia incluye también a la prohibición de la servidumbre, en razón que los instrumentos internacionales los equiparan conjuntamente dentro de sus textos y porque comparten una raíz común en sus definiciones. En conclusión, postularía que tanto la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la servidumbre se encuentran recogidas en una norma imperativa del Derecho Internacional general.

Respecto a la prohibición de la discriminación, igualmente la Corte Internacional de Justicia lo señala como una de las obligaciones *erga omnes*, pero refiriéndose específicamente a la prohibición de la discriminación racial. Lo que fundamenta la

prohibición de la discriminación es asegurar que las personas no sufran ningún tipo de humillación en su dignidad humana motivadas por diferencias o distingos peyorativos. Sin duda, la discriminación racial ha sido la modalidad que más se ha presentado en la civilización hasta extremos como el *apartheid*. Por eso, no es extraño que la CIJ se haya pronunciado precisamente sobre ella. Pero no debemos interpretar que las demás modalidades discriminatorias son excluidas del ámbito de las normas imperativas.

El pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respalda esta interpretación, al establecer el tribunal regional que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades es recogida por las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional general. Así, señala que «no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición» (Corte IDH 2003b: párrafo 101).

Apoyándome en el pronunciamiento de la CIJ y de la Corte Interamericana se puede afirmar que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades se encuentra recogida en una norma imperativa del Derecho Internacional general.

Así, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre como la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituyen en la etapa actual del Derecho Internacional los dos derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas o de *jus cogens*. En otras palabras, son las dos prohibiciones que constituyen el *jus cogens* laboral.

#### **4. LA EFICACIA JURÍDICA DEL *JUS COGENS* LABORAL EN EL ORDENAMIENTO**

La conformación de un *jus cogens* laboral significaría que cualquier tratado internacional que esté en oposición a estos dos derechos humanos laborales sería nulo, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena. Aunque resulta difícil

pensar que los Estados celebren un tratado que establezca la esclavitud o la servidumbre en sus territorios<sup>40</sup>, con lo que en apariencia carecería de un efecto real sobre la normativa internacional<sup>41</sup>.

Sin embargo, en la doctrina jurídica se discute si las normas imperativas también pueden declarar la nulidad sobre los actos unilaterales de los Estados que estén en oposición a ellas<sup>42</sup>. Esto resulta importante, porque es concebible una legislación interna o una sentencia judicial que estén en conflicto con una norma imperativa del Derecho Internacional general, en vez de un tratado internacional.

En principio, un Estado se encuentra sometido a las normas de *jus cogens*, incluyendo las que recogen derechos humanos, por lo que se encuentra obligado a respetarlas tanto en el ordenamiento internacional como en el nacional<sup>43</sup>. Esta obligación de respetar las normas imperativas del Derecho internacional en el

---

<sup>40</sup> «De hecho, los Estados no concluyen acuerdos para cometer torturas o genocidios o esclavizar pueblos. Algunos ejemplos comunes de *jus cogens* citados en la literatura legal son en realidad hipótesis de école. Por otra parte, los Estados no están inclinados a contestar la absoluta ilegalidad de los actos prohibidos por el principio de *jus cogens*. Cuando dichos actos ocurren, los Estados lo niegan de hecho o justifican las violaciones de una manera sutil o con argumentos ingeniosos. Así, mientras el principio de *jus cogens* tiene un valor moral y potencial, su importancia práctica inmediata para la validez de los acuerdos es limitada. Sin embargo, cuando viene a balancear un derecho humano que ha asumido el status de *jus cogens* contra otro derecho humano que no ha ganado tan elevado status, el concepto puede ser relevante (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (MERON 1986: 190-191). Ver también (PASTOR RIDRUEJO 1979: 582; (GAJA 1981: 279).

<sup>41</sup> Aunque, deduciendo que la teoría del *jus cogens* no tiene una utilidad práctica en las relaciones internacionales, como ha sido algunas veces sugerido, es probable que esto sea ir demasiado lejos. No debería ser una sorpresa que tales normas permanezcan excepcionalmente (VERHOEVEN 1998: 196).

<sup>42</sup> «Los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre el artículo 50 (artículo 53), establecieron que la no derogación de una norma de *jus cogens* está permitido «incluso» por acuerdos entre Estados, así sugiriendo que alcanza más allá del derecho de los tratados fue contemplado. La aplicación de la doctrina del *jus cogens* para actos unilaterales es ampliamente, pero no unánimemente aceptado (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (MERON 2003: 421).

<sup>43</sup> «En efecto, una obligación del Estado en este delicado sector es una conducta en el sentido que respetar las normas de derechos humanos implica que los órganos estatales competentes deben ajustar su conducta hacia las reglas del Derecho internacional y ajustar entonces –modificando los escalones de acuerdo a cada sistema legal- la legislación nacional con el *jus cogens* de los derechos humanos. Obviamente, una verificación de cumplimiento de las normas puede requerir una investigación de la conducta de los órganos estatales y la existencia de regulaciones en el sistema legal estatal para descubrir si o no los derechos humanos han sido violados (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (SAULLE 1987: 395).

ordenamiento nacional supone que los actos unilaterales del Estado también se encuentran sometidos a ellas.

Los internacionalistas que postulan la imperatividad de las normas de *jus cogens* sobre los actos unilaterales de los Estados lo justifican en diversos argumentos. En primer lugar, se señala que la violación de una obligación internacional impuesta por una norma imperativa puede darse por medio de un tratado o un acto unilateral y no se podría justificar que la violación desaparece por la validez del acto unilateral del Estado<sup>44</sup>. En segundo lugar, los Estados no serían inmunes por su jurisdicción nacional para contravenir una norma imperativa a través de un acto unilateral<sup>45</sup>. Aunque existe una práctica contradictoria sobre la materia<sup>46</sup>. En tercer lugar, las normas imperativas al imponer obligaciones *erga omnes* los hace prevalecer sobre la normativa nacional y su incumplimiento supondría una responsabilidad internacional del estado infractor<sup>47</sup>. En cuarto lugar, las normas imperativas

---

<sup>44</sup> «La necesidad por trasladar la causa de una posible violación de una obligación impuesta por una norma imperativa parece ser aplicable de la misma forma para los tratados y los actos unilaterales (...). Observando más allá de la Convención de Viena, parece razonable que si un acuerdo o un acto unilateral es nulo porque éste intenta justificar la violación de una obligación impuesta por una norma imperativa, la misma violación no puede ser justificada (la traducción es mía)» (GAJA 1981: 295).

<sup>45</sup> «Además, las normas imperativas pueden chocar con la inmunidad estatal de la jurisdicción de los Estados extranjeros, en que ellas pueden eliminar tal inmunidad. El juez Wald, un miembro de la Corte Federal de Apelaciones norteamericana, argumentó convincentemente en su Opinión Disidente en *Prinz vs. la República Federal de Alemania* que «un Estado nunca es titular para una inmunidad de cualquier acto que contravenga a una norma de *jus cogens*, sin importar donde o en contra de quien que actos fueron perpetrados». También como el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia señaló en *Furundzija*, las normas imperativas pueden producir efectos legales «en el nivel del derecho local»: ellas deslegitimizan cualquier acto legislativo o administrativo autorizando la conducta prohibida. Consecuentemente, medidas nacionales (incluyendo leyes nacionales otorgando amnistía a los autores de conductas prohibidas) no pueden ser acordes con el reconocimiento legal internacional o cualquier razón son no oponibles para los otros Estados (...). Es interesante resaltar que los tribunales españolas también han tomado recientemente esta posición conforme a las normas de amnistía, la cual ellos han señalado inaplicables por estar en contra del *jus cogens* (*Casos Scilingo y Pinochet*) (el paréntesis y la cursiva son del autor, y la traducción es mía)» (CASSESE 2005: 208).

<sup>46</sup> Véase la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Al Adsani vs. Reino Unido*.

<sup>47</sup> «Una norma de *jus cogens* internacional general también exige, en abstracto, ser hecha prevalecer sobre cualquier norma de Derecho interno contraria a ella, incluso si pertenece a la Constitución estatal. Si no fuera hecha prevalecer por un Estado en un determinado conflicto entre normas, aquel incurriría en la correspondiente responsabilidad internacional que sería invocable por los procedimientos regidos por el propio Derecho internacional. Así, puesto que todos y cada una de esas normas imperativas imponen obligaciones *erga omnes*, es decir obligaciones frente a la.../

constituyen el orden público internacional y no cabe que sus efectos se vean restringidos por actos unilaterales de los Estados<sup>48</sup>.

La jurisprudencia internacional también ha considerado que las normas imperativas se aplican sobre los actos unilaterales de los Estados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene: «En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional» (Corte IDH 2003b: párrafo 99).

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Furundzija analizando la naturaleza de *jus cogens* en la prohibición de la tortura postula que tiene efectos interestatales: «En el nivel interestatal, sirve para deslegitimar internacionalmente todo acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Carecería de sentido argumentar, por un lado, que debido al valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, las normas consuetudinarias o convencionales que permitan la tortura serían nulas y sin efectos jurídicos *ab initio* y, posteriormente, hacer caso omiso de un Estado que, por decir, adoptase medidas nacionales autorizando o condenando la tortura o absolviera a sus autores a través de una ley de amnistía. Si tal situación llegase a ocurrir, las medidas nacionales, en violación del principio general y de toda disposición convencional relevante, produciría los efectos jurídicos mencionados anteriormente y, además, no se le concedería

---

/...Comunidad internacional cuyo cumplimiento puede ser exigido por todos los sujetos de su ordenamiento y en particular por todos los Estados, también todos estos pueden invocar tal responsabilidad internacional y, en el supuesto de haber sido «lesionados», exigir una reparación plena» (MARIÑO 2005b: 827). Ver también (CANÇADO 2003: párrafo 70).

<sup>48</sup> «Del ámbito de la ley internacional está no solamente excluida la conclusión de tratados contrarios a estos principios, sino que todo otro acto o acción cuyo objeto o fin no guarde conformidad con estos principios debe igualmente considerarse como desprovisto de todo efecto... Si existe un *jus cogens* internacional, debe, en efecto, tener necesariamente por efecto el de producir la nulidad de todo acto jurídico y de toda acción de los Estados por causa ilícita. Si un acuerdo no conforme a las normas de *jus cogens* se tiene por nulo, es porque sus efectos son contrarios al orden público internacional. ¿Cómo podría entonces concebirse que este efecto no se extienda a todo acto o a toda acción jerárquicamente inferior a los tratados? (SUY, citado por GÓMEZ ROBLEDO 1982: 211-212). Ver también (CANÇADO 2003: párrafo 68).

reconocimiento jurídico internacional. Se podrían iniciar procedimientos judiciales por las víctimas potenciales si ellas tuvieran *locus standi* ante un órgano judicial o internacional competente para pedirle que declare que la medida nacional es ilegal internacionalmente; o la víctima podría plantear una reclamación civil por daños ante un tribunal extranjero, al que por tanto se le pediría *inter alia* que ignorase el valor jurídico de un acto nacional que la autorizó. Más importante aún es que los autores de la tortura que actuasen por cuenta de o beneficiándose de esas medidas nacionales pueden sin embargo ser declarados responsables penales de tortura, ya sea en un Estado extranjero o en su propio Estado bajo un régimen posterior. Expuesto más brevemente, a pesar de una eventual autorización nacional de un órgano legislativo o judicial en violación del principio que prohíbe la tortura, los individuos siguen obligados a cumplir ese principio» (TPIY 1998: párrafo 155)<sup>49</sup>. Los efectos que le reconoce el Tribunal a la prohibición de la tortura por su carácter de *jus cogens* pueden extenderse a todas las normas imperativas que recogen derechos humanos.

De igual modo, se ha interpretado desde la Comisión de Derecho Internacional cuando afirma: «Hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales. Sin embargo, diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados» (CDI 2001: 216)<sup>50</sup>.

Si cabía alguna duda sobre la aplicación de las normas imperativas sobre los actos unilaterales de los Estados, está desaparece con la jurisprudencia internacional reseñada y los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional. En otras palabras, cualquier tratado internacional o acto unilateral de los Estados sería nulo si está en conflicto con los derechos humanos laborales recogidos en las normas imperativas del Derecho Internacional general. Así, el *jus cogens* laboral gozaría de un carácter imperativo sobre el ordenamiento internacional como los nacionales.

Si un tratado internacional o un acto unilateral de un Estado –una ley, una sentencia, una norma administrativa, etc.- que está en oposición con una norma

---

<sup>49</sup> He tomado la traducción de BOU FRANCH 290-291.

<sup>50</sup> Ver también (SIMMA 1994: 288).

imperativa del Derecho Internacional general deben ser declarados nulos, el siguiente punto es conocer cuál es el procedimiento para declarar dicha nulidad. En el primer caso, se trataría del procedimiento de nulidad de un tratado internacional por violar una norma imperativa regulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). En el segundo caso, se trataría en los diferentes procedimientos de control internacional que han declarado la nulidad de un acto unilateral del Estado por violar una norma imperativa.

El primer supuesto se encuentra regulado en el artículo 65 párrafo 1 de la Convención de Viena, donde dispone que un Estado parte del tratado apoyándose en las disposiciones de la Convención –en este caso el tratado se encuentra en oposición a una norma imperativa (artículo 53)- puede impugnar la validez del tratado, notificando a las demás parte de su pretensión. En el párrafo 2 del mismo artículo se señala que dentro de un plazo que no puede ser menor a tres meses contados desde la recepción de la notificación, si ninguna parte ha formulado objeciones, la parte denunciante podrá adoptar la medida que haya propuesto –en nuestro caso sería la nulidad del tratado-. Sin embargo, conforme señala el párrafo 3 del artículo 65, si una parte del tratado objeta la pretensión, se debe buscar una solución en el marco del artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>51</sup>. Finalmente, si no se arriba a una solución dentro de los doce meses siguientes en el marco del arreglo pacífico de controversias, el artículo 66 inciso a) de la Convención de Viena establece que cualquiera de las partes de la controversia, pueden solicitar mediante un escrito someter la controversia a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, salvo que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia a un arbitraje<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas establece el arreglo pacífico de controversias: «1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. 2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios».

<sup>52</sup> Si bien la Corte Internacional es el órgano competente para declarar la nulidad de un tratado por estar en oposición a una norma imperativa, esto no impide que los órganos de control de los procedimientos de protección de los derechos humanos puedan declararlo también, aunque su pronunciamiento no equivale a declarar su nulidad.

Este procedimiento que puede concluir con un pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia tiene diversos aspectos que deben resaltarse.

En primer lugar, la lectura del artículo 65 de la Convención de Viena nos conduciría a interpretar que sólo los Estados que son partes en el tratado pueden solicitar la nulidad del instrumento internacional<sup>53</sup> Sin embargo, esto no estaría en armonía con el concepto de las obligaciones *erga omnes* de la que gozan las normas de *jus cogens*. Como se señaló anteriormente, las obligaciones *erga omnes* son exigibles por la comunidad internacional en su conjunto, con lo que si un tratado viola una norma imperativa esto afectaría a todos los Estados que conforman la comunidad internacional y no sólo a aquellos que son partes en el tratado. Por tanto, cualquier Estado tendría legítimo interés en solicitar la nulidad del tratado que está en oposición a la norma imperativa<sup>54</sup>. El Derecho Internacional denomina a este tipo de demanda una *actio popularis*<sup>55</sup>. La Corte Internacional de Justicia ha sido renuente a reconocer que el ordenamiento internacional establece una *actio popularis* a favor de los Estados, como lo señalan sus pronunciamientos judiciales en los casos África Sudoccidental<sup>56</sup> y Barcelona Traction<sup>57</sup>. Aunque un

---

<sup>53</sup> «Sobre la cuestión de quien tiene el derecho para decir que un tratado está en conflicto con una norma de *jus cogens* del derecho internacional general y debe ser considerado inválido, el artículo 65 párrafo 1 de la Convención claramente señala que el derecho pertenece a las partes. Esto es un resultado natural del principio *pacta tertius nec nocent prosunt*» (LI 2001: 520). Ver también (RAGAZZI 1997: 205-206).

<sup>54</sup> Una posición discrepante a esta interpretación la señala RAGAZZI: «El concepto de obligaciones *erga omnes* no necesariamente implica la existencia de una clase de *actio popularis*. En otras palabras, los conceptos de obligaciones *erga omnes* y *actio popularis*, aunque asociados en algunos aspectos, son distintos e independientes uno del otro (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (RAGAZZI 1997: 212).

<sup>55</sup> «Esta expresión indica una acción puesta por un demandante ante una corte en el interés general, sin necesidad de demostrar un interés individual perseguida en su reclamación (la traducción es mía)» (RAGAZZI 1997: 210).

<sup>56</sup> «Observando desde de otra manera, por otra parte, el argumento equivale para un alegato que la Corte debe permitir el equivalente a una «*actio popularis*», o derecho inherente de cualquier miembro de la comunidad internacional para tomar una acción legal en defensa de un interés público. Pero aunque un derecho de esta clase puede ser conocido por determinados sistemas nacionales de derecho, esto no es conocido para el derecho internacional actualmente: ni es la Corte es capaz para considerarlo como proveniente del «principio general del derecho» referido en el Artículo 38, párrafo 1c) de su Estatuto» (CIJ 1966: párrafo 88).

<sup>57</sup> «Con relación especialmente a los derechos humanos, para cualquier referencia ha sido ya hecha en el párrafo 34 de esta sentencia, debe ser notado que allí también se incluye la protección contra la denegación de la justicia. No obstante, en el plano universal, los instrumentos que incorporan los derechos humanos no confieren a los Estados la capacidad para proteger a las.../

sector de la doctrina ha interpretado por el contrario, que la Corte introduce la *actio popularis* en la sentencia del caso Barcelona Traction<sup>58</sup>. En todo caso, conforme a la Convención de Viena sólo un Estado parte puede iniciar el procedimiento de nulidad del tratado que se encuentra en oposición a la norma imperativa, sin que esto impida que cualquier Estado afectado y que no es parte del tratado pueda invocar la responsabilidad internacional por la obligación violada.

En segundo lugar, la no formulación de objeciones a la controversia presentada por uno de los Estados parte por la oposición del tratado con una norma imperativa concluiría con la nulidad del instrumento internacional.

En tercer lugar, si la etapa del arreglo pacífico de controversias fracasa, cualquier Estado involucrado en la controversia puede someterlo a la Corte Internacional de Justicia, señalando que el tribunal internacional es el órgano competente para establecer la nulidad de un tratado en oposición a una norma imperativa. Esto significa que los Estados partes de la Convención de Viena le reconocen la competencia para esta materia, por lo que el sometimiento de la controversia a la CIJ sería obligatorio para ellos<sup>59</sup>. En cambio, para los Estados

---

/...víctimas de violaciones de esos derechos con independencia si son sus nacionales. Esto es todavía por tanto en el plano regional una solución a este problema que ha tenido que ser pensado; así, dentro del Consejo de Europa, del cual España no es miembro, el problema de la admisibilidad encontrado en la reclamación en el presente caso ha sido resuelto por la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual concede a cada Estado que es parte de la Convención para presentar una denuncia contra cualquier otro estado parte por la violación de la Convención, con independencia de la nacionalidad de la víctima» (CIJ 1970: párrafo 91).

<sup>58</sup> «La sentencia de 1970 de la Barcelona Traction (...) introduce un nuevo elemento a tener en cuenta: la *actio popularis*. Existe acción –al menos en un sentido amplio– por parte de todos los Estados en la observancia de dichas obligaciones porque todos poseen un interés de carácter jurídico para que los derechos subjetivos correlativos a esas obligaciones sean respetados. Como señalara el profesor Mijala de la Muela, la doctrina jurisprudencial transcrita supone la existencia de unas obligaciones cuyo sujeto activo es la humanidad entera, la comunidad internacional. De esta forma, cualquier Estado, y no sólo las partes en el tratado en oposición a una norma de *jus cogens*, estaría legitimado para poner en marcha el procedimiento antes visto conducente a la nulidad» (CASADO 2001: 38-39). Ver también (MOLA 1995: 251).

<sup>59</sup> Hay que tener presente que el artículo 66 inciso a de la Convención de Viena ha recibido varias reservas por parte de los Estados.

que no son parte de la Convención, siempre se requeriría su consentimiento para el sometimiento de la controversia a la CIJ<sup>60</sup>.

Más allá de estas características del procedimiento, lo cierto es que no se ha presentado ninguna controversia ante la CIJ, con lo que no existe ningún antecedente judicial al respecto. Tomando en consideración que resulta difícil pensar que los Estados celebren un tratado internacional que se oponga a las normas de *jus cogens* laboral, lo más probable es que se continúe sin recurrir a este primer procedimiento.

Al lado del procedimiento de nulidad de un tratado internacional por estar en oposición a una norma imperativa, se debe mencionar que los organizaciones internacionales pueden solicitar una opinión consultiva a la CIJ sobre la controversia, bajo el amparo del artículo 66 párrafo 2 inciso c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986. La opinión consultiva de la CIJ «debe ser aceptada como definitiva por todas las partes de la controversia» (artículo 66 párrafo 2 inciso e de la Convención de Viena de 1986).

En el segundo supuesto no existe un procedimiento específico para el caso de un acto unilateral de un Estado que está en oposición a una norma imperativa. Sin embargo, en los distintos procedimientos de control internacional se han producido

---

<sup>60</sup> «Cualquier temprana duda de algunos comentaristas, claramente el artículo 66 a) expresa una jurisdicción obligatoria de la CIJ. Esto no significa que los Estados no tengan ampliamente para acordar dicha jurisdicción; eso significa simplemente que la ratificación de la Convención de Viena necesariamente concede tal acuerdo. La consecuencia es que un Estado quien no es parte en la Convención de Viena no puede ser traído ante la Corte a menos que esto ha sido específicamente acordado para realizar en un instrumento separado. Tampoco puede ser forzado para someterse al procedimiento de conciliación bajo el artículo 66 b). Nada sugiere que el artículo 66 sea la expresión de una norma consuetudinaria, hasta si la norma de *jus cogens* del artículo 53 exprese una general, y no puramente convencional, norma. El artículo 66 posiblemente induciría a los Estados, quienes no son partes de la Convención de Viena, para aceptar la jurisdicción de la CIJ. Como tal, la Convención no exenta a los Estados de aceptar su jurisdicción; esto simplemente los exenta de aceptarlo bajo un alternativo instrumento para la ratificación adhesión de la Convención de Viena. A pesar de la naturaleza fundamental del *jus cogens*, esto no es significativamente alterar la tradicional resistencia de los Estados vis-à-vis a un arreglo judicial (la cursiva es del autor y la traducción es mía)» (VERHOEVEN 1998: 198). Ver también (TRAVIESO 1996: 244).

importantes pronunciamientos que han exigido a los Estados la derogación de sus leyes nacionales que se encuentran en oposición al ordenamiento internacional.

En primer lugar, los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia donde exige la derogación de las normas nacionales que violan las obligaciones internacionales. A modo de ejemplo, la reciente Opinión Consultiva sobre «Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado», el tribunal señala: «Además, habida cuenta de la determinación de la Corte de que las violaciones de sus obligaciones internacionales que incumben a Israel emergen de la construcción del muro y de su régimen conexo, la cesación de dichas violaciones entraña el inmediato desmantelamiento de las partes de dicha estructura situadas dentro del territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores. Todos los actos legislativos y reglamentarios adoptados con miras a su construcción, y al establecimiento de un régimen conexo, deben ser inmediatamente derogados o dejados sin efecto (...)» (CIJ 2004: párrafo 151).

Igualmente, en la Opinión Consultiva sobre «Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos)» (OC-14/94) del 9 de diciembre de 1994, la Corte Interamericana concluye: «que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional del Estado» (Corte IDH 1994: párrafo 50).

También se han producido resoluciones del Consejo de Seguridad que declaran la nulidad de actos legislativos de los Estados que constituyan una violación del derecho internacional. Así, la Resolución 478 (1980) de 20 de agosto de 1980, en su numeral tercero: «Determina que todas las medidas y los actos legislativos y administrativos adoptados por Israel, la Potencia ocupante, que han alterado o pretenden alterar el carácter y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén, y en particular la reciente «ley básica» sobre Jerusalén, son nulos y carentes de valor».

Así dentro de los procedimientos de control de derechos humanos abundan los pronunciamientos que declaran la violación de la obligación de respetar los derechos y libertades establecidos por el instrumento internacional por medio de la promulgación de una ley que está en oposición a ellos.

Se debe resaltar que mientras el Consejo de Seguridad se pronuncia sobre la nulidad del acto unilateral del Estado, los tribunales internacionales no suelen pronunciarse por la declaración de la nulidad sino más bien por afirmar que el acto unilateral viola obligaciones del Derecho Internacional y originan responsabilidad internacional, la cual incluye el deber de derogarlas.

Estos diferentes pronunciamientos muestran que los actos unilaterales de un Estado que están en oposición al ordenamiento internacional son nulos y carentes de valor para el Derecho Internacional. Esto responde al principio de que el derecho interno no puede justificar el incumplimiento de un tratado<sup>61</sup>.

Sin embargo, la obligatoriedad del pronunciamiento internacional que declara la violación de una obligación internacional por el acto unilateral que está en oposición al ordenamiento internacional, está sujeta al tipo de procedimiento en que se produjo.

En el caso de las resoluciones del Consejo de Seguridad o los pronunciamientos judiciales de las Cortes Internacionales, no cabe duda sobre su carácter vinculante para los Estados, aunque su ejecución en el ordenamiento interno está condicionada a su regulación por el instrumento internacional<sup>62</sup>. En cambio, los pronunciamientos de los órganos de control de los mecanismos cuasi contenciosos o no contenciosos

---

<sup>61</sup> Este principio se encuentra recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como injustificación del incumplimiento de un tratado (...)».

<sup>62</sup> Las resoluciones del Consejo de Seguridad son obligatorias, conforme el artículo 25 de la Carta de Naciones Unidas, corroborado en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre Namibia (CIJ 1971: 53). La sentencia de la CIJ es obligatoria para las partes en litigio (artículo 59 del Estatuto de la CIJ). En el caso de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, como sostiene el tribunal: «la decisión en sí misma no puede anular o derogar las normas, la sentencia de la Corte es declarativa y deja al Estado la decisión de escoger los medios utilizados en su ordenamiento jurídico interno en el cumplimiento de sus obligaciones (...)» (ECHR 1979: párrafo 58). En el caso de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su ejecución es obligatoria porque los Estados partes están comprometidos a cumplir con la decisión del tribunal internacional (artículo 68 párrafo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

carecen de obligatoriedad para los Estados, sin embargo éstos suelen cumplirlos para evitar la sanción moral internacional que supone incumplirlos.

En resumen, los tratados internacionales y los actos unilaterales de los Estados que están en oposición a una norma de *jus cogens* laboral son nulos para el ordenamiento internacional, configurándose la violación de una obligación internacional y la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito.

## 5. REFLEXIÓN FINAL

Las normas imperativas o de *jus cogens* del Derecho Internacional general tienen preponderancia sobre cualquier norma convencional o consuetudinaria internacional así como los actos unilaterales de los Estados. Son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto, siendo inderogables y sólo pueden ser sustituidas por otra norma imperativa posterior. Quedando su identificación a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia internacional. Asimismo, las normas imperativas establecen obligaciones *erga omnes* que por su importancia todos los Estados son poseedores de un interés jurídico para protegerlos.

Las normas imperativas recogen un segmento del listado de derechos humanos que viene siendo establecido por la jurisprudencia internacional, dentro de ese listado destacan dos derechos humanos laborales: la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación racial, que constituiría un *jus cogens* laboral. Estos dos derechos humanos laborales también pueden extenderse a la prohibición de la servidumbre y a la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades dentro del ámbito laboral. En el primer caso, esto se sostiene porque los instrumentos internacionales equiparan conjuntamente a la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la servidumbre al compartir una raíz común en sus definiciones. En el segundo caso, la prohibición de la discriminación racial se fundamenta en asegurar que las personas no sufran ningún tipo de humillación en su dignidad humana motivadas por su raza. Sin embargo, también detrás de esta fundamentación se ven respaldadas las demás modalidades que prohíben la discriminación.

Así la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre como la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituyen los dos derechos humanos laborales recogidos por normas de *jus cogens* del ordenamiento internacional.

Estos dos derechos humanos que conforman el *jus cogens* laboral son obligatorios para los Estados, por lo que tienen el deber de respetarlos tanto en el plano internacional como en su ordenamiento interno. Esto significa que cualquier norma convencional o consuetudinaria internacional y cualquier acto unilateral del Estado (una ley, una sentencia, una norma administrativa, etc.,) que esté en oposición al *jus cogens* laboral es nulo y carente de valor jurídico, configurándose la violación de una obligación internacional y la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BOUFRANCH, Valentín

2002 Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de Jus Cogens: el asunto Al-Adsani contra Reino Unido. En: Anuario de Derecho Internacional. Pamplona: Universidad de Navarra. Tomo XVIII.

BYERS, Michael

1997 Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules. En: Nordic Journal of International Law. The Hague, Kluwer Law International, número 66.

CANÇADO TRINIDADE, Antonio Augusto

2003 Voto concurrente del Juez A.A. Cançado a la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (17 de septiembre de 2003). San José, Secretaría de la Corte, Serie A, número 18.

CANESSA MONTEJO, Miguel F.

2007 Los Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Tesina Doctoral en la Universidad Carlos III de Madrid.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio

1995 Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Tecnos.

CASADO RAIGON, Rafael

1991 Notas sobre el Ius Cogens Internacional. Córdoba: Católica.

CASSESE, Antonio

2005 International Law. Oxford: Clarendon. Segunda edición.

CEBADA ROMERO, Alicia

2002 Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales. ([www.reei.org](http://www.reei.org)).

DÍAZ BARRADO, Cástor

2004 El Derecho Internacional del tiempo presente Madrid: Universidad Rey Juan Carlos.

DRZEWICKI, Krzysztof

2001 The right to work and rights in work. En: Economic, Social and Cultural Rights de Asbjorn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht: Martinus Nijhoff.

GAJA, Giorgio

1981 Jus Cogens beyond the Vienna Convention En: Recueil des Cours The Hague : Martinus Nijhoff. Tomo 172, número 3.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio

1982 El Ius Cogens Internacional. México: Universidad Autónoma de México.

JUSTE RUIZ, José

1979 Las obligaciones «erga omnes» en el Derecho Internacional Público. En: Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela. Madrid: Tecnos. Volumen 1.

LI HAOPEI

2001 Jus Cogens and International Law

En: International Law in the Post-cold War World. Sienho Yee y Wang Tieya (Eds.). London: Routledge.

MARÍÑO, Fernando M.

2005a Derecho Internacional Público (Parte General). Madrid: Trotta. Cuarta Edición Revisada.

2005b Los límites de la noción de orden público internacional. En: Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo. Sevilla: Universidad de Sevilla. Volumen 2.

MERON, Theodore

1986 Human Rights Law-Making in the United Nations. Oxford: Clarendon.

MOLA, Attilio

1995 Una propuesta de fundamentación de los derechos humanos en el Derecho Internacional. En: Revista Derechos y Libertades. Madrid, Año I, enero-junio 1995, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, número 4.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio

2002 Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos. Octava. Edición, reimpresión.

RAGAZZI, Mauricio

1997 The Concept of International Obligations Erga Omnes Oxford: Clarendon Press

SAULLE, Maria Rita

1987 Jus Cogens and Human Rights. En: International Law at the time of its codification. Milan: Dott A. Giuffré.

SIMMA, Bruno

1994 From Bilateralism to Community Interest in International Law En: Recueil des Cours. The Hague: Martinus Nijhoff. Tomo 250, número 6.

TOMUSCHAT, Christian

1993 Obligations arising for States without or against their will. En: Recueil des Cours. The Hague : Martinus Nijhoff. Tomo 241, número 4.

TRAVIESO, Juan Antonio

1996 Derechos Humanos y Derecho Internacional. Buenos Aires: Heliasta.

VERHOEVEN, Joe

1998 Jus Cogens and reservations or «counter reservations» to the Jurisdiction of the International Court of Justice. En: International Law: Theory and Practice de Karel Wellers (Ed.). The Hague: Martinus Nijhoff.

## **DOCUMENTOS E INFORMES**

Comisión de Derecho Internacional (CDI)

1963 Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de Naciones Unidas (A/CN.4/SER.A/1963)

Ginebra, Naciones Unidas

1997 Conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos incluyendo tratados de derechos humanos (A/52/10)

Ginebra, Naciones Unidas

2001 Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/56/10)

Ginebra, Naciones Unidas

2002 Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/57/10)

Ginebra, Naciones Unidas

2005 Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/60/10)

Ginebra, Naciones Unidas

Comité de Derechos Humanos de la ONU (Comité DDHH)

1994 Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto (Observación General N.º24)

Ginebra, Naciones Unidas

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

2001 a) Reducir el déficit del Trabajo Decente. Un desafío global (Memoria del Director General)

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

2001 b) Alto al trabajo forzoso. (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo).

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

2005 Una alianza global contra el trabajo forzoso (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo).

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR)

2001 Caso de Al Adsani vs. Reino Unido. Estrasburgo, Sentencia del 21 de noviembre de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

1994 Opinión Consultiva OC-145/94 sobre la «Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos)» (9 de Diciembre de 1994). San José, Secretaría de la Corte, Serie A, N° 5.

2003a Sentencia del Caso Cinco Pensionistas vs. Perú (28 de Febrero de 2003). San José, Secretaría de la Corte, Serie C, N° 96.

2003b Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la «Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados» (17 de Septiembre de 2003). San José, Secretaria de la Corte, Serie A, N° 18.

#### Corte Internacional de Justicia (CIJ)

1949 Caso «Canal de Corfú» (Reino Unido vs. Albania). La Haya, Sentencia de 9 de abril de 1949.

1950 Caso «Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania. La Haya, Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950

1951 Caso «Reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio». La Haya, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951

1966 Caso «África Sudoccidental» (Etiopía y Liberia vs. Sudáfrica). La Haya, Sentencia de 18 de julio de 1966.

1970 Caso «Barcelona Traction» (Bélgica vs. España). La Haya, Sentencia de 5 de febrero de 1970.

1971 Caso «Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad». La Haya, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971.

1980 Caso «Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán» (Estados Unidos vs. Irán). La Haya, Sentencia de 24 de mayo de 1980.

1986 Caso «Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos). La Haya, Sentencia de 27 de junio de 1986

1995 Caso «Timor Oriental». La Haya, Sentencia de 30 de junio de 1995.

1996 Caso «Legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares». La Haya, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996.

2004 Caso «Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado». La Haya, Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004.

#### Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY)

1998 Caso «Furundzija». La Haya, Sentencia de 10 de diciembre de 1998.

# Protección especial a la madre trabajadora: relación con el cuidado infantil

*Isabel Herrera González-Pratto*  
Asociada de la SPDTSS

Universalmente es reconocido que la madre trabajadora debe acceder a derechos de protección mientras continúa trabajando estando embarazada, y a su retorno al trabajo después del alumbramiento. ¿Hasta qué momento después del parto aquella merece, a mérito del principio de igualdad, una especial protección? ¿Hasta que culmina la lactancia? ¿Durante la temprana infancia? ¿Y cuál es el mínimo conjunto de derechos que concretizan el mandato constitucional de especial protección, en cada momento? El presente trabajo describirá algunos problemas que afrontan las madres en ambos momentos, e incluso en un momento anterior: al buscar empleo.

Previamente a esta descripción, haremos una reseña del régimen legal peruano de protección a la maternidad. El corolario de nuestra propuesta es la de fortalecer de los mecanismos de asistencia al cuidado infantil, cuestión que, si bien forma parte de los llamados derechos parentales que gozan de autonomía, asegura en última instancia la dignidad e igualdad de la madre trabajadora, los cuales subyacen al principio de protección especial a la misma consagrado constitucionalmente; siendo por lo tanto, para nosotros, elemento consustancial a tal protección.

## **1. RÉGIMEN LEGAL DE PROTECCIÓN A LA MADRE TRABAJADORA**

A continuación reseñamos el marco legal de protección existente en nuestro país en esta materia.

## 1.1. Protección internacional y constitucional

La Declaración de Filadelfia en el párrafo h), de su parte III, cita la protección de la maternidad como uno de los fines y objetivos de la OIT.<sup>1</sup> Y una de las primeras acciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue adoptar el Convenio N° 3 sobre la protección de la maternidad, 1919, modificándose posteriormente por el Convenio N° 103 sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Éste último reafirmó «las normas establecidas en el Convenio anterior -el derecho al descanso de maternidad de 12 semanas de duración, incluido un período puerperal obligatorio, las prestaciones en dinero durante dicho descanso, la prohibición del despido durante el descanso de maternidad y la autorización de interrupciones del trabajo a efectos de la lactancia- pero con mayor detalle y, respecto de ciertos puntos, con más flexibilidad.»<sup>2</sup> La Recomendación N° 95 sobre la protección de la maternidad, 1952, aportó mejoras y estableció otras medidas destinadas a proteger la salud de las mujeres embarazadas, de las madres lactantes y sus hijos. Finalmente, en el año 2002 entró en vigor el Convenio N° 183 sobre protección de la maternidad (revisado), 2000, habiéndose emitido además la Recomendación N° 191 sobre la protección de la maternidad, 2000.

Aunque el Perú no ratificó ninguno de los tres Convenios (3, 103 y 183), entre los años 1936 (obreros) y 1948 (empleados) el Congreso aprobó un seguro social con similares criterios y principios (Leyes N° 8433 y 10902 de agosto de 1936 y noviembre de 1948 respectivamente). Y con anterioridad al seguro social para la madre trabajadora, el Perú aprobó un régimen laboral específico para las mujeres mediante la Ley N° 2851 (Noviembre 1918), ley que reguló la jornada de 8 horas diarias y 45 horas semanales; la hora de lactancia; la sala cuna para hijos menores de un año; la indemnización por despido injustificado; la indemnización por despido dentro de los 3 meses anteriores o posteriores al parto; y las indemnizaciones por accidente de trabajo.

---

<sup>1</sup> En: 267ava Reunión Ginebra, noviembre de 1996, Segundo punto del Orden del Día, Propuestas para el Orden del Día de la 87ava reunión (1999) de la Conferencia Internacional de Trabajo. En: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb268/267-gb2.htm#V>.

<sup>2</sup> *Ibid.*

Con relación al bloque normativo peruano contemporáneo, Jose Balta y Guillermo Boza entre otros, han reunido la información y elaborado un panorama comentado sobre todas las normas legales internas y los numerosos convenios y tratados internacionales aplicables en el Perú, en relación a las materias de igualdad, discriminación, acoso sexual y maternidad, por lo que sería redundante recontar exhaustivamente la compilación.<sup>3</sup> Para este trabajo, es suficiente citar en relación al *principio de igualdad y prohibición de discriminación*, los artículos 2 inciso 2) y 26 inciso 1) de la Constitución; tema que, en la normativa internacional tiene por instrumentos más específicos y relevantes, *la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer* ratificada por Resolución Legislativa N° 23432, así como los Convenios N° 100 (Convenio sobre igualdad de remuneración 1951) y N° 111 (Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958), ratificados por el Estado Peruano. En lo que concierne a la *maternidad*, cabe citar el artículo 23 de la Constitución; siendo que en el campo internacional este tema está de alguna forma previsto en el Convenio N° 156 (Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares 1981) ratificado por el Perú, y en el Convenio N° 183 (Convenio sobre la protección de la maternidad 2000), el último no ratificado por el Perú.

## 1.2. Régimen legal peruano

Como afirma Guillermo Boza, en el Perú se ha decidido eliminar cualquier dispositivo normativo que haga referencia sobre la protección especial a la madre trabajadora que pueda ser interpretada como ventajosa sólo por su condición de mujer y deje de lado la consideración objetiva, que es la protección del estado de maternidad. En esta línea, para Boza y otros autores, los únicos hechos biológicos que justifican un trato diferente son el embarazo y la lactancia,<sup>4</sup> debiéndose dejar de lado, consideraciones subjetivas, so riesgo de violarse el principio de igualdad y la norma constitucional del deber alimentario de ambos padres hacia los hijos (artículo 6°). De esta forma, nuestro marco legal vigente, ha quedado como sigue:

---

<sup>3</sup> BALTA, José. Discriminación por maternidad en el trabajo y acoso sexual. En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/>; BOZA, Guillermo. La madre trabajadora como sujeto especialmente protegido en el ordenamiento peruano. Lima, SPDTSS: 2004.

<sup>4</sup> BOZA, Guillermo. *Op.cit.*

### 1.2.1. Licencia por maternidad

Descanso retribuido de 45 días antes y 45 días después del parto, pudiendo el primer período ser diferido de manera total o parcial con el post natal, siempre que ello no afecte a la gestante o al concebido y se comunique al empleador con anticipación (2 meses antes de la fecha probable de parto).

Si el parto se produce después de la fecha probable, los días de retraso se computarán como días de descanso médico por incapacidad temporal.

Además, se puede sumar el descanso vacacional que tuviese adquirido automáticamente al término de la licencia por maternidad si la notificación de tal decisión al empleador ocurre con 15 días calendarios de anticipación.<sup>5</sup>

### 1.2.2. Monto de los ingresos durante la licencia (maternidad) y subsidio por lactancia

La licencia por maternidad es una obligación del empleador. Tanto las licencias o descansos pre natal, post natal y el permiso de lactancia son pagados a la madre trabajadora a través del sistema de Seguridad Social, teniendo derecho a recibir:

- **Retribución durante la licencia de maternidad.**- El subsidio que reconoce la Seguridad Social a través del ESSALUD se liquida de acuerdo al promedio diario de las remuneraciones de los 12 últimos meses. Si el parto ocurre después de la fecha probable, los días de retraso se pagarán como días de descanso por incapacidad temporal por el ESSALUD, liquidándose el subsidio de la misma forma.
- **Subsidio adicional:** A la madre trabajadora se le otorga por única vez, un subsidio adicional por concepto de lactancia.

---

<sup>5</sup> Ley 26644, modificada por las Leyes N° 27402 y 27606.

### 1.2.3. Horario de lactancia sin perjuicio de la remuneración

El permiso de lactancia materna es de una hora diaria y debe ser otorgada hasta que el menor cumpla un año de edad. El horario de lactancia se tomará dentro de la jornada de trabajo y se reputará como trabajado para todo efecto legal.<sup>6</sup>

### 1.2.4. Prohibición del despido

La madre trabajadora goza de especial protección en caso de extinción del vínculo laboral. La prohibición de despedir a una madre trabajadora sin causa justa se encuentra regulada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, bajo el supuesto de «despido nulo»; supuesto que sólo será aplicable cuando:

- La trabajadora haya comunicado a su empleador su estado.
- Legalmente se presumirá que la nulidad del despido, si el mismo ocurre en cualquier momento del estado de gestación o 90 días posteriores al alumbramiento.

En estos casos, si el empleador no acredita la causa justa de despido, el despido será calificado como nulo, por lo tanto la trabajadora sería repuesta a su centro de labores, con el pago de las remuneraciones devengadas durante el proceso judicial hasta la reposición.

### 1.2.5. Protección a la salud de la mujer embarazada y a su hijo

Esta protección, que resguarda no sólo a la madre sino también al concebido, consiste en la adopción de medidas de seguridad y salud en el trabajo considerando el estado de maternidad.

---

<sup>6</sup> De acuerdo a la Ley N° 27240, modificada por la Ley N° 27591 y Ley N° 27403.

Los empleadores tienen la obligación de realizar los cambios en las labores que desarrolla la trabajadora cuando éstas pongan en riesgo su salud o la del concebido, previa evaluación del riesgo que corren. Asimismo la madre trabajadora podrá solicitar el cambio cuando se presenten riesgos generados por las condiciones del trabajo o por generados por el deterioro en la salud por su embarazo, siempre mediante un certificado que sustente lo solicitado. Los cambios que se establezcan son temporales hasta que el riesgo quede controlado o eliminado. En ningún caso estos cambios deben afectar los derechos laborales de la trabajadora.<sup>7</sup>

## 2. BÚSQUEDA DE EMPLEO Y DISCRIMINACIÓN CON MOTIVO DEL EMBARAZO

Las mujeres que buscan empleo sufren discriminación basada en su condición reproductiva. En México y otros países centroamericanos se han denunciado casos de trabajadoras que debían pasar por una prueba de embarazo para conseguir o mantener su empleo, principalmente en la industria maquiladora. Exigir pruebas de embarazo como condición para conseguir empleo constituye discriminación sexual prohibida por el Convenio N° 111 de la OIT (Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958). La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha determinado que esta prohibición incluye la discriminación por motivo de embarazo.<sup>8</sup>

El Convenio N° 183 (Convenio sobre la protección de la maternidad 2000) señala que los Estados deben adoptar medidas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo; y expresamente contiene la prohibición de que se exija a una mujer solicitante de un empleo que se someta a un *test* de embarazo, salvo cuando se trate de trabajos prohibidos para mujeres embarazadas o lactantes, o que puedan presentar un riesgo reconocido para la salud de la mujer e hijo.

---

<sup>7</sup> BOZA, Guillermo. *Op. cit.* Base legal: Ley N° 28048 y su reglamento aprobado por el DS N° 009-04-TR.

<sup>8</sup> INTERNATIONAL LABOR OFFICE (Oficina Internacional del Trabajo). *Conditions of Work Digest*. (Módulos sobre Condiciones de Trabajo), vol. 13. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994. p.14, citado en: *Discriminación Sexual por Motivo de Embarazo en las Zonas Francas de la República Dominicana: Implicaciones para el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica (CAFTA)*. Informe de abril 2004. En: <http://hrw.org/spanish/informes/2004/dr0404/>

En el Perú, se sabe que en algunas industrias como la textil, agroindustria, productos pesqueros, y cosecha de algodón, trabajan numerosas mujeres como destajeras por su gran rapidez y destreza manual. Sin embargo, es muy poca la información de la que se dispone sobre las condiciones de trabajo de estas trabajadoras y si se presentan o no casos de discriminación con motivo del embarazo, particularmente para preservar el empleo. Por nuestra parte, consideramos que aunque no acontezca exactamente mediante la exigencia de un *test* de embarazo, o no haya un registro de denuncias, la discriminación probablemente tiene lugar en todos los sectores. Y es que en el fondo ningún empleador va a preferir a una persona menos productiva que otra; y no informar el estado de gestación sería considerado como una «deslealtad» hacia el empleador. Las posibilidades de una mujer embarazada de conseguir empleo son entonces usualmente bastante escasas.

### **3. LA PROTECCIÓN DE LA MADRE TRABAJADORA DURANTE EL EMBARAZO**

#### **3.1. «Notificación documental» del estado**

Incluso para las mujeres que llevan tiempo en un empleo, la comunicación al empleador de su estado constituye muchas veces una noticia embarazosa, pues la maternidad acarrea algún nivel de planificación y costos adicionales, aunque éstos sean según estudios de la Organización Internacional del Trabajo bastante marginales, excepto para los sectores informales, donde frente a la inexistencia de la cobertura de la maternidad por la seguridad social, sí hay un problema, cuya salida más fácil es la de concluir el vínculo. Normalmente sólo empresas formales de suficientes recursos, y que respetan la dignidad de las personas, apoyan sin mayor incomodidad a la trabajadora.

Sin embargo, la notificación es requisito formal del cual depende el inicio del llamado fuero maternal, de suerte que es posible que muchos casos queden descubiertos por la falta de una notificación formal o escrita, en razón de que la ley peruana exige una «*notificación documental*», término que mueve a algunos autores incluso a sugerir que luego de ello el empleador «podrá solicitar válidamente a la trabajadora que demuestre mediante documentos y pruebas médicas su estado

de gravidez o podrá solicitarle que se someta a un examen médico a fin de determinar la veracidad de su afirmación.»<sup>9</sup>

Nos preguntamos si realmente debería exigirse una «*notificación documental*» que podría ser limitativa de la protección. Para nosotros, las relaciones laborales deben discurrir con naturalidad y debería aceptarse la forma de comunicación que mejor se ajuste a las costumbres en la organización. A nuestro modo de ver, merecería mayor consideración la intimidad y dignidad de la trabajadora que está embarazada. Y si bien algunos países consignan la notificación, no la rodean de formalidad<sup>10</sup>; e incluso otros países prescinden por completo de legislar la misma, dejando en todo caso a la jurisprudencia delinear si opta por el principio de seguridad jurídica que supone la comunicación al empleador, o la tutela enérgica de la maternidad que le dispensa de la prueba del móvil discriminatorio haciendo innecesaria la comunicación.<sup>11</sup>

### 3.2. Fuero maternal versus despido discriminatorio

Sobre la relación entre fuero maternal y despido discriminatorio, tal y como está redactada la norma, la misma da pie para que la doctrina nacional se incline por considerar como algo redundante, aunque finalmente preferible y correcto, el inciso e) del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, norma que señala que es nulo el despido que tenga por motivos el embarazo, presumiéndose que el despido tiene por motivo el embarazo si el empleador no demuestra justa causa para despedir. En efecto, el inciso d) del mismo artículo ya prevé la nulidad del despido discriminatorio. Bajo el esquema de despido discriminatorio, Balta nos enseña que conforme al primer párrafo del artículo 1º del Convenio 111 se distinguen tres elementos que integran el acto discriminatorio: el acto, un motivo o razón y un

---

<sup>9</sup> DOLORIER, Javier. Despido nulo por maternidad: La evolución de la distribución de la carga probatoria. En: Cuadernos Jurisprudenciales, junio 2001.

<sup>10</sup> TOYAMA, Jorge y CORTES, Juan Carlos. Flexibilización del Derecho Laboral y Discriminación por razón de sexo. En: Discriminación Sexual y Aplicación en la Ley, vol. II. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000. p. 184.

<sup>11</sup> ESCUDERO ALONSO, Luis José. El despido de una trabajadora que está embarazada. Comentario de Jurisprudencia Social. El autor, que es Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, comenta una sentencia del 19 julio de 2006 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En: [http://www.graduados-sociales.com/ArticulosCO/ACO212\\_2.pdf](http://www.graduados-sociales.com/ArticulosCO/ACO212_2.pdf)

resultado. Así, la doctrina recogida por Balta considera que constituye un acto discriminatorio aquel que no hubiera podido ser tomado sin la existencia de un motivo discriminatorio, esto es, que debe estar «basada» en uno de los motivos legalmente prohibidos.<sup>12</sup> Ante ello, por lo menos en la figura de la nulidad del despido «con motivo del embarazo», se ha producido una redistribución de la carga probatoria. A partir de la Ley N° 27185, la cual modifica el inciso e) artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, corresponderá a la madre trabajadora probar la «notificación documental» y al empleador demostrar que el despido de la madre trabajadora haya sido por causa justa.

Sin embargo, bajo un concepto más amplio de fuero maternal, éste podría llegar a ser independiente del despido discriminatorio. En Chile el fuero maternal es desde la concepción y hasta un año después de vencido el período post natal. Si por ignorancia del estado de embarazo se hubiere puesto término al contrato de trabajo de la mujer trabajadora, la medida quedará sin efecto, y ésta podrá volver al trabajo, presentando el certificado médico.

Quizá tal esquema de fuero maternal podría llevar a algunos a considerar que el mismo podría retraer la contratación de mujeres, representándoles lejos de un beneficio, una desventaja; pues entre un hombre y una mujer con igual costo y calificación, se preferirá al hombre. Pero apuntamos al hecho que la independencia conceptual es posible.

### **3.3. Nuevos requisitos para la cobertura de enfermedad y maternidad en el Perú**

Conforme continúen endureciéndose en nuestro país los requisitos para que la mujer gestante, y en general, el trabajador enfermo, goce de la cobertura de la seguridad social, se podrían acentuar algunos problemas de discriminación contra la mujer trabajadora. *«En ningún caso el empleador deberá estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplea»*

---

<sup>12</sup> BALTA, José. Qué es la discriminación en el empleo. En: Revista Jurídica del Perú, n° 1, año XLV. Trujillo: Normas Legales, 1995. pp. 91-95; citado por DOLORIER, Javier. *Op. cit.*

señala el Convenio N° 103 (no ratificado por el Perú) en relación a las prestaciones médicas y económicas relacionadas con la maternidad, con el fin de evitar salvaguardar la igualdad de oportunidades de las mujeres en edad de procrear.<sup>13</sup> Sin embargo, si no hay cobertura en razón de la rigidez de los requisitos legales para acceder a la protección, ¿cómo se resuelven los costos asociados a la maternidad, y qué ocurre si se complica el embarazo? En la ley vigente, en los casos de incumplimiento de los aportes, el empleador asume los costos.

Así, vemos que en el Decreto Ley N° 22482 (año 1979), el único requisito para que la mujer embarazada quedara cubierta por la seguridad social era que la asegurada tuviera por lo menos 3 aportaciones mensuales consecutivas o 4 no consecutivas dentro de los 6 meses anteriores a la fecha probable del parto. Para evitar el fraude también se requería que además hubiese estado inscrita 9 meses antes de dicha fecha, salvo caso comprobado de prematuridad (artículo 19° del Decreto Ley citado).

Pero posteriormente, se dictó la Ley N° 26790 (año 1997), que señala que la cobertura actúa sólo a favor de los asegurados que cuenten con 3 meses de aportación consecutivos o 4 no consecutivos dentro de los 6 meses calendarios anteriores al mes en que se inició la causal. Es decir, que necesariamente se debería ingresar al empleo sin estar embarazada, exactamente entre 6 y 3 meses antes. La ley también señala que se consideran períodos de aportación, aquellos que determinan la obligación de la empleadora de pagar los aportes. Si la empleadora incumple y ocurre el siniestro, se brindará la cobertura sujeto al reembolso que realizará el empleador (artículo 10° de la Ley citada). Últimamente, ha entrado en vigencia la Ley N° 28791 (diciembre 2006), la cual reforma nuevamente los requisitos de la cobertura, haciéndolos más exigentes. En la última modificación, resulta que además el empleador debe haber declarado y pagado, o contar con fraccionamiento vigente, respecto de las aportaciones de los 12 meses anteriores a los 6 meses previos al mes de inicio de la atención. El ESSALUD queda facultado a señalar períodos de espera. Y si el empleador no reúne el récord de aportes que exige la norma, se le

---

<sup>13</sup> En: 267ª. Reunión, Ginebra, noviembre de 1996. Segundo punto del Orden del Día, Propuestas para el Orden del Día de la 87ª. reunión (1999) de la Conferencia Internacional de Trabajo. En: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb268/267-gb2.htm#V>

exigirá el reembolso de las prestaciones (artículo 10º, texto según la Ley N° 28791). El reembolso lo solicitará el ESSALUD o la Empresa Prestadora de Salud (EPS) que hubiera brindado las prestaciones.

### **3.4. La posibilidad de una menor productividad**

El embarazo normalmente disminuye la productividad de la trabajadora, o por lo menos mantener la misma productividad le supone un importante esfuerzo. Aunque el embarazo afecta de diferentes maneras a las mujeres, las molestias más comunes que aquejan a algunas y que redundan en la productividad, son el insomnio, la fatiga, los mareos y el sueño (no puede contra restarse con caféina por ser prohibitivo); los calambres o edemas (que demandarían masajes o tomar reposos con las piernas en alto, algo prácticamente imposible de cumplirse en una jornada corrida de ocho horas, con lo cual, la mujer que no logra hacer una interrupción o pausa al medio día, llega a su hogar con dolencias más intensas); los antojos (que impiden conciliar el sueño o relajarse); y, dolores abdominales espasmódicos y de espalda generalizados.

El Convenio 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad, dispone la prohibición de despedir de su empleo a una mujer por su estado de embarazo. Aunque éste no ha sido ratificado por el Perú, como se indicó anteriormente, nuestra legislación interna considera nulo el despido de la mujer durante la gravidez o 90 días después.

La merma en la producción o baja productividad de la trabajadora producto del embarazo, no sería justa causa para el despido si el menor rendimiento responde al estado de gestación. Esto sería contrario a lo que sucede en aquellos casos en los cuales sí existe justa causa para el despido si el trabajador no rinde la cantidad y calidad del trabajo que de éste se espera. Como indica Javier Dolorier, si el empleador buscara demostrar el rendimiento deficiente en relación de la capacidad de la trabajadora y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares (artículo 23 inciso b) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), la trabajadora podría probar que no existe causal debido a su especial situación que puede suponer la disminución de su normal rendimiento por no hallarse en iguales condiciones.

### **3.5. Medidas para controlar los riesgos de trabajo**

Como indicamos antes, nuestra legislación prevé obligaciones en materia de seguridad y salud. Así, el empleador está obligado a identificar los riesgos, informar de los mismos, y adoptar medidas para reducir, eliminar o controlar tales riesgos. Estos están relacionados normalmente con agentes físicos, químicos, biológicos, condiciones de trabajo y procesos. Los más comunes derivan de cargar o arrastrar objetos pesados, estar sentada o de pie por largos períodos de trabajo, la exposición a enfermedades infecciosas, el acondicionamiento del lugar de trabajo, trabajos que afectan la postura, la exposición a agentes radioactivos, el contacto con fumadores, las largas horas de trabajo, el trabajo en lugares ruidosos y la exposición al estrés.

Pero de otro lado, al margen del ambiente de trabajo, el embarazo en sí, puede afectar la salud de la madre (presión alta, historia de pérdidas). En estos casos, idealmente el empleador debería ser informado de las prescripciones médicas a fin de que se puedan tomar medidas o dar facilidades a la trabajadora considerando las mismas. Asimismo, la madre puede verse en la necesidad de solicitar ciertas licencias o descansos durante la jornada, o cuando menos cumplir estrictamente su horario a fin de acudir a citas médicas o ejercicios de adiestramiento prenatal. Quizá es difícil que la mujer embarazada solicite alguna consideración especial, a menos que no tomar las medidas ponga en riesgo la vida o salud del niño, para que su situación no sea percibida como una desventaja en ningún aspecto.

## **4. PROTECCIÓN DE LA MADRE TRABAJADORA AL RETORNO AL TRABAJO. EL CUIDADO INFANTIL**

A partir del alumbramiento, la protección está orientada a la madre y en algunos casos al recién nacido, y consiste normalmente en continuar manteniendo apropiadas medidas de seguridad y salud en el trabajo considerando la etapa de lactancia; el descanso y subsidio postnatal; el reconocimiento de la hora y subsidio por lactancia; y el mantenimiento del fuero maternal o protección contra el despido con motivo de la maternidad durante tres meses siguientes al parto. Estos temas ya han sido

comentados arriba, por lo que nos limitamos a tratar dos aspectos: la lactancia y el cuidado infantil.

#### **4.1. Lactancia**

Recogiéndose la evidencia científica de que la lactancia es óptima para la salud materna e infantil al menos durante seis meses, universalmente se reconoce un tiempo para la lactancia que supuestamente está destinado a amamantar (algo difícil excepto que exista una sala cuna en el centro de trabajo o que la vivienda de la madre estuviera ubicada en un lugar muy cercano) o quizá más bien a exprimirse la leche en el centro de trabajo; beneficio que en la práctica es generalmente permutado por una reducción de la jornada diaria de trabajo.

La necesidad de intervalos para amamantar durante las jornadas de trabajo se especificó en dos descansos de media hora en el Convenio N° 3 de 1919; mientras que el Convenio N° 103 de 1952, autorizaba la interrupción del trabajo en uno o varios períodos, dejándose a criterio de los Estados ratificantes la duración que debían tener los intervalos, pero añadiendo la precisión de que las interrupciones son remuneradas y consideradas como tiempo de trabajo. La Recomendación N° 95 propuso que el derecho a intervalos para amamantar se debería extender en una hora y media.

La revisión del Convenio N° 103 por el Convenio N° 183 no especificó la duración que deben tener los intervalos, pero empezó a reconocer que alternativamente cabe acortar la jornada diaria de trabajo de las mujeres para la lactancia del hijo, dejando también constancia que las interrupciones o reducción diaria del tiempo de trabajo deben computarse como remuneradas y como tiempo de trabajo.

En el sector público, el Decreto Supremo N° 009-2006-MIMDES<sup>14</sup> obliga a disponer de un ambiente especialmente acondicionado para que las mujeres

---

<sup>14</sup> Norma publicada el 23 de agosto de 2006. Cuenta, además, con el Anexo 1, publicado el 25 de agosto de 2006 que establece las características mínimas que debe contener un lactario para las madres trabajadoras

extraigan la leche materna y puedan conservar la misma, en los centros de trabajo donde laboren 20 o más mujeres en edad fértil.

#### 4.2. El cuidado infantil

En los países en vías de desarrollo las mujeres pueden, incluso si participan en el mercado laboral, dedicar 30 o más horas semanales a las tareas domésticas y al cuidado de niños, enfermos y ancianos, frente a las 4 horas que invierten los hombres. En los países desarrollados la disparidad, siendo menos acentuada, sigue siendo muy importante. Las funciones principales incluyen la de proporcionar vivienda (comprar, alquilar, mantener, reparar), proporcionar alimentación (planificar la comida, comprar víveres, prepararla, servirla, lavar servicios), proporcionar vestido (comprar ropa, lavarla, plancharla, repararla) y proporcionar cuidado (niños, enfermos, ancianos). A ello se añade las tareas auxiliares (transporte, impuestos, control de finanzas). La responsabilidad y el cuidado de los niños dependientes, abarcan varios años debido a que se considera, por un estereotipo cultural, responsabilidad principalmente de la mujer. Así, es al momento de retornar a laborar luego del alumbramiento, que se hace más difícil conciliar las responsabilidades familiares y laborales. Como anota Luis Vinatea, es con miras a la atención de los hijos en edades tempranas que se produce el mayor número de deserciones laborales de las mujeres, y no hay una normativa que atienda dicho factor tan relevante para la continuidad laboral de las mismas.<sup>15</sup>

En nuestro país, las madres trabajadoras de las clases medias o altas que no desean interrumpir su actividad laboral pueden equilibrar sus responsabilidades laborales y el cuidado de sus niños, recurriendo a servicios de guardería, de estimulación e incluso educativos para temprana edad, así como al apoyo de trabajadoras del hogar (lamentablemente con graves estadísticas de trato injusto y contratación de niñas y migrantes). Es así como la escasez de guarderías gratuitas, de programas oficiales educativos antes de los tres años, y de otros mecanismos de asistencia al cuidado infantil, viene a impactar desigualmente en las madres

---

<sup>15</sup> VINATEA, Luis, Discriminación laboral por razón de sexo en el Perú. En Discriminación Sexual y Aplicación en la Ley, vol. II. Defensoría del Pueblo: Lima, 2000. p.340

trabajadoras según su estrato social, siendo las más vulnerables las obreras, destajeras, empleadas del hogar y trabajadoras autónomas de poca educación.

La intervención del Estado se justifica no sólo en virtud del principio de igualdad de oportunidades (en los hechos, el cuidado infantil es un problema de mujeres, especialmente de los sectores de bajos recursos), sino en nombre de la vida y la seguridad de nuestra niñez. Las páginas policiales de los diarios registran con insuficiente protagonismo cómo nuestros niños en situación de pobreza, mueren en sus hogares por falta de seguridad y cómo son víctimas de situaciones de violencia, muchas veces justamente cuando la madre sale a trabajar. Este drama como tantos otros, aqueja principalmente a familias de origen migrante, andino y selvático.

En el Perú se creó el Programa Nacional Wawa Wasi (PNWW) en 1993<sup>16</sup> financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).<sup>17</sup> Su objetivo es brindar atención integral a la infancia temprana, lo que permite responder a la necesidad de cuidado diurno para niñas y niños menores de 4 años, particularmente para aquellos en condición de riesgo y pobreza o pobreza extrema. En la actualidad a través de aproximadamente 5,000 Wawa Wasis (Supervisados por 33 sedes descentralizadas), el programa atiende a cerca de 50,000 niños a nivel nacional (3,000 de ellos en zonas rurales) que reciben atención alimentaria, promoción

---

<sup>16</sup> «El Programa se inicia en 1993, con un modelo de atención integral al menor de tres años denominado «Hogares Educativos Comunitarios», a cargo del Ministerio de Educación, con el aporte financiero de UNICEF, estos hogares surgen en el marco de la Convención de los Derechos del Niño y el Plan Nacional de Acción por la Infancia. En 1994, considerando la experiencia como exitosa, se inicia el proyecto «Sistema de Casas de Niños Wawa Wasi» con fondos de la Cooperación Técnica no reembolsable del BID, complementado con aportes de la Comunidad de la Unión Europea, de UNICEF y del Programa Mundial de Alimentos PMA. En octubre de 1996 se creó el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH) con la finalidad de promover el desarrollo de la mujer y la familia, bajo el principio de igualdad de oportunidades, promoviendo actividades que favorezcan el desarrollo humano, atendiendo de manera prioritaria a los menores en riesgo. La creación de este nuevo marco institucional originó la transferencia de las funciones de promoción y apoyo de los Hogares de Cuidado Comunitario Wawa Wasi, del Ministerio de Educación al PROMUDEH. Posteriormente, el 2 de diciembre de 1997, se crea el Programa de Atención al menor de tres años denominado Wawa Wasi. El 11 de julio de 2002, la Ley Orgánica 27779 del Poder Ejecutivo, sustituyó al PROMUDEH por el MIMDES - Ministerio de la Mujer y del Desarrollo Social.» En: <http://www.mimdes.gob.pe>

<sup>17</sup> Entre enero de 1999 y enero del 2005, el Programa Nacional Wawa Wasi contó con el financiamiento y supervisión técnica del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), desde febrero del 2005, el Estado Peruano ha asumido íntegramente el financiamiento.

nutricional, aprendizaje infantil temprano, y salud infantil preventivo-promocional.<sup>18</sup>

Los Wawa Wasi son de tres tipos:

- Familiar:

Instalado en la mejor pieza de la casa de una madre de la comunidad, atendiendo de 6 a 8 (máximo) niñas y niños.

- Comunal:

Instalado en un local cedido por la comunidad o construido por el PNWW para uso exclusivo, atendiendo por lo menos a 16 niñas y niños. De la comunidad organizada surgen dos elementos básicos del programa: la Madre Cuidadora y el Comité de Gestión. La Madre Cuidadora es una voluntaria -que después de una evaluación médica y psicológica- es capacitada y constantemente supervisada por el PNWW para ejecutar las estrategias de salud, alimentación y educación de las niñas y niños. El Comité de Gestión está formado por cinco miembros -pertenecientes a alguna Organización Social de Base- quienes son elegidos en asamblea comunal para administrar los recursos del PNWW en su comunidad.

- Institucional:

Gestión compartida por el PNWW y la institución interesada, quien recibe y aplica los lineamientos, metodologías y asistencia técnica, asumiendo los costos operativos. Acoge los lineamientos del PNWW, en beneficio de los hijos de sus trabajadores o vecinos de la comunidad. El WWI, ofrece un ambiente adecuado y con experiencias de aprendizaje a través de actividades cotidianas como las que realiza el niño en su hogar: juegos, momentos de aprendizaje, sueño, descanso, alimentación e higiene. La nueva estrategia del PNWW ha tenido acogida, existiendo Convenios con empresas, municipalidades y otras instituciones.

Cabe señalar que por Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES<sup>19</sup>, se ha dispuesto la implementación de cunas o Wawa Wasi Institucional en entidades de la administración pública en cuyas sedes laboren o presten servicios más de 50

---

<sup>18</sup> Información disponible en Internet en el siguiente enlace: <http://www.mimdes.gob.pe>

<sup>19</sup> Publicada el 8 de marzo de 2007.

mujeres en edad fértil y/o trabajadores requieran del servicio de cuidado diurno para sus hijos en número no menor de 16 niñas y niños.

A continuación se señalan los que figuran en la página web del MIMDES:

**CONVENIOS PARA LA INSTALACIÓN DE WAWA WASIS  
INSTITUCIONALES<sup>20</sup>**

Nº	INSTITUCIÓN	FECHA DE FIRMA DEL CONVENIO	NÚMERO DE NIÑOS BENEFICIARIOS
1	Municipalidad Distrital de Cayalti	01-Feb-2006	32
2	Empresa CAMPOSOL	19-Ene-2006	96
3	Municipalidad de San Sebastian	17-Nov-2005	32
4	Municipalidad de Huancarama	17-Nov-2005	32
5	Instituto Edutek	17-Nov-2005	8
6	Municipalidad de Ventanilla	23-Sep-2005	24
7	Municipalidad de Túcume	21-Sep-2005	16
8	ONG GRUPO VIDA	31-Ago-2005	24
9	Municipalidad de San Andrés de Tupicocha	10-Ago-2005	16
10	Municipalidad de Pacobamba	08-Ago-2005	64
11	Municipalidad de Merced-Huancavelica	16-Jul-2005	32
12	Municipalidad Distrital de Pacucha	15-Jul-2005	16
13	Beneficencia de Chiclayo	23-Jun-2005	16
14	Municipalidad de Sama las Yaras	27-Abr-2005	16
15	Municipalidad de Lahuaytambo	25-Abr-2005	16
16	Municipalidad de Surco (Huarochiri)	20-Abr-2005	16
17	Asociación de Apoyo Integral OASIS	07-Mar-2005	32
18	Empresa Kimberly Clark	14-Feb-2005	64
19	Ministerio de Relaciones Exteriores	24-Ene-2005	32
20	Municipalidad Distrital de Langa	03-Ene-2005	16
21	Municipalidad Distrital de Antioquía	03-Ene-2005	16
22	Asociación Santísima Virgen de Fátima	18-Oct-2004	64
23	Municipalidad de Lince	15-Oct-2004	32

<sup>20</sup> Cuadro de la página web del Ministerio de la Mujer: <http://www.mimdes.gob.pe>

24	Asociación Rinconcito Santa Rosa	01-Oct-2004	16
25	CEIP Ana Magdalena Bach	01-Oct-2004	8
26	Municipalidad Distrital de Puerto Eten	01-Oct-2004	16
27	Municipalidad Distrital de Calana	01-Oct-2004	16
28	Municipalidad Distrital de San Damián Provincia de Huarochiri	16-Jul-2004	32
29	Sindicato de Trabajadores Autónomos de Golosinas de Lima Metropolitana SUTRAGOLIM	16-Jul-2004	24
30	Municipalidad Distrital de Palca	01-Jul-2004	45
31	CLAS Pedro Liendo Portales de Jesús María	10-Jun-2004	10
32	Municipalidad Distrital de Tumán	26-May-2004	24

### CONVENIOS MARCO PARA INSTALAR WAWA WASIS EN LAS UNIDADES SECTORIALES DE LAS INSTITUCIONES

Nº	INSTITUCIÓN	FECHA DE FIRMA DEL CONVENIO
1	Empresa de Seguridad FORZA	24-Nov-2005
2	Policía Nacional del Perú	14-Jun-2005
3	Policía Nacional del Perú	14-Jun-2005
4	Instituto Nacional Penitenciario -INPE	2004

En el caso de algunos Programas de Wawa Wasi, la situación resulta en ocasiones dramática ya que muchas de las personas a cargo de los niños son madres de familia poco instruidas y con poca información sobre el desarrollo del niño en edad temprana. Asimismo existe una escasez de recursos, de materiales didácticos y juguetes que sirvan de estímulo a los niños. A pesar de estas limitaciones a nivel educativo, constituyen el único programa social del Estado que brinda atención integral a la infancia temprana, y sobre todo cumplen otras finalidades de primera necesidad como la nutricional (la desnutrición en el Perú es crónica) y de salud.

Por lo demás, combina la acción del Estado con las acciones de la comunidad organizada, lo cual lo destaca como un modelo logrado que viene siendo motivo de orgullo del MIMDES. Algunas iniciativas de Organizaciones No Gubernamentales han buscado justamente actuar fortaleciendo los Wawa Wasis.

Sólo parecen haber las siguientes alternativas para el cuidado infantil: (a) Un modelo de seguridad social donde de la misma manera en que sin distinción de si el trabajador es hombre o mujer se aporta un porcentaje para cubrir el servicio (modelo mexicano); (b) Un modelo restringido y con el riesgo acarrear secuelas negativas sobre la contratación de mujeres, donde las empresas que ocupan la mano de obra femenina deben brindar algún servicio (tal y como ocurría antiguamente con las salas cunas en nuestro país, y como acontece actualmente en países como Chile, Argentina, Venezuela y otros); (c) Una variante del modelo anterior es legislar la implementación de la atención del cuidado infantil también si hay varones que como padres requieren el servicio, lo cual consideramos un acierto pues promueve la participación del varón en las responsabilidades familiares, variante que de alguna forma recoge el Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES antes citado; (d) en el cual es la comunidad organizada la que debe ocuparse de este tema; y (e) Un modelo según el cual es el Estado a través de los impuestos generales quien debe proveer de un servicio público de atención al cuidado infantil.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los principios constitucionales de dignidad e igualdad son subyacentes al principio de protección especial a la madre trabajadora. El sujeto protegido «mujer trabajadora» no se identifica absolutamente con el de «mujer gestante» o «madre lactante» con un límite cronológico puntual posterior al parto. Sólo durante cierto plazo la ley garantiza especialmente el derecho a la conservación del empleo, pero el fuero maternal, es una parte del conjunto mínimo de derechos que configuran la especial protección. Justo al retornar al trabajo luego del alumbramiento, es que resulta más crítico para las madres trabajadoras conciliar el trabajo con las responsabilidades familiares. El derecho, a partir de la constatación de este hecho, puede actuar en consecuencia. Como indica Luis Vinatea, el artículo 23 de la

Constitución sustenta la implementación de medidas de acción positiva, destinadas a revertir los efectos de la maternidad en la continuidad laboral.<sup>21</sup>

No se puede ignorar que toda medida de protección de la maternidad debe balancear la protección que se propone alcanzar con los posibles efectos laborales de la medida, de modo que se deben plantear mecanismos que no incrementen los costos de contratar mujeres en edad fértil ni madres trabajadoras (principio de proporcionalidad). Por lo tanto, no parecería conveniente vincular el costo de las salas cunas u otros mecanismos de apoyo al cuidado infantil directamente con las empresas donde laboran las mujeres o madres trabajadoras, aunque no debe descartarse completamente de ser necesario. En la administración pública se ha normado esta vinculación mediante el Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES, pero en forma atenuada, pues si existen trabajadores que requieren el servicio también se debe implementar la sala cuna o Wawa Wasi Institucional. En el sector privado, se podría legislar el acogimiento voluntario a la misma norma. El Perú tiene un modelo propio llamado Programa Nacional Wawa Wasi que combina la atención social del Estado con la de la comunidad o sociedad civil. Todas las entidades públicas que por naturaleza deben involucrarse (Municipios, Ministerios de Salud, Trabajo, MIMDES, Educación) así como las entidades privadas (ONGs, gremios patronales, sindicatos), pueden articularse consolidando eficientes cadenas de fortalecimiento de dicho programa. Varios principios justifican la intervención del Estado en el cuidado infantil, y entre ellos, creemos también el principio de especial protección a la madre trabajadora.

---

<sup>21</sup> VINATEA, Luis. Op.cit. p. 341.

# El trabajador autónomo

## (De la dependencia jurídica a la dependencia económica)

*Elmer Arce Ortiz*

Profesor de derecho laboral  
en la Pontificia Universidad Católica del Perú

### **1. EL OBJETO TRADICIONAL DEL DERECHO LABORAL: EL TRABAJO DEPENDIENTE Y POR CUENTA AJENA**

Según se ha dicho, la función histórica del derecho del trabajo ha sido la de superar el conflicto de intereses existente entre trabajadores y empresarios dentro de la empresa. Como es lógico, esta función histórica sólo se entiende necesaria cuando el trabajador pone a disposición del empresario su actividad de modo permanente y continuado, ya que cuando el trabajador vende a otro (cliente) un resultado o un bien concreto, por lo demás, fruto de su trabajo, los puntos de conflicto de intereses disminuyen ostensiblemente. Obsérvese, mientras en el primer caso pueden surgir conflictos personales de todo tipo (problemas en la contratación, durante la ejecución y la extinción del contrato, accidentes y riesgos a la salud, límites al poder de dirección empresarial, límite a la jornada, etc.) además de conflictos económicos (protección y garantía de la remuneración), en el segundo caso surgen sólo conflictos económicos (básicamente, determinación del precio del bien a vender).

Ejemplos paradigmáticos de lo que se dice son los siguientes. En el primer caso, es obligada la referencia a un obrero quien somete su actividad al poder de dirección de otro (empresario). La actividad al ser permanente crea múltiples conflictos personales y económicos que han de ser superados por el Derecho del Trabajo (vg., determinación de la prestación, límites al *ius variandi*, derecho al

descanso, representación colectiva, pago de la remuneración, etc.). En el segundo caso, tendríamos a un campesino que siembra y cosecha durante todos los días del año, para luego vender sus productos a un tercero que no conoce, llamado cliente. Aquí, obviamente, no hay puesta a disposición de una actividad permanente al cliente, sino de la venta de un producto final de su trabajo. El conflicto de intereses puede ser pecuniario, pero nunca podrá extenderse a reivindicaciones de tipo personal. Es por eso, que estos conflictos económicos están regulados por leyes civiles o mercantiles.

Ahora bien, estos ejemplos extremos sólo nos sirven para graficar una idea: que el fin del derecho del trabajo se relaciona con los conflictos de intereses nacidos en el marco de una cesión de actividad por parte del trabajador de modo permanente. Sólo en este ámbito puede cumplir su funcionalidad histórica.

Sin embargo, también se ha dicho que junto a esta función histórica del derecho del trabajo (superación del conflicto dentro de la empresa), éste tiene una función de contenido político. La inclusión social que apunta a dotar a todos de mecanismos socioeconómicos eficientes para el libre desarrollo personal dentro de la sociedad. El Derecho del Trabajo busca también dotar de instrumentos adecuados a todos los trabajadores para alcanzar la ansiada igualdad sustancial o igualdad de oportunidades (objetivo primordial de todo estado social de derecho, cuyas bases se asientan en el artículo 44 Constitución). Ello, no sólo implica acceso a recursos económicos suficientes para el trabajador, sino también, y sobre todo, alcanzar un status pleno de ciudadano (derechos de información, derechos de participación política dentro y fuera de la empresa, protecciones sociales, etc.). De esta forma, el derecho laboral tiene un importante rol social en nuestro estado de derecho a efectos de construir la figura del nuevo hombre: trabajador y ciudadano.

Así, el obrero de nuestro ejemplo anterior accederá al programa de inclusión social del Derecho del Trabajo, pero, sin embargo, nuestro campesino se quedará fuera. Y esto es lógico, en la medida que el Derecho del Trabajo atiende a una relación conflictiva de mayor entidad y de desarrollo plural. No obstante, lo que no es lógico es que se abandone a su suerte al campesino. El objetivo de inclusión social cuenta para todos los peruanos, porque es un fin del derecho social y no sólo

del derecho del trabajo: En esta línea de pensamiento, me parece que el objetivo de igualdad sustancial o de oportunidades debe penetrar también en el derecho civil y mercantil. Las cláusulas abusivas o los desequilibrios de poder contractual cuando perjudiquen al campesino del ejemplo o al contratante débil, deben ser aspectos a tomar en cuenta por el Código Civil o el Código de Comercio.

En fin, no es este el momento para reflexionar acerca de la actuación del derecho social en el derecho privado, sino que pasamos a ocuparnos de un tema más limitado: ¿hasta qué punto el ámbito de operatividad del derecho del trabajo le permite solucionar todos los conflictos sociales surgidos entre prestadores de servicios y empresarios?. En otras palabras, fuera de las fronteras del derecho laboral, ¿los trabajadores autónomos no tienen intereses que entren en conflicto con intereses empresariales?

### **1.1. Los elementos esenciales del contrato de trabajo**

La protección que brinda el Derecho del Trabajo va a operar en el marco del contrato de trabajo. Según nuestro artículo 4 LPCL, «en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado». De este modo, el trabajador comprometerá sus servicios personales de manera voluntaria y dentro del ámbito de dirección de un empresario, a cambio de una remuneración.

Con estas pautas, analicemos cada uno de los requisitos que integran el concepto de la relación jurídico laboral amparada por la LPCL.

#### **1.1.1. Prestación personal de servicios**

El servicio prestado en el marco de un contrato de trabajo debe ser brindado por una persona física. Ello debe leerse en el sentido de que la labor debe ser desempeñada de modo personal y directo por el trabajador, es decir, debe ser éste quien preste el servicio sin intermediarios.

Se entienden excluidos por este requisito, aquellas personas que no comprometen sus servicios. Esto es, aquellos que comprometen resultados por ejemplo a través de un contrato de obra de naturaleza civil.

### 1.1.2. Prestación voluntaria

Los servicios prestados por el trabajador son ofrecidos al empresario en libertad plena. No cabe coaccionar a un trabajador a ofrecer sus servicios, a riesgo de que el contrato celebrado en estas circunstancias se convierta en nulo de pleno derecho. Como todo trabajador, tendrá derecho de decidir si trabaja o no, con quién trabaja y en qué actividad lo hace<sup>1</sup>.

### 1.1.3. Dentro del ámbito de organización de un empresario

El trabajador ha de prestar el servicio a otro, a un empresario, y es éste último el que debe asumir el riesgo de la actividad empresarial. El éxito o fracaso económico de la empresa, no enerva al empresario de sus obligaciones laborales. Así, cumplida la prestación del trabajador, el salario se encuentra garantizado, sea cual fuere el resultado de la actividad dirigida por el empresario<sup>2</sup>. Además, el trabajador ha de estar sometido al poder de dirección del empresario, lo que quiere decir que éste organizará y fiscalizará la prestación del primero e incluso podrá sancionarlo cuando detecte un incumplimiento de sus disposiciones. Hay que tener en cuenta que la dependencia relevante para el derecho laboral es la jurídica (poder organizar, fiscalizar y sancionar), mas no la dependencia técnica o de recursos económicos. De este modo, el empresario ejerce su poder directivo cuando programa las fechas y horarios en que se cumplirá la labor, el lugar de ejecución del servicio, dispone las funciones concretas a realizar por el trabajador, supervisa el cumplimiento de sus órdenes, impone una suspensión o despide a un trabajador, etc., muy al margen de la autonomía técnica o de acción, con que cuenta el trabajador en el desarrollo de

---

<sup>1</sup> Sobre la nota de libertad que impregna el contrato de trabajo, ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1995. pp. 38 y 39.

<sup>2</sup> Para Sala Franco el salario sería «una compensación económica garantizada», que no queda afectada por el riesgo de la actividad empresarial. SALA FRANCO, Tomás y otros. *Derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 203.

sus labores, o muy al margen de que el trabajador necesite económicamente trabajar o no.

En consecuencia, quedan excluidas las prestaciones de servicios que se realizan en forma independiente o autónoma. Por ejemplo, mediante el contrato de locación de servicios, un transportista con su vehículo propio puede ayudar a distribuir sus mercancías a distintas empresas.

#### 1.1.4. A cambio de una remuneración

La actividad laboral, además de otros fines espirituales y culturales que también puede revestir, debe perseguir claramente un fin económico o productivo<sup>3</sup>. Desde el momento que se emprende la labor, el trabajador deja de realizar su servicio desde una lógica lúdica, recreativa o de mero ocio, y lo hace con el fin de obtener una ventaja patrimonial. El pago en dinero o en especie que el empresario le hace, se lo hace en retribución a su prestación de servicios. Por ello, una persona no encaja dentro del ámbito de aplicación de la LPCL, si el servicio tiene sólo fines no productivos (benéficos, por ejemplo) o si el empresario sólo compensa ciertos gastos (como ocurre por ejemplo, en la entrega de vestimenta apropiada para el cumplimiento de la labor, pago de movilidad y en general todo monto que no constituya beneficio ni ventaja patrimonial para el trabajador).

## 1.2. Los autónomos y su exclusión del ámbito de protección del derecho laboral

Por contraste al tipo legal del contrato de trabajo, que hace girar su protección alrededor del elemento subordinación o dependencia, en la otra orilla del río están los trabajadores autónomos. A estos últimos, precisamente, se les aplica la normativa civil o mercantil, en cuanto se presume que hay un equilibrio material o económico entre los contratantes. Sin embargo, no sólo eso, la normativa civil o mercantil regula sólo aspectos referidos al nacimiento del contrato (sobretudo, en cuanto a la

---

<sup>3</sup> NEVES MUJICA, Javier, Introducción al derecho laboral, Lima, PUCP, 2003. pp. 18- 20.

determinación del precio y del bien) y a las responsabilidades por eventuales incumplimientos de las partes, sin reparar en otros intereses que pueda tener quien presta una labor<sup>4</sup>.

En consecuencia, si un trabajador está dentro del ámbito de protección del Derecho Laboral su status jurídico estará garantizado por una legislación que parte de presuponer el desequilibrio de poder de las partes y que busca superar todos los conflictos sociales que nazcan; mientras, si un trabajador es autónomo se regirá por una normativa común que ni asume el mencionado desequilibrio ni detecta los conflictos sociales existentes.

Ahora bien, el marco regulador del derecho civil puede ser funcional para regular ciertas categorías de trabajadores autónomos, no obstante el error está en creer que el concepto de trabajador autónomo es un concepto unitario. Por el contrario, dado que existen muchas personas que cumplen labores productivas, esto es con el fin de obtener una utilidad económica, fuera del ámbito organizativo y de dirección de un empresario, debemos concluir de entrada que el concepto de «autónomo» emana de un dato negativo. Repárese, serán autónomos todas aquellas personas que trabajan sin estar sometidas a poder de dirección alguno.

Desde este punto de partida, será trabajador autónomo el hijo que trabaja en el negocio de su padre (exclusión prevista en la segunda disposición transitoria y final de la LPCL), la esposa que trabaja en el negocio de su esposo (segunda disposición transitoria y final de la LPCL), el pintor de óleo que pinta un cuadro para ofrecerlo al público una vez terminado, el campesino que cosecha sus productos agrícolas y los lleva él mismo al mercado para venderlos, el técnico en computación que es llamado semanalmente por una empresa usuaria para que realice el mantenimiento permanente a sus computadoras, el dueño de una pequeño taller automotriz que realiza las mismas labores que sus trabajadores, el abogado de un estudio o el médico que atiende a sus pacientes en su consultorio, el campesino que se compromete con un gran supermercado a proveerle cada 15 días un lote de 1000

---

<sup>4</sup> GARCIA MURCIA, Joaquín. La problemática laboral del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente. En: REDT, número 126, abril-junio 2005, p. 24.

manzanas de una determinada calidad, el taxista con su propio auto, el ambulante, el limpia carros, etc.

Todos estos ejemplos están al margen de la protección del Derecho del Trabajo y, por desgracia, gozan de un marco regulador unitario basado en principios civiles o mercantiles. Digo «por desgracia», porque el legislador ha sido insensible a las diferencias. Obsérvese, puede que normas relativas a la determinación del precio y del bien importan al pintor que, mediante un contrato de compraventa, vende su cuadro a un eventual cliente en un mercado. O, puede que estas normas civiles o mercantiles sirvan a un pintor que se obliga frente a un cliente a entregarle un cuadro en el plazo de tres meses, con sus propios materiales y realizado en su propio estudio. Sin embargo, lejos de la regulación de relaciones jurídicas esporádicas, estas normas no sirven para abordar conflictos sociales que emergen en relaciones jurídicas permanentes o continuadas<sup>5</sup>. Los conflictos que se manifiestan en estas últimas, configuran trabajadores autónomos más cercanos a la realidad que regula el Derecho Laboral que a la realidad que regula el derecho común.

Vamos a poner un ejemplo para graficar lo que se ha dicho. Tomemos el caso del técnico en computación que es llamado semanalmente por una empresa usuaria para que realice el mantenimiento permanente a sus computadoras. Para ello, el técnico en computación se acercará todos los lunes, miércoles y viernes al centro de trabajo de la mencionada empresa. No quedan dudas que este técnico en computación será un trabajador autónomo, por cuanto él mismo organiza su prestación y dispone de material de trabajo propio, sin embargo, la relación permanente que mantiene con la empresa cliente hace que afloren otros intereses distintos a los que regulan las normas civiles o mercantiles (determinación del precio y bien). Por ejemplo, si sufre un accidente mediante una descarga eléctrica por incumplimientos legales de seguridad imputables a la empresa usuaria, es lógico que esta última deba asumir la responsabilidad social correspondiente como si se tratara de un trabajador más. Otro ejemplo. Si el mantenimiento de computadoras es la actividad profesional principal de este técnico y, además, depende

---

<sup>5</sup> CRUZ VILLALON, Jesús, Propuestas para la regulación del trabajo autónomo. En Documentación Laboral, revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo y trabajo autónomo, número 73, 2005. volumen I, p. 35.

económicamente casi de modo exclusivo de la empresa usuaria a la que acude tres veces a la semana, ¿no sería lógico pensar que este trabajador autónomo necesita de mecanismos rápidos y eficaces para reclamar el pago de sus servicios?. Esta dependencia económica al empresario/cliente, ¿no lo coloca en una relación similar a la de cualquier trabajador subordinado?

En fin, lo que debe quedar claro es que la regulación del derecho civil o mercantil no cuenta con los elementos adecuados para actuar en la solución de conflictos existentes al interior de las distintas categorías de trabajadores autónomos. Como ya se puso de manifiesto, uno de esos ejemplos es precisamente el caso de alguien que realiza un servicio personal, que constituye su medio económico de subsistencia y que se extiende continuamente en el tiempo.

Por último, a pesar de las diferencias notables que existen entre los trabajadores autónomos, no se puede olvidar que todos los trabajadores autónomos al depender económicamente de sus labores revisten cierta debilidad en el panorama social. Es por eso, que habrá de involucrarlos por fuerza en el programa de inclusión social de nuestro estado social de derecho. Al igual que los trabajadores dependientes tienen derecho a gozar de una igualdad de oportunidades en todo sentido, los trabajadores autónomos también tienen ese derecho.

## **2. LA IMPORTANCIA CRECIENTE DE LOS AUTÓNOMOS EN EL MERCADO DE TRABAJO PERUANO**

No vamos a negar que esta opción del ordenamiento, que deja a la legislación civil o mercantil la regulación del trabajo autónomo como un todo, tuvo su sentido quizá en un tiempo bastante remoto. A lo mejor, hace unas décadas atrás los principales trabajadores autónomos fueron los profesionales liberales (abogados, médicos, dentistas, etc.). Los pocos abogados o médicos que instalaban sus oficinas o consultorios atendían a sus clientes de modo autónomo. Muchos de ellos, incluso, no dependían económicamente del ejercicio de la profesión porque tenían otros ingresos.

El problema es que hoy en día las profesiones liberarles se han «proletarizado»<sup>6</sup>, generando un fenómeno inverso al anterior. Los actuales profesionales liberales dependen económicamente de sus labores. Tanto es así que no son pocos los abogados que trabajan de manera dependiente o los que trabajan desde sus estudios casi exclusivamente para una empresa.

Pero el ensanchamiento de la población de trabajadores autónomos en el Perú no se puede explicar sólo desde este ejemplo. Según estadísticas de OIT el 35,6% de la población económicamente activa (PEA) son trabajadores independientes<sup>7</sup>. Es decir, uno de cada tres personas que trabajan en el Perú lo hacen en situación de autonomía. No obstante, el problema de este dato es que no se categoriza a los trabajadores autónomos y nuevamente se les encierra en una misma bolsa.

A pesar de este límite de información, creo que las explicaciones a este fenómeno han de encontrarse fundamentalmente en dos causas.

La primera, por la aplicación de medidas de externalización o de descentralización productiva en las empresas peruanas. Las nuevas tecnologías y la revolución comunicativa, como ya se dijo, han acelerado el proceso de desmembración de las grandes empresas<sup>8</sup>. Y no sólo se han formado pequeñas empresas, sino que en muchos casos se ha subcontratado a personas físicas independientes para que cumplan ciertas labores. El motivo más importante que se esconde tras estas decisiones es el ahorro en el gasto. Por ejemplo, a una gran empresa le será más rentable económicamente hablando contratar por medio de una consultoría a un contador público, que atiende las consultas desde su oficina,

---

<sup>6</sup> El profesor Cruz Villalón ha dado cuenta de este fenómeno. Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, Jesús. El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado. En: AAVV (dirigidos por Jesús Cruz). Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Madrid: Tecnos, 1999. p. 185.

<sup>7</sup> Vid., Organización Internacional del Trabajo. Panorama Laboral 2006, Lima, OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2006, cuadro 6-A (para Perú en el año 2005).

<sup>8</sup> Similar apreciación se tiene en otras partes del mundo. Recientemente, comentando la realidad española, el profesor Juan GORELLI ha señalado que «la utilización del trabajo autónomo es una realidad que ha sido resaltada por la doctrina laboral, siendo considerada como una de las consecuencias propias de la descentralización productiva». GORELLI HERNANDEZ, Juan. La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva. Madrid: Grupo Difusión, 2007. p. 100.

que por medio de un contrato de trabajo. Si lo contrata como un trabajador dependiente tendrá que asumir los costos de su formación y el pago de sus beneficios sociales, en cambio, si lo contrata como un trabajador autónomo no tendrá estas cargas sociales.

Pero, al lado de esta desmembración empresarial ha corrido en paralelo un proceso de proliferación del trabajo artesanal para medianos o grandes supermercados. Personas físicas elaboran determinados productos y luego los colocan en estas grandes superficies. No es ningún secreto que prestigiosas empresas de muebles y enseres del hogar subcontratan a personas del Parque Industrial de Villa el Salvador para que les confeccionen muebles a pedido. Incluso, en muchos casos, las grandes empresas les prohíben que reproduzcan los mismos modelos para otros clientes. Como puede deducirse, esta relación entre empresas de distribución y talleres artesanales ha de suponer un repunte del número de trabajadores autónomos.

La segunda, y creo que es la que mejor explica la situación peruana, es la que tiene que ver con la necesidad de buena parte de la población de «inventar un trabajo para sobrevivir». La economía peruana al estar posicionada en la periferia del capitalismo contemporáneo, no tiene ni logra captar suficiente capital como para crear muchos puestos de alta productividad y alta inversión por trabajador. Este ejército permanente de trabajadores excedentes se ve obligado a buscar su propio trabajo<sup>9</sup>. Ejemplo de lo que se dice son los taxistas, los ambulantes, los limpia carros, cargadores de equipajes de turistas en lugares como Cuzco, carretilleros de mercados, lustrabotas, etc.

Sin duda, esta segunda causa rompe con el esquema de trabajador autónomo que ofrece sus servicios a otro de modo continuado o permanente, pues en este tipo de trabajo autónomo se ofrecen servicios para un público indeterminado. Si se mira bien, no hay duda de que se trata de una persona que presta sus servicios de modo personal y directo y de cuyas utilidades depende económicamente su

---

<sup>9</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. Informalidad, derecho y derecho social. En: AA.VV. Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Compendio de ponencias del primer congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 71.

subsistencia, pero también hay que notar que su prestación no satisface a un solo cliente, sino a todo un amplio mercado. Esta distinción será clave de cara a plantear regulaciones diversas para los trabajadores autónomos o independientes.

### 3. AUTÓNOMOS E INFORMALIDAD

Es muy común que en trabajos de investigación y estadísticas se incluya dentro de los números de la informalidad al trabajo autónomo o independiente. Esta conclusión, que en parte puede ser cierta tampoco puede admitirse sin matiz alguno. Me explico, es cierto que los taxistas, los ambulantes, los limpia carro, etc., no van a tener un contrato con cada cliente esporádico y menos aún van a reportar sus ingresos a la administración tributaria para efectos del pago de impuestos, por lo que en su mayoría encajarán dentro del concepto de trabajadores autónomos informales, sin embargo, no se puede negar que otros trabajadores autónomos sí podrán actuar dentro del marco de la formalidad.

Por ejemplo, regresando al caso del técnico en computación que trabaja todos los lunes en el mantenimiento de las computadoras de la empresa usuaria del servicio, puede ocurrir que tiene firmado un contrato de locación de servicios y emite recibos por honorarios para el pago de impuestos. O, piénsese, por ejemplo en un abogado que desde su oficina se ocupa de las cobranzas coactivas de un banco que tiene un contrato de obra o de locación de servicios y paga sus impuestos.

De este modo, no se puede simplificar el análisis y reconocer en todos los trabajadores autónomos a actuales o futuros informales. El concepto de informalidad puede coincidir en algunos casos con el de los trabajadores autónomos, pero es un concepto distinto<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Hecha esta aclaración, lo que sí hay que resaltar es que el número de trabajadores independientes o autónomos informales es muy superior al de los trabajadores independientes formales. Según cifras recientes de la Organización Internacional del Trabajo, los trabajadores independientes informales llegan a constituir el 32,5% de la PEA, mientras sólo el 3,1% de la PEA son trabajadores independientes formales. Es decir, salvo un grupo muy pequeño de trabajadores por cuenta propia, que deben coincidir en su mayoría con profesionales liberales (abogados o médicos), la gran mayoría de trabajadores independientes trabajan en el marco de la informalidad. Sobre el particular, Vid., Organización Internacional del Trabajo, Panorama Laboral 2006, Lima, OIT/ Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2006, cuadro 6-A (para Perú en el año 2005).

De otra parte, también se debe distinguir a los trabajadores autónomos de los «falsos autónomos». Muchas veces, los trabajadores dependientes son contratados fraudulentamente cuando en realidad debieron suscribir un contrato de trabajo. Resulta muy significativo que muchos estudios de abogados limeños contraten a sus abogados mediante contratos de locación de servicios. Más todavía, cuando éstos trabajan en las oficinas del estudio, cumplen un horario, reciben órdenes del estudio, es el estudio quien dispone los casos y las consultas que analizarán cada abogado, etc. Me parece que aquí estaríamos frente a otro tipo de informalidad, en la medida que la formalidad (contrato de locación de servicios) es sólo aparente<sup>11</sup>.

#### **4. CONCEPTO DE TRABAJADOR AUTÓNOMO Y SUS DIFERENTES TIPOS**

Llegados a este punto, creo que podríamos ensayar una tipología tentativa de los trabajadores autónomos en el Perú. Para este efecto, vamos a diseccionar el concepto de trabajador autónomo utilizando dos cortes que nos permitan agruparlos ordenadamente. Uno, basado en el concepto de ajenidad de la labor, a efectos de distinguir los casos en que el trabajador autónomo trabaja para sí mismo o, en su defecto, lo hace por encargo de un tercero. Dos, basado en la permanencia o continuidad del vínculo jurídico que el trabajador autónomo tiene con su cliente.

Antes de hacer la disección mencionada no está demás reincidir en el hecho de que todos los trabajadores autónomos, han de cumplir, por lo menos, tres requisitos: actividad profesional cumplida de modo personal y directo, autonomía en su organización y propietario de sus instrumentos de trabajo y depender económicamente de la actividad profesional mencionada<sup>12</sup>. Si no los cumplen no

---

<sup>11</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. Informalidad... p. 76.

<sup>12</sup> Nos acogemos a la definición que desde hace tiempo acuñó Jesús Cruz: «Por una parte, se suele tratar de prestaciones de servicios efectuadas de manera personal y directa por el sujeto vinculado contractualmente, al tiempo que suele ser la actividad básica de este sujeto y, por consiguiente, de la que obtiene su medio principal de subsistencia. De otra parte, concurren de forma aislada alguno de los elementos que suelen tomarse como sintomáticos de la presencia de una prestación laboral –sometimiento a instrucciones, control del trabajo realizado, sistema predeterminada de cuantificación de la contraprestación económica-, pero con ausencia absoluta de otros datos. Todo ello, da un resultado final de dependencia económica, que no jurídica, del contratante que desarrolla el servicio y, sobre todo, de marcado desequilibrio en cuanto a la fuerza contractual de las partes de la relación jurídica». CRUZ VILLALÓN, Jesús. El proceso... p. 184.

serán considerados trabajadores autónomos. Tal sería el caso de un técnico electricista que en sus ratos libres se dedica a pintar cuadros para algunas personas allegadas y por los cuales cobra una determinada suma de dinero, pues la pintura no es la actividad profesional en la que se sustente su subsistencia. Y, ¿en qué momento se entiende que una persona dependa de una determinada actividad profesional?. Se podrían incluir criterios cualitativos, como que el 75% de los ingresos sean consecuencia de tal actividad profesional, o también dejar esta cuestión a la decisión razonada del juez en el caso por caso.

#### **4.1. Trabajadores autónomos por cuenta propia**

En este tipo de relaciones jurídicas, la labor realizada se hace por cuenta propia. O dicho en otros términos, la labor se cumple para sí mismo. Es el caso del pintor o del campesino que no trabajan por encargo de otro, sino que tanto el cuadro como la cosecha de productos agrícolas entran en la esfera de su propiedad. Eso sí, como dependen económicamente de estas actividades, el cuadro o los productos agrícolas serán vendidos con posterioridad a eventuales clientes.

Otro caso que encaja en el supuesto de trabajadores autónomos por cuenta propia es el del hijo que trabaja en el negocio familiar dirigido por su padre. Aquí, puede haber subordinación jurídica, pero se considera que el hijo está trabajando para sí mismo (para la unidad familiar).

Estos tipos de trabajadores autónomos por cuenta propia asumen lógicamente el riesgo del éxito o fracaso de su labor.

#### **4.2. Trabajadores autónomos por cuenta ajena con vínculo esporádico**

En segundo lugar, ubicamos el grupo de trabajadores autónomos que cumplen una labor por encargo de un tercero (cliente), sin embargo su clientela es indeterminada. Son aquellas personas que trabajan para el público en general o para un mercado abierto. Aquí, tenemos el caso de un taxista que recorre la ciudad buscando eventuales y esporádicos clientes o el de un ambulante que trabaja en la calle vendiendo caramelos a los transeúntes.

Algunos profesionales liberales o trabajadores especializados en determinados servicios también pueden formar parte de este segundo grupo. Tal es el caso de un abogado o de un médico que absuelven consultas en sus propias oficinas a diversos clientes. Lo mismo pueden recibir una consulta particular de cada cliente de forma esporádica.

Como se ve, sus actividades profesionales son cumplidas de modo personal y directo, en un ámbito organizativo propio y reciben un pago a cambio de su labor del cual depende económicamente. Son trabajadores autónomos sin duda, aunque sus labores son prestadas a un público o clientela indeterminada.

Es aquí, precisamente, donde una incipiente legislación peruana ha tratado de operar. El método legislativo utilizado no ha sido el de regular conjuntamente a todo este grupo de trabajadores autónomos, sino el de regular a colectivos específicos. Por ejemplo, tenemos el Decreto Supremo 005-91-TR que no hace otra cosa que reconocer al trabajador ambulante la calidad jurídica de trabajador autónomo ambulatorio (artículo 1). También en el año 2001, la Ley 27475 regula la actividad de los trabajadores lustradores de calzado, que no hace otra cosa que encargar a los gobiernos locales la capacitación, promoción y protección de los llamados «lustrabotas». Por su parte, la Ley 25047, que otorga algunos beneficios laborales (goce del descanso vacacional y el pago de la compensación por tiempo de servicios) a los trabajadores estibadores terrestres, transportistas manuales en carretillas y triciclos, que laboran en los mercados, terminales terrestres de la República o en establecimientos análogos, que no dependan exclusivamente de un solo empleador<sup>13</sup>.

Es interesante ver que existe cierta preocupación de parte del legislador por este tipo de trabajadores autónomos, sin embargo, también es cierto que no hay una visión integral del problema. La regulación de colectivos puntuales, junto a normas con fines difusos, requieren una reflexión inmediata.

---

<sup>13</sup> Paradójicamente, hasta la fecha no se ha emitido el Decreto Supremo que regule la forma en que estos trabajadores autónomos gocen de estos derechos.

Por último, mención aparte merece el caso de la Ley 27607 llamada «Ley del porteador». Para los efectos de la ley, el porteador es la persona que con su propio cuerpo transporta vituallas, equipo y enseres de uso personal y otros bienes necesarios para expediciones con fines turísticos, deportivos o de otra índole. Pues bien, en este contexto el artículo 2 de la citada Ley señala «el porteador es el trabajador independiente que presta servicios personales de transporte de carga, bajo contrato del trabajo en la modalidad de servicio específico (...). Su régimen tributario es el de cuarta categoría». La verdad que la redacción del artículo es un poco confusa, pero no se puede negar que el porteador que contacta directamente con sus clientes esporádicos es un trabajador independiente. Con lo cual, concluimos que el porteador es un trabajador autónomo. Sin embargo, lejos del espíritu de la Ley, el Reglamento de la misma considera trabajador autónomo al porteador que presta sus servicios a empresas encargadas de la organización, operación, conducción y administración de los grupos de turistas (agencias de viajes, hoteles, empresa de turismo de aventura, etc.). Es decir, un Reglamento está deslaboralizando una prestación donde el porteador está sometido al ámbito de organización y de dirección de una empresa. Cuando trabaja para una empresa es un trabajador dependiente y no un trabajador autónomo. Este Decreto Supremo 010-2002-TR es abiertamente ilegal.

#### **4.3. Trabajadores autónomos por cuenta ajena con vínculo permanente (TAPE)<sup>14</sup>**

El tercer grupo al que nos referimos es un grupo peculiar de trabajadores autónomos. Lo es, porque es el grupo más cercano a la realidad de los trabajadores dependientes protegidos por el derecho laboral. En este caso, la labor se presta a un tercero (cliente), pero de modo permanente o continuado. De esta manera, afloran en el prestador del servicio ciertos intereses que nunca han sido abordados

---

<sup>14</sup> En España, estos trabajadores son conocidos como TRADE (trabajadores autónomos dependientes económicamente de un mismo empresario/cliente). En Italia, son conocidos como «parasubordinados». Y en Alemania, como «cuasitrabajadores». Al respecto, una breve síntesis de estas opciones legales puede encontrarse en MONTROYA MELGAR, Alfredo, Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el derecho del trabajo. En Temas Laborales, número 81, 2005. pp. 37- 39. También puede revisarse el texto de CALVO GALLEGO, Javier. Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación. En: Temas Laborales, número 81, 2005. pp. 67- 71.

por el derecho civil o mercantil. Como ya se dijo, protección por eventuales accidentes, garantías para el pago rápido y efectivo de su retribución, extinción del contrato justificadamente, etc.

Ejemplos de este grupo se encuentra en el pintor que se compromete con un tercero a entregarle un cuadro cada mes durante un año. Sólo se compromete a la entrega, porque la realización de la labor se hará desde su estudio de pintura. Nótese, hay prestación de servicios personal y directa, en régimen de independencia y se entiende que el dinero ganado le servirá fundamentalmente para su subsistencia.

Lo mismo se puede decir de la relación jurídica permanente entre un campesino y un supermercado: si tiene que proveerle de 1000 manzanas cada 15 días. O, también, de un abogado que es contratado por una empresa para absolver todas las consultas de derecho civil desde su estudio jurídico. Lo que resalta en esta clase de trabajadores autónomos es la continuidad de la relación jurídica.

Creo que no hace falta reflexionar mucho para darnos cuenta que, a pesar de la autonomía jurídica que gozan (no se someten a ningún poder de dirección), son los trabajadores autónomos que ofrecen sus servicios o actividad a otro sujeto, los que se encuentran tipológicamente más cerca del Derecho Laboral. Incluso, esta afirmación hay que entenderla más intensa cuando el trabajador autónomo cumple sus servicios en el centro de trabajo de la empresa o en el lugar que ésta disponga. Por ejemplo, el mensajero que es llamado cada vez que se le necesite por una empresa usuaria para que reparta la correspondencia para sus clientes. Es cierto, que realizará una labor independiente (no tiene un horario, opera con sus propios instrumentos técnicos, no tiene una oficina en la empresa usuaria, realiza labores de mensajería a otros clientes, realiza el reparto a su discreción, etc.), pero también es verdad que realiza un servicio personal, que constituye su medio económico de subsistencia y que se extiende continuamente en el tiempo con la misma empresa<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> «Aún contando con autonomía para el desarrollo de la prestación, su iniciativa empresarial está limitada por el hecho de desarrollar casi en exclusiva una prestación para una concreta y determinada.../»

Habrán otros que su conflicto es más de tipo económico (como por ejemplo, el campesino que vende sus productos en el mercado), pero nadie puede negar que los trabajadores autónomos que ofrecen sus servicios o actividad a otro de modo permanente (TAPE) van a tener intereses de tipo personal/profesional como tienen los trabajadores dependientes. A lo mejor, estos intereses personales no van a aflorar en contraposición a un poder de dirección que no existe sobre ellos, pero sí en puntos claves como la extinción justificada de los contratos de prestación de servicios, protección de su seguridad y salud frente a accidentes laborales, protección y garantía del pago por sus servicios más aún si depende de ellos para vivir, etc.

Este grupo de trabajadores no cuenta con regulación en nuestro país, por lo que también se les aplican automáticamente las normas civiles o mercantiles. Este panorama es grave, por dos motivos. Primero, los TAPE no cuentan con una regulación que proteja sus intereses personales/profesionales. Segundo, al encontrarse fuera de la frontera del Derecho del Trabajo, aunque muy cerca de la línea de límite con el trabajo dependiente, es muy fácil que estas figuras desreguladas (los TAPE) fomenten la deslaboralización de ciertas relaciones jurídicas. Me explico, si por una parte tengo el contrato de trabajo que ofrece una protección dura, entonces será más rentable utilizar estas «figuras autónomas de frontera» que no cuentan con ninguna regulación protectora.

#### **4.4. Trabajadores/empresarios por cuenta ajena**

Si bien en los tres grupos anteriores las personas que laboran son trabajadores que no cuentan con trabajadores a su servicio, en este cuarto grupo de trabajadores autónomos se incluyen a personas que laboran para un cliente desde su propia empresa y, además, dirigen y organizan la actividad de otros trabajadores.

Es cierto que se trata de empresarios cuya condición, en principio, debiera ser incompatible con la de trabajador, sin embargo, téngase en cuenta que estos

---

/...empresa. De nuevo, este elemento pone de manifiesto la dependencia económica que tiene este peculiar autónomo. Por último, es imprescindible que el trabajo desarrollado se realice de manera personal». GORELLI HERNANDEZ, Juan. Op cit. p. 106.

«empresarios» cumplen con los requisitos sociológicos de los trabajadores autónomos: actividad profesional cumplida de modo personal y directo, autonomía en su organización y propietario de sus instrumentos de trabajo y depender económicamente de la actividad profesional mencionada.

Su inclusión o no como trabajadores autónomos es, sin duda, un acto de opción legislativa, pero hay que atender al dato de que estos «empresarios» están más cerca de ser trabajadores dependientes económicamente de su actividad profesional, que de ser simples directores de una organización empresarial. Me parece que estos pequeños empresarios están en la misma situación que los demás trabajadores autónomos y, por ende, merecen una protección y promoción por vía legislativa.

El trabajador/empresario por cuenta ajena es la persona que presta sus servicios en su misma empresa de reducidas dimensiones (léase, microempresas), junto a sus propios trabajadores. Por ejemplo, un empresario, dueño de un taller automotriz, que contrata a sus operarios (trabajadores dependientes del taller) y que junto a ellos presta servicios a sus clientes. Nótese que, precisamente, debe trabajar personal y directamente en el taller, porque de las utilidades del negocio depende fundamentalmente su sobrevivencia.

## **5. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN PERSONAL Y PROFESIONAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS**

En consecuencia, creo que la conclusión no puede ser otra que la necesidad de regular el ámbito de los trabajadores autónomos. Debe criticarse la opción legal que pretende dejar a la ley civil o mercantil la regulación de estos trabajadores por ser insuficiente. La función política del derecho social, que hasta hace poco era bandera de lucha sólo de los trabajadores subordinados o dependientes, hoy también debe extenderse a la reivindicación de los trabajadores autónomos. Es decir, los trabajadores autónomos también tienen derecho a la inclusión social y al respeto de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, el crecimiento acelerado del número de trabajadores autónomos en la población económicamente activa peruana si bien confirma la necesidad de

regularlos jurídicamente, dispara dos preguntas de difícil solución. Primero, ¿es necesario crear un estatuto jurídico propio que diferencie a los trabajadores autónomos de los subordinados? Segundo, ¿es posible crear una misma regulación para todos los trabajadores autónomos?

Vamos por partes e intentemos dar nuestra opinión a cada una de estas cuestiones.

En primer lugar, las opciones de interconexión de la eventual regulación de trabajadores autónomos con las actuales leyes laborales han sido diversas. La doctrina ha planteado soluciones que van desde la desaparición del elemento subordinación como elemento tipológico del Derecho Laboral hasta la inclusión de los trabajadores autónomos en el Derecho Laboral bajo la fórmula de un régimen especial.

Discrepo con ambas soluciones doctrinales, por cuanto implicarían el comienzo del fin del derecho laboral. Me explico, si el derecho del trabajo deja de regular las prestaciones de servicios subordinadas y se extiende hacia las prestaciones de servicios autónomas, entonces aquél tendrá que reducir su protección por fuerza<sup>16</sup>. La legislación amplia de la prestación de servicios regularía los derechos de los trabajadores hacia la baja, a efectos de que los trabajadores autónomos también puedan gozar de protección en este «todo unitario». Recuérdese, incluso, que muchos trabajadores autónomos no tienen siquiera una contraparte permanente, por lo que la intensidad del conflicto de los trabajadores subordinados no es equiparable con la suya. Por otro lado, no puede ocurrir el fenómeno inverso: porque si los autónomos son regulados como subordinados, dejarían de ser autónomos.

Como se ve, quienes más perderían son aquellos que hoy en día trabajan para otro bajo su organización y dirección, en la medida que ellos gozan de la protección reforzada del derecho laboral.

---

<sup>16</sup> Una crítica a esta propuesta, se puede encontrar en MONTOYA MELGAR, Alfredo. Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo. En: AAVV (dirigidos por Jesús Cruz). Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Madrid: Tecnos, 1999. pp. 69- 72.

Del mismo modo, y entrando a la segunda propuesta doctrinal, a pesar de que la inclusión de los trabajadores autónomos dentro de un régimen especial laboral evita este perjuicio para los trabajadores subordinados, me parece una opción de política legislativa equivocada. Y ello, porque los únicos trabajadores autónomos que podrían ingresar en el régimen especial por su gran semejanza con los trabajadores subordinados son los TAPE<sup>17</sup>. ¿Y qué pasa con los otros tipos de autónomos?. ¿Se quedarían sin protección los taxistas, los ambulantes, los porteadores, los estibadores terrestres, etc.? En realidad, se quedarían sin protección normativa por no prestar su actividad profesional a otro de modo permanente, aun cuando dependan económicamente de la realización personal y directa de su labor.

En fin, siguiendo la experiencia legislativa española, alemana e italiana, los trabajadores autónomos deberían gozar de una Ley General propia, distinto a la legislación laboral que se ocupa de los trabajadores dependientes. Creo que ésta es la opción más acertada, por cuanto dotaría a los trabajadores independientes de una legislación que atiende principios específicos de este tipo de relación jurídica<sup>18</sup>.

En segundo lugar, tras admitir que lo mejor será crear un Estatuto para los trabajadores autónomos, sobreviene la pregunta de si es posible crear una sola regulación para todos los trabajadores autónomos. Me parece que esta pregunta ha sido respondida en páginas anteriores: «es irreal que se invente un tipo unitario para todos los trabajadores autónomos». Por el contrario, cada tipo de trabajador autónomo debe tener prescripciones específicas en orden a sus intereses propios. Por ejemplo, un TAPE puede tener con su cliente múltiples puntos de conflicto en atención a su labor realizada de modo permanente; mientras, un trabajador autónomo que presta su servicio a un público indeterminado (vg. un limpia carros en la calle) tendrá menos puntos de conflicto con su cliente. Mientras al primero puede interesarle ciertas protecciones frente a su cliente permanente como puede ser una garantía al crédito retributivo; al segundo, a lo mejor, puede interesarle un programa de apoyo estatal para impulsar su incipiente actividad empresarial.

---

<sup>17</sup> Esta propuesta ha sido defendida por SAGARDYOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los trabajadores autónomos, hacia un nuevo derecho del trabajo*. Madrid: Cinca, 2004. pp. 110 y ss.

<sup>18</sup> A la misma conclusión llega CRUZ VILLALON, Jesús. *El trabajador autónomo: nuevas realidades, nuevos retos*. En: *Revista Temas Laborales*, número 81, 2005. p. 16. Véase también: GORELLI HERNANDEZ, Juan. *Op. cit.* pp. 114- 115.

Quizá lo más razonable sea establecer dos tipos de redes de protección del trabajador autónomo. La primera, una red de protección general a todos los trabajadores autónomos a modo de «tronco común», buscando extenderles la aplicación efectiva de los derechos constitucionales. Ejemplo de ello, será la prohibición del trabajo infantil, prohibición de la discriminación, protección de la seguridad y salud laboral, garantía y protección de la retribución económica, etc. La segunda, otra red o redes de protección específica que se dirijan a determinados tipos de trabajadores autónomos con el objeto de proteger intereses muy particulares. Por ejemplo, en el caso de los TAFE se puede exigir al cliente permanente que respete los límites temporales de la jornada o que justifique la extinción de la prestación de servicios o, también, en el caso de trabajadores/empresarios de microempresas se puede poner mayor énfasis en políticas públicas de ayuda para la promoción y desarrollo de proyectos empresariales autónomos.

Con estas precisiones, pasamos a dibujar en líneas generales lo que podría ser un régimen normativo de los trabajadores autónomos en el Perú.

## **6. DERECHOS QUE INTEGRAN LA RED DE PROTECCIÓN GENERAL: LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

Una vez admitido que el ámbito de operatividad de un posible Estatuto del Trabajador Autónomo debe extenderse a todo tipo de persona que cumpla su actividad profesional de modo personal y directo, con autonomía en su organización y que sea dependiente económicamente de la actividad profesional mencionada, tiene que aceptarse que la red de protección general debe abarcar a todos los trabajadores autónomos sin distinción. Es aquí, precisamente, donde la función política del derecho social no puede enfocarse o encasillarse en determinadas categorías de trabajadores, sino que debe llegar hasta la última persona que realiza una actividad profesional y de la cual depende económicamente.

En el marco del Estado Social de Derecho, que prescribe nuestra Constitución Política, es necesario que los derechos constitucionales tengan aplicación efectiva a todos los ciudadanos. A lo mejor, resulta más fácil exigir al empleador de un trabajador subordinado el cumplimiento de los derechos fundamentales en la relación

de trabajo, en la medida que se identifica al sujeto responsable de una conducta. Sin embargo, aunque los trabajadores independientes o autónomos no cuenten con una contraparte empleadora, también tendrán derecho a que se respeten sus derechos fundamentales.

Es cierto que los trabajadores autónomos tienen cabida en la seguridad social, en la medida que el propio artículo 10 de la Constitución señala que «el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida». Los trabajadores autónomos no son afiliados obligatorios a ningún sistema previsional o de salud, pues tienen la consideración de afiliados potestativos o facultativos. Es decir, ellos mismos deciden su afiliación y efectúan directamente sus aportes. Sin embargo, por depender de su voluntad, la tasa de afiliación es bastante baja en nuestro país<sup>19</sup>. En todo caso, una nueva regulación de la protección social de los trabajadores autónomos debería atender a su creciente importancia en la realidad, brindándoles mayores facilidades de afiliación y de cotización. Por ejemplo, debería permitirse en el régimen de pensiones la suma de años de aportes como trabajador asalariado (dependiente) y como autónomo. También, deberían establecerse reducciones en las cotizaciones de determinados colectivos de trabajadores autónomos cuya debilidad social es patente (jóvenes, mayores de 45 años, discapacitados, etc.) y, a la vez, aumentarse a los trabajadores/empresarios autónomos, atendiendo a su distinta capacidad de ahorro.

---

<sup>19</sup> Basta analizar las estadísticas que nos muestra la Oficina de Normalización Provisional (ONP) sobre inscripciones de asegurados facultativos al Sistema Nacional de Pensiones. Según revela esta fuente, entre los trabajadores independientes que se inscriben como facultativos y los que recuperan esa condición bordean las 12000 (doce mil) personas en el año 2006. Y en los años anteriores, las inscripciones fluctúan entre los 11000 y los 12000 (Verificar estos datos en [www.onp.go.pe/estadisticas](http://www.onp.go.pe/estadisticas)). Asimismo, los afiliados potestativos al sistema de Entidades Prestadoras de Salud no llegan a constituir ni el 2% de los afiliados obligatorios (Fuente: Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, verificar la información en [www.seps.gob.pe/estadisticas](http://www.seps.gob.pe/estadisticas)). Finalmente, donde el número de trabajadores independientes supera el 10% de los afiliados es en el régimen de pensiones privado (AFPs). Por ejemplo, en el último trimestre de 2005 el número de trabajadores independientes afiliados llegó a 31% y en el segundo trimestre del 2006 llegó a su pico más alto (44.6%), no obstante en el tercer trimestre del mismo 2006 este número descendió a 6.2%. Creo que este fenómeno se puede explicar en la medida de que el número de trabajadores dependientes que se afilia a este sistema de pensiones cada vez se reduce más, por lo que automáticamente aumenta el porcentaje de trabajadores independientes que se afilian por primera vez a una AFP (verificar estos datos en [www.sbs.gob.pe/estadisticas/financiera](http://www.sbs.gob.pe/estadisticas/financiera)).

A pesar de estas críticas es en la seguridad social donde se ha atendido de mejor manera la realidad de los trabajadores autónomos, ya que la operatividad de otros derechos constitucionales ha sido muy pobre. Al contrario, se observa una profunda diferencia entre garantía de derechos fundamentales para trabajadores subordinados y garantía de derechos fundamentales para trabajadores autónomos. Por ejemplo, uno de los signos principales del mundo actual es la abolición del trabajo infantil<sup>20</sup>. Pues bien, las normas laborales y, en especial, el Código de los Niños y Adolescentes, cuentan con disposiciones, garantías y mecanismos de control que evitan la contratación de trabajadores menores de edad. Incluso, para el caso de los trabajos no prohibidos para menores de edad, se establecen procedimientos excepcionales para obtener permisos judiciales. Ahora bien, no obstante esta realidad, vemos en las calles muchos niños trabajando como autónomos. O, incluso, vemos muchos niños trabajando en negocios familiares de forma continuada y habitual, donde no se aplican las normas laborales. Es decir, la realidad parece convencernos de que la lucha contra el trabajo infantil no hay que enfocarla solamente en el trabajo subordinado, sino más bien en el trabajo autónomo<sup>21</sup>. Me parece que un Estatuto del trabajador autónomo que prohíba el trabajo infantil en el Perú no estaría creando nada nuevo, pues, al contrario, reforzaría las vías de protección del Estado Social de Derecho y dirigiría las políticas de apoyo estatal a sectores marginados con mayor éxito.

Junto a la problemática infantil, considero de máxima importancia para los trabajadores autónomos el desarrollo de cuatro derechos fundamentales: el mandato de no discriminación, la protección de la seguridad y salud laboral, la tutela de sus intereses colectivos y la garantía de pago de la retribución. Veamos muy sucintamente cada uno de ellos.

---

<sup>20</sup> Esta tendencia ha llegado a tener expresión internacional. Entre otros Tratados de derechos humanos que se ocupan de la prohibición del trabajo de menores, destacan el Convenio 138 de la OIT, sobre edad mínima, y el Convenio 182 de la misma OIT, sobre las peores formas del trabajo infantil.

<sup>21</sup> CRUZ VILLALON, Jesús. Propuestas... p. 37.

## 6.1. El mandato de no discriminación

La Constitución peruana en su artículo 2.2 señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Pues bien, este mandato constitucional hasta hace muy poco fue protección exclusiva de los trabajadores subordinados. Se hablaba sobre todo de la prohibición de discriminación en la relación de trabajo (al ingreso, durante la ejecución del contrato y en su extinción). Sin embargo, de un tiempo breve hasta aquí esta tendencia histórica de la legislación peruana ha sufrido una evidente corrección: poco a poco extiende el mandato de no discriminación a relaciones jurídicas ajenas al derecho laboral.

Es cierto que falta mucho para configurar una protección eficaz de los trabajadores autónomos contra actos discriminatorios, pero pongamos dos ejemplos que confirman esta tendencia correctiva.

El primero, tiene que ver con la interdicción de la discriminación en las ofertas de empleo (Ley 26772). La ley protege a toda persona que quiera acceder a un empleo o a medios de formación educativa contra la imposición de requisitos que constituyan anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato (artículo 1). Sin duda, el paraguas protector de esta norma hay que entenderlo aplicable a los casos en que trabajadores autónomos (sobre todo, TAPE) pugnan por realizar una actividad profesional para un empresario/cliente.

El segundo ejemplo tiene que ver con la prevención y sanción del hostigamiento sexual (Ley 27942). Como se sabe, el artículo 22 de dicha ley señala que «si el acto de hostigamiento sexual se presenta en una relación no regulada por el Derecho Laboral, la víctima tiene el derecho al pago de una indemnización por el daño sufrido, la cual se tramita en la vía civil en proceso sumarísimo». Es aquí donde se incluiría a los trabajadores autónomos. A lo mejor, esta prescripción debería perfeccionarse en el sentido de crear mecanismos de investigación y sanción para el hostigador y alejarse así de una función meramente resarcitoria, pero nadie puede negar que este es un primer paso.

De todos modos, estos ejemplos muestran solo un incipiente cambio de tendencia legislativo, cuyo proceso de consolidación puede acelerarse con la aprobación de una eventual Ley General del Trabajador Autónomo. Me parece que también debería trabajarse mucho la prohibición de discriminación, tanto directa como indirecta, en el acceso a programas de apoyo estatal a proyectos empresariales de trabajadores autónomos.

## **6.2. La protección de la seguridad y salud laboral**

Tradicionalmente se ha dicho que al ser el trabajador autónomo quien organiza su trabajo, utiliza sus propias herramientas y ostenta la titularidad del centro de trabajo, es él el llamado a autoprotgerse, sin embargo, hemos visto que los TAPE o que incluso los trabajadores/empresarios autónomos pueden prestar sus servicios en el centro de trabajo del empresario que los contrata. En estos casos, es evidente que los trabajadores autónomos no han de tener el dominio absoluto de todos los elementos materiales que potencialmente generan un riesgo.

Es aquí, donde la visión resarcitoria del derecho civil nuevamente fracasa. No basta pagar una indemnización económica por los daños causados al trabajador autónomo, cuando éstos pudieron evitarse mediante el cumplimiento de la empresa cliente de normas relativas a la prevención de riesgos. Repárese, quien controla los elementos organizativos y materiales es el empresario cliente y no el trabajador autónomo.

Nuestra normativa ha avanzado muy poco en este sentido. El artículo 61 del nuevo Reglamento de seguridad y salud en el trabajo (Decreto Supremo 009-2005-TR) se preocupa básicamente del supuesto en que los trabajadores de la empresa A desarrollan actividades de forma conjunta con trabajadores de otra empresa B (contratista). Es decir, el empresario principal (empresa A) asume la responsabilidad de la coordinación en materia de seguridad y salud tanto para sus trabajadores como para los trabajadores de la empresa contratista. Sin embargo, esta concepción excluye del deber de coordinación al empresario principal cuando contrata con trabajadores autónomos. Imaginemos que un TAPE es contratado por un empresario cliente. Como el TAPE no tiene trabajadores a su servicio,

entonces no opera el artículo 61 del Reglamento de Seguridad y Salud en el trabajo. Igual comentario se puede hacer respecto al trabajador/empresario de una micro empresa, pues los deberes de coordinación del empresario principal se extenderían a sus trabajadores excluyéndolo directamente a él.

Como se ve, es necesario imponer al empresario cliente del trabajador autónomo unos deberes mínimos de protección y de información sobre los posibles riesgos que pueden desencadenarse en la empresa. Asimismo, se tendrá que habilitar a la inspección de trabajo para que vigile el cumplimiento de estos deberes que ahora se proponen.

No obstante, también hay que tener en cuenta que el trabajador autónomo al organizar él mismo su labor puede originar riesgos para los trabajadores del empresario cliente (empresario principal). Por eso, los trabajadores autónomos al igual que el empresario que los contrata, deberían tener auténticos deberes en materia de seguridad y salud laboral.

Por último, como dice SAGARDOY, aun cuando no presten servicios en el mismo local de la empresa que los contrata, los TAPE pueden estar amenazados por distintos riesgos. Tal es el caso de la protección de la seguridad y salud de los teletrabajadores<sup>22</sup>.

### **6.3. La tutela de sus intereses colectivos**

En la actualidad, a nadie puede sorprender que los trabajadores autónomos se organicen para la defensa de sus intereses económicos o profesionales. Dentro de cada tipo de trabajador autónomo hay intereses que sólo pueden tener mayor fuerza en el ámbito de reivindicación colectiva. Hoy en día sabemos de la formación de asociaciones de mototaxistas en varias ciudades del país y sabemos también de la iniciativa emprendida por la CATP (Central Autónoma de Trabajadores del Perú) por promover asociaciones de trabajadores autónomos.

---

<sup>22</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. Op. cit. p. 131.

Como es lógico, estas iniciativas sociales se mueven en un terreno jurídico poco claro. La Libertad sindical tradicionalmente se ha entendido como un derecho propio de los trabajadores dependientes que se regulan por el derecho laboral. Es más, el artículo 28 de la Constitución si se interpreta desde el método sistemático por ubicación es lógico que excluya a los trabajadores autónomos de su ámbito de aplicación.

Sin embargo, esta interpretación tradicional del artículo 28 de la Constitución también ha sido corregida. No olvidemos que el artículo 6 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se refiere confusamente a las organizaciones de trabajadores no dependientes, permitiéndoles registrarse como organizaciones sindicales y regirse por lo dispuesto en la ley de relaciones colectivas. Digo «confusamente», porque el mencionado artículo se refiere a «organizaciones de trabajadores no dependientes de una relación de trabajo...». Es ilógico que exista un trabajador independiente en el marco de una relación jurídico laboral, pero ello no puede desconocer el interés del legislador por extender el derecho de libertad sindical a los trabajadores autónomos.

Me parece que este punto de inicio debe consolidarse con una regulación más profunda. El creciente número de trabajadores autónomos en el mercado de trabajo peruano obliga a no sólo a reconocerles el derecho de libertad sindical, sino también a imponerles ciertos derechos a sus organizaciones. Es decir, se debe promover la formación y el registro de sindicatos de trabajadores autónomos e incluso se debería permitir que un TAFE se afiliara a una organización sindical de trabajadores dependientes, con el fin de que también se respeten procedimientos formales de negociación o los límites a las huelgas en servicios esenciales. Hay que crear un régimen jurídico de contrapesos.

#### **6.4. La garantía de cobro de la retribución**

Tras admitir que los trabajadores autónomos dependen económicamente de los ingresos que obtienen de su actividad profesional, deberían arbitrarse garantías de cobro de las retribuciones. Si la supervivencia de él y de su familia depende del pago que efectúa el empresario cliente, entonces el trabajador autónomo está en

una situación similar a la de un trabajador subordinado. Tal consideración debe aplicarse para todos los trabajadores autónomos, sin desconocer la mayor importancia que este tema tiene para los TAPE y los trabajadores/empresarios de microempresas.

Nuestra legislación no ha desarrollado esta línea, por lo que será necesario trabajar al menos en cuatro frentes. Primero, establecer procedimientos rápidos y efectivos para reclamar el pago de la retribución al empresario cliente, haciendo un símil con la protección que la LPCL otorga al trabajador por la vía del cese de hostilidad. Segundo, reconocer que la retribución económica que gana el trabajador autónomo es un crédito privilegiado en el caso de concurso de obligaciones empresariales, tal como lo hace el artículo 24 de la Constitución respecto de la remuneración del trabajador subordinado. En tercer lugar, prever mecanismos de responsabilidad solidaria para los casos de subcontratación de trabajadores autónomos. Por ejemplo, no pocas veces el empresario principal (empresa A) contrata directamente a otra empresa (empresa B), para que a su vez esta última contrate al trabajador autónomo quien prestará su actividad profesional en la empresa A. En este encadenamiento de contrataciones debería aplicarse la responsabilidad solidaria entre empresa A y la empresa B<sup>23</sup>. Y, por último, debería imponerse un porcentaje mínimo de inembargabilidad de la remuneración y también de sus instrumentos de trabajo, como sucede en el caso de los trabajadores dependientes.

Finalmente, mucho más discutible puede ser la imposición de una Retribución Mínima Legal (RML) para el trabajador autónomo. De un lado, es complicada esta propuesta porque sólo podría aceptarse para el caso de los TAPE (los demás autónomos no tienen una contraparte empresarial de modo permanente). De otro

---

<sup>23</sup> En otra ocasión ya nos hemos ocupado de demostrar cómo la garantía de la responsabilidad solidaria a la que se refiere la Ley 27626, Ley que regula los supuestos de intermediación laboral y subcontratación entre empresas, sólo se aplican a unos pocos negocios jurídicos. A saber, en cuanto a la subcontratación entre empresas, los que tengan que ver con actividades accesorias o no vinculadas al giro de la empresa y los servicios de alta especialización. Por el contrario, todos los negocios jurídicos comprometidos por personas naturales (como es el caso de los autónomos) o los negocios jurídicos distintos a los regulados por la Ley, estarán excluidos de la responsabilidad solidaria. Sobre el particular, ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima: Palestra, 2006. pp. 51 y siguientes.

lado, el mismo TAPE puede realizar su actividad profesional simultáneamente para varios clientes, por lo que una RML podría generar una no deseada vinculación con un solo empresario cliente.

## **7. LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS DEPENDIENTES COMO EJEMPLO DE UNA RED DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA**

En paralelo a la protección de la red general, o de aplicación a todos los trabajadores autónomos, una posible Ley General del trabajador autónomo debería crear otros cinturones de protección específica para ciertos casos donde las circunstancias así lo ameriten. Y en esta línea, me parece importante establecer reglas especiales para los TAPE. La razón: su gran semejanza con los trabajadores subordinados.

Como ya se dijo, los trabajadores autónomos que prestan su labor a otro de forma permanente o continuada (TAPE), son los trabajadores autónomos que más intereses conflictivos tienen con su cliente. Para empezar, la relación continuada de su labor para un mismo empresario cliente, ya los pone en una situación conflictiva sensiblemente mayor a los autónomos que tienen clientes esporádicos y ostensiblemente menor a los trabajadores subordinados regulados por el derecho laboral. Es decir, se encuentran en una especie de limbo entre ambos grupos, por lo que su situación debería tener un tratamiento particular.

Sin ánimo de agotar un tema tan amplio y tan debatible, sólo quiero dar unas cuantas ideas que a mi concepto deben integrar este cinturón de protección específica.

En primer lugar, si la diferencia de los TAPE con los trabajadores subordinados es tan sutil, esto es, la autonomía organizativa de unos frente a la dependencia organizativa de los otros, la jurisdicción competente para calificar una relación jurídica de TAPE ha de ser la laboral. No importa que tengan un contrato de obra o de locación de servicios, en la medida que será un juez de trabajo el encargado de detectar o descartar los indicios de subordinación jurídica. Creo que esto evitaría la utilización de los TAPE como un medio para eludir la legislación laboral, puesto

que el juez de trabajo cuenta con más herramientas para desenmascarar la presencia de una relación laboral tras un contrato de naturaleza civil. Además, el hecho de que el juez de trabajo realice la evaluación evitará que en el caso que se califique una relación como TAPE, el trabajador autónomo tenga que iniciar una nueva demanda ante un juez civil por ejemplo. El juez laboral que califique la relación como de TAPE o como laboral, podrá ordenar el cumplimiento inmediato de las obligaciones empresariales.

En segundo lugar, a pesar de que el TAPE ha de firmar un contrato de naturaleza civil o mercantil, una posible regulación debería exigir que este contrato cumpla con determinar no sólo el objeto profesional y las características de la autonomía del trabajo, sino también la duración, lugar, la jornada, las causales de extinción y la retribución pactadas. Esto obligará a un reacomodo del sistema de fuentes, pues antes que los requisitos impuestos por la legislación civil o mercantil deberán aplicarse los que señale la Ley General del trabajador autónomo.

Asimismo, el contrato debería formalizarse por escrito y el empresario cliente debería estar obligado a informar al TAPE de todo lo relativo a su prestación de servicios. Quizá, ante la inexistencia de contrato escrito o ante la inexistencia de cláusula de duración del contrato, debería presumirse que la relación del TAPE es por tiempo indefinido.

En tercer lugar, hay una creencia muy extendida de que los autónomos, al organizar ellos mismos su labor, autodeterminan su jornada de trabajo, así como sus periodos de descanso. Me parece que si esto puede confirmarse en la mayoría de trabajadores autónomos, no es tan claro en el caso de los TAPE. Los TAPE muchas veces firman contratos sucesivos por largas temporadas sin que existan límites a las jornadas ni periodos de vacaciones. Por un lado, dependen económicamente de esos ingresos y, por otro, el empresario cliente no está en la obligación de otorgarles descansos. Creo que el trasfondo del problema es que no se aborda la materia desde la protección de la seguridad y salud del TAPE<sup>24</sup>. Entiéndase, si para un trabajador subordinado es pernicioso trabajar más de 8

---

<sup>24</sup> En el mismo sentido, SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. Op. cit. p. 133.

horas diarias o 48 horas semanales, ¿por qué no lo sería para un autónomo que trabaja de forma casi exclusiva para un solo empresario cliente?. Además, ¿por qué un trabajador subordinado tiene derecho a vacaciones y un TAPE no lo tiene?.

En cuarto lugar, creo que tampoco es un exceso pensar en la posibilidad de proteger al TAPE frente a extinciones unilaterales del empresario/cliente de carácter arbitrario. Dada la relación permanente que mantiene el TAPE con el empresario que lo contrata, por lo menos la extinción del contrato antes del tiempo pactado ha de estar justificada. Si no está justificada, el juez de trabajo debería ordenar al empleador el pago de una indemnización por la extinción arbitraria. De otro lado, no hay que perder de vista los casos en que el TAPE extingue voluntariamente el contrato motivado en un incumplimiento grave y culpable del empleador. Aquí, a mi juicio, también procede el pago de una indemnización a este tipo de trabajador autónomo.

Creo sinceramente, que estos son sólo algunos de los temas que una protección específica de los TAPE exigiría. Su semejanza tipológica con un trabajador subordinado los hace particularmente sensibles a sus mismos problemas y conflictos. Es por eso, que muchas de las instituciones del derecho laboral deben extrapolarse, con necesarios matices, por cierto, a la realidad de los TAPE. En fin, el debate sigue abierto.

## **8. LA PROMOCIÓN EMPRESARIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS COMO OTRO EJEMPLO DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA**

Si la protección de los TAPE exige un régimen protector especial, me parece que los demás trabajadores autónomos (autónomos puros, autónomos que prestan su labor para otro de forma esporádica o los trabajadores/empresarios de microempresas) exigen un régimen protector de otras características. De hecho, el no tener una contraparte empresarial permanente es un denominador común de los trabajadores autónomos, a excepción de los TAPE, que condiciona cualquier intento de regulación. Por ejemplo, ¿cómo otorgamos protección frente a un despido o cómo se impone una jornada máxima a un taxista con vehículo propio?. Al no

existir una contraparte empresarial permanente es imposible hablar de un régimen protector como el propuesto para los TAPE.

No obstante, esto no significa que el legislador deba contemplar la realidad sin la posibilidad de hacer nada. Más todavía en una realidad como la peruana donde la mayoría de trabajadores independientes o autónomos no son precisamente los TAPE. A lo mejor, la única salida que existe para que el taxista no trabaje más de doce (12) horas diarias en su propio vehículo es la de impulsar pequeños proyectos de promoción empresarial. Si el taxista logra lanzar un proyecto empresarial con apoyo del Estado es posible que mejore sus ingresos y que con una economía menos asfixiante pueda descansar un poco más. Imaginemos que con el apoyo estatal el taxista logra cambiar su antiguo carro por uno más nuevo, lo cual le permitirá cobrar un mejor precio por el servicio y gastar menos dinero en reparaciones.

Lo que quiero decir es que muchos trabajadores autónomos, más que una legislación protectora de sus intereses frente a otro, esperan políticas públicas estatales que reactiven la economía desde un apoyo a los llamados microempresarios. La mayoría de estos trabajadores necesitan tener acceso a un capital mínimo que les permita realizar su actividad profesional de forma más rentable y productiva. Hace falta capitalizar al trabajador autónomo desde políticas estatales, pero no para que se convierta en pequeño empresario, sino para que siga siendo un trabajador autónomo aunque con mejores niveles de productividad. Creo que esto es muy importante: una cosa es fomentar la pequeña y mediana empresa, donde el empresario deja de ser trabajador, y otra muy distinta es fomentar la figura del trabajador autónomo. El fomento del trabajo autónomo es un tema que países como Perú deben explotar. Me atrevería a decir que esta vía puede ser un instrumento indispensable para conseguir la ansiada igualdad de oportunidades en sociedades con una alta cantidad de trabajo autónomo<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Por el contrario, el Estado peruano se ha quedado en declaraciones vacías de contenido que sólo llegan promover diversas formas asociativas. Por ejemplo, se permite que los trabajadores autónomos puedan formar pequeñas empresas o microempresas, cooperativas o cualquier otra modalidad empresarial o societaria contemplada en la Ley General de Sociedades (artículo 46 y.../

Ahora bien, no basta con asignar recursos económicos indiscriminadamente a todos los trabajadores autónomos. Tan importante como la existencia de recursos es su gestión inteligente y planificada, si lo que se quiere es evitar un alto nivel de proyectos empresariales fracasados. Me explico, el Estado deberá elaborar planes nacionales de empleo donde todas las políticas no las diseñe sólo el gobierno central, sino también se haga participar a los gobiernos regionales y municipales. En todos estos niveles, el apoyo financiero debe ir de la mano de medidas de formación profesional para los trabajadores autónomos. El asesoramiento técnico para los emprendedores de proyectos empresariales, tan esencial para su éxito, no sólo debe brindarse al inicio proyecto, sino que debe subsistir en paralelo a su consolidación. Por ejemplo, el Estado debería ser capaz de dotar de información sobre mercados con posibilidades de expansión para que de esa manera el microempresario invierta sobre seguro, pero también debería informar acerca del acceso a beneficios económicos y ayudas legalmente ofrecidas a las microempresas. Adicionalmente, los poderes públicos deberían elegir a los trabajadores autónomos beneficiarios de las ayudas con criterios técnicos y estudiando las reales posibilidades de éxito. Por ejemplo, se puede apoyar el proyecto de una persona que vende sanguches en un carrito en plena vía pública, con el fin de que implemente una tienda con trabajadores a su cargo. La elección vendrá dada por el conocimiento del negocio de este pequeño vendedor y no sólo por su estado de necesidad<sup>26</sup>.

En esta línea, no quiero terminar este punto sin referirme a la importancia de las medidas fiscales y la simplificación de los procesos de formalización. En un escenario donde la presión tributaria sea intensa deberían brindarse facilidades o reducciones del pago de impuestos a los microempresarios emprendedores. A su vez, la lucha por la formalidad debe empezar por el diseño de políticas públicas serias y coherentes que impulsen a este sector. En otras palabras, si la formalidad

---

/...siguientes del Decreto Supremo 002-97-TR). Sin embargo, lo criticables es que esta actitud permisiva no viene acompañada de políticas de fomento traducidas en ayudas financieras o de asesoría técnica.

<sup>26</sup> Sobre la necesidad de apuntalar los mecanismos de elección de personas que sean capaces de emprender y desarrollar con éxito un proyecto empresarial, CRUZ VILLALON, Jesús. Propuestas... p. 41.

no genera ningún beneficio al trabajador autónomo, entonces siempre será más cómodo vivir en la informalidad.

## **9. LA NECESIDAD DE UN CONSEJO NACIONAL DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO**

Emparentado con el tema anterior, las políticas públicas de los trabajadores autónomos deben diseñarse con el acuerdo de las asociaciones representativas de ellos mismos. Son los mismos trabajadores autónomos y sus asociaciones los que en coordinación con el Estado han de decidir en qué proyectos hay que invertir más recursos y han de dar las pautas para gestionar los mismos. Sus competencias deben abarcar materias socioeconómicas y profesionales del trabajo autónomo.

La formación de un Consejo Nacional del Trabajador Autónomo debe venir acompañado de un proceso paulatino de descentralización, que permita llevar el diálogo social a todas las zonas del Perú.

Los representantes de los sindicatos de trabajadores independientes o autónomos deberán exigir al gobierno la realización de estudios o investigaciones sobre la realidad del trabajo autónomo en el Perú. Pues, sólo de esta forma, esto es, manejando información fiable, podrán diseñar políticas públicas serias y beneficiosas para el país.

# La libertad sindical en el empleo público y las evidencias de un sistema autoritario de relaciones laborales en el Perú

*Edgardo Balbín Torres*

Profesor de derecho laboral  
en la Pontificia Universidad Católica del Perú

## 1. INTRODUCCIÓN

Se afirma con frecuencia que el nivel de efectividad de los derechos sindicales constituye un indicador contundente de los niveles de democratización de una sociedad y un Estado<sup>1</sup>. La situación en nuestro país conforma, ciertamente, una evidencia clara de lo acertado de esta afirmación. Muchos estudios documentan la caída drástica de las tasas de afiliación sindical, la reducción de la cobertura de la negociación colectiva y el alto número de actos antisindicales producido durante la década de los noventa en el Perú, y todos atribuyen esta situación a un conjunto de acciones u omisiones perpetradas por un régimen de claro corte autoritario<sup>2</sup>.

Recuperada la democracia el derrotero parecería ser claro: la democracia política debía orientarse a la recomposición de los códigos democráticos a nivel económico y social, y en el logro de tal cometido no podría obviarse la enorme importancia de los derechos sindicales. Como se ha señalado en reiteradas ocasiones, el ejercicio efectivo de los derechos sindicales permite detectar y superar

---

<sup>1</sup> Más recientemente, puede verse el informe global presentado por la Organización Internacional del Trabajo, con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: Organizarse en pos de la justicia social. Ginebra: OIT, 2004. p. 8.

<sup>2</sup> Entre otros, BOZA, Guillermo y CANESSA, Miguel. Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, Ginebra: OIT, 2000.

el conflicto en las relaciones de producción y distribuir la riqueza generada en el ámbito productivo, pero también permite articular institucionalmente la demanda social y distribuir ordenadamente la riqueza nacional. Estas razones, las mismas que motivan las restricciones a los derechos sindicales en los regímenes autoritarios, convierten a estos derechos en elementos medulares de los regímenes democráticos.

ES cierto que algunos esfuerzos por recomponer la efectividad de la libertad sindical se han producido en el plano de la legislación desde la recuperación de la democracia en la década pasada<sup>3</sup>. No obstante, resulta necesario evaluar si dichos esfuerzos son sostenidos y armónicos, esto es, si forman parte de una orientación decidida de los sucesivos gobiernos de impulsar el ejercicio de la libertad sindical, que se extiende con la misma intensidad sobre todo ámbito de relaciones laborales y recae sobre todos los sujetos titulares del derecho.

Para analizar ello, este trabajo incursiona brevemente en el ámbito de la relación de empleo público, incidiendo de modo particular en la regulación de la libertad sindical de los trabajadores públicos contenida en las normas vigentes y en los proyectos de reforma que se debaten. Se parte de la idea que la relación de empleo público constituye un escenario que da cuenta con mucha precisión de la valoración que el Estado realiza del derecho de libertad sindical, dada la frecuente y bien articulada resistencia que el ejercicio de este derecho suele encontrar en este espacio de relaciones laborales. En nuestro caso, a pesar del reconocimiento expreso de la libertad sindical de los trabajadores públicos al más alto nivel de la normativa (Constitución de 1993 y Convenios OIT), este derecho ha sido y sigue siendo objeto frecuente de restricciones legales y reglamentarias que en un contexto de promoción de las libertades y derechos fundamentales resultarían inaceptables.

---

<sup>3</sup> Uno de los esfuerzos de importancia fue la reforma de la Ley de Relaciones Colectivas operada por Ley N° 27711, cuyo objeto fue el levantamiento, aunque parcial, de las observaciones efectuadas ya hace mucho tiempo por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo. A este esfuerzo, puede sumarse la implementación del registro sindical de organizaciones sindicales de trabajadores públicos, llevada a cabo mediante Decreto Supremo N° 003-2004-TR.

Aunque la lógica más elemental revele lo contradictorio que resulta que el Estado promoció para el ámbito de las relaciones privadas una libertad sindical que en su propia casa limita, muchas de las restricciones impuestas han encontrado justificación en la necesaria primacía de los intereses públicos. Argumentos de diverso tipo, derivados todos de la idea central de que la presencia del Estado como empleador justifica un tratamiento distinto de los derechos laborales, han fundamentado la conformación de una normativa sindical restrictiva y distinta a la que rige en el ámbito privado, poco abordada además por una doctrina laboral muy propensa a abandonar este territorio al derecho administrativo. Pero, ¿justifican la presencia del Estado como empleador la fijación de limitaciones o restricciones a la libertad sindical de los trabajadores públicos? ¿Revela nuestra legislación sindical en el ámbito del empleo público una actitud de cautela y fomento de este derecho y una decidida apuesta por la democratización de las estructuras sociales y estatales? A estas preguntas intentaremos dar respuesta en las líneas que siguen.

## **2. EMPLEO PÚBLICO Y LIBERTAD SINDICAL**

La regulación diversa y restrictiva de la libertad sindical de los trabajadores públicos está estrechamente vinculada a una concepción particular de la relación de empleo público, que la asimila al ámbito de derecho administrativo y a la aplicación de sus fuentes y principios. Por ello, es necesario reflexionar en este primer apartado acerca de la naturaleza de la relación de empleo público, revisando críticamente la doble perspectiva desde la que puede ser enfocada. Ello, con la finalidad de sentar las bases para un tratamiento del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos acorde a lo señalado en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Con mucha frecuencia suele vincularse la problemática general del empleo público con el tema del buen funcionamiento del Estado. Cuando se aborda el tema bajo este enfoque, se parte de considerar que la labor de los trabajadores públicos contribuye directa o indirectamente a la consecución de los fines estatales y a la realización de los intereses públicos. El empleo público asume entonces un carácter meramente instrumental respecto de los fines estatales y el trabajador público es reducido a la condición exclusiva de operador (y no de ciudadano), quedando incorporada su problemática dentro de la problemática general del eficaz

funcionamiento del aparato público. Puede concluirse que este enfoque centra su atención en el tema de los fines e intereses perseguidos por una de las partes —el Estado empleador— dejando de lado lo que el empleo significa para el sujeto que trabaja. La «tesis estatutaria» otorga fundamento, forma y contenido a esta concepción que, además, ha dominado largamente la conformación de las normas de empleo público en nuestro medio.

Pero, la relación de empleo público puede ser vista también como parte de un problema mayor: el del empleo en general. El empleo público no sólo representa un volumen muy importante del empleo total, tanto en el Perú como en el mundo. Además, durante épocas de crisis (70's y 80's), el empleo público ha compensado la contracción de las tasas de empleo producida en el sector privado: la oferta de trabajo que no pudo ser absorbida por el sector privado en crisis fue asumida por el sector público en expansión, principalmente a través de la actividad empresarial desarrollada por el Estado<sup>4</sup>. Por tanto, evaluar negativamente la situación del empleo público incide significativamente en la evaluación que se realice de la situación del empleo total<sup>5</sup>. Pues bien, es necesario entonces reflexionar sobre el valor que tiene, no sólo para el Estado, sino para el propio trabajador un diagnóstico negativo de la situación del empleo.

El empleo es un factor de inserción social y realización personal. Se ha señalado con mucho acierto que el que accede a un empleo no solo «no tiene» (ingresos), sino además «no es». Y con esta afirmación se pretende resaltar la enorme cuota de identidad o sentido personal y social que otorga el trabajo a quien lo realiza. De allí, justamente, la conexión indiscutible entre un «empleo digno» y una «vida digna».

En efecto, el empleo es un factor de realización de objetivos personales, tanto para trabajadores privados como para trabajadores públicos. La mayor parte de las perspectivas que nos planteamos a corto o largo plazo dependen en gran medida del hecho de tener o no tener un trabajo. Además de ello, el tener un trabajo hace

---

<sup>4</sup> MORGADO, Emilio. La solución de los conflictos colectivos de trabajo en el sector y los servicios públicos. Lima: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 1991, pp. 8 y ss.

<sup>5</sup> Aunque no se registran datos oficiales para el Perú, se estima que el Estado emplea a más de medio millón de personas, en tanto que en el mundo los trabajadores estatales representan alrededor del 5% de la población mundial.

posible el disfrute efectivo de otros derechos fundamentales: alimentación, vivienda, salud, educación, etc. En suma, trabajar, sea para el Estado o para una empresa privada y trabajar con derechos y no precariamente, conforma una cuestión central para todos. Del trabajo depende nuestra inserción en la dinámica social, la realización de nuestras expectativas personales y el disfrute efectivo de nuestra condición de ciudadanos. Por demás está decir que la libertad sindical reviste una importancia fundamental para lograr un trabajo digno pues, además de hacer posible la consecución y efectividad de otros derechos laborales y de ciudadanía (remuneración justa, atención en salud, libertad de expresión y opinión, etc.), articula la participación efectiva del sujeto en los espacios productivos en los que se pone en juego su propia libertad. La libertad sindical, como diría SEN, conforma una libertad en sí misma y, por ello, es necesario cautelarla y promoverla<sup>6</sup>.

Abordar la relación de empleo público basándonos exclusivamente en alguno de los enfoques anotados plantea serios riesgos. El exclusivo énfasis en el carácter instrumental del empleo público con relación a los intereses estatales puede redundar en la postergación del carácter «fundamental» que tienen los derechos laborales y puede menoscabar severamente su función de rescate y realce de la dignidad del hombre en el trabajo. Como veremos, comúnmente los enfoques tradicionales de la relación de empleo público han adoptado esta perspectiva y, por ello, han propugnado una postura reductora o limitativa de los derechos fundamentales laborales, en particular, de la libertad sindical.

Pero, debemos considerar también que una visión que obvie por completo la incidencia que ciertos intereses públicos tienen en la actividad laboral del trabajador, plantea el riesgo de mermar la efectividad de la Administración pública en la realización de ciertos fines que también interesan a todos.

En el modo de articular ambos enfoques radican muchas de las soluciones a los problemas que suele plantear la relación de empleo público y especialmente a los problemas que plantea el ejercicio del derecho de libertad sindical. ¿Cómo

---

<sup>6</sup> SEN, Amartya. Desarrollo y libertad. Buenos Aires: Planeta, 1986. pp. 16 y siguientes.

logramos que el prestar servicios en una entidad estatal contribuya a la realización personal y dignificación humana y, a la vez, atienda a fines e intereses públicos y ciudadanos?, o, ¿cómo hacemos posible un ejercicio de la libertad sindical armónico con el objetivo compartido por todos de un desempeño eficiente del aparato estatal?

Es importante señalar que esta problemática no se diferencia en esencia de la del empleo en el sector privado. En este otro ámbito apreciamos también un interés empresarial de aprovechar mano de obra ajena pagando un salario; y este interés articula (modulándose) con la necesidad de hacer efectivos los derechos laborales de los trabajadores. Y, este concreto modo de articulación de los intereses de empresarios y trabajadores se torna en un asunto vital para el sistema pues, resulta tan importante para su continuidad como contar con una Administración pública eficiente. Entonces, los problemas de empleo público no son –como a veces se piensa- «más importantes» o «radicalmente distintos» a los que se presentan en el sector privado; existen, eso sí, particularidades que marcan diferencias en algunos aspectos. En estos aspectos la lógica elemental sugerida por el principio de igualdad determinará que sólo a problemas diversos ofrezcamos soluciones diversas. Pues bien, ¿existen particularidades que justifiquen un tratamiento diferenciado de la libertad sindical de los trabajadores públicos y privados?

### **3. TESIS ESTATUTARIA Y LIBERTAD SINDICAL**

Como acabamos de señalar, la tesis estatutaria fundamenta y da contenido a la mayor parte de la normativa vigente en materia de empleo público y, concretamente, a la visión del rol que debe cumplir la libertad sindical en dicho ámbito. Conviene, por ello, detenernos brevemente en su justificación y contenido.

La tesis estatutaria fue la respuesta originalmente diseñada por el Derecho a la problemática de la relación de empleo público. Su conformación responde a las demandas de la naciente sociedad capitalista de contar con un marco jurídico y organizativo que haga viable las relaciones de mercado, ofreciendo garantías de certeza y seguridad en la aplicación de la ley. Bajo esta óptica, sólo una organización imparcial y especializada, capaz de asegurar estos mismos atributos de la labor de

sus dependientes, presenta aptitud suficiente para facilitar el despegue de capitalismo.

En esencia, la tesis estatutaria atribuye a la relación de empleo público un carácter instrumental con relación a los intereses públicos estatales. Para la tesis estatutaria, la relación de empleo público entraña un vínculo de subordinación extrema del trabajador al Estado, fundado no en la necesidad de valerse de trabajo ajeno, sino en la extrema relevancia que las funciones estatales (de realización de intereses públicos) asumen para la sociedad en su conjunto. Al «servicio militar» corresponde, en el ámbito de la organización administrativa, un «servicio civil» que incorpora los códigos de disciplina y sujeción propios del ámbito militar. En consecuencia, los intereses estatales se sobreponen radicalmente a los intereses del trabajador<sup>7</sup>.

El rasgo que identifica a la tesis estatutaria es la «rigidez». El concepto de rigidez refiere tanto a la articulación de un régimen especial de constitución y extinción del vínculo laboral (rigidez externa), como al recurso exclusivo y excluyente a las normas estatales para la regulación de la relación de empleo (rigidez interna).

La rigidez externa pretende garantizar la efectividad de ciertos valores, considerados vitales para la buena marcha del aparato estatal. El aseguramiento de iguales oportunidades de acceso a los cargos públicos para todos los ciudadanos y la necesidad de contar con una organización profesional e imparcial –no sometida ni dependiente del poder político- determina, entre otros aspectos, que los canales de ingreso se sujeten a concurso público regido por el principio de mérito (que posibilite el ingreso de los mejores); que el trabajador goce de estabilidad laboral que lo proteja de una manipulación clientelar de su puesto de trabajo; y, que se implemente un sistema de carrera profesional que le garantice los más altos niveles de especialización y profesionalismo. Estos rasgos subsisten formalmente en la

---

<sup>7</sup> Los fundamentos de la tesis estatutaria se construyen previamente al surgimiento de la problemática del trabajo asalariado y a la emanación de las primeras normas laborales de carácter protector, bajo un contexto en que –respondiendo a la distinción entre derecho privado y derecho público determinante en el pensamiento jurídico de la época- se adscribía toda relación en la que intervenía el Estado al derecho administrativo, única disciplina capaz de asegurar la realización de los fines públicos estatales conciliándolos con los intereses privados.

normativa vigente tanto en el Perú como en la mayor parte de los países de Latinoamérica, aunque debe decirse también que su grado de aplicación real ha sido mínimo, sobre todo, desde que la flexibilidad con su ola de contrataciones precarias y despidos masivos alcanzó al sector público.

La rigidez interna también cumplió originalmente una función básicamente garantista, pues el recurso a las normas estatales para la regulación de las condiciones de empleo y los deberes y derechos de las partes, tuvo por finalidad garantizar una regulación igualitaria, unitaria y objetiva, que desterrara cualquier riesgo de arbitrariedad del gobernante en el ejercicio de la actividad laboral del dependiente. Sin embargo, el cumplimiento de esta función sufrió pronto un cambio de orientación al descubrir el Estado lo cómodo que resultaba, en nombre de su condición de poder público, hacer primar su interés de parte empleadora.

En efecto, la rigidez estatutaria interna acabó neutralizando la capacidad del trabajador estatal para negociar, tanto a nivel individual o colectivo, el conjunto de deberes y derechos asumidos en virtud de su prestación de servicios. Con ello, el trabajador quedó adscrito a un régimen preestablecido por ley y reglamento, un monopolio regulador estatal que deriva en la imposición unilateral de las condiciones de empleo. A esta visión excluyente e la negociación y, por ello, altamente limitativa del derecho de libertad sindical se denomina «unilateralismo».

No cabe duda que, como hemos indicado ya, el unilateralismo y la exclusión o limitación de los derechos colectivos, resulta tan provechoso a la posición del Estado-empleador como perjudicial para el dependiente estatal: el unilateralismo otorga prerrogativas exorbitantes del Estado, agudizando el estado de sujeción del trabajador. Por efecto del unilateralismo, los actos de gestión de una relación de empleo, se convierten en expresión del ejercicio de potestades normativas, reservadas por lo general al Gobierno para el desarrollo de competencias asignadas legal o constitucionalmente. El Estado se convierte de este modo en un empleador altamente privilegiado: el único empleador cuyas decisiones de gestión se convierten en leyes o reglamentos que se integran a la jerarquía de fuentes del derecho en un nivel superior al de las normas profesionales; el único empleador con capacidad para modelar, conforme a su concreto interés de parte el marco institucional previsto

para la regulación del trabajo, remunerado y subordinado<sup>8</sup>. Contrariamente al enorme poder desplegado por la organización administrativa, los dependientes estatales tienen negado o severamente limitado el ejercicio del derecho de libertad sindical. La alegada primacía de los intereses públicos descarta toda posible acción colectiva representativa de algún interés sectorial, negando efectividad al principal y casi siempre único canal de expresión de los intereses de los trabajadores.

Este ha sido el modelo predominante en la normativa nacional con anterioridad a la Constitución de 1979. Resulta expresión fiel de esta concepción la Ley 11377, Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, que establecía en su artículo 49° que los empleados públicos, «solo podrán asociarse con fines culturales, deportivos, asistenciales y cooperativos», encontrándose prohibidos de «adoptar la denominación u organización propia de los sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga».

Obsérvese que, bajo el enfoque estatutario, la negación de la dimensión contractual o negocial de la relación de empleo público incide también en muchos otros aspectos. En primer lugar, determina un modo de gestión basado en actos administrativos, esto es, en manifestaciones de voluntad propias a la Administración pública en cuanto poder público institucionalizado, identificándose todo acto de gestión de personal con el ejercicio de funciones administrativas. Ello, a su vez, trae como consecuencia la aplicación de toda una gama de instituciones del derecho administrativo: el procedimiento administrativo como canal de formación de la voluntad de la organización administrativa como empleadora; el necesario tránsito por una vía de impugnación en sede administrativa previa al acceso a los tribunales ordinarios; la aplicación de presunciones como las de veracidad y legalidad acuñadas

---

<sup>8</sup> Debe advertirse además que Estado-empedor, en virtud de sus potestades normativas reglamentarias, accede a la conformación del marco institucional de la relación de empleo transplantando a este escenario su interés de contraparte. Pero no sólo eso, incluso conduce su interés de parte al propio proceso de conformación de las leyes, a través del ejercicio de potestades legislativas delegadas –elaboración de decretos legislativos– que importan el debilitamiento del principio de reserva de ley, generalmente establecido para la regulación de los derechos de los trabajadores públicos; y también a través de su intervención en los procesos de elaboración de las leyes, sea como ente con capacidad de propuesta legislativa o cómo organismo técnico de consulta.

por la doctrina de derecho administrativo con vista exclusiva a la custodia de la organización administrativa en cuanto poder público. Todo ello reafirma la posición de empleador privilegiado del Estado, con manejo efectivo de prerrogativas inusuales al resto de empleadores.

Aunque las legislaciones comparadas de empleo público han ido acogiendo en medida variable ciertas instituciones del derecho del trabajo, no les han atribuido el mismo nivel de efectividad e importancia que tienen en el ámbito privado. Incluso se ha reconocido la libertad sindical de los trabajadores públicos, pero se ha condicionado su ejercicio a las exigencias del Estado. De esta manera, se ha puesto especial cuidado en custodiar las excesivas prerrogativas que el Estado posee como empleador, en particular, su capacidad de imposición unilateral de las condiciones de empleo, justificando dicha acción en la extrema importancia que guarda la realización de los fines estatales y en su primacía respecto de cualquier otro interés individual o sectorial.

Esto justamente es lo que ha ocurrido en nuestro ordenamiento una vez vigente la Constitución de 1979. Aunque esta Carta haya hecho mención expresa a los derechos sindicales de los trabajadores públicos, la normativa legal y reglamentaria ha resultado severamente limitativa y restrictiva contrariando de esta manera el mandato constitucional.

Desde un punto de vista formal, salvo las muy genéricas y escasas menciones a la libertad sindical contenidas en el Decreto Legislativo N° 276, lo sustancial de la regulación de los derechos sindicales se llevó a cabo por norma reglamentaria<sup>9</sup>, contrariándose abiertamente la reserva legal establecida en la Constitución de 1979 para la regulación de los derechos de los servidores públicos. Por otro lado, estas normas legales y reglamentarias, además de ofrecer una drástica limitación

---

<sup>9</sup> El paquete de medidas reglamentarias vino conformado por el Decreto Supremo N° 003-82-PCM, del 22 de enero de 1982, que regula el derecho de los servidores públicos de constituir organizaciones sindicales; el Decreto Supremo N° 026-82-JUS, del 13 de abril de 1982, que complementa diversos aspectos de la norma antes citada; el Decreto Supremo N° 010-83-PCM, que norma la calificación de las paralizaciones colectivas de trabajo del personal. A estos dispositivos se agregó luego el Decreto Supremo N° 070-85-PCM que establece el procedimiento de la negociación bilateral para la determinación de las remuneraciones por costo de vida y por condiciones de trabajo de los trabajadores municipales.

de contenidos (p.e. sólo se admitía la negociación de condiciones de trabajo, posibles de cubrir con recursos existentes), han regulado diversos aspectos del derecho de libertad sindical de modo incompatible con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por el Perú, siendo por ello objeto de observaciones y comentarios por parte de los órganos de control de dicho organismo internacional<sup>10</sup>.

Este panorama normativo no sufrió modificaciones significativas con la vigencia de la Constitución de 1993, aunque durante la década pasada las limitaciones y restricciones se desplazaron al plano práctico, derivando en la casi neutralización absoluta de la actividad sindical en el empleo público.

En suma, afrontamos hoy un panorama normativo que encuadra perfectamente con una nueva versión estatutaria que admite ciertas instituciones laborales, pero eliminando todo contenido que perturbe las ventajas que posee el Estado empleador para imponer condiciones de empleo. Dicho de otro modo, una visión mejorada en aspectos formales poco significativos, pero intacta en cuanto a sus dosis elevadas de autoritarismo y, por ello, altamente restrictiva de la libertad sindical. Lo sorprendente, sin embargo, es que no obstante la abierta inconstitucionalidad de la normativa vigente y la clara contravención de convenios internacionales ratificados, estas normas continúen vigentes al cabo ya de veinte años, sin que ni siquiera los gobiernos democráticamente elegidos hayan emprendido esfuerzos sinceros por revertir tal situación.

---

<sup>10</sup> Una vez producida la aprobación de los mencionados dispositivos, la Federación de Trabajadores Municipales del Perú interpuso una queja contra el Gobierno Peruano ante el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT, alegando que las normas señaladas contenían disposiciones contrarias a los Convenios sobre el derecho de libertad sindical ratificados por el Perú. Realizados los descargos del gobierno, el Comité de Libertad Sindical hizo suyas las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) que en marzo de 1983 había considerado que la prohibición de reelección de miembros de la junta directiva, la exigencia de un número demasiado alto de trabajadores para formar sindicatos y de sindicatos para formar organizaciones de grado superior y la prohibición de los sindicatos de servidores públicos de afiliarse a federaciones que afilien a otras categorías de trabajadores, resultaban contrarios a los artículos 2°, 3°, 5° y 6° del Convenio OIT 87. El Comité agregó, además, que la prohibición de formar sindicatos en reparticiones con un número de trabajadores fluctuante entre los 5 y 20 trabajadores resulta contraria el artículo 2° del mismo instrumento.

El estado de la cuestión parece validar la afirmación de que para el Estado la libertad sindical a lo mucho es predicable –aunque también con limitaciones que no corresponde tratar aquí– en casa ajena (sector privado), pero inadmisibile en casa propia.

#### **4. UN ENFOQUE CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO**

La tesis estatutaria y la versión restrictiva de la libertad sindical que ofrece, han sido materia de reflexión por parte de la doctrina laboral, cuyos aportes han contribuido a desentrañar la verdadera naturaleza de la relación de empleo público y a promover un tratamiento normativo acorde con los preceptos constitucionales y las normas internacionales.

La doctrina laboral advierte que la tesis estatutaria parte de una confusión entre el papel estatal de poder público (conformador y garante del orden jurídico) y su rol de sujeto de derecho. Para la doctrina laboral, en la relación de empleo público el Estado actúa, no como poder público, sino como parte contractual (sujeto de derecho y obligaciones) en una relación jurídica de intercambio de trabajo subordinado por salario. Resulta necesario entonces que, en orden a garantizar la efectividad del Derecho que como poder público emana, se someta a las normas aplicables a tal situación jurídica sin mayores prerrogativas.

Ahora bien, el proclamar que el Estado actúa como parte conlleva también el reconocimiento de la contraparte laboral, de su posición contractual autónoma y, con ello, la presencia de intereses diversos y contradictorios a los del Estado empleador, que deben ser expresados y realizados mediante el ejercicio de los derechos fundamentales laborales y de la libertad sindical.

Ciertamente, reconocer al trabajador como parte en una relación de trabajo subordinado determina no sólo su aceptación como sujeto alcanzado por las normas estatales de protección laboral, sino también su titularidad de los medios de acción colectiva (derechos colectivos), llamados a equiparar su situación de desventaja en la relación de empleo y en la sociedad. Las organizaciones sindicatos de

trabajadores públicos pueden y deben cumplir aquí dos funciones: asumir la difícil labor de contrastar el enorme influjo regulador del Estado-empleador constituyéndose el canal de expresión de la voz colectiva de los trabajadores; y, actuar como auténticos agentes de democratización estatal y social contribuyendo a la realización del principio de eficacia de la actuación administrativa. El despliegue de una labor de fiscalización de la gestión pública, puede contribuir tanto a la eficiencia de la organización administrativa como a la revalorización de la condición del trabajador público como consumidor y destinatario de los servicios públicos estatales, revitalizando de este modo su posición jurídica de trabajador-ciudadano.

Obsérvese que a diferencia de la tesis estatutaria (en la que los principios y derechos laborales son importados, previo análisis de compatibilidad con las prerrogativas derivadas del unilateralismo estatal), en el enfoque laboral la aplicación de los principios y derechos laborales constituye una auténtica exigencia derivada de la realidad material que subyace a la relación jurídica. Se trata, para la doctrina laboral, de un intercambio trabajo por salario, esto es, de una relación definida en lo que atañe al Estado por su interés de valerse de servicios ajenos, y en lo que respecta al trabajador por su interés de realización personal a través del trabajo. La finalidad perseguida por el Estado como poder público o la incidencia de la actividad laboral del dependiente en el conjunto de la ciudadanía, si bien son factores a considerar, no definen la naturaleza jurídica de la relación de empleo. Por el contrario, es la realidad material del trabajo subordinado lo que define la naturaleza de la relación jurídica y su régimen normativo, imponiendo un modo de gestión democrático (y no unilateral ni autoritario), basado en el pleno respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores públicos y en el ejercicio efectivo de sus derechos sindicales.

Anótese que los argumentos de la doctrina laboral, no conducen a formular un tratamiento completo y uniforme a cargo del derecho del trabajo. Se rescata la existencia de diferencias importantes que obstarían a la regulación de la relación de empleo público por el íntegro de la normativa que regula el trabajo en el ámbito privado y que determinarían la conformación de un contrato especial dentro de una normativa genérica de derecho laboral (Derecho General del Trabajo). En particular, se enfatiza lo funcional que resulta la rigidez externa estatutaria para la

custodia de determinados valores de necesaria implantación social (profesionalismo, no prácticas clientelares, igualdad de oportunidades de acceso a cargos públicos), y se acepta que sus expresiones inciden sobre la relación de empleo, configurando algunas particularidades que deben ser sometidas a normas especiales. Ello, sin embargo, no desconoce la naturaleza laboral de la relación jurídica ni la aplicación de los principios laborales.

Como ya podrá advertirse, los términos en los que se define el régimen jurídico de la relación de empleo público no son sólo un aspecto de relevancia teórica; por el contrario, los efectos prácticos de tal determinación son múltiples e importantes. Por ejemplo, contribuyen a definir la existencia de la propia relación jurídica que, en el caso del enfoque laboral, dependerá de la sola presencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo; y, en el caso del enfoque estatutario, se verificará sólo una vez expresada la voluntad de la Administración de «nombrar» al trabajador. De igual modo, la resolución del tema permite establecer las normas aplicables que, en el caso del enfoque laboral serán tanto estatales como convencionales (dando cabida a. la acción de gobierno de los sujetos colectivos respecto de la relación de empleo y al convenio colectivo como norma de la profesión) y en el enfoque estatutario sólo estatales (legales y reglamentarias). Por último, el tema también incide en la jurisdicción, que será laboral o administrativa dependiendo de la opción adoptada. La enorme incidencia práctica de esta definición requiere, pues, de una determinación precisa del modo cómo articulan ambas perspectivas.

Bajo nuestra perspectiva, esta determinación debe considerar que, tal como lo ha puesto de manifiesto la doctrina laboral, en la relación de empleo público el Estado satisface un interés de proveerse de servicios personales ajenos en régimen de subordinación. Se trata, claramente, de una relación jurídica en la que concurren los elementos esenciales que conforman un contrato de trabajo y en la que el Estado actúa como parte empleadora y no como poder público. Por tanto, la naturaleza laboral de la relación jurídica y la aplicación de la normativa y los principios laborales resulta un hecho inevitable.

Ello, por supuesto, no implica afirmar que se trata de un contrato de trabajo cualquiera. La relación de empleo público presenta particularidades definidas en

función a la especificidad de las labores desarrolladas y a su conexión mediata con ciertos intereses públicos que definen la conformación de un «contrato laboral especial», vale decir, una regulación laboral (de naturaleza laboral y objeto del derecho del trabajo) que atienda a un ejercicio modalizado de algunos derechos laborales, armonizándolos con la realización de ciertos intereses públicos a cautelar.

Se deriva de esta afirmación un postulado elemental: dado que partimos de una igualdad material en ambas relaciones, la definición del contenido de la regulación que atienda a la especialidad del contrato debe realizarse previa determinación precisa de los segmentos de la relación auténticamente influidos por un interés público. Sólo en tanto estos factores se proyecten sobre la relación de empleo, resultará aceptable la modalización de algunos derechos. Por ejemplo, ¿podría ser libre la contratación en la Administración pública? No, porque es de interés público que se contrate a los más capaces y que, para ello, se implementen criterios de mérito en procesos de selección públicos y abiertos. ¿Es admisible el despido sin causa justa? No, porque es de interés público desterrar todo elemento que abone a la realización de eventuales prácticas clientelares y manipuladoras de los puestos de trabajo.

Ahora bien, sobre aspectos como los señalados podría realizarse otra segunda labor de armonización, consistente en la definición precisa de la intensidad con la que opera la particularización sobre determinada faceta de la relación de empleo o sobre determinados sujetos. Debe quedar claro, por ejemplo, que la incidencia de un interés público o ciudadano no opera la exclusión absoluta de una materia de las reglas laborales o determina la imposición de particularidades para todos los sujetos implicados en su desarrollo. Por lo general, no todo el conjunto de facultades que dan cuerpo a una institución laboral resultan instrumentales a los fines públicos, al punto que deba excluirse completamente la aplicación de las reglas laborales o modalizarse su ejercicio. La rigidez externa, que materializa la necesidad de cautela de un interés público en materia de mecanismos de acceso y extinción demuestra que, sobre bases laborales, puede conformarse un sistema de cautela de determinados intereses públicos que no redunde en una limitación de derechos fundamentales sino, por el contrario, en un plus de protección laboral.

Y ¿qué podría suceder con los aspectos de la relación de empleo sobre los que no se proyecta ningún interés público o ciudadano? Claro está que por imposición del principio de igualdad estos aspectos deben regirse por la normativa laboral común. ¿Acaso el nombramiento como acto unilateral que constituye la relación laboral se justifica en algún interés público o ciudadano? ¿Puede decirse que la necesidad de fijar por ley los derechos de los trabajadores públicos determina un monopolio estatal para la regulación de los mismos o la fijación de limitaciones a la libertad sindical y la negociación colectiva? ¿Los fines públicos neutralizan siempre y en todos los casos intereses particulares o sectoriales? Definitivamente, la negación de la dimensión contractual de la relación de empleo, las limitaciones de la libertad sindical, la negación o represión de todo interés propio y contradictorio de los trabajadores frente al Estado, no realizan ningún interés público o ciudadano y, por el contrario, perfilan un contexto de negación de derechos fundamentales que denota la vigencia de concepciones autoritarias. Aceptar el establecimiento de una regulación diferenciada en estos aspectos importaría una abierta vulneración al principio de igualdad y la negación de la dignificación del hombre a través del trabajo; implicaría aceptar que del empleo público importa sólo lo que interesa al Estado.

El razonamiento que exponemos encuentra respaldo además en contundentes elementos fácticos y formales.

Es reconocido que desde hace mucho tiempo y en múltiples lugares los trabajadores estatales ejercen su libertad sindical, al margen de las limitaciones y restricciones legales e, incluso, logran resultados importantes. De esta práctica recurrida desprende claramente una autoconcepción de «contraparte» por los trabajadores, en la que el empleo público es visto fundamentalmente como un medio de subsistencia. De igual modo, y más allá de formulaciones teóricas, en la práctica cotidiana el Estado demuestra actuar con la racionalidad propia a cualquier empleador: ejerce sus poderes y potestades para imponer condiciones y para reforzar sus prerrogativas; reclama gobernar la relación de empleo en forma exclusiva y excluyente, no porque esté convencido de su condición de poder público, sino porque así realiza del mejor modo sus objetivos como empleador. De la misma manera que los empresarios llaman la atención sobre los efectos de ciertas normas

laborales en la inversión y la competitividad y hacen uso de su capacidad de influencia en la economía nacional para realizar sus fines; el Estado tiende a aprovechar su condición de poder público para legitimar sus medidas de gestión laboral ante la sociedad.

Por lo demás, ya desde una perspectiva formal, la primacía de derechos laborales fundamentales en todo texto constitucional<sup>11</sup> y el tratamiento de «trabajadores» que constituciones como la nuestra otorgan a los dependientes estatales, son aspectos que contundentemente reafirman la naturaleza laboral de la relación de empleo y la titularidad por los trabajadores públicos de los derechos fundamentales laborales<sup>12</sup>. Frente a ello, el «buen funcionamiento del Estado» no conforma una razón suficiente para desconocer la naturaleza laboral de la relación de empleo público y excluir a los trabajadores estatales de la titularidad o ejercicio pleno de los derechos básicos que realizan su dignidad en el trabajo. Por el contrario, el Estado sólo funciona bien cuando promueve, tanto fuera como dentro de la Administración pública, el respeto y la efectividad de estos derechos.

## **5. LA LIBERTAD SINDICAL EN EL EMPLEO PÚBLICO PERUANO Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

El reconocimiento de la libertad sindical de los trabajadores públicos ha significado, como señala Sala Franco, un claro signo de evolución en la concepción de la naturaleza jurídica de la relación de empleo público, que rompe los moldes estatutarios y obliga una reformulación en clave social de los postulados que la han

---

<sup>11</sup> Refiero con esto a una línea argumental que, con base en el hecho innegable que la persona humana y la realización de su dignidad son el fin primordial de la sociedad y el Estado, señala que los aspectos orgánicos previstos en el texto constitucional son meramente instrumentales al objetivo central de respeto de la dignidad humana. Resulta inadmisibles, por tanto, neutralizar la efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores (que contribuyen a la realización de su dignidad en el trabajo), basados en la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del aparato estatal.

<sup>12</sup> El artículo 39° de la Constitución de 1993 emplea el término «trabajadores» para denominar a los dependientes estatales, lo que hace inevitable atribuirles la titularidad de los derechos fundamentales previstos para los trabajadores en el texto constitucional. Esto, por sí sólo, resta cualquier sustento a las posturas que señalan que los trabajadores públicos son sujetos de una relación jurídica de derecho administrativo.

venido gobernando<sup>13</sup>. Lejos de resultar disfuncional al sistema, la libertad sindical de los trabajadores públicos puede desplegar una importante función democratizadora al interior y exterior del aparato estatal.

En el ámbito interno, vale decir, en el concreto espacio de la organización administrativa, la libertad sindical puede cumplir dos funciones básicas. En primer lugar, opone el interés diverso y contradictorio que ostentan los trabajadores públicos, desarrollando una triple función equilibradora, compositiva y normativa del conflicto subyacente a toda relación de trabajo. Es acertado afirmar que la libertad sindical no genera el conflicto, por el contrario, a través de la actividad sindical y de la negociación colectiva se expresa y procesa un conflicto inherente a toda relación de trabajo, armonizando y haciendo efectivas de este modo las libertades fundamentales de los trabajadores y la continuidad de los servicios públicos.

En segundo lugar, la libertad sindical puede contribuir a la realización del principio de eficacia de la organización administrativa. Ello, porque la eficacia de la organización administrativa no se mide enteramente en función a los resultados de la gestión, sino sobre todo en base al recurso de técnicas participativas y democratizadoras que se integran en el diagnóstico de los niveles de eficacia y que se convierten en presupuesto y requisito indispensable para su consecución. De acuerdo a los lineamientos constitucionales, la prestación de servicios públicos que realiza la organización administrativa, por más efectiva que pueda resultar, no puede obviar las demandas de participación y, por ello, tampoco puede sustentarse en una técnica unilateral que afirme la exclusiva voluntad estatal negando la de los restantes actores sociales. La eficacia de la organización administrativa exige no solo niveles sostenidos de cobertura a las demandas sociales, sino también un marco participativo que actúe como elemento revelador de las reales demandas sociales y ejerza una labor fiscalizadora interna y externa de la actuación

---

<sup>13</sup> Señala Sala Franco que «el nacimiento del sindicalismo entre los empleados públicos no es más que la progresiva toma de conciencia por parte de éstos de la existencia de una diversidad de intereses respecto de la Administración Pública, es decir, de un interés profesional que defender». Ello supone para el citado autor el resquebrajamiento de la lógica que negaba a los empleados públicos toda postura reivindicativa a nivel individual y colectivo, bajo el principio de que «nadie puede ir contra sí mismo». SALA FRANCO, Tomás. *La Libertad Sindical de los Empleados Públicos*. Sevilla: Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla, 1972. pp. 52-56.

administrativa<sup>14</sup>. En tal sentido, la necesidad de articular un modelo democrático con ejercicio pleno de los derechos colectivos no constituye sólo un tema de método; por el contrario, como señala Ortega, es un requisito indispensable para la actuación eficaz de la organización administrativa y un asunto de directo interés para los propios trabajadores, destinatarios más frecuentes de los servicios públicos estatales.

En el ámbito externo, la libertad sindical trasciende a los espacios productivos conjugando el interés de la categoría con el conjunto de instancias sociopolíticas. La libertad sindical no sólo resulta funcional al marco concreto en el que se desarrollan las relaciones de empleo, sino más todavía al sistema en su conjunto al producir la legitimación de la propia categoría de trabajadores y de sus intereses, insertándolos dentro de los cauces institucionales establecidos para el conjunto de la sociedad. En otros términos, la libertad sindical permite a los trabajadores asumir un auténtico rol institucional a través del cual se define el carácter democrático del sistema.

La libertad sindical de los trabajadores públicos tiene como temprana fuente de reconocimiento al Convenio OIT 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948), cuyo texto consagra el derecho a los trabajadores «sin ninguna distinción» a constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes y establece además como únicas limitaciones admisibles las que cada legislación nacional señale para los miembros de las fuerzas armadas y la policía. No obstante ello, con posterioridad el Convenio OIT 98, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, estableció expresamente en su artículo 6° que «el presente Convenio no trata la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado». La lectura de esta última disposición condujo a algún sector de la doctrina a considerar excluidos del alcance del Convenio OIT 98 a la totalidad o gran parte de las personas empleadas en la Administración Pública<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Ortega apunta en este sentido que el ejercicio de los derechos sindicales «revierte en una función de democratización de la burocracia, además actúa como elemento de clarificación y responsabilización de las acciones del poder gubernamental y de los propios funcionarios». ORTEGA ALVAREZ, Luis. Los derechos sindicales de los funcionarios públicos. Madrid: Tecnos, 1983. pp. 22-24.

<sup>15</sup> En nuestro medio, una postura similar puede verse en el trabajo de AMPRIMO PLA, Natale. Temas de Derecho Laboral Municipal. En: Temas Municipales. Lima: Gaceta Jurídica, 1998. p. 114.

Sin embargo, frente a esta posible interpretación, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) fue categórica al señalar que ya desde los trabajos preparatorios del Convenio OIT 87 se preveía la consagración del derecho de libertad sindical para los trabajadores públicos y privados, resultando injustificada cualquier distinción «puesto que unos y otros deben tener la posibilidad de asegurar mediante la organización, la defensa de sus intereses»<sup>16</sup>. En virtud de ello, y sin dejar de reconocer las dificultades planteadas por las distintas denominaciones que reciben las personas empleadas en la Administración pública, la Comisión señaló que la exclusión establecida por el artículo 6º del Convenio OIT 98 debía ser interpretada en forma restrictiva, operando únicamente respecto de los funcionarios «que cumplen actividades propias de la administración del Estado». Lógicamente, esto implicaba limitar la exclusión a aquellos trabajadores cuya labor comprende el desarrollo de funciones de dirección o la emanación de actos de autoridad, siendo alcanzados por las disposiciones del Convenio los funcionarios de categoría diversa que desarrollan labores auxiliares, así como aquellos dependientes estatales de las empresas públicas e instituciones autónomas<sup>17</sup>.

Cabe agregar que nuestro país también ha ratificado el Convenio OIT 151, sobre relaciones de trabajo en la administración público. En este convenio se trata de modo particular el ejercicio del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos y se hace mención expresa a la negociación colectiva como mecanismo preferente para la determinación de las condiciones de empleo<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> OIT. Estudio general sobre la libertad sindical y la negociación colectiva. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994. Párrafo 48.

<sup>17</sup> OZAKI, Muneto. Relaciones de trabajo en la administración pública. En: Revista Internacional del Trabajo, número 3, Ginebra: OIT, 1984. p. 306.

<sup>18</sup> El artículo 7 del Convenio OIT 151 señala textualmente que «deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

Lo importante hasta aquí es dejar claro dos aspectos de suma relevancia. En primer lugar, el carácter universal del derecho a la libertad sindical, derivado – según los propios convenios internacionales- de la necesidad de articular canales de representación de los intereses de los trabajadores al margen de la naturaleza o los fines del empleador. En segundo lugar, el pleno disfrute material del derecho de la gran masa de trabajadores públicos que no ejerce funciones de autoridad, lo que incluye el alcance de las medidas de protección del ejercicio de la libertad sindical frente al empleador y la negociación colectiva, ambas derivadas de la aplicación del Convenio OIT 98 y del Convenio OIT 151.

En lo que corresponde al ámbito personal, los Convenios de la OIT admiten limitaciones al derecho de libertad sindical únicamente para los miembros de las fuerzas armadas y la policía, radicando el fundamento de tal limitación en el carácter jerarquizado de la estructura militar y siempre que las limitaciones se enfoquen en sentido restrictivo<sup>19</sup>. Asimismo, no se considera contraria a los convenios la exclusión de los funcionarios que emanan actos de autoridad, en virtud a lo señalado en el ya comentado Convenio OIT 98. En concordancia con estas limitaciones admitidas, nuestra normativa constitucional excluye desde 1979 a todos estas categorías de funcionarios del derecho de libertad sindical. Por su parte, en cuanto al contenido del derecho material del derecho, las mencionadas normas internacionales y la jurisprudencia de sus órganos de control admiten que se excluya del abanico de materias negociales a los actos de imperio del Estado, y también consideran aceptable que el tratamiento de ciertos aspectos vinculados al presupuesto público tengan un trato normativo particular que armonice con las competencias atribuidas al parlamento en esta materia.

Obsérvese, con referencia a las limitaciones materiales, que los convenios internacionales no niegan la negociación colectiva de los trabajadores públicos<sup>20</sup> y

---

<sup>19</sup> Ver los párrafos 219° a 222° en: OIT. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: OIT, 1996. pp. 50-51.

<sup>20</sup> El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado por que «es imperativo que la legislación reconozca explícita y claramente a través de disposiciones particulares el derecho de las organizaciones de empleados y funcionarios públicos que no ejerzan actividades propias de la Administración del Estado de concluir convenciones colectivas». OIT. La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: OIT, 1996. pp. 174.

tampoco excluyen de plano la materia salarial de la negociación<sup>21</sup>. Por el contrario, no obstante el Convenio OIT 151 considera admisibles mecanismos de consulta para el tratamiento de temas presupuestales, los órganos de control han sido enfáticos al establecer una preferencia por la negociación colectiva.

Ahora bien, en nuestro caso la opción por un sistema negocial o por un sistema flexible de consulta no queda librada enteramente a la voluntad del legislador. Por una parte, nuestra Constitución consagra en su artículo 28° el derecho de negociación colectiva de los trabajadores, entre ellos, los trabajadores públicos, lo que conlleva un desarrollo normativo armónico con tal precepto. Por otra parte, la tradicional y ahora creciente negociación colectiva salarial de facto llevada a cabo por importante grupos de trabajadores públicos (maestros, trabajadores de la salud, trabajadores municipales, funcionarios del poder judicial, sólo por mencionar sólo algunos casos), convertiría automáticamente toda norma que niegue la negociación salarial en auténtica «letra muerta». Esto nos lleva a concluir que la flexibilidad en el tratamiento de aspectos vinculados al presupuesto público, en nuestro caso, debe ser entendida como la posibilidad de fijar una normativa particular que racionalice el procedimiento negociador—sobre todo salarial— haciéndolo compatible en cuanto a niveles y plazos con la dinámica presupuestal. Los propios órganos de control de la OIT ya se han pronunciado por la plena compatibilidad con sus convenios de «disposiciones legislativas que habiliten al parlamento o al órgano competente en materias presupuestarias para fijar un «abanico salarial» que sirva de base a las negociaciones,

---

<sup>21</sup> A modo ilustrativo, el Estudio General sobre libertad sindical y negociación colectiva (1994) indica en su numeral 262 lo siguiente: «La situación en el ámbito de la administración pública está regulada específicamente por el Convenio (núm. 151) y la Recomendación (núm. 159) sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978, en términos análogos a las disposiciones contenidas en el Convenio núm. 98. Ahora bien, el artículo 7 del Convenio núm. 151 admite una cierta flexibilidad en la elección de las modalidades de determinación de las condiciones de empleo en la administración pública, dado que prevé el desarrollo de procedimientos que permitan la negociación de las condiciones de empleo entre las autoridades públicas y las organizaciones interesadas, o de «cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones». Como se ha señalado anteriormente, si bien el artículo 6 del Convenio núm. 98 permite que se excluya de su campo de aplicación a los funcionarios públicos empleados en la administración del Estado, las demás categorías de trabajadores deben poder disfrutar de las garantías previstas por dicho Convenio y, por consiguiente, negociar colectivamente sus condiciones de empleo, y en particular sus condiciones salariales». OIT: Libertad sindical y negociación colectiva. Ginebra: OIT, 1994. pp. 125-126.

o establecer una «asignación» presupuestaria global fija en cuyo marco las partes puedan negociar las cláusulas de índole pecuniaria»<sup>22</sup>.

Interesa resaltar, ya a modo de respuesta a una de las interrogantes formuladas al inicio de este trabajo que, más allá de estas particularidades admitidas para la negociación colectiva en cuestiones presupuestales, las normas internacionales sugieren la entera viabilidad y coherencia de un tratamiento homogéneo en cuanto refiere a sindicación y huelga para trabajadores privados y públicos.

Como no podía ser de otra forma, el Tribunal Constitucional ha reafirmado todo lo señalado en la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad promovida por Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley Marco del Empleo Público. En esta sentencia, el TC ha señalado con contundencia lo siguiente: i) el marco constitucional del régimen del trabajo, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo (fundamento 17); ii) la Constitución reconoce en su artículo 42° el derecho de sindicación de los servidores públicos y, en consecuencia, las organizaciones sindicales de los servidores públicos son titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42°, esto es, los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (fundamento 52). Bajo nuestra óptica, el TC ratifica que la naturaleza pública o privada del empleador no desvirtúa la aplicación de las disposiciones constitucionales sobre el trabajo y que los trabajadores públicos tienen reconocidos sus derechos sindicales, incluido el de negociación colectiva, de fuente constitucional. Lo señalado resulta en extremo relevante ya que descarta de plano nociones autoritarias que desconocen el sustrato laboral de la relación de empleo público (sostenida más de una vez por las autoridades gubernamentales) o que proponen limitaciones al contenido esencial de los derechos sindicales.

---

<sup>22</sup> OIT. La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1996. pp. 194.

## **6. LAS EVIDENCIAS DE UNA TENDENCIA AL AUTORITARISMO**

Desde que en el mes de febrero de 2004 se aprobara y publicara la Ley 27815, Ley Marco del Empleo Público, y se anunciara la emisión de futuras normas de desarrollo, alguna esperanza de reformulación de la relación de empleo público en clave democratizadora pudo vislumbrarse. Más aún, cuando en su texto la Ley Marco hacía mención expresa a la necesidad de propugnar una Administración pública basada en el respeto de derechos fundamentales y el principio democrático, o cuando en el mismo sentido incorporaba expresamente al convenio colectivo dentro de las fuentes del derecho en la relación de empleo público. Sin embargo, sorprendía al mismo tiempo la enumeración exhaustiva de deberes y la escueta mención a los derechos de los trabajadores públicos, la inexistente mención a la libertad sindical o la huelga, o la ya perfilada tendencia a dar un trato diferenciado a todos los aspectos de la relación de empleo público, contrariando ello el principio de igualdad. Las dudas en materia de libertad sindical se disiparon cuando el ejecutivo elevó al Congreso de la República el primer proyecto de ley de carrera pública, cuyo contenido plasmaba la propuesta de regulación de la libertad sindical de los trabajadores públicos.

Este primer proyecto proponía un modelo con muy pocas variaciones comparado con la normativa vigente. Es más, en términos prácticos conforma una propuesta de mayor propensión al autoritarismo y a las prácticas antisindicales, desde que deriva a normas reglamentarias la regulación de la sindicación y la huelga de los trabajadores públicos. Con esta previsión, que al igual que la normativa vigente contraría la reserva legal establecida constitucionalmente para la regulación de los derechos de los trabajadores públicos, se desplaza hacia el propio empleador la conformación del marco institucional para el ejercicio del derecho de libertad sindical, lo que sin duda resulta en extremo agravante para la efectividad de un derecho fundamental laboral. Asimismo, se advierte desde ya con esta desplazamiento de la materia a normas reglamentarias, la conformación de un trato normativo diferenciado en materia de sindicación y huelga, carente de toda justificación y, por ello, contrario al principio de igualdad.

Es reveladora, por otro lado, la regulación del derecho de negociación colectiva, cuyo modelo no dista en líneas generales de la regulación vigente. Mencionamos a continuación sólo tres aspectos que consideramos de importancia. En primer lugar, aunque en términos nada precisos y de espaldas a la realidad de negociación salarial en nuestro medio, el proyecto pretende excluir de la negociación colectiva el tema salarial. En segundo lugar, el proyecto propone la exclusión de la negociación colectiva (y su sometimiento a determinación unilateral) de aspectos desvinculados del presupuesto público pero estrechamente relacionados con lo que, en terminología de los órganos de control de la OIT, constituyen típicas condiciones de empleo, que en virtud de tal naturaleza deberían incorporarse dentro del abanico de materias negociales<sup>23</sup>. En tercer lugar, se configura un procedimiento negocial que prevé la «aprobación» por parte de la entidad pública negociadora de la generalidad de los convenios colectivos. Esto último, además de negar el carácter directamente «vinculante» que nuestra Constitución otorga al convenio colectivo, conforma un virtual sistema de aprobación administrativa de convenios colectivos, contrario a lo prescrito por los órganos de control de la OIT.

Estas primeras propuestas han transitado un largo y, al parecer inacabable, itinerario. Desde el 2004 hasta la fecha la propuesta ha variado y los cinco proyectos de ley previstos por la Ley Marco se han refundido en un solo texto, cuyo contenido ha sido objeto de marchas y contramarchas. El más reciente proyecto tramitado ya en esta legislatura enmienda algunos de los aspectos objetados líneas arriba y así, por ejemplo, deriva la regulación de la sindicación y la huelga a la Ley (entendemos a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) y conforma un sistema de negociación colectiva de las condiciones de empleo pasibles de ser atendidas con recursos presupuestales y un procedimiento de consulta de la unidad de referencia remunerativa en el empleo público. Aunque en algunos extremos el procedimiento de negociación impone cargas que podrían dificultar la negociación a las organizaciones sindicales (y que, por ello, podrían ser objetadas por los órganos de control de la OIT), la propuesta sometida a discusión en esta legislatura ofrece evidentes avances con relación a la propuesta del ejecutivo del año 2004. Cabe hacer mención, por último, la inexplicable negativa manifestada por los propulsores

---

<sup>23</sup> Es el caso de la muy genérica mención a «decisiones que limiten, afecten o restrinjan las potestades de dirección y control que sobre el empleo corresponden a la entidad».

del proyecto de Ley General del Empleo Público a someter su contenido a las instancias de dialogo social previstas ya institucionalmente en el Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo o, por lo menos, a un mecanismo de participación de las organizaciones de trabajadores públicos. Recordemos que el hecho que las normas ahora vigentes fueran concebidas exclusivamente desde el ejecutivo, sin participación alguna de las organizaciones de trabajadores públicos, motivó en su momento un abierto y generalizado rechazo a éstos dispositivos, similar al que hoy retrasa la aprobación de los proyectos de desarrollo de la Ley Marco. Al parecer, esta historia podría repetirse de no producirse un viraje en el rumbo que abra paso al dialogo social en esta materia.

Como puede verse, en materia de empleo público nos encontramos distantes aún de una concepción democrática de la gestión de los espacios productivos. El marco normativo vigente y las recientes medidas impulsadas por el Ejecutivo parecen dar cuenta de una tendencia uniforme y clara por mantener las limitaciones al derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos, con las consecuencias negativas que ello genera para el proceso de democratización de la sociedad y el Estado: libertad sindical en casa ajena pero no en casa propia.

# CONCURSO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN

III Congreso Nacional  
de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social

Arequipa; 1, 2 y 3 de noviembre de 2006

*Ensayos premiados y menciones honrosas, en orden de mérito*

# El daño moral como consecuencia del despido discriminatorio

*Alicia Carolina Jiménez Llerena*

Adjunta de docencia del curso de Derecho Laboral Especial dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

La infracción al principio de igualdad y el mandato de no discriminación a través del despido, ha merecido una atención especial a través de la institución del despido nulo.

En el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) y normas conexas se ha previsto una serie de supuestos que como se pretende demostrar en el presente trabajo constituyen actos de discriminación en el empleo. No obstante, debe tenerse presente que tales supuestos no agotan los casos de discriminación que pueden fundamentar el despido.

La discriminación afecta a las personas que son víctimas de un trato diferenciado en razón a motivos arbitrarios, pudiendo causar en ellas un daño moral, entendido como un daño psíquico y emocional en el ser. A partir de ello, el presente trabajo pretende demostrar que cabe indemnizar a los trabajadores víctimas de actos discriminatorios, por el daño moral ocasionado como consecuencia del despido, sin perjuicio de las formas reparatorias previstas en la ley, esto la reposición en el empleo o el pago de la indemnización correspondiente, además del abono de los salarios caídos. Nuestro objeto de estudio se ha centrado en la reparación del daño moral por despido nulo, por lo que no debe sorprender al lector que no se haya analizado la procedencia de esta reparación en los casos de despido arbitrario.

Reconocemos que la procedencia de la indemnización por daño moral es un tema merece gran amplitud, sobre todo desde la perspectiva del Derecho Civil. No obstante, nos hemos visto obligados a tratar los aspectos centrales del mismo, mereciendo mayores comentarios los relacionados con el Derecho del Trabajo.

El presente trabajo se inicia con una exposición del tema general del despido y su tratamiento legislativo, para ir centrándose de manera progresiva en la forma de reparación y finalmente en la procedencia de la reparación del daño moral.

En nuestro país, el tema propuesto no ha sido abordado, por lo que las fuentes utilizadas en torno al tema central, han provenido de experiencias comparadas, especialmente en países como Uruguay y Argentina. La jurisprudencia nacional no ha abordado el tema de fondo. Atribuimos este hecho a la falta de una norma expresa que determine la competencia jurisdiccional frente a este tema.

Confiamos en que la determinación de la competencia en esta materia creará un incentivo a los trabajadores para interponer esta clase de reclamos, dando así oportunidad a los Tribunales a pronunciarse sobre el particular.

## **2. APUNTES SOBRE EL DESPIDO DISCRIMINATORIO**

### **2.1. La protección frente al despido en el ordenamiento peruano**

La extinción de la relación laboral constituye por su relevancia social y sus implicaciones en el ámbito de la vida cotidiana del trabajador, uno de los temas más controversiales y que mayor atención merece en el Derecho del Trabajo<sup>1</sup>. En efecto, no son pocas las reflexiones doctrinarias y jurisprudenciales que ha merecido este tema, además de la regulación normativa con la que cuenta de forma específica.

La forma de extinción del contrato de trabajo más controversial es sin duda alguna, el despido. Ello se debe a que, la relación jurídica individual del trabajo posee características que le son propias y que, la distingue de cualquier otra

---

<sup>1</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el Derecho Laboral Peruano. Lima; Ara, 2002. p. 31.

relación jurídica no laboral. El motivo de la diferencia radica fundamentalmente en la asimetría de las partes que la conforman, que ubica al trabajador en un plano menos favorable que al empleador, situación que resulta a consecuencia de las condiciones técnicas, económicas y jurídicas de cada uno de ellos. Por ende, cuando es el empleador -la parte más fuerte dentro del contrato- quien decide la extinción del vínculo laboral, se pone énfasis en su análisis.

Ahora bien, la forma de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador más representativa es el despido. La trascendencia del despido radica en la contraposición de intereses de las partes que conforman la relación laboral, pues de un lado, se pretende la conservación del empleo y el salario como medio de subsistencia del trabajador<sup>2</sup>, mientras de otro se promueve la supervivencia de la empresa en tanto fuente de empleo.

Advirtiendo esta situación, existe una tendencia generalizada de los ordenamientos laborales a limitar la voluntad del empleador para resolver el contrato de trabajo, constituyendo un mecanismo de protección a la parte débil de la relación laboral. Estas limitaciones se dan a través de los regímenes de estabilidad laboral, en virtud de los cuales se atribuye determinados efectos al despido.

La estabilidad laboral es el derecho que garantiza al trabajador la conservación de su empleo frente al despido injustificado, la misma que puede ser más o menos intensa según se permita al trabajador la reposición en su puesto de trabajo o se le otorgue una indemnización por el daño causado. En el primer caso estaremos frente a la estabilidad laboral absoluta y en el segundo de estabilidad laboral relativa. Como se expondrá a continuación, en nuestro país, están presentes estos dos regímenes de estabilidad laboral.

La estabilidad laboral absoluta está contemplada para los supuestos previstos en el artículo 29° de la LPCL, los cuales son la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales, la candidatura o actuación como representante de los trabajadores, la presentación de una queja o la participación en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, el embarazo

---

<sup>2</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p. 27.

y la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o por padecer del VIH/SIDA<sup>3</sup>.

Al corresponder al régimen de estabilidad laboral absoluta, la resolución declarada por el empleador que se funde en las causales descritas, es ineficaz y por lo tanto no produce efectos jurídicos válidos.

La nulidad, como nos recuerda Baylos<sup>4</sup>, es la consecuencia obligada de que a ciertos actos especialmente nocivos se le imponga la eliminación de estos del ordenamiento jurídico y al remoción de sus efectos.

En estos casos la actuación ilícita del empleador alcanza las más altas cuotas de desvalor social, lo que implica que el despido carezca de validez y no pueda producir efectos, de manera que es incapaz de rescindir la relación laboral<sup>5</sup>. Se dice entonces que la nulidad constituye una característica garantista, que se activa frente a la vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

Ante ésta situación, el trabajador puede solicitar en un proceso judicial que se declare la nulidad del despido y como consecuencia de ello, ser repuesto en su puesto de trabajo o si lo prefiere, optar por una indemnización tarifada. No obstante, cualquiera sea la opción elegida por el trabajador, éste recibirá también las remuneraciones correspondientes al periodo comprendido entre la fecha del despido y la de reposición.

Por otro lado, la estabilidad laboral relativa está prevista de forma excluyente para todos los demás supuestos de despido injustificado. Es decir, aquellos que careciendo de causa justa, no tengan como motivo uno de los supuestos del artículo 29° de la LCPL o que no fueron realizados conforme al procedimiento previsto en

---

<sup>3</sup> Artículo 6° de la Ley N° 26626 que adiciona una califica también como nulo al despido que tiene como causa la discriminación por ser portador del VIH/SIDA. Adicionalmente, el artículo 31° de la Ley N° 27050 precisa que el despido también es nulo cuando tiene como causa la discriminación de una persona discapacitada.

<sup>4</sup> BAYLOS GRAU, Antonio. El despido individual. Lima: Ara, 1987. p. 67

<sup>5</sup> Ibid. p. 48

la ley para proceder al despido. El despido arbitrario, a diferencia del despido nulo es un acto eficaz, que no impide que el empleador cumpla su cometido y extinga la relación laboral, imponiéndose únicamente el pago de una indemnización tarifada a favor de trabajador<sup>6</sup>.

Para que el despido carezca de cuestionamientos, y no se enfrente a cualesquiera de las consecuencias previstas en nuestro ordenamiento, sea que se trate de un despido nulo o arbitrario, se requiere la existencia de una causalidad, la misma que debe estar debidamente comprobada y contemplada en la ley, y vinculada con la capacidad o con la conducta del trabajador, o de ser el caso por causas objetivas que imposibiliten al empleador continuar con el vínculo laboral<sup>7</sup>, actuando de esta forma como supuesto habilitante o legitimador para que la voluntad del empleador se válida y eficaz.

En claro entonces que, frente a la inexistencia de la causa justa o la falta de expresión de ella, el ordenamiento reacciona deslegitimando al despido y calificando, en la generalidad de los casos, como arbitrario. Sin embargo, como ya se ha mencionado de forma excepcional, la Ley admite la reposición en el empleo cuando el trabajador demuestre que el despido está fundado en los motivos prohibidos enumerados en el artículo 29° de la LPCL<sup>8</sup>.

Como puede observarse, la protección contra el despido que otorga nuestro ordenamiento, se erige a partir de las dos clasificaciones de despido contempladas en la LPCL a las que corresponde un régimen de estabilidad laboral determinado. La primera se construye frente al despido arbitrario ante el cual cabe únicamente

---

<sup>6</sup> VAZQUEZ VIALARD, Antonio. La responsabilidad en el derecho del trabajo. Buenos Aires: Astrea, 1988. p. 627.

<sup>7</sup> Artículo 22° de la LPCL: Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

<sup>8</sup> En adelante, al referirnos a los supuestos de despido nulo contemplados en el artículo 29° de la LPCL entiéndanse incluidas las disposiciones relativas al despido por discapacidad y VIH/SIDA.

el pago de una indemnización tasada (estabilidad relativa)<sup>9</sup>. La segunda, se construye ante el denominado despido nulo, previsto en el artículo 29º de la LPCL, frente al cual el trabajador puede solicitar la reposición en el empleo (estabilidad absoluta).

Cabe señalar que la institución del despido nulo no es privativa del ordenamiento peruano, por el contrario es una institución utilizada por otros ordenamientos laborales, como en el caso de España. En el ordenamiento español, el artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral reseña el supuesto taxativo en el que el Juez ha de declarar nulo el despido: que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador<sup>10</sup>. A diferencia del desarrollo normativo que se ha dado en la legislación española, la

---

<sup>9</sup> El modelo de protección modelo dual y desigual, utilizado por el legislador peruano ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina, puesto que como es evidente, la protección frente al despido nulo resulta ser la más ventajosa para el trabajador, sin embargo únicamente se puede acceder a ella en caso se acredite que el móvil fue uno de los supuestos expresamente contemplados en la ley. Así por ejemplo, profesor Arce<sup>158</sup> señala que existe una voluntad del legislador peruano de establecer en el ámbito procesal laboral una solución que dé repuesta a la visión contemplada con carácter genérico, en el artículo 23º de la Constitución, cuya literalidad proscribiera la existencia de relaciones laborales que limiten el ejercicio de los derechos constitucionales, o que pretendan desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Lo que quiere decir el autor citado, es que mediante la figura del despido nulo se ha creado un cauce procesal de tutela restitutoria frente a determinados derechos, restringiendo la protección abierta a los derechos constitucionales que brinda la Carta de 1993.

<sup>10</sup> A diferencia del desarrollo normativo que se ha dado en la legislación española, la misma que hemos propuesto como ejemplo, en el Perú no se sanciona con «nulidad» los despidos que devengan en lesiones de derechos fundamentales no contemplados en el listado de la LPCL. Sin embargo, a nivel jurisprudencial si se ha contemplado la posibilidad de otorgar al trabajador una tutela restitutoria, en cuanto un despido lesione derechos constitucionales, ya sean los comprendidos en el listado del artículo 29º de la LPCL como los excluidos en el mismo. El marco legislativo de protección desigual, causó una preocupación en el Tribunal Constitucional, quien considera que la adecuada protección contra el despido que afecte derechos constitucionales no puede consistir únicamente en el pago de una indemnización, sino que debe gozar de protección constitucional lo que se traduce en que ante esta clase de actos se proceda a la reposición de las cosas al estado anterior al momento de la violación. En esta lógica, el Tribunal Constitucional ha emitido una serie de sentencias, siendo una de las más importantes la recaída en el expediente N° 976-2001-AA-TC, emitida en el proceso de amparo seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, publicada el 13 de marzo de 2003.

En la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional expresa que el cuestionamiento a los despidos lesivos de derechos constitucionales no se centra en la existencia de una causa justa de despido, sino en la presencia en el despido de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional. .../

misma que hemos propuesto como ejemplo, en el Perú no se sanciona con «nulidad» los despidos que devengan en lesiones de derechos fundamentales no contemplados en el listado de la LPCL. Sin embargo, a nivel jurisprudencial si se ha contemplado la posibilidad de otorgar al trabajador una tutela restitutoria, en cuanto un despido lesione derechos constitucionales, ya sean los comprendidos en el listado del artículo 29° de la LPCL como los excluidos en el mismo. El marco legislativo de protección desigual, causó una preocupación en el Tribunal Constitucional, quien considera que la adecuada protección contra el despido que afecte derechos constitucionales no puede consistir únicamente en el pago de una indemnización, sino que debe gozar de protección constitucional lo que se traduce en que ante esta clase de actos se proceda a la reposición de las cosas al estado anterior al momento de la violación. En esta lógica, el Tribunal Constitucional ha emitido una serie de sentencias, siendo una de las más importantes la recaída en el expediente N° 976-2001-AA-TC, emitida en el proceso de amparo seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, publicada el 13 de marzo de 2003.

En la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional expresa que el cuestionamiento a los despidos lesivos de derechos constitucionales no se centra en la existencia de una causa justa de despido, sino en la presencia en el despido de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional.

Es necesario resaltar, que el Tribunal Constitucional no ha creado nuevas causales de despido nulo que puedan permitir a los trabajadores solicitar su reposición

---

/...Es necesario resaltar, que el Tribunal Constitucional no ha creado nuevas causales de despido nulo que puedan permitir a los trabajadores solicitar su reposición en el empleo por la vía ordinaria. Lo que resultaría por cierto inadmisibles ya que el TC no cuenta con la facultad de legislar positivamente. Por el contrario, este órgano jurisdiccional es claro al señalar que en nuestro ordenamiento existen dos modelos de protección procesal frente al despido: (i) el de la vía laboral ordinaria y (ii) el de la vía del amparo. Dentro de este esquema, en el modelo de protección procesal que corresponde a la vía laboral ordinaria se brinda como reparación regular frente al despido arbitrario la indemnización y la reposición se encuentra reservada para los casos expresamente previstos por la ley. En cambio, en el modelo de protección procesal del amparo la única reparación posible es la reposición (porque el efecto del amparo es retrotraer las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental), de una manera rápida y expeditiva, la que procede en todos los casos en los cuales el despido haya lesionado un derecho constitucional.

en el empleo por la vía ordinaria. Lo que resultaría por cierto inadmisibles ya que el TC no cuenta con la facultad de legislar positivamente. Por el contrario, este órgano jurisdiccional es claro al señalar que en nuestro ordenamiento existen dos modelos de protección procesal frente al despido: (i) el de la vía laboral ordinaria y (ii) el de la vía del amparo. Dentro de este esquema, en el modelo de protección procesal que corresponde a la vía laboral ordinaria se brinda como reparación regular frente al despido arbitrario la indemnización y la reposición se encuentra reservada para los casos expresamente previstos por la ley. En cambio, en el modelo de protección procesal del amparo la única reparación posible es la reposición (porque el efecto del amparo es retrotraer las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental), de una manera rápida y expeditiva, la que procede en todos los casos en los cuales el despido haya lesionado un derecho constitucional.

La sanción de nulidad constituye una reacción generalizada de los ordenamientos frente a un acto que en aras del ejercicio del derecho a la libertad de empresa que ostenta todo empleador, lesiona de derechos fundamentales del trabajador. Ello resulta congruente con el fin supremo del Estado, que es como sabemos, el hombre y el respeto a su dignidad.

## **2.2. El despido nulo**

La nulidad del despido por trasgresión de derechos fundamentales apunta únicamente al resultado lesivo de los mismos y no así a la forma irregular con la que se lleva a cabo el despido. Es decir, en el despido nulo existe en efecto una causa, pero ésta es calificada como ilícita por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona<sup>11</sup>.

La protección otorgada a través de la institución de nulidad del despido, se erige según el texto expreso del artículo 29º de la LPCL frente a los despidos que tengan por motivo:

---

<sup>11</sup> Se sanciona con nulidad, la lesión ocasionada por el despido que impida el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador o que pretenda reprimir al trabajador que ha hecho uso legítimo de los mismos. Es decir, en palabras de Palomeque y Álvarez, no importa en este caso, cual ha sido la forma (correcta o incorrecta) del despido; lo que importa, la base de la decisión jurisdiccional, es la violación de un derecho fundamental o de una libertad pública del trabajador.

- a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b. El ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f. del Artículo 25;
- d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma, discapacidad o por ser portador del VIH/SIDA;
  - e. El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 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.

Nos podemos arriesgar a sintetizar los supuestos de despido nulo, en despidos basado en motivos antisindicales (literales a y b), textualmente discriminatorios<sup>12</sup> (literales d y e) y como represalia por ejercido el derecho a la tutela judicial efectiva frente a algún acto del empleador (literal c).

Ahora bien, cabe analizar si todas estas causales pueden ser incluidas dentro del principio de igualdad y del mandato de discriminación, teniendo en cuenta que en experiencias comparadas son estos principios los que han dado pie a la configuración del despido nulo.

En Argentina, donde el régimen de estabilidad absoluta no es admitido, a menos en el ámbito privado, los Tribunales vienen declarando la nulidad de los despidos que transgreden el mandato constitucional de no discriminación. La sentencia de fecha 31 de mayo de 2005, emitida por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires<sup>13</sup>, señala a propósito de un caso en donde se había despido a una trabajadora que había incitado a sus compañeros a tomar acciones colectivas pacíficas en solidaridad con los trabajadores de otra empresa lo siguiente: se verifica un presupuesto eficaz para activar el dispositivo previsto en la ley 23.592 dirigida a

---

<sup>12</sup> Hacemos referencia a despidos discriminatorios puesto que la propia norma enuncia estos supuestos como tales. No obstante, como veremos mas adelante los supuestos de despido discriminatorio engloban todos los casos del artículo 29° de la LPCL.

penalizar el avasallamiento de las garantías individuales y derechos humanos, disponiéndose expresamente en su art. 1º que «Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

La norma invocada en la sentencia para declarar la nulidad del despido es de carácter general, puesto que se trata de la Ley sobre penalización de actos discriminatorios, Ley N° 25592, aún cuando existe una norma específica<sup>14</sup> en materia de despido discriminatorio que únicamente prevé el pago de una indemnización incrementada cuando se configura esta clase de despidos. La jurisprudencia Argentina arriba a la conclusión que el despido discriminatorio es nulo en virtud del régimen de la ley 23592 y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, los cuales señalan que la discriminación debe «cesar» y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos carecen de eficacia<sup>15</sup>.

Como se advierte, a pesar de que el régimen de estabilidad utilizado en Argentina es el de estabilidad relativa, que como hemos visto otorga como mecanismo de reparación frente al despido incausado el pago de una indemnización tarifada, los Tribunales vienen resolviendo a favor de otorgar una protección más amplia que se condice con la estabilidad laboral absoluta, cuando se trata de despidos que se fundan en motivos discriminatorios.

---

<sup>13</sup> Sala IX, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sentencia recaída en el caso: Greppi, Laura Karina c/ Telefónica de Argentina SA s/ despido, 31/05/2005.

<sup>14</sup> Ley 25.013 de 1998, que lo establece en su artículo 11 (texto según Decreto 1111/98). Artículo 11.- (Despido discriminatorio). Será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el artículo 7º de esta ley se incrementará en un TREINTA (30%) por ciento y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo.

<sup>15</sup> Sala VI de apelaciones Expediente N°33975/02 Juzgado N°45. Caso Balaguer Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L s/ juicio sumarísimo. Buenos aires, 10 de marzo de 2004

Autorizada doctrina española advierte que es en el reconocimiento del principio de igualdad donde se encuentra la clave para la evolución que experimenta la significación legal del despido nulo<sup>16</sup>. Así, el sustento jurídico de la nulidad del despido se hallaría directamente en la Constitución, cuyos inicios dieron luces a partir de la consagración constitucional de los derechos de igualdad de trato y el mandato de no discriminación, los cuales sentaron sólidas bases para el tratamiento de la nulidad de las decisiones unilaterales del empresario con contenido discriminatorio en materia de empleo.

Concluimos que frente al despido que se funda en motivos discriminatorios existe una tendencia a declararlos nulos y por ende ineficaces, por lo que cabe preguntarse si los supuestos del artículo 29º de la LPCL constituyen diversas formas de discriminación, es decir si importan una vulneración al artículo 2.2 de la Constitución que contiene el principio de igualdad ante la ley y el mandato de no discriminación.

Lo anterior, guarda relevancia en la medida que la protección especial otorgada a los supuestos contenidos en el artículo 29º de la LPCL, mantendría relación no sólo con la tendencia de otros ordenamientos jurídicos en declarar nulos los actos del empleador que contravengan estos principios, sino con los diversos instrumentos internacionales que brindan protección especial a los casos en los cuales se transgreda los mismos.

Debemos observarse que el derecho a no ser discriminado, tiene su fundamento en la dignidad de la persona y en la igualdad de derechos entre los trabajadores en su condición de seres humanos, extremos que han recibido expreso reconocimiento en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> PEDRAJAS MORENO. Op. cit. p 164

<sup>17</sup> Art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2, 3, 24 y 26 del Pacto Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Art. 1, 2, 3, 4, 11 y 15 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y Art. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

### 2.3 Los supuestos de despido nulo como actos de discriminación en el empleo

Como hemos adelantado, es necesario analizar si los supuestos de despido contenidos en el artículo 29º de la LCPL, a los que se le ha otorgado una protección especial y diferenciada, constituyen finalmente casos que contravienen el mandato de no discriminación y el principio de igualdad. La duda surge a partir de que en el artículo 2.2 de la Constitución no se enuncian todos los supuestos previstos en la LPCL. En efecto, el texto del artículo 2.2 de nuestra Carta Constitucional prevé:

«Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

El texto constitucional no establece un listado cerrado de casos de discriminación – *numerus clausus*- por el contrario, deja abierta la posibilidad de integrar casos «*de otra índole*» que se consideren vejatorios a dicho mandato. En consecuencia, cabe la posibilidad de integrar otros motivos que se consideren discriminatorios.

En los supuestos de los literales d) y e) del artículo 29º de la LPCL es claro que estamos frente a casos de discriminación, al tratarse de una reproducción del artículo 2.2 de la Constitución, y de otro lado el literal e) que se refiere al embarazo, se entiende que existe un protección discriminatoria por razón de sexo, puesto que el embarazo o la maternidad es una condición privativa del sexo femenino. La incertidumbre se mantiene frente a los casos relacionados con libertad sindical y la presentación de quejas contra el empleador.

Autorizada doctrina española<sup>18</sup>, señala que constituyen causas de discriminación la motivación sindical y la represalia. Cuando el empleador despidе únicamente a

---

<sup>18</sup> MARTINEZ ROCAMORA, Luis. Decisiones Empresariales y Principio de Igualdad. Barcelona: Cedecs, 1998. p 177.

trabajadores que ocupan cargos en el sindicato y no a otros trabajadores, se evidencia un trato desigual que tienen como fundamento el ejercicio de los derechos colectivos. Asimismo, cuando se evidencia que la causa del despido no es otra que el ejercicio de la actividad sindical o similares, nos encontraremos frente a un despido discriminatorio<sup>19</sup>.

Coincidimos con ésta corriente puesto que lo que se pretende sancionar es el trato desigual fundado en el hecho de pertenecer a ciertos grupos o presentar determinados caracteres o tener ciertas ideas, vale decir el trato desigual y peyorativo que se basa en circunstancias de tipo «subjetivas», como es la basada en motivos antisindicales<sup>20</sup>.

A lo anterior, debemos agregar que el artículo 1 del Convenio N° 98 OIT, señala en su apartado 1, que «los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en la relación con su empleo» y en el apartado 2 literal b) se prevé que «dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto...despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo».

En virtud al Convenio OIT suscrito por el Perú, y por tanto vinculante para nuestro país, el despido basado en motivos sindicales constituye una práctica discriminatoria.

De otro lado, como señala el profesor Montoya Melgar<sup>21</sup> la presentación de quejas o intervención en procedimientos seguidos frente al empresario por

---

<sup>19</sup> Ibid. 181.

<sup>20</sup> En la sentencia publicada el 15 de diciembre de 2005, recaída en el expediente 206-2005-PA/TC, el Tribunal parece advertir que el despido por el ejercicio de derechos colectivos constituyen actos de discriminación. En cuando precisa la necesidad de recurrir al amparo en el caso de despido nulo aun cuando en la vía ordinaria existe un proceso especial, debido a que por la naturaleza de los derechos conculcados, entre los que se encuentra la libertad sindical vinculado con el mandato de no discriminación, es preciso otorgar una tutela rápida y expeditiva.

<sup>21</sup> MONTOYA MELGAR, Antonio. El derecho a la no discriminación en el Estatuto de Trabajadores. Documentación Laboral, 1983. N° 7, p 13.

incumplimiento de normas laborales o de Seguridad Social, es un acto de discriminación en tanto constituye una represalia en virtud del ejercicio legítimo de un derecho. En consecuencia, de no haber ejercido el derecho a accionar en contra del empleador, no se habría producido el acto de diferenciación arbitrario.

De lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que todos los supuestos previstos en el artículo 29º de la LPCL constituyen casos de discriminación. Entonces, el posible asociar directamente al despido nulo con el despido por discriminación, por lo que cabe afirmar que cuando hablamos de despido nulo, siempre estaremos frente a caso de despido basado en motivos discriminatorios.

### 3. LA REPARACIÓN DEL DESPIDO NULO

Todo despido injustificado trae consigo un daño, por cuanto de un momento a otro el trabajador pierde su empleo, y su interés de conservación del empleo se ve afectado<sup>22</sup>.

Cuando se produce un despido nulo, la ley<sup>23</sup> establece que el trabajador retorne a su puesto de trabajo y perciba las remuneraciones que le hubieran correspondido hasta el momento en que se produzca la reposición. La legislación ha reservado además una alternativa a ser ejercida por el trabajador despedido. Esta opción consiste en solicitar el pago de una indemnización que para estos efectos es la misma a la prevista para los casos de despido arbitrario, ello en razón a que no siempre el trabajador estará interesado en retornar al centro de trabajo quedando sujeto a un ambiente no grato al momento de su reingreso.

De una primera lectura de las normas que regulan el despido nulo, se podría concluir que como reparación únicamente se ha previsto la reposición en el empleo. No obstante nos preguntamos ¿no son tanto a reposición como la indemnización tarifada un mecanismo de reparación?

---

<sup>22</sup> VAZQUEZ VIALARD. Op. cit. p. 673

<sup>23</sup> El último párrafo del artículo 34º de la LPCL prevé: (...) En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

En términos del artículo 219º del Código Civil, el despido constituye un acto jurídico existente pero inválido por cuanto padece del vicio de ilicitud en su formación y en esa medida carece de eficacia. Es decir, debe entenderse que el acto es nulo puesto que tiene una existencia imperfecta por padecer de un vicio en su formación, el de ilicitud. Por ende en el caso del despido, éste no produjo efectos, conservando por consiguiente el trabajador su puesto de trabajo y el derecho a percibir el salario correspondiente.

La reposición o la indemnización alternativa, tienen la misma naturaleza y fin: «dejar sin efecto un acto ilícito por parte del empleador que, afecta al trabajador como tal, pues lo priva de su empleo y en su condición de ser humano, afecta su dignidad».

Es así que, cuando el despido no sólo es injustificado, sino que constituye un vehículo a través del cual se lesionan derechos fundamentales, la reposición debe entenderse como mecanismo de reparación del daño causado por la privación del trabajo y por el perjuicio causado a los derechos constitucionales a la luz del derecho de igualdad y del mandato de no discriminación, sin embargo dicha reparación no se extiende a reparar los daños secundarios causados por el acto ilícito.

En ese sentido, postulamos que, la reparación prevista en la ley para los casos de despido de nulo no reviste los daños secundarios causados por el acto ilícito del despido, en la medida que reponer las cosas como si nunca se hubiera producido el mismo el despido, únicamente revierte el acto ilícito y sus consecuencias medulares relacionadas con la trasgresión de derechos constitucionales.

Debe considerarse que si el propósito del legislador fue otorgar una protección especial a los despidos que devengan en actos discriminatorios estableciendo una protección mayor en comparación con aquellos despidos que afecten otros derechos constitucionales, no debe equipararse a menos a nivel legislativo la reparación en uno u otro caso. Es decir, si en el despido arbitrario se repara al trabajador con una indemnización tarifada, no puede considerarse que la misma suma (en caso que el trabajador despedido opte por la indemnización y no por la reposición) se le otorgaría en caso que se le haya despedido por una causal sancionada con nulidad. Máxime,

si la indemnización por despido arbitrario no guarda relación directa con el daño efectivamente causado, ya que es una indemnización tarifada que toma como elementos de cuantificación, no el daño, sino la antigüedad del trabajador o el plazo que resta para el vencimiento de sus contrato (según se trate de un contrato de trabajo a plazo indeterminado o sujeto a modalidad).

### 3.1 La existencia del daño moral

El despido como acto antijurídico que contraviene un mandato constitucional es susceptible de causar un daño moral al empleado, el mismo que debe ser reparado en cuyo caso el empleador deberá someterse al sistema de responsabilidad civil.

Cuando se trata de despidos discriminatorios la afectación al trabajador equivale no sólo perder el empleo y obstruir el ejercicio de sus derechos constitucionales, sino a ser discriminado, diferenciado y disminuido en su condición de ser humano.

Es evidente que al ser despedido por cuestiones discriminatorias una persona puede ver afectada su dignidad y su psiquis, por lo cual podría a nuestro criterio solicitar una reparación. Sin perjuicio de lo expuesto, debemos aclarar que no estamos afirmando que en todos los casos en los cuales se configure un despido discriminatorio, exista inexorablemente un daño moral, puesto que ello dependerá de cada individuo y su condición particular.

En efecto, el daño moral es íntegramente subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le agravie lo que a otra no, por ello la apreciación económica resulta ser discrecional<sup>24</sup>.

Daño moral puede ser definido como aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de un individuo a través

---

<sup>24</sup> MARTORELL ERNESTO. Indemnización del daño moral por despido. Buenos Aires: Hamurabi, 1994. p 67.

de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual<sup>25</sup>.

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema (Casación N° 949-95) ha entendido acertadamente como tal aquel daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad la vergüenza, etc; son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos es susceptible del producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

Los ejemplos de daño moral, admitidos por la jurisprudencia pueden ser variados y son susceptibles de ser reparados dependiendo del caso concreto. Así, se ha admitido como tal, el traducido en el dolor y sufrimiento que significa someterse a tratamiento médico y quirúrgico (Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, Sentencia del 28.08.98, Exp. N° 55729-1997), o como aquel causado con la interposición de una demanda al atribuir sin sustento ciertos hechos acusando a una persona como autora de la sustracción del dinero de una empresa (Décimo Séptimo Juzgado Civil de Lima, Sentencia del 28.05.98, Exp. N° 16656-97)<sup>26</sup>.

### **3.2. Análisis de doctrina comparada respecto a la procedencia del daño moral**

El daño moral como daño extrapatrimonial es susceptible de acaecer dentro de cualquier rama del derecho, con más razón aún como señala Martorell<sup>27</sup> dentro del derecho social, que contempla relaciones de tipo casi exclusivamente personal.

Como bien señala el autor citado, la existencia del daño moral dentro de la rama del derecho laboral no es puesta en duda, tampoco lo es que aquél merezca

---

<sup>25</sup> FERNANDEZ SESAREGO, Carlos. Daño a la persona y daño moral en la doctrina en el jurisprudencia latinoamericana actual. En: Revista Themis N° 38. Año 1998. p 179 y siguientes.

<sup>26</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La Responsabilidad Civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. p 180 y siguientes.

<sup>27</sup> MARTORELL, Ernesto. Op. cit. p 141.

ser reparado en caso de producirse, lo que es negado por un sector de la doctrina comparada<sup>28</sup>, es que merezca reparación autónoma o extra-tarifada, porque se considera que tal daño halla correcta reparación por medio de la indemnización tarifada.

La procedencia del daño moral por despido ha sido examinada por diversos autores extranjeros cuyos ordenamientos conservan modelos de estabilidad relativa. En el caso argentino la doctrina opina de forma mayoritaria que la indemnización legal tarifada, abarca habitualmente los daños materiales y morales ocasionados al trabajador, y en tal sentido no merece reparación fuera de la indemnización tasada<sup>29</sup>.

Sin embargo, se admite la procedencia de una indemnización extra-tarifada cuando se configura un despido abusivo. En efecto, como explica Mangarelli<sup>30</sup>, existen situaciones en las cuales puede plantearse la necesidad de reparar el daño moral por ruptura arbitraria del contrato de trabajo de configurarse una hipótesis de despido especialmente injustificado – abusivo-.

La noción de despido abusivo como advierte Gamonal<sup>31</sup>, se presenta cuando el empleador desea despedir a un trabajador, pero no se ha configurado causal alguna que le permita poner término a la relación de trabajo o, con el objeto de no pagar las indemnizaciones por término de contrato, aplica una causal que lo exonere del referido pago.

Por otro lado, Vazquez Vialard advierte que tal despido se configura cuando el empleador no invoca una causal de despido o la causal invocada oculta las verdaderas motivaciones del despido, de naturaleza ilícita, como discriminaciones o persecución sindical<sup>32</sup>, en cuyo caso la decisión se considera ineficaz, puesto que el empleador actuando de mala fe intenta aplicar una causal de despido que no corresponde, o

---

<sup>28</sup> VEASE: KROTOSHIN, Dos planteos distintos relativos al daño moral. *Revista Derecho del Trabajo*, 1974. p. 33.

<sup>29</sup> BREBBIA. El Daño moral en el derecho laboral. *Gaceta Jurídica del Trabajo*, enero - marzo 1949; citado por MARTORELL Op. cit. p. 143.

<sup>30</sup> MANGARELLI, Cristina. Daño moral en el derecho laboral. Montevideo, 1984. p 106

<sup>31</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. El daño moral por término del contrato de trabajo. Santiago de Chile: EDITREM, 2000. p. 33.

<sup>32</sup> VAZQUEZ VIALARD. Op. cit. p. 678.

no invoca causal alguna por fundarse en motivos discriminatorios, incurriendo en un despido abusivo. Se recurre así a la noción de despido abusivo que deviene del «abuso del derecho», para determinar los límites del empleador al momento de despedir y evidenciar su responsabilidad. Siendo que cuando el empleador no sólo despide de forma arbitraria, sino que de forma abusiva afecta derechos fundamentales del trabajador, pierde el beneficio de la indemnización tarifada y se expone al sistema de responsabilidad civil por los daños causados<sup>33</sup>.

La concepción del despido abusivo no sólo ha sido desarrollada en nuestro continente, pues en países como Francia ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina, la cual postula que por la ruptura abusiva del contrato de trabajo deben indemnizarse los perjuicios materiales y morales del trabajador.<sup>34</sup>

De la misma forma, y aún cuando en la jurisprudencia norteamericana no se recoge la concepción del «abuso del derecho», Gamonal<sup>35</sup> nos recuerda que se ha elaborado la noción de *wrongful dismissal*, admitiendo que el empleador incurra en falta y sea condenado a pagar daños y perjuicios cuando el despido afecta a algún principio considerado como de orden público, tal como sería haber denunciado al trabajador por un acto ilícito. En el derecho norteamericano la relación de trabajo puede extinguirse por voluntad de cualquiera de las partes, salvo que haya una estipulación contractual en contrario, sin embargo, se ha limitado la aplicación de esta liberalidad ante despidos por causa de raza, religión, sexo, origen nacional, edad o actividad sindical, y el trabajador puede sostener que el despido es injusto no sólo por ser contrario al orden público, sino también por vulnerar un contrato de trabajo tácito que se remita a unas reglas generales, una forma de actuación o similar, y los despidos que incumplen un pacto implícito de buena fe y comportamiento leal.

---

<sup>33</sup> PIZARRO DIAZ, Mónica. La reparación del daño ocasionado por el despido nulo. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 38, Año 7, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2001. p. 37.

<sup>34</sup> GAMONAL CONTRERAS. Op. cit. p. 38.

<sup>35</sup> Ibid. p 42.

Retornando a los ordenamientos sudamericanos (Chile, Argentina, Uruguay) para los casos de despido injusto se prevé a nivel legislativo el pago de una indemnización tarifada por antigüedad<sup>36</sup>, la cual puede o no acumularse con una indemnización del daño efectivamente causado al trabajador. Respecto de la posibilidad de acumular una indemnización por daño moral a la tarifada establecida por ley, podemos resumir las opiniones en doctrina de la siguiente forma<sup>37</sup>:

a) Teorías en contra de la acumulación

Para algunos es improcedente la referida acumulación toda vez que terminado el contrato debe cancelarse la indemnización tarifada establecida por ley, la cual excluye del ámbito de la relación laboral el principio general de la reparación integral de los daños. Se sostiene, además, que la tarifa legal abarca todos los eventuales perjuicios producidos por el despido injustificado, correspondiendo su pago se hayan o no producido daños para el trabajador.

Complementa lo anterior, el hecho de que los legisladores de los países del sur hayan establecido una indemnización tarifada cuyo costo económico no representa para el empresario una afectación a la continuidad de su actividad productiva, y que éste pueda planificar previamente el desarrollo de su negocio ante la posibilidad de tener que cancelar las indemnizaciones por despido. En caso contrario, se produciría una grave inseguridad jurídica en las relaciones de trabajo.

El profesor argentino Krotoschin<sup>38</sup> ha sostenido a este respecto que al admitir la reparación por separado del agravio moral en los casos de despido arbitrario, se introduciría una inseguridad jurídica de imprevisibles consecuencias.

Consideramos inadecuada esta postura por cuanto no cabe eximir al empleador del sistema de responsabilidad civil, aludiendo a la seguridad jurídica y económica. Si el empleador comete un ilícito y causa un daño, conforme hemos explicado anteriormente, debe repararlo.

---

<sup>36</sup> La indemnización tarifada se fija en virtud de dos pautas objetivas: la antigüedad en el empleo y la remuneración, mientras que la reparación por daños y perjuicios pretende reparar el daño efectivamente causado.

<sup>37</sup> MANGARELLI. Op. cit. p. 58.

<sup>38</sup> KROTOSCHIN. Op. cit. p. 22.

El mismo autor agrega que no es posible aplicar las normas del derecho común al derecho laboral, cuando éste ha regulado en forma expresa una determinada institución, como ocurre con las indemnizaciones por término de contrato, y que si el legislador hubiere deseado establecer una indemnización mayor, lo habría hecho expresamente.

b) Teorías que aceptan la acumulación

Para otro sector de la doctrina es plenamente pertinente la acumulación de una indemnización del daño moral con las establecidas por el derecho laboral para el término del contrato de trabajo. En esta línea se argumenta que la indemnización tarifada sólo cubre el daño patrimonial del despido, por lo cual resulta de toda lógica la necesidad de indemnizar el daño moral por ejercicio abusivo del despido con una indemnización complementaria, como hemos señalado líneas arriba<sup>39</sup>.

Se añade que la aceptación de la indemnización del daño moral por término de contrato, en casos de especial gravedad, podría fortalecer la seguridad jurídica en el entendido de que la jurisprudencia o la ley fijen pautas respecto de los casos y montos de su indemnización.

Los autores que postulan esta teoría señalan que siendo la finalidad de la indemnización tarifada responder al incumplimiento del deber de respetar el derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, compensando sólo los daños materiales y morales que la referida violación contractual ocasione, lo cual impone la necesidad de reparar los otros daños que puedan producirse por incumplimientos contractuales, en forma independiente de la tarifa legal. Se ha postulado también que la existencia de un régimen específico de indemnización tarifada por término de contrato no autoriza para concluir *contrario sensu*, que en materia laboral no rige el principio de reparación integral del daño.

A la luz de las teorías expuestas, es posible afirmar que una importante mayoría de los autores admite la posibilidad de acumular, a la indemnización tarifada legal

---

<sup>39</sup> MANGARELLI, Cristina. El despido Abusivo en la Jurisprudencia Uruguaya. En: Revista Derecho Laboral, tomo 180, octubre – diciembre de 1995, Montevideo. p 807.

por término de contrato –siempre que se trate de un despido abusivo-, otra de daños y perjuicios morales cuando éstos adquieren cierta relevancia. Consideramos positivo este hecho, teniendo en cuenta que existe una semejanza el concepto de despido abusivo anotado puede ser equiparado en nuestro modelo al despido nulo<sup>40</sup>, ya que el empleador al momento de despedir lesiona un interés distinto de la conservación del empleo, afectando un derecho fundamental del trabajador, en nuestro caso, el derecho a no ser discriminado. En esa medida, la admisión del pago de la indemnización en caso de despido abusivo en la experiencia comparada, evidencia que en el caso del despido nulo también cabe la reparación del daño causado por tal concepto.

El tratamiento de este tema nos da luces que el razonamiento utilizado y la conclusión a la que hemos arribado es adecuada. Así, tanto el despido abusivo (doctrina comparada) como en el despido nulo, cabe indemnizar al trabajador por los daños morales causados, siempre que los hubiere.

En este sentido, la acción por despido discriminatorio abre la puerta para la incorporación de los daños morales derivados de la discriminación, solicitando incluso no sólo la indemnización económica de los mismos, sino también reparaciones extraeconómicas (publicaciones, gastos de desagravio).

En esta línea creemos conveniente utilizar la experiencia jurisprudencial de otros ordenamientos, sobre todo el Uruguayo, a efectos de poder llevar a cabo la evaluación del daño por despido, formas de reparar y determinación del quantum indemnizatorio.

### **3.3. Formas reparadoras del daño moral**

Conforme explica Cristina Mangarelli<sup>41</sup>, la jurisprudencia Uruguaya condena a los empleadores de manera frecuente a reparar daños, que provienen de despidos abusivos. Se admite sin mayor cuestionamiento el pago de los daños morales

---

<sup>40</sup> Debe tenerse presente, que a diferencia del despido nulo en nuestra legislación en el despido abusivo no se admite la reposición. Únicamente cabe el pago de la indemnización adicional por los daños irrogados.

<sup>41</sup> MANGARELLI, Cristina. *Despido abusivo e incumplimiento contractual*. Montevideo: Depalma, 1992. p 16 y siguientes

causados por el despido abusivo, distintos a los referidos al derecho a la conservación del empleo.

Ahora bien, la dificultad especial que presenta el daño moral consiste en obtener medios probatorios del sufrimiento, la aflicción, la vergüenza y la injusta perturbación del estado de ánimo. Espinoza<sup>42</sup> señala que cuando el titular de la pretensión es la misma víctima, la prueba del daño moral termina por ser *in re ipsa*, es decir, basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor. De hecho en Uruguay y Argentina este es el criterio utilizado en torno a la prueba del daño moral<sup>43</sup>.

A criterio de Mangarelli<sup>44</sup>, la determinación del monto del daño moral que sufre efectivamente la víctima debe ser dejado al arbitrio del Juez<sup>45</sup>, no obstante no todo queda liberado a su discrecionalidad, ya que como refiere la propia autora, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que existen elementos objetivos que debe ser tomados en cuenta para graduar el monto de la indemnización. Por ejemplo, se tendrá en cuenta los daños psicológicos y/o físicos, los tratamientos que se ha debido soportar.

Ahora bien, no debe perderse de vista que la indemnización del daño moral tiene función reparatoria y no punitiva<sup>46</sup>, conforme a nuestro sistema de responsabilidad civil. Como la reparación del daño moral se rige por los mismos principios y criterios fijados para la reparación del daño en general, deben excluirse según Mangarelli de los elementos de estimación del perjuicio moral, aquellos que sean extraños al daño sufrido por la víctima que es lo único que debe tomar en cuenta el Juez para determinar el monto del daño moral. Así, sostiene que no deben ser tomados en cuenta para la determinación del monto del perjuicio moral:

---

<sup>42</sup> Op. cit. p 227.

<sup>43</sup> MANGARELLI, Cristina. Op. cit. p 807

<sup>44</sup> Ibid. p 23.

<sup>45</sup> Como ejemplo se cita al Tribunal de Apelaciones del Trabajo del 1er Turno, quien ha sostenido que la cuantía del daño moral es una decisión dependiente del arbitrio.

<sup>46</sup> VEASE: Espinoza Espinoza, Juan. Op. cit. pp. 201 y siguientes.

la situación económica de las partes, el dolo o la culpa del autor de daño y la gravedad de la falta, ya que todos ellos son criterios ajenos al elemento del daño.

Sin embargo, siguiendo a la doctrina Italiana, Espinoza sostiene que para efectos de la determinación del daño moral se debe tener en cuenta, entre otros factores: la gravedad del delito o falta, intensidad del sufrimiento, sensibilidad de la persona ofendida, condiciones económicas y sociales de las partes contrastadas con el sentimiento humano y con el principio de igualdad, entre otros.

La autora Mangarelli<sup>47</sup> refiere que en el caso laboral debe tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, la categoría del trabajador, las funciones que desempeñaba la trayectoria en la empresa, la antigüedad, etc, puesto que será mucho más grave el daño moral que se acuse a un empleado antiguo que el se cause a raíz del mismo hecho a un trabajador que recién ha ingresado a la empresa<sup>48</sup>. Estos últimos criterios son plenamente pertinentes al momento de evaluar el quantum indemnizatorio por el daño moral por despido nulo.

Somos de la opinión que es el Juez quien debe evaluar qué elementos tomará en cuenta al momento de determinar el daño según el caso concreto. Ello, en atención a que la sensibilidad particular del sujeto que sufrió el daño moral debe ser valorada especialmente, ya que la capacidad de recepción de los sufrimientos espirituales y morales es diferente en cada persona. Por tal razón, el Juez deberá llegar a una evaluación de dicho daño estrictamente relacionado con la persona que lo ha experimentado. Así, deberá tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodean el caso concreto.

Si bien, no existen parámetros objetivos al momento del cuantificar el daño dejándose su determinación al arbitrio y sano juicio del juzgador, siempre existe la garantía de la adecuada argumentación y motivación de las resoluciones judiciales.

---

<sup>47</sup> MANGARELLI, Cristina. Op cit. p. 112.

<sup>48</sup> Para tal efecto, la autora cita dos sentencias en las cuales se tuvo en consideración la antigüedad y categoría del trabajador. Juzgado Letrado de 1ra Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3er Turno del 30.09.92 – Montevideo. Sentencia N° 3069 del Juzgado Nacional del Trabajo N° 16 del 28.03.80.

### 3.4 ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?

El daño moral derivado de la resolución ilícita del contrato de trabajo, es en principio de naturaleza contractual, en cuanto transgrede el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo y la ley<sup>49</sup>. En efecto, los contratos de trabajo deben ejecutarse bajo el principio de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación. Por lo tanto, la ejecución de buena fe de los contratos no se limita a su expresión literal, sino a todas aquellas obligaciones derivadas de su naturaleza o de la ley.

En otras palabras, el daño moral por término del contrato de trabajo es producto de un acto ilícito (el despido nulo) que transgrede las obligaciones contractuales que configuran el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, siendo indiferente que los efectos del daño puedan percibirse cuando el contrato ya no está vigente.

Como se sabe, nuestro Código Civil ha previsto dos regímenes de responsabilidad, correspondiéndole a cada uno de ellos diferentes particularidades, sobre todo respecto a la carga de la prueba, prescripción, relación de causalidad entre otros, siendo en unos casos un régimen más beneficioso que el otro, desde la perspectiva del agente dañado. De un lado, cuando el daño se deriva del incumplimiento de obligaciones se configura una responsabilidad civil contractual y cuando se configura fuera de la misma, se trata de responsabilidad civil extracontractual.

---

<sup>49</sup> Desde una perspectiva más amplia, algunos autores estiman que los actos ilícitos del empleador, realizados una vez extinguido el contrato pero que se encuentran íntimamente relacionados con el trabajo, caen dentro de la responsabilidad contractual por tratarse de una violación a una obligación concreta, que es la de obrar de buena fe ante el ex contratante. VEASE: MANGARELLI, CRISTINA y CASTELLO, ALEJANDRO. Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada. En: Revista Derecho Laboral, Montevideo, tomo XL, N° 185, enero-marzo 1997, pp. 244-275.

Conforme se admite por la doctrina<sup>50</sup> e incluso por la jurisprudencia nacional aunque de forma incipiente, la responsabilidad debe ser unitaria y en esa medida debe facultarse al agente dañado a utilizar las reglas previstas en uno u otro régimen de responsabilidad prevista en nuestro Código Civil, por cuando la responsabilidad civil debe partir del daño como centro del problema y no en las relaciones que surgen entre las partes<sup>51</sup>.

En atención a ello, consideramos que las reglas aplicables para la reparación del daño moral por despido nulo, no sólo deben ser las previstas para la inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual) sino que debe admitirse también las correspondientes al régimen de responsabilidad extracontractual previsto en nuestro Código Civil, a efectos de otorgar al trabajador una forma herramientas para que el daño sea reparado.

Por ende, el daño moral que recae en las personas despedidas por motivos discriminatorios, los habilita para solicitar su reparación, al amparo de lo previsto en los artículos 1322°, 1984° y 1985° del Código Civil, puesto que como hemos determinado no existe razón alguna, desde la perspectiva laboral, para excluir a los trabajadores para que este daño pueda ser susceptible de resarcimiento.

### **3.5. Jurisprudencia sobre la competencia y procedencia de la indemnización por daño moral en caso de despido nulo.**

El tema de la indemnización por despido nulo ha sido tratado escasamente por la doctrina nacional y ha merecido pocos pronunciamientos de los Tribunales sobre el fondo del asunto, lo que evidencia que el tratamiento del tema en el país es aún incipiente. No obstante, traemos colación algunas sentencias que nos ayudarán a ilustrar el tema en nuestro país.

---

<sup>50</sup> ESPINOZA ESPINOZA. Op. cit. p 54; ARIAS-SCHREIBER PESTE. Luces y sombras del Código Civil. Lima: Studium, 1991. Tomo II. p 175 y siguientes.

<sup>51</sup> VEASE: FERNÁNDEZ CRUZ- Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: La división de sistemas y la previsibilidad. En: Scribas, Año I, N° 2, INDEJ, Arequipa, 1996, p. 74.

Un primer caso que cabe citar es la Resolución N° 399-99 de fecha 15 de junio de 1999, expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema. Esta sentencia declaró infundado el recurso de casación interpuesto por una ex trabajadora contra una compañía mobiliaria, a efectos de que ésta le pague una indemnización por daño moral, que se habría producido a consecuencia de su despido. Cabe señalar, que la trabajadora fue repuesta en su centro de trabajo, y le fueron abonadas las remuneraciones devengadas con ocasión a su reposición.

La decisión de la Sala se sustentó en que el daño moral tenía procedencia excepcional en el derecho laboral y que en autos no se había acreditado el incumplimiento totalmente malicioso que causó el daño.

La sentencia refiere acertadamente que cuando el daño proviene de un acto ilícito, se puede determinar *in re ipsa*, la procedencia del daño moral. Cabe resaltar, que al momento del cese de la trabajadora operaba el modelo de estabilidad laboral absoluta para todos los supuestos de despido injustificado, y no sólo para los casos de despido nulo –discriminatorio-. En consecuencia, la reposición en el empleo no obedecía a la trasgresión del mandato de no discriminación, lo que daría luces de la comisión del hecho ilícito y por ende la procedencia del daño moral.

Debemos anotar entonces, que esta sentencia casatoria crea un precedente favorable respecto a la admisión del daño moral, a pesar de que el régimen de estabilidad laboral era distinto al actual<sup>52</sup>. En consecuencia, según las consideraciones del fallo, a partir de las diferencias entre el régimen de estabilidad laboral de aquel entonces y el régimen actual, se puede concluir que cuando existe un despido discriminatorio (acto ilícito) se tiene por acreditado el daño y por ende cabe indemnizarlo.

---

<sup>52</sup> La sentencia comentada, adolece de otros errores, tales como diferenciar el daño civil del laboral. Para ello Véase: PIZARRO DIAZ. Op. cit. 3

Otra resolución que merece comentario es la expedida por la Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima con fecha 17.12.97<sup>53</sup>, mediante la cual se resolvió que correspondía a la trabajadora accionante el pago de un indemnización, porque había sufrido un daño moral al haber sido despedida injustificadamente y por la demora en su reposición declarada judicialmente (seis años). Esta resolución fue posteriormente revocada por la Sala de Procesos Abreviados y Conocimiento de la Corte Superior de Lima, que declaró infundada la demanda, por cuanto -a criterio de esta instancia- la reposición en el empleo y el pago de remuneraciones devengadas de algún modo han compensado la angustia producida por un despido.

Este fallo es bastante cuestionable, puesto que como hemos señalado en el presente estudio, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el lapso que duró el proceso no puede considerarse como compensación del daño. Por el contrario, dichas remuneraciones no tienen carácter indemnizatorio, sino que caen dentro de la categoría del salario social.

Sin perjuicio de los pronunciamientos antes señalados, de modo general podemos afirmar que la jurisprudencia nacional se muestra hasta la fecha renuente a pronunciarse sobre la procedencia del daño moral por despido. No quedando claro, cuál es la tendencia en la resolución de estos temas respecto al fondo del asunto, es decir, si procede o no el pago de indemnización por daño moral por despido nulo.

Los jueces, evaden el tema de fondo declarando improcedencias en base a la cuestión de competencia judicial. Ello se debe a que no existe una norma expresa que indique cuál es el juez competente en estos casos, el juez civil o el juez laboral.

Debe quedar claro que no existe un daño laboral y un daño civil, sino que el interés jurídico tutelado proviene de alguna de estas ramas, pero la configuración del daño y el deber genérico de repararlo es uno solo.

---

<sup>53</sup> Con fecha 26.02.97 el Décimo Sexto Juzgado Civil de Lima expidió una resolución a través de la cual declara no ha lugar el pedido de la actora por indemnización por daño moral. Posteriormente, mediante Resolución expedida por la Tercera Sala Civil, se declaró nula la sentencia de primera instancia, ordenando al Juzgado emita nuevo pronunciamiento conforme al estado de la causa.

Algunos magistrados vienen entendiendo que si la Ley Procesal del Trabajo prevé en su artículo 4 inciso 2 literal «j» la competencia de los jueces de trabajo para resolver demandas de indemnización por daños y perjuicios que sean causados por el trabajador en agravio del empleador, y el literal «c» del mismo cuerpo legal asigna a estos mismos Juzgados de Trabajo el conocimiento de los conflictos jurídicos por incumplimiento de normas legales, entonces es competencia del Juez Laboral conocer los casos sobre daños y perjuicios causados por el empleador al trabajador<sup>54</sup>.

Esta interpretación jurisprudencial, es adecuada en la medida que permite la especialización del Juez Laboral quien conoce las especiales condiciones de las partes integrantes del contrato de trabajo. Además, de ser el caso permite la acumulación de las pretensiones, siendo que el Juez que conozca el despido evalúe si se ha producido un daño moral por el despido discriminatorio.

#### 4. CONCLUSIONES

1. Los derechos fundamentales contemplados en la enumeración del artículo 29° de la LCPL, frente a los cuales se erige la institución del despido nulo, apunta a cuestionar el motivo del despido que es calificado como ilícito por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona.
2. En experiencias comparadas, el reconocimiento del principio de igualdad donde cabe encontrar la clave para la configuración del despido nulo. El sustento jurídico de la nulidad del despido se haya directamente de la Constitución, cuyos inicios dieron luces a partir de la consagración constitucional de los derechos de igualdad de trato y el mandato de no discriminación.
3. Los supuestos previstos en el artículo 29° de la LCPL constituyen casos de discriminación. Aún cuando algunos de estos casos no se encuentran contemplados en al artículo constitucional contiene el mandato de no discriminación, éste no constituye un listado cerrado de casos de discriminación.

---

<sup>54</sup> Sentencia del 17 de octubre de 2000. Expedida por la Primera Sala Laboral de Lima. Expediente N° 2896-2000-IN (A)

Por ende, en el Perú se puede asociar directamente al despido nulo con el despido por discriminación, equiparándolos.

4. Cuando el despido constituye un vehículo a través del cual se lesionan derechos fundamentales, la reposición no debe entenderse como un único mecanismo de reparación del daño, puesto que ésta es la consecuencia inmediata de la declaración de nulidad establecida en la ley por una conducta antisocial del empleador al haber dejado sin empleo a un trabajador de forma especialmente injusta.
5. La reposición o la indemnización tarifada, no cubre todos los daños causados al trabajador por el acto discriminatorio del despido. En efecto, cuando se trata de despidos discriminatorios el perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, la trasgresión a los derechos personalísimos de un individuo a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, que equivale no sólo perder el empleo sino a ser discriminado, debe ser objeto de una reparación especial.
6. El daño causado por el término del contrato de trabajo es contractual, en tanto producto de un acto ilícito que transgrede las obligaciones contractuales que configuran el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo. No obstante, en cuanto a las reglas de responsabilidad civil, le deben ser aplicadas de forma indistinta por cuanto el punto central que debe tenerse en cuenta en la reparación es el daño.
7. En experiencias comparadas, se admite el pago de la indemnización por el daño moral irrogado por el despido, cuando este provenga del ejercicio abusivo del empleador y el daño reúna cierta relevancia.
8. Para determinar el daño moral, se debe observar lo siguiente:
  - La prueba para acreditar el daño moral es *in re ipsa*, es decir, basta demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor.
  - No existe un criterio firme para determinar el quantum.
  - El Juez deberá atender a los sentimientos de la persona involucrada.

- El Juez podrá determinar libremente cuales son los elementos a utilizar del caso concreto para arribar al monto indemnizatorio, no obstante deberá sustentar adecuadamente su resolución.
- 9. No existe criterio jurisprudencial que determine la procedencia o no de la indemnización por el daño moral causado a partir del despido nulo. De hecho, el tema es incipiente en nuestro país.
- 10. En cuanto a la competencia para conocer estos casos debería conferírsele al Juez Laboral, por ser quien domina las instituciones del Derecho de Trabajo y entiende las especiales condiciones de la relación laboral.

# Procedencia de la acción de amparo ante despidos nulos

*May Lin Ataca Ugaz*

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la posibilidad y características de la protección de derechos fundamentales de los trabajadores en la vía judicial ordinaria. Específicamente, se pretende determinar tres interrogantes; la primera, cuál es la relación existente, tras la vigencia del Código Procesal Constitucional, entre la vía constitucional –Acción de Amparo- y la vía laboral ordinaria –en concreto, el despido nulo-. La segunda gira en torno a analizar cuál de los dos mecanismos de protección resulta más satisfactorio; y finalmente, pretendemos concluir averiguando el porqué existe en la vía laboral ordinaria una diferenciación en la protección de derechos fundamentales y cuáles son las alternativas de solución.

En orden a conseguir este objetivo, el presente trabajo se ha dividido en tres capítulos. El primero está referido a una visión preliminar de la eficacia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo. En el segundo capítulo se analizarán los problemas centrales procesales y constitucionales del tema planteado y, el tercero girará en torno a las alternativas.

## 2. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

### 2.1. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, en términos de Jellinek, son «derechos públicos subjetivos»; es decir, «son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de la relación entre el individuo y el Estado y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos»<sup>1</sup>. De esta manera, los derechos fundamentales surgieron como los derechos inherentes a todo individuo como miembro de una sociedad que le permiten el respeto y goce de determinadas libertades y por ende, constituyen un límite frente al poder del Estado.

La importancia del respeto de estos derechos queda manifiesta cuando la propia Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 2 que toda persona, sin importar su condición política, económica o social, tiene derecho y por ende, los terceros tienen la obligación de respetar el goce de los derechos enunciados previamente.

Como se observa, si bien en un inicio se entendió que estos derechos fundamentales eran oponibles sólo frente al Estado; excluyendo, por ende, la obligación de su observación en relaciones entre privados como la relación de trabajo; posteriormente, la doctrina entendió que la eficacia de estos derechos debe irradiar todo el ordenamiento; es decir, debe ser aplicable inclusive a las relaciones entre particulares o privados. Ciertamente, como lo menciona Pedrajas<sup>2</sup>, la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* establecida por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania sentó, históricamente, el principio de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (los derechos fundamentales son oponibles no sólo frente al poder estatal; sino también, a las relaciones entre particulares). El surgimiento de esta teoría se basó en argumentos fácticos: la relación vertical no tenía lugar sólo entre el Estado y las personas; sino

---

<sup>1</sup> JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 387

<sup>2</sup> Al respeto ver a PEDRAJAS MORENO, Abdón. Despido y Derechos Fundamentales: Estudio Especial de la Presunción de Inocencia. Madrid: Trotta, 1992. p. 27.

que ésta se había trasladado también a las relaciones entre privados. Así, el Estado intentando solucionar esta desigualdad material estableció la eficacia y obligación de respeto de derechos fundamentales no sólo frente a él sino también y principalmente, entre privados; lo cual ha sido recogido por nuestro ordenamiento –recogido en pronunciamientos del Tribunal Constitucional-<sup>3</sup>.

La obligación de respeto de derechos fundamentales entre privados referida es relevante de sobremanera para el Derecho del Trabajo por cuanto en éste la desigualdad material entre las partes (empleador y trabajador) es manifiesta al constituir precisamente la posición subordinada del trabajador en el seno de la empresa uno de los elementos centrales de la relación laboral. Arce Ortiz es de esta opinión al expresar que «el marcado desequilibrio de poderes materiales al interior de aquélla –léase relación laboral-, más que en cualquier otra relación privada, confirman, de modo único, la peligrosidad y el riesgo para los derechos humanos»<sup>4</sup>.

De esta manera, derechos fundamentales consagrados como tales en la Constitución Política del Perú –a la intimidad, a la libertad de expresión, culto religioso, entre otros- deben ser observados necesariamente por la empresa en la relación de trabajo como modalidad de vínculo entre privados. El problema surge, entonces, cuando estamos ante la contraposición de derechos constitucionales. En efecto, si hemos señalado que en el ámbito de relación *inter privatos*, los derechos fundamentales son oponibles, no podemos negar que en una relación laboral los derechos del trabajador no son los únicos existentes; sino que van a estar acompañados continuamente por un derecho fundamental del empleador: la libertad de empresa, la cual deberá ser, igualmente, observada y respetada.

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 recaída en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC. En este mismo sentido, ver sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de marzo de 2003 recaída en el Expediente No. 976-2001-AA/TC.

<sup>4</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p.89.

## 2.2. Eficacia de derechos fundamentales en el contrato de trabajo

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha provocado, en el ámbito del Derecho de Trabajo, una necesidad de tutelar los derechos constitucionales del trabajador, lo cual supone, un auténtico replanteamiento de los márgenes de distribución de poder en el seno de la empresa al constituir aquéllos, auténticos límites sustantivos al poder empresarial<sup>5</sup>.

### 2.2.1. Constitucionalización de los derechos laborales

Con motivo de la celebración o suscripción de un contrato de trabajo, se generan a favor del trabajador una serie de derechos de carácter socio-económico que pueden ser de dimensión personal –el derecho al trabajo, libertad a la elección profesional, entre otros- o colectiva -negociación colectiva, huelga, entre otros-. Como se observa, la presencia de estos derechos equilibra de algún modo la relación de verticalidad material propia de una relación de trabajo, más aún cuando estos derechos –tanto los de índole material como colectiva- han merecido una protección constitucional.

La característica fundamental de estos derechos radica precisamente en que se sustentan en la existencia de una relación de trabajo, más aún si se considera, en términos de Palomeque López, que ésta constituye un presupuesto insoslayable para el perfeccionamiento y ejercicio de los mismos<sup>6</sup>. De esta manera, los únicos titulares para el ejercicio de estos derechos son los propios trabajadores; de modo tal que cualquier pretensión de ejercicio fuera de este ámbito devendrá en jurídicamente imposible.

### 2.2.2. Laboralización de derechos constitucionales

La existencia de los derechos laborales constitucionalizados indicados en el punto anterior no soslaya ni elimina la posibilidad de ejercicio a cargo del trabajador

---

<sup>5</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. Op. Cit. p. 79

<sup>6</sup> PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. Los derechos laborales en la Constitución Española. En: Cuadernos y Debates. Madrid: Centros de estudios Constitucionales, 1991. p.21

de otro tipo de derechos fundamentales, los cuales corresponden a una esfera extralaboral. En efecto, se trata de derechos que no tienen origen en un contrato de trabajo; sino que preexisten al mismo al ser ostentados por el trabajador en su simple condición de persona.

La presencia de un contrato de trabajo no significa o implica la privación para el trabajador del ejercicio de determinados derechos que la propia Constitución le reconoce como ser humano pues, en muchos casos, la presencia de estos derechos, preexistentes al vínculo laboral, se convierten en requisitos o vehículos indispensables para el goce de los denominados derechos laborales. En otras palabras y siguiendo los términos de Alonso Olea, la mayoría de ellos «pueden emerger u ocurrir, y aún ocurrir con manifestaciones típicas en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo», de modo que cabe pensar en «una versión laboral de virtualmente todos los derechos fundamentales que demostraría la existencia de un Derecho constitucional del Trabajo»<sup>7</sup>

Algunos de estos derechos constitucionales laboralizados son el derecho a la igualdad y no discriminación cuando -por ejemplo- el trabajador solicita o reclama el pago de una remuneración equivalente a la percibida por otros trabajadores que realizan una función similar en la empresa; la libertad de expresión al ser indispensable en el seno de la negociación colectiva -los dirigentes sindicales y demás trabajadores sindicalizados tienen derecho a opinar e informar a terceros sobre las reivindicaciones laborales solicitadas-. Otro ejemplo, lo constituye el derecho a la intimidad personal y el derecho al honor al constituir límites para el ejercicio del derecho de fiscalización de la empresa -el empleador no puede, de manera ilimitada, revisar correspondencia privada, poner cámaras de video o grabar las conversaciones privadas del trabajador a efectos de controlar la prestación de sus servicios-.

Como se observa, tanto la doctrina como la jurisprudencia han concluido que el trabajador no puede escindir su posición jurídica dependiendo de la situación en

---

<sup>7</sup> Ver PEDRAJAS MORENO, Abdón. Op. Cit. p.21 citando a ALONSO OLEA, Manuel: Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho al Trabajo según la Constitución. Madrid: CIVITAS, 1982. p. 28 y siguientes.

la que se encuentre; sino que reconocen que ésta es dual. En otras palabras, el trabajador tiene determinados derechos en su condición de persona los cuales se añan -no se superponen- a los ostentados en su calidad de trabajador.

### **3. PROTECCIÓN ANTE DESPIDOS LESIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

#### **3.1. El despido como acto lesivo**

El contrato de trabajo como toda relación bilateral implica la presencia de dos partes (trabajador y empleador) cuyos intereses se encuentran en una constante interacción. En efecto, desde la perspectiva del trabajador se tenderá a buscar la protección y respeto de sus derechos fundamentales pertenecientes a su esfera tanto laboral como extralaboral. En cambio, desde la óptica del empleador se buscará en todo momento la primacía de la libertad de dirección que se encuentra recogida en el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral —en adelante LPCL- y se inscribe en el derecho fundamental a la libertad de empresa establecida en el artículo 59<sup>8</sup> de la Constitución Política del Perú siguiendo la opinión de Martín Valverde en los siguientes términos: «el poder de dirección del empleador forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa y, en cuanto tal, ha de constar de aquellas facultades que, sumadas o combinadas, permitan llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta»<sup>9</sup>.

El ejercicio de esta libertad de empresa inherente a todo empleador aunada a la posición de subordinación del trabajador propia de toda relación laboral permite que el empleador pueda no sólo dirigir sino también fiscalizar y sancionar tanto la prestación de servicios a cargo del trabajador; como su conducta o comportamiento. Una de las manifestaciones de este poder de fiscalización e inclusive la más

---

<sup>8</sup> El artículo 59 señala: «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa (...)».

<sup>9</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio. El Ordenamiento Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Revista de Política Social. Instituto de Estudios Políticos, No. 37, Madrid, 1983. p.144.

significante es el despido entendido en términos de Alonso Olea y Casas Baamonde como la resolución unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empresario<sup>10</sup>.

Por esta razón, el ejercicio de estas potestades de sanción y dirección a cargo del empleador no deben ejercerse con absoluta libertad sino con ciertas limitaciones formadas no por la existencia de un contrato de trabajo en el cual se establezcan cláusulas determinadas; sino, principalmente, por el respeto de los derechos fundamentales tanto laborales como extralaborales del trabajador. Ciertamente, al caracterizarse la relación laboral por esta interacción y contraposición de intereses se debe buscar en la mayoría de los casos el ejercicio armonioso de ambos derechos e intereses contrapuestos (mediante la ponderación de derechos) puesto que, en caso el empleador ejerza su derecho de dirección sin observar el contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador, aquél devendrá en ilegítimo al haberse producido un ejercicio abusivo del derecho, más aún cuando el despido, en su condición de manifestación más significativa del poder de dirección lleva implícita una vulneración al derecho fundamental del trabajador «al trabajo» recogido en el artículo 22 de la Constitución. En efecto, todo despido al significar el término de una relación laboral por voluntad del empleador (exista o no causa justificada para ello) importa una injerencia en el derecho del trabajador precisamente a realizar la actividad que lo define como tal: trabajar. Además de esta lesión implícita al derecho al trabajo, el despido, en la mayoría de las veces, altera el ejercicio del trabajador de otros derechos fundamentales tales como libertad de expresión, de culto religioso, entre otros.

### 3.2. Mecanismos para la protección de derechos

Sin perjuicio de los criterios interpretativos y límites sustanciales que deberán observarse antes de la adopción de medidas disciplinarias por la empresa en el

---

<sup>10</sup> ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. Derecho del Trabajo. Madrid: Universidad Complutense, 1995. p.386. De acuerdo con BLANCAS BUSTAMANTE citando a PLÁ RODRÍGUEZ, este concepto de despido lo define en sentido amplio; existiendo además una concepción restringida del mismo según la cual debería verse al despido como «sólo la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador debido a la falta grave imputable al trabajador» BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Lima: ARA, 2002. p. 52.

ejercicio de su poder de dirección (amonestación, suspensión o despido), existen también mecanismos que operan ex-post; es decir, tras la manifestación de un despido lesivo de derechos fundamentales, los cuales exponemos a continuación.

### 3.2.1 Acción de amparo

Al implicar el despido la alteración de derechos constitucionales del trabajador, su protección corresponde principalmente a la esfera constitucional. En este sentido, la Constitución peruana ha establecido una serie de procesos tutelares denominados «Garantías Constitucionales» los cuales se encuentran recogidos en el artículo 200 de la Constitución Política del Perú y regulados en la Ley No. 28237, Código Procesal Constitucional. Dentro de estas Garantías podemos encontrar al Hábeas Corpus (restricción de la libertad personal), Hábeas Data (limitaciones al acceso a información) y principalmente la Acción de Amparo, la cual se encuentra prevista como el proceso constitucional mediante el cual el Estado se encarga de proteger el respeto por derechos constitucionales distintos a los tutelados mediante el Hábeas Corpus y el Hábeas Data ante su amenaza o efectiva vulneración, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de la misma.

Así, la persona, en concreto el trabajador, ante la vulneración de sus derechos constitucionales cualquiera que éste fuera y sin importar cual sea el medio o mecanismo empleado para consumir esta trasgresión, podrá solicitar ante cualquiera de estas vías procesales constitucionales, la reposición de sus derechos al estado anterior al de su vulneración<sup>11</sup>.

### 3.2.2. Vía ordinaria laboral: despido nulo

Este marco de protección fue ampliándose de modo tal que, de manera conjunta a las Garantías Constitucionales se establecieron, en el ámbito legislativo, mecanismos específicos de protección. Uno de estos mecanismos específicos constituye la declaratoria de nulidad de los despidos lesivos de derechos

---

<sup>11</sup> Al respecto, ver: ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit. p. 116.

fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 29 de la LPCL. Con la inclusión, vía legislativa, de la proscripción de esta modalidad de despidos – denominados nulos- se persiguió y sancionó no sólo la existencia o no de causas justificativas para la procedencia de los mismos, sino también la presencia de motivaciones explícitas o implícitas que fueran contrarias al ordenamiento jurídico. En otras palabras, la lesión de derechos fundamentales puede darse cuando el empleador alega el ejercicio abusivo a cargo de un trabajador o cuando si bien alega la presencia de una causa justificativa determinada para la validez del despido –por ejemplo, ausencias injustificadas reiteradas al centro de trabajo-; en realidad, esconde otra motivación (una verdadera razón para el despido referido) como puede ser que el trabajador fue elegido recientemente como dirigente sindical.

En atención de la ilicitud de estos motivos y de los derechos conculcados, la LPCL ha dispuesto como mecanismo de reparación para el trabajador ante la presencia de un despido nulo, los siguientes:

- Solicitar su reposición en su puesto de trabajo.
- El pago de una indemnización equivalente a la correspondiente por despido arbitrario

Entonces, a diferencia de la protección legislativa ante el despido arbitrario<sup>12</sup>- resarcimiento pecuniario: pago de una indemnización-, la legislación ha estipulado una reparación restitutoria ante la manifestación de un despido nulo, la cual constituye en términos de Blancas Bustamante citando a Pla Rodríguez, «la medida más enérgica y eficaz es la readmisión del trabajador. Constituye la forma natural de dejar sin efecto un despido que por considerarlo ilícito se le quiere quitar sus efectos. Si el despido intentó terminar el contrato de trabajo y se le quiere quitar eficacia a este despido, lo mejor es volver a considerar que el contrato de trabajo continúa como si ese despido no se hubiera producido»<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> El despido arbitrario es visto como aquel mediante en cual se pone término a la relación laboral sin expresión de causa justificativa alguna o si bien se alega causa ésta no puede ser comprobada judicialmente.

<sup>13</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. cit. p. 328-329.

En efecto, como el despido por la ilicitud de su motivación ha devenido en nulo, lo lógico es que se entienda que sus efectos deben ser ineficaces para lo cual, el trabajador deberá ser repuesto o readmitido en la empresa como si el despido nunca hubiera surtido efectos. Debe quedar claro que la reposición como medida reparadora del despido, está reservada exclusivamente al despido nulo; es decir, a aquellos que implican la lesión de derechos fundamentales; no siendo posible su aplicación a aquéllos que se caracterizan por la ausencia de una causa justificativa –despido arbitrario-.

- Derechos constitucionales protegidos:

La doctrina entiende que los motivos de nulidad del despido pueden admitir dos acepciones: (i) un sentido amplio; entendiéndose por ende, que ante la vulneración de cualquier derecho fundamental del trabajador procede la nulidad del mismo o (ii) un sentido restringido conforme al cual el despido merecerá ser catalogado de nulo sólo si acontece ante cualquiera de los motivos contemplados expresamente en la ley –en nuestro caso la LPCL-.

De las 2 orientaciones enunciadas, parece que el legislador peruano ha optado por la segunda por cuanto en el artículo 52 del Decreto Supremo No. 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, se ordena lo siguiente: «la acción de nulidad de despido requiere que, cuando menos, uno de los motivos a que se refiere el artículo 62 de la Ley –actual artículo 29 de la LPCL- sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo». En este sentido, el legislador ha sido claro en excluir cualquier posibilidad de solicitar la nulidad del despido por la violación de un derecho que si bien califica como fundamental no está incluido en la lista taxativa de la Ley.

Los supuestos de nulidad del artículo 29 son los siguientes:

1. La discriminación antisindical: Mediante esta prohibición se trata de proteger el derecho fundamental a la libertad sindical recogida en el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución al cual se le atribuye la condición de derecho humano laboral al estar recogida su protección en diversos tratados, y declaraciones tanto de nivel regional como mundial.

La libertad sindical se encuentra protegida en sus dos variantes: colectiva y personal referidas tanto para afiliarse y organizar de los sindicatos como para participar en las actividades sindicales.

2. La discriminación por razón de sexo, raza, idioma, religión u opinión: El derecho protegido mediante este supuesto es el mandato de no discriminación recogida en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Si se atiende al listado de derechos contenidos en el artículo constitucional referido, se podrá observar que éste resulta ser más restringido que el estipulado en la Constitución. Sin perjuicio de lo mencionado, existen 2 motivos que han sido agregados a la taxativa lista del artículo 29, el padecer de VIH (sida) y el basado en la discapacidad del trabajador según la Ley No. 27050.

Para la configuración de la discriminación se requiere de la presencia de 3 elementos: (i) una distinción o preferencia; (ii) la alegación de alguno de los motivos prohibidos como sustento de dicha diferenciación y (iii) un efecto el cual radica en la alteración o anulación de la igualdad de trato. En efecto, no toda diferenciación presupone una discriminación; sino exclusivamente aquella que se origina en un motivo proscrito por el ordenamiento.

3. El embarazo: La nulidad del despido de la mujer embarazada se produce cuando el despido ocurre en cualquier momento de la gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Asimismo y a diferencia de los supuestos anteriores, en este se establece una presunción –si el despido ocurre cuando la mujer estaba embarazada se entiende que éste ha obedecido a esta causa prohibida-; de modo tal que, opera una presunción legal de la nulidad estando obligado el empleador ha acreditar que el despido efectuado ha obedecido a causales objetivas y ajenas al embarazo de la mujer.
4. El ejercicio a cargo del trabajador de su derecho a la Tutela Jurisdiccional: Todo trabajador en su condición de persona tiene derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139 de la Constitución), el cual en el ámbito de una relación laboral se materializa en el derecho del trabajador de recurrir contra su empleador ante el incumplimiento de determinadas

obligaciones sin que por ello se origine una suspensión o término de la relación laboral. Ciertamente, el inciso c) del artículo 5 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) precisa que: no podrá constituir causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, el presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra su empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes».

De esta manera, lo que se busca es proteger al trabajador ante una represalia del empleador al haber ejercido su derecho a la tutela jurisdiccional interponiendo una queja ante autoridad judicial o administrativa –no ante el propio empleador-.

### 3.2.3. Relación entre la Acción de Amparo y la vía laboral ordinaria (vías paralelas)

Como se ha podido observar el despido nulo procede sólo ante la vulneración de determinados derechos tales como la libertad sindical, la no discriminación y la tutela jurisdiccional efectiva. Así, el trabajador ante la trasgresión de cualquiera de los derechos indicados tendría en principio 2 vías procesales a las cuales acudir: la constitucional (vía Acción de Amparo) y la ordinaria (vía despido nulo).

Estamos ante lo que la jurisprudencia argentina ha denominado «vías paralelas» o en términos de Abad «vías convergentes»; es decir, «ante todo proceso (ordinario, sumario, especial, etc.) distinto al Amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho vulnerado o amenazado»<sup>14</sup>. Las «vías paralelas» deben diferenciarse, en principio, de las llamadas «vías previas» que son lo que en México y España se entiende por Principio de Definitividad y Subsidiaridad según los cuales para que se pueda conceder «un proceso de Amparo, se requiere agotar las instancias previas así como todos aquellos recursos establecidos por la legislación que rija el acto que se reclama»<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 268.

<sup>15</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. La acción Constitucional de Amparo en México y España. México: Porrúa, 2000. p. 291.

Si bien la diferencia entre ambas vías es un poco complicada es indispensable anotarla por cuanto nuestro ordenamiento recoge ambas como causales de improcedencia de la Acción de Amparo. En este sentido, siguiendo lo dicho por Abad podemos considerar que ambas vías se diferencian en que «la primera (vía previa) debe agotarse antes de utilizar la acción de garantía, mientras que la segunda (vía paralela o convergente) no exige tal requisito, sino que cierra la posibilidad de optar por el Amparo de existir remedio judicial idóneo»<sup>16</sup>. El ejemplo por excelencia de vía previa es el agotamiento de la vía administrativa para interponer una Acción de Amparo.

Habiendo diferenciado ambos requisitos de procedencia, debo precisar que a efectos que una vía sea considerada como paralela o convergente debe reunir adicionalmente los siguientes requisitos conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional<sup>17</sup>.

- a. Perseguir el mismo fin que la Acción de Amparo.
- b. Invocación de los mismos hechos.
- c. Las partes en conflicto sean las mismas en ambos procesos.

En este sentido, si bien la vía laboral ordinaria puede ser considerada como una vía paralela al Amparo siempre que reúna los requisitos señalados – exclusivamente en el caso de los despidos nulos en función que persigue el mismo fin que el Amparo: restitución o reposición del trabajador en su puesto de trabajo, debe analizarse cuál es la relación entre ellas; es decir, si la Acción de Amparo es un mecanismo alterno o subsidiario a la vía judicial ordinaria.

- a. Alternabilidad

Conforme lo ha expuesto Castillo<sup>18</sup> que un proceso tenga el carácter de alternativo significa que el afectado en su derecho constitucional tiene la alternativa de optar por salvar su derecho constitucional a través de un proceso judicial ordinario

---

<sup>16</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. p. 221.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14 de agosto de 2002 recaída en el Expediente No. 0905-2001-AA/TC. Lima.

<sup>18</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Alternabilidad y Excepcionalidad en los Procesos Constitucionales. En: Código Procesal Constitucional Comentado. Trujillo: Normas Legales, 2005. p. 27.

o a través del correspondiente proceso constitucional. En otras palabras, ante el acaecimiento de un hecho que vulnere un derecho constitucional, el agraviado tiene la facultad de optar libremente por acudir a un proceso constitucional o a un ordinario sin necesidad de que medie requisito o presupuesto adicional alguno. Así, depende exclusivamente de la voluntad del individuo decidir a que clase de proceso someter su reclamo.

b. Subsidiaridad

Conforme a la legislación argentina, empleada como inspiración para la regulación del Amparo en nuestro país, la relación entre el Amparo y la vía laboral ordinaria es una de subsidiaridad; razón por la cual, «la vía del Amparo resulta excepcional y sólo procede en ausencia de otros remedios que pudieran resultar idóneos para la protección de las garantías que consagra nuestra Carta Magna». <sup>19</sup>

En este sentido, si existe una vía ordinaria idónea que ampare el reclamo del perjudicado, la Acción de Amparo no podría ser empleada como mecanismo de tutela puesto que de considerar pertinente su uso se estarían sustituyendo los procesos ordinarios existentes, generando inseguridad jurídica y rompiendo el orden procesal permanente<sup>20</sup>.

Siguiendo esta línea, para que la Acción de Amparo sea procedente, el perjudicado tendría que demostrar previamente la falta de idoneidad o ineptitud de la vía laboral ordinaria para proteger el derecho constitucional en juego. Así, lo ha establecido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Santiago del Estero en Argentina al considerarse incompetente para ver la Acción de Amparo presentada de la siguiente manera:

---

<sup>19</sup> ABERASTURY, Pedro. Derecho de Amparo: Antecedentes de la Acción de Amparo en la República Argentina. En: *La Protección Constitucional del Ciudadano: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Venezuela*. Buenos Aires: CIEDLA, 1999, p. 26.

<sup>20</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. p. 222.

«(...) no es menos cierto que el derecho de propiedad que en autos se dice lesionado, encuentra tutela jurisdiccional suficiente en la acción ordinaria, siendo por ello el Excmo. Superior Tribunal de Justicia en pleno el competente para entender en la presente acción (...)»<sup>21</sup>.

c. La posición peruana

En el inciso 3 del artículo 6 de la Ley No. 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo se contemplaba que: «no proceden las acciones de garantía –léase Acción de Amparo- cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria».

Haciendo una interpretación de esta disposición, el Tribunal Constitucional consideró que el proceso ordinario y la acción de Amparo eran vías optativas; es decir optó por la existencia de una relación de alternabilidad entre ambas vías dependiente de la exclusiva voluntad del perjudicado. Por ello, podemos considerar que bajo la legislación anterior al Código Procesal Constitucional la regla era la alternabilidad de las vías por cuanto se consideraba que la vía judicial ordinaria no ofrecía mecanismos de tutela idóneos y/o adecuados para la protección de derechos constitucionales vulnerados.

Este panorama cambió tras la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional por cuanto en él se expresa que: «no proceden los procesos constitucionales cuando: existan vías procedimentales específicas, 'igualmente satisfactorias', para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de Hábeas Corpus» (inciso 2 del artículo 5). Se observa, por consiguiente, que nuestro ordenamiento se orienta con lo estipulado tanto por la legislación argentina como por la colombiana: la subsidiariedad o residualidad del Proceso de Amparo. En efecto, el artículo 43 de la Constitución argentina dispone que: «toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, 'siempre que no exista otro medio judicial más idóneo' De igual modo, el Amparo ha sido concebido en Colombia como un mecanismo subsidiario de

---

<sup>21</sup> RIVERA, Julio César. El Amparo: ¿Vía Principal o Subsidiaria?. Nota al Fallo. En: Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1998-F. p. 814.

protección por cuanto se expresa en el artículo 86 de la Constitución que procede ‘cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial’, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

Por ello, desde el 01 de diciembre de 2004 (fecha de vigencia del Código Procesal Constitucional) para algunos<sup>22</sup> el Amparo se ha convertido en un proceso extraordinario o excepcional frente a la vía ordinaria, pero otros<sup>23</sup> siguen sosteniendo que aún es posible la alternabilidad entre el Amparo y la vía ordinaria.

Esta incertidumbre ha sido resuelta –a mi opinión- adecuadamente por el Tribunal Constitucional al haber reconocido el carácter «subsidiario» de la Acción de Amparo en relación con la vía ordinaria<sup>24</sup>; razón por la cual adquiere significativa importancia apreciar correctamente que debe entenderse por «igualmente satisfactoria» dado que de su adecuada percepción el juez tendrá que admitir o denegar un proceso constitucional.

d. ¿Qué se entiende por igualmente satisfactorio?

Al no haberse escrito mucho sobre este tema en el Perú, se debe acudir a la doctrina o mejor dicho, legislación que sirvió de inspiración para la regulación de la Acción de Amparo en el Perú, Argentina. Por ello, si bien en Argentina no se emplea la expresión «igualmente satisfactorio», sino la frase «proceso idóneo», debemos tratar de averiguar que entiende la doctrina y jurisprudencia de dicho país por tal requisito.

En primer lugar, se debe precisar que la Acción de Amparo al ser un proceso extraordinario se basa en dos presupuestos:

---

<sup>22</sup> Son de esta opinión: ABAD YUPANQUI, Samuel. «Vías Paralelas en el Proceso Constitucional» En: *Jurídica: suplemento de análisis legal*. Diario Oficial El Peruano. Lima, número 37, 15 de marzo de 2005 p. 5; y ALVA ORLANDINI, Javier. *Diario Gestión*, Lima, 13 de diciembre de 2004. p. 10.

<sup>23</sup> Ver a CASTILLO CORDOVA, Luis. *Op. cit.* p.39.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de noviembre de 2005 recaída en el Expediente No. 206- 2005-PA/TC.

- 1 La violación o amenaza de violación del derecho constitucional debe ser manifiesta: Al no existir en la Acción de Amparo una etapa probatoria amplia, el perjuicio de la acción o de la amenaza debe ser visible, ostensible y notoria; es decir, el juez debe poder percibirla tras un examen superficial de los medios probatorios presentados por el agraviado. En efecto, en palabras de Alfredo Buzaid «la nota fundamental del instituto no está dada propiamente por la inexistencia de discusión en torno al derecho invocado por el impetrante; sino por la indiscutibilidad de la pretensión enjuiciada»<sup>25</sup>. Por ello, si bien el agraviado tiene la obligación de presentar medios probatorios suficientes que acrediten la existencia del acto u omisión violatoria de sus derechos, estos no deben requerir de un análisis exhaustivo puesto que si no causan convicción en el juez y por tanto, se requiriera de la actuación de medios probatorios adicionales, la Acción de Amparo presentada debería ser declarada improcedente.
  
- 2 La celeridad en la tramitación de la Acción de Amparo: Al procurarse mediante la Acción de Amparo la tutela de derechos constitucionales para evitar que el daño, en caso se haya producido, devenga en irreparable; se exige que la misma cuente con un trámite procesal más acelerado (plazos más cortos que los establecidos para procesos ordinarios sin afectar el derecho de contradicción y defensa del acusado). Así, Abad califica al proceso de amparo como un «proceso urgente» al indicar que estos se caracterizan por reconocer en su seno que el factor tiempo posee una relevancia superlativa. Vale decir, que cuando se está ante un proceso urgente, siempre ocurre una aceleración de los tiempos que normalmente insume el moroso devenir de los trámites judiciales»<sup>26</sup>.

En virtud de ello, un sector de la doctrina argentina ha manifestado que la idoneidad de la vía ordinaria debe depender del factor tiempo, celeridad o rapidez alegando que la norma (artículo 43 de la Constitución argentina) alude estrictamente a dicho parámetro por cuanto ella empieza refiriéndose a «la acción expedita y

---

<sup>25</sup> ENRIQUE PALACIO, Lino. La Pretensión del Amparo en la Reforma Constitucional de 1994. En: Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires. 1995-D. p.1238.

<sup>26</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. p. 97.

rápida del Amparo». De esta manera, puede atenderse a lo sostenido por Sagüés «ante un acto lesivo manifiestamente arbitrario, el afectado debe recurrir al proceso más idóneo que habitualmente será el ordinario excepto que, en función del factor tiempo o de la inexistencia en éste de medidas cautelares, el amparo exhiba mayor idoneidad»<sup>27</sup>.

Como argumento contrario a esta posición se ha expuesto que nunca un proceso ordinario va a resultar ser tan célere como la Acción de Amparo; razón por la cual, nunca podría ser considerado como un proceso más idóneo, lo cual conllevaría a una ordinarización del Amparo. Así, la jurisprudencia argentina ha precisado que: «la existencia de remedios procesales ordinarios y adecuados para la tutela del derecho del recurrente, excluye la procedencia de la acción del amparo, siendo insuficiente a ese fin el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos corrientes, extremo que no importa otra cosa que la situación común de toda persona que peticiona mediante ellos el reconocimiento de sus derechos»<sup>28</sup>.

Asimismo, ha señalado que la idoneidad está referida a «la finalidad perseguida, cual es la obtención de la tutela judicial efectiva de los concretos derechos que se aleguen como conculcados»<sup>29</sup>.

Ante lo expuesto, considero que la idoneidad tiene que ser analizada casuísticamente; es decir, en cada oportunidad el juez antes de declarar improcedente la Acción de Amparo por considerar que existe un proceso laboral ordinario igualmente satisfactorio debe procurar que el objetivo es detener la lesión o evitar que ésta llegue a concretarse. En otras palabras, no debe declararse improcedente la Acción de Amparo simplemente porque exista otro proceso sino porque ésta necesariamente va a tutelar rápida y eficazmente la situación que manifiestamente está atentando contra derechos constitucionales del agraviado. Así, no basta la simple celeridad como parámetro de la idoneidad; sino que ésta

---

<sup>27</sup> SAGÜÉS, Ernesto. «Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus». En: Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires 1994-D. p. 1151.

<sup>28</sup> RIVERA, Julio César. Op. cit. p. 814.

<sup>29</sup> SCHAFRIK, Fabiana Haydeé y BARRAZA, Javier Indalecio. El Amparo: Estudio de su Naturaleza, Acción Ordinaria o de Excepción. Condiciones de Admisibilidad. Reflexiones en torno de un Pronunciamiento Judicial. En: Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires. 1997-F. p. 249.

tendrá que estar acompañada con la efectividad o eficacia del proceso paralelo para detener la palmaria arbitrariedad y por ende, detener o evitar la lesión inminente.

Por otro lado, es menester indicar que en lo relativo a la idoneidad no se puede obviar lo señalado por Rodolfo Barra: «la idoneidad tiene un carácter bifronte. En lo que concierne al afectado, se relaciona con la rapidez o celeridad del proceso judicial; por el lado del demandado, se vincula con la garantía del debido proceso, de manera tal que éste debe tener la posibilidad de una defensa amplia de sus derechos»<sup>30</sup>. En virtud de ello, la procedencia de la Acción de Amparo debe tratarse con suma prudencia por cuanto debe evitarse que por procurar ser céleres en la tutela de un derecho constitucional visiblemente amenazado o vulnerado, se desconozcan o violen otros derechos constitucionales como el derecho a la defensa y por ende, al debido proceso.

e. Relación entre Amparo y vía ordinaria ante despidos nulos:

Considerando lo analizado en los puntos anteriores, es viable o procedente la interposición de una Acción de Amparo ante la trasgresión de un derecho constitucional que puede ser tutelado vía despido nulo?

Para absolver esta interrogante debemos determinar, en primer lugar, si ambas vías pueden ser consideradas como paralelas o convergentes. Atendiendo a que en el artículo 34 de la PLCL se contempla la opción que el trabajador afectado pueda solicitar a su sola voluntad (i) el pago de una indemnización o (ii) la impugnación del despido y por consiguiente, su reposición, considero que las vías pueden merecer el calificativo de «convergentes» o «paralelas». En efecto, el trabajador podría conseguir a través de la vía ordinaria laboral la misma finalidad que mediante el Amparo: la restitución de la situación laboral al estado anterior a la trasgresión; es decir, la reposición del trabajador en su puesto de trabajo bajo las mismas condiciones.

Ahora bien, ¿son igualmente satisfactorias? En el despido nulo, la carga probatoria es significativamente complicada para el trabajador puesto que en este caso opera el principio de «quien afirma algo está obligado a demostrarlo»; de

---

<sup>30</sup> RIVERA, Julio César. Op. cit. p. 813.

modo tal que éste –léase el trabajador- tendrá que acreditar no sólo la existencia de la causa prohibida invocada; sino también la existencia de un nexo de causalidad; es decir, una inmediatez entre la causa prohibida alegada y el despido efectuado. De esta forma, al requerirse de una significativa actividad probatoria para demostrar que el despido vulneró no sólo el derecho al trabajo sino otros derechos fundamentales como no discriminación o libertad sindical, el Amparo no podría ser la vía adecuada.

En virtud de esta complejidad probatoria para el trabajador, la jurisprudencia peruana siguiendo la doctrina y jurisprudencia española, ha adoptado una aptitud un poco más flexible al permitir y desarrollar el principio de facilitación probatoria, el cual se manifiesta en términos de Morneo López en que «el trabajador que aduzca el despido obedeció al propósito de lesionar un derecho fundamental no queda librado de toda actividad probatoria, sino que deberá probar la concurrencia de indicios racionales de la probabilidad de la lesión alegada. Sólo después de que se hayan aportado esos indicios suficientes, el empresario demandando estará obligado a demostrar las causas reales y serias del despido en todo punto ajenas a toda intención lesiva de derechos fundamentales»<sup>31</sup>.

Entonces, si bien en el ámbito de proceso laboral ordinario, el trabajador tendría facilidades para acreditar que el despido del que fue objeto obedeció a un motivo ilícito, dichas facilidades no serían trasladables al proceso constitucional por cuanto el propio artículo 9 del Código Procesal Constitucional señala: «en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medio probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables sin afectar la duración del proceso».

Además de las facilidades probatorias existentes en la vía laboral ordinaria para el despido nulo frente a la Acción de Amparo, debemos señalar que aquella presenta una ventaja adicional: el trabajador además de solicitar su reposición,

---

<sup>31</sup> MORNEO LÓPEZ, José Luis. *La Carga de la Prueba en los Despidos Lesivos de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 42. Ver igualmente a BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. cit. p. 359.

percibirá el pago de las remuneraciones devengadas entre la fecha de la materialización de su despido nulo y la fecha de su reincorporación en la empresa pues el artículo 40 de la LPCL establece que: « al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.» En la Acción de Amparo, en cambio, el trabajador podrá solicitar únicamente su reposición, mas no el pago de las remuneraciones devengadas dejadas de percibir desde su despido hasta su reincorporación pues como ya se ha precisado en esta sede procesal sólo se puede buscar la obtención de efectos restitutorios – no resarcitorios-. De esta forma, si luego de obtener una sentencia favorable vía Amparo, el trabajador desea el pago de las remuneraciones devengadas deberá iniciar vía proceso laboral ordinario el proceso correspondiente.

Finalmente, debo señalar que en la vía laboral ordinaria el trabajador puede solicitar medidas cautelares al igual que en el proceso constitucional. Ciertamente, a pesar que en la Ley Procesal de Trabajo (artículo 96) se estipula que: son procedentes en el proceso laboral las medidas cautelares que contempla esta ley – medidas para futura ejecución forzada: embargos; y medidas sobre el fondo, pago de una asignación provisional, por ejemplo-, la jurisprudencia laboral ha entendido que en materia de medidas cautelares es aplicable al proceso laboral ordinario lo dispuesto por el Código Procesal Civil<sup>32</sup>.

Bajo esta consideración, sería posible la solicitud mediante medida cautelar, de la suspensión de los efectos del despido nulo hasta que se obtenga una sentencia. En otras palabras, al permitir el artículo 682 del Código Procesal Civil la aplicación de medidas cautelares innovativas – aquellas que son excepcionales y pueden ser dictadas por el juez ante la inminencia de un perjuicio irreparable y con el objeto de reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser el sustento de la demanda-, el trabajador afectado con el despido nulo efectuado por la empresa

---

<sup>32</sup> A título de ejemplo, ver pronunciamiento de la Corte Superior de Justicia recaída en el Expediente No. 3200-99-MC.

podría solicitar al juez laboral la aplicación de una medida cautelar innovativa –su reposición- al no estar ésta prevista expresamente ni en la Ley Procesal de Trabajo ni en el Código Procesal Civil. De esta manera, vía proceso laboral ordinario, el trabajador contaría con mecanismos procesales similares a los dispuestos para la Acción de Amparo –de acuerdo al artículo 15 del Código Procesal Constitucional se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio e los procesos de Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus-.

En atención de lo expuesto, considero que ante un despido nulo el agraviado no podría interponer una Acción de Amparo porque para tutelar la violación de sus derechos constitucionales existe otra vía igual o más satisfactoria: la vía laboral ordinaria.

#### 4. Razones para una protección preferente

Conforme lo analizamos en el acápite anterior, los derechos fundamentales que son protegidos vía despido nulo –libertad sindical, no discriminación y tutela jurisdiccional efectiva- gozan de un resguardo procesal especial o preferente. En efecto, a diferencia de los demás derechos fundamentales del trabajador que pueden verse igualmente conculcados por la mediación de un despido y que sólo pueden acceder a la Acción de Amparo en orden de obtener tutela; los tres derechos fundamentales enunciados al inicio de este párrafo no cuentan sólo con la posibilidad de la protección constitucional; sino que disponen de una tutela aún más favorable, la del despido nulo.

El punto a tratar en este momento es entender el porqué de este trato diferenciado entre derechos fundamentales; es decir porqué el derecho a la libertad sindical merece una tutela más favorable a la libertad de expresión pese a que la misma está catalogada por el propio Tribunal Constitucional como un derecho preferente? <sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> De acuerdo a la teoría de la posición preferente (*preferred position*), los derechos fundamentales- dado que configuran límites efectivos a la actuación del Estado- son preferidos sobre toda otra consideración que no sea tal, aun cuando ésta se encuentre constitucionalmente consagrada. Lo antes señalado implica que los derechos deben ser preferidos incluso sobre metas colectivas o sobre intereses públicos o meramente estatales. GUZMÁN, Christian. El principio de Preferencia por los Derechos Fundamentales. Un Intento de Fundamentación Lógica, citado por MARCIANI BURGOS, Betzabé. El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes. Lima: Palestra, 2004. p. 95.

Esta arbitrariedad no cuenta con justificación jurídica alguna; sino simplemente se basa en una opción legislativa. Desde la estipulación del despido nulo en nuestro ordenamiento se entendió que éste debía sujetarse a la literalidad de lo dispuesto por el Convenio No. 158 de la OIT. La consignación de estos supuestos y no de otros obedece en palabras de ARCE a la intención garantizadora de la protección que deparan otros instrumentos de la OIT»<sup>34</sup>. En efecto, los motivos y derecho enunciados en el artículo 5 se encuentran recogidos en diversos Convenios y Recomendaciones adicionales de la OIT como por ejemplo, el Convenio No. 3, 103 (maternidad) o la Recomendación No. 111 (discriminación en el empleo y ocupación); entre otros.

Así, resulta evidente que para la OIT los motivos consignados en el listado abierto del artículo 5 de ser empleados como justificación de un despido, provocan que el mismo devenga en nulo al haberse alegado un motivo ilícito. Esta estipulación fue reproducida en la LPCL pero con una salvedad: la lista dejó de ser abierta y se convirtió en taxativa en virtud de la redacción del artículo 29 de la LPCL y más aún por lo dispuesto por el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo conforme a lo explicado en el punto 2 del presente capítulo.

De este modo, pese a que los supuestos consignados en la LPCL derivan de la Convención No. 158 de la OIT y por consiguiente, de un intento del legislador peruano de adecuarse a parámetros internacionales, considero que ello no justifica la implementación legislativa de una jerarquía de derechos constitucionales. Ciertamente, el artículo 29 al contener una lista taxativa y no admitir posibilidad de ampliar, vía interpretación, sus alcances, origina una indefensión de derechos fundamentales indispensables –en el ámbito procesal ordinario- en el desarrollo de la relación laboral tales como el derecho al honor, a la reputación, entre otros. Ello conllevaría a establecer que legislativamente se ha consagrado una clasificación o jerarquía de derechos constitucionales lo cual contradice lo establecido por la propia Constitución quien ha establecido que todos los derechos consignados en ella tienen la condición de fundamentales –conforme a su artículo 3-.

---

<sup>34</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit. p. 208.

#### **4. ALTERNATIVAS PARA TUTELAR EN LA VÍA LABORAL ORDINARIA DERECHOS FUNDAMENTALES DISTINTOS A LOS PROTEGIDOS POR EL DESPIDO NULO**

Como se ha visto en los dos acápite anteriores, sólo los derechos fundamentales que pueden ser protegidos mediante el despido nulo gozan de una protección en la vía laboral ordinaria, la cual además resulta privilegiada en comparación con la protección constitucional. Ante ello, ¿qué ocurre con los demás derechos fundamentales de los trabajadores como la libertad de expresión o la de profesión religiosa?; ¿cabe alguna forma de protección procesal distinta de la constitucional?

##### **4.1. Bajo el sistema actual**

Las características del sistema actual de protección vía laboral ordinaria han sido enunciados a lo largo del presente trabajo y por tanto, las posibilidades de protección encontrados pueden resumirse de la siguiente forma:

En primer lugar, podría intentarse reconducir la protección de derechos como la libertad de expresión bajo otro derecho amparado por el despido nulo como la libertad sindical, por ejemplo. En efecto, en la mayoría de los casos, se vulnera la libertad de expresión o de información cuando los involucrados en los incidentes son trabajadores que ostentan cargos sindicales pues se entiende que los primeros coadyuvan a la protección de los segundos. Un ejemplo de esta tutela será el dispuesto por la Corte Superior de Justicia quien mediante sentencia recaída en el Expediente No. 0948-98-BS (proceso seguido por empresa Shougang y sus trabajadores –dirigentes sindicales-) expresó lo siguiente:

«(...) se exonera de responsabilidad al actor por la publicación del comunicado efectuada en el diario La República, al indicarse que la misma se realizó en mérito de un Acuerdo de la Asamblea general del Sindicato de Empleados de la demandada, asimismo que la comisión de la falta grave ha sido reconocida por el trabajador, quien la pretende justificar aduciendo que al efectuarse la mencionada publicación (...)»

Como se observa, se tutela el derecho a la libertad de expresión en este caso dependiendo de la existencia de otro derecho fundamental. El problema de esta alternativa radica precisamente en que el derecho tutelado directamente es la libertad sindical mas no la libertad de expresión, la cual está protegida en tanto esté inscrita dentro del primer derecho referido; de modo tal que ante una trasgresión exclusiva de algunos de los derechos fundamentales y estos no puedan ser reconducidos o incluidos en otros derechos fundamentales, el trabajador carecerá de protección en los términos y condiciones similares a las dispuestas para el despido nulo.

La segunda de las alternativas ante el actual sistema de legislación consiste en inaplicar la lista taxativa contenida en el artículo 29 de la LPCL. Para que esto pueda opera, se tendría que argumentar que el referido artículo 29 vulnera o transgrede un precepto constitucional. Pero, ¿cuál podría ser el precepto inobservado? De acuerdo al artículo 1 de la Constitución Política del Perú, la defensa de la persona humana y el respeto de «su dignidad» son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Conforme al Tribunal Constitucional, «la dignidad de la persona es el valor superior dentro del Ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico (...)»<sup>35</sup>.

En este sentido, la dignidad no sólo es un principio ordenador del sistema jurídico sino también un derecho fundamental por el cual en términos de Rubio Correa, «toda interpretación jurídica de naturaleza constitucional deberá evaluar cuándo se está defendiendo y cuándo agravando a una persona, cuánto se está respetando o no su dignidad (...)»<sup>36</sup>.

Atendiendo a lo expuesto, resulta claro que la Constitución define a la persona humana como valor supremo de la sociedad y del Estado, tanto en lo que refiere a su defensa como en el respeto de su dignidad<sup>37</sup>; lo cual implica precisamente, que

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de mayo de 2003 recaída en el Expediente No. 2209-2002-AA/TC.

<sup>36</sup> RUBIO CORREA, Marcial. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. p. 146.

<sup>37</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: Análisis Comparado. Lima: CIEDLA, 1996. p. 83.

no puede hacerse distinciones entre sus derechos fundamentales como los analizados en este trabajo. Así, el régimen de tutela dispuesto por el artículo 29 de la LPCL devendría en arbitrario al desarrollar una suerte de clasificación entre los derechos fundamentales sin existir como se ha precisado en el segundo acápite un criterio válido y justificativo para tal distinción. Ciertamente, cabe preguntarse, ostenta el Estado –representado por el legislador- algún tipo de prerrogativa para establecer categorías de derechos fundamentales? Considero que no. El principio y derecho fundamental a la igualdad determina que se debe procurar la defensa o protección de los derechos fundamentales de las personas –incluidos los trabajadores- en todo momento; de modo tal, que la posibilidad de establecer una gradualidad en la tutela de los mismos resulta inconstitucional.

Así, al inaplicar el artículo 29 de la LPCL arguyendo las razones expuestas – sea mediante control difuso o concentrado-, el juez podría ordenar la reposición de un trabajador si éste hubiera sido despedido por ejercer algunos de los derechos fundamentales enunciados –al honor, a la intimidad, entre otros-.

## **4.2. Anteproyecto de la Ley General de Trabajo**

A diferencia de las alternativas anteriores que se enfocaban en la búsqueda de una tutela en la legislación actual, el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo da una solución clara al problema planteado pues ordena en su artículo 132 lo siguiente:

«Es nulo el despido que agrava derechos fundamentales, en especial el que tenga por motivo: (i) la afiliación a un sindicato, la participación en actividades sindicales (...); (ii) la discriminación por cualquier índole; (iii) el embarazo; (iv) presentar un reclamo al empleador y (v) impedir al trabajador el ejercicio de su derecho de defensa ante el despido (...).».

Como se puede apreciar, el Anteproyecto corrige las limitaciones consignadas en la actual legislación pues el trabajador podrá interponer una demanda por despido nulo ante la jurisdicción laboral ordinaria –con todas las prerrogativas enunciadas- cuando se haya transgido cualquiera de sus derechos fundamentales. En efecto, si bien en el Anteproyecto se consagra un listado de supuestos; éste no puede ser

calificado de taxativo sino simplemente de enumerativo o abierto pues el encabezado del artículo es en extremo claro al establecer que se puede presentar demandan por despido nulo ante «cualquier vulneración de un derecho fundamental del trabajador».

De esta forma, con el anteproyecto el trabajador gozaría en la vía laboral ordinaria de la tutela de derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho al honor sin necesidad de acudir a la protección constitucional, la cual se convertiría indefectiblemente en subsidiaria o extraordinaria.

## 5. CONCLUSIONES

- 1 Con motivo de la existencia de un contrato de trabajo se puede identificar que el trabajador es titular de dos tipos de derechos fundamentales: aquellos que le corresponden en virtud de su condición de trabajador propiamente dicho y otros que deben serle reconocidos en su calidad de ser humano.
- 2 Ante la lesión de derechos fundamentales, el trabajador cuenta en teoría con dos vías procedimentales: (i) la acción de amparo y (ii) la vía laboral ordinaria -despido nulo-.
- 3 Bajo la legislación anterior al Código Procesal Constitucional, la acción de amparo mantiene un vínculo de alternabilidad con el resto de procedimientos existentes. Tras la entrada en vigencia del referido Código, situación ha variado drásticamente por cuanto se ha asumido la existencia de una relación de residualidad del amparo, semejante a la existente en Argentina y Colombia.
- 4 Para verificar la idoneidad de la vía paralela o convergente no basta referirse a la celeridad sino que será indispensable analizar la eficacia del proceso paralelo para evitar o poner término a la violación palmaria del derecho constitucional.
- 5 Por ello, ante la presencia de un despido nulo, el agraviado no podrá interponer una acción de amparo al ser improcedente por la existencia de una vía paralela igual o más satisfactoria: vía laboral ordinaria.

- 6 Así, a diferencia de los tres derechos fundamentales protegidos por el despido nulo, los demás derechos fundamentales sólo son tutelados vía acción de amparo.
- 7 Las alternativas para tutelar vía laboral ordinaria derechos fundamentales distintos a los protegidos por despido nulo, bajo la legislación actual, son: reconducir los derechos fundamentales bajo otro derecho fundamental amparado por el despido nulo e, inaplicar el artículo 29 de la LPCL al considerar que transgrede el derecho constitucional a la dignidad del trabajador.

La tercera alternativa está establecida en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, el cual establece una lista abierta de los derechos fundamentales a ser tutelados por el despido nulo.

# La legalidad del control del empleador sobre el correo electrónico asignado a sus trabajadores

*Jorge A. Larrea De Rossi*

Asistente de la Cátedra de Derecho Laboral Especial en la  
Pontificia Universidad Católica del Perú.

*«El Derecho es esencialmente sentido común»  
(Umberto Romagnoli)*

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Un congresista norteamericano es sorprendido enviando correos electrónicos (*e-mail*) con propuestas sexuales a su practicante menor de edad; un trabajador español -de una importante firma bancaria alemana- es despedido en Barcelona por enviar, en el lapso de un mes y medio, 140 *e-mail* a sus amigos; una secretaria de un reconocido estudio de abogados limeño es sancionada por usar el *e-mail* institucional para difundir cuestionables comentarios políticos en épocas electorales; un ingeniero de una empresa industrial del callao es detectado cuando por *e-mail* ofrecía a una empresa competidora información sensible de su empleador; un funcionario de una empresa postal peruana es acusado de enviar imágenes pornográficas a través del *e-mail* de la empresa a -por lo menos- uno de sus compañeros de labores.

Los ejemplos podrían ser tan numerosos y variados como la infinidad de posibilidades y recursos que nos ofrecen -hoy por hoy- las Tecnologías de la

---

<sup>1</sup> Las explicaciones sobre las implicancias técnicas del uso del *e-mail* por parte de los trabajadores, así como el control empresarial que -técnicamente- se puede ejercer sobre este, han sido recogidas en entrevistas con el Sr. Sandro Marcone, de la Gerencia de la Red Científica Peruana y con la Srta. Natalie Gil, Jefa del Departamento de Producción de Sistemas del Banco de Crédito BCP, con quienes quedamos sumamente agradecidos. La mayoría de las definiciones de los conceptos técnicos aquí señalados se han obtenido en [www.glosarium.com](http://www.glosarium.com)

Información y Comunicaciones<sup>2</sup> (TICs). Las situaciones comentadas no son ejemplos académicos sino recientes hechos de la vida real, que podrían seguirse dando en tanto las TICs de un empleador sean mal utilizadas por sus dependientes.

En la actualidad, la potestad (o no) del empleador de ejercer su facultad de fiscalización sobre el *e-mail* que le es asignado a sus trabajadores, viene siendo ampliamente debatida a nivel internacional, no existiendo -aún- una tendencia clara, ni a nivel legislativo, jurisprudencial ni doctrinario que de una solución definitiva al posible conflicto entre la facultad de fiscalización del empleador sobre las herramientas de trabajo -derivado de su derecho constitucional a la libertad de empresa- y el derecho a la intimidad del trabajador y al secreto de sus «comunicaciones privadas»; siendo que todo trabajador goza de estos derechos fundamentales -en su condición de persona- sin que puedan ser afectados por una relación laboral; es decir lo que en doctrina laboral se conoce como *derechos inespecíficos*, siendo que de comprobarse que una medida disciplinaria impuesta por el empleador -por ejemplo el despido- se produce en virtud a la afectación a estos derechos inespecíficos, se terminaría por afectar -en consecuencia- derechos laborales constitucionalmente protegidos (derechos específicos) como los prescritos en los artículos 23<sup>o</sup> (penúltimo párrafo) y 27<sup>o</sup> de la Constitución<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Según la OCDE (Organization for Economic Cooperation and Development) las TICs son aquellos dispositivos que capturan, transmiten y despliegan datos e información electrónica y que apoyan el crecimiento y desarrollo económico de la industria manufacturera y de servicios. OECD. Reviewing the ICT sector definition: Issues for discussion. Working party on indicators for the information society. Stockholm, 25-26, abril 2002.

<sup>3</sup> El penúltimo párrafo del artículo 23<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú de 1993, señala que: «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador», mientras que el artículo 27<sup>o</sup> garantiza que «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario».

Lo cierto es que las nuevas tecnologías que usamos en nuestra actual y también nueva «sociedad de la Información»<sup>4</sup>, generan inevitablemente situaciones de conflicto entre empleadores y trabajadores, a las cuales el Derecho Laboral esta llamado a dar una solución adecuada y coherente con nuestros tiempos.

Creemos que esta nueva sociedad, que se ha configurado en virtud a las TICs y en la cuál el conocimiento y la información constituyen bienes esenciales de gran valor, exige un nuevo y moderno derecho<sup>5</sup>. En efecto, son nuevos los conceptos y nuevas las situaciones jurídicas que debemos afrontar hoy en día, y por tanto las repuestas del derecho no pueden mantenerse bajo la rigidez de antiguos esquemas jurídicos, conceptuados en un tiempo en el que quizás aún eran impensables los adelantos tecnológicos que presenciamos hoy. «(...) en el mundo tecnológico y su relación con el económico, se mueven diversos e importantes intereses que el derecho se ve obligado a regular. Parece lógico por tanto, que el derecho proporcione a la informática una regulación jurídica que es necesaria para su desarrollo», nos señala el Dr. Miguel Ángel Davara<sup>6</sup>, quien cita al profesor Hernández Gil que ya en 1973 comentaba el tema señalando: «No se trata de que el derecho va a ordenar

---

<sup>4</sup> El Gobierno del Perú, en su «Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú: La Agenda Digital Peruana» (Puede consultarse en: <http://www.peru.gob.pe/AgendaDigitalPeru/agendadigitalperu.htm>) señala que: (...) definimos la Sociedad de la Información como: «un sistema económico y social donde el conocimiento y la información constituyen fuentes fundamentales de bienestar y progreso, que representa una oportunidad para nuestros países y sociedades, si entendemos que el desarrollo de ella en un contexto tanto global como local requiere profundizar principios fundamentales tales como el respeto a los derechos humanos dentro del contexto más amplio de los derechos fundamentales, la democracia, la protección del medio ambiente, el fomento de la paz, el derecho al desarrollo, las libertades fundamentales, el progreso económico y la equidad social».

<sup>5</sup> En efecto, el «Derecho Informático» es un área especializada del derecho que intenta regular las nuevas situaciones que plantea la actual Sociedad de la Información; materia que lamentablemente no se dicta en la mayoría de las Facultades de Derecho del Perú, pese a que actualmente las TICs estén vinculadas con todas las diferentes ramas del Derecho. Antonio Pérez Luño (PÉREZ LUÑO, A. Manual de informática y derecho. Barcelona: Ariel, 1996) definía al Derecho Informático como: una materia inequívocamente jurídica, conformada por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir de la informática y la telemática. Cabe indicar que aunque en América, actualmente, se sigue usando el término «Derecho Informático», el término ha devenido en obsoleto ya que no se trata de regular solamente la Informática, por lo que el término –actualizado- usado en Europa es «Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicaciones».

<sup>6</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. Manual de Derecho Informático. Navarra: Aranzadi, 2004. 6ª. edición.

nuevas realidades, sino que el derecho mismo va a experimentar, en cuanto objeto de conocimiento, una mutación, derivada de un modo distinto de ser elaborado, tratado y conocido»<sup>7</sup>.

En lo que a Derecho Laboral se refiere, las TICs han planteado –en los últimos años- situaciones jurídicas -relativamente nuevas- especialmente referidas a temas como el teletrabajo, nuevas condiciones de trabajo, el control y fiscalización de las labores mediante el uso de sistemas o instrumentos tecnológicos, la protección de la información de los trabajadores contenidas en bases de datos, el uso de las TICs para la selección y contratación de personal, el valor de las ordenes, directivas y hasta sanciones cursadas haciendo uso de las TICs, así como el uso extra laboral de las TICs puestas a disposición de los trabajadores, sea con fines sindicales o para un uso personal del trabajador, entre otras varias situaciones<sup>8</sup>.

En palabras de Salvador Del Rey: La ya asentada Sociedad de la Información y la revolución digital –que no ha hecho más que comenzar- nos pone frente a una de las transformaciones más profundas de la organización del trabajo en la empresa. La influencia creciente e imparable de las TICs afecta cada vez más a un número mayor de instituciones del derecho laboral tales como: el tiempo de trabajo, facultades organizativas y de control del empresario, lugar de trabajo, prevención de riesgos laborales, etc.<sup>9</sup> Y es que en la actualidad la prestación de servicios se ve mediatizada por mecanismos telemáticos de comunicación (fax, correo electrónico, Internet); a su vez, el empresario tiene a su disposición un variada gama de instrumentos tecnológicos que le permiten ejercer más cómoda y eficazmente su

---

<sup>7</sup> Hernández Gil, Antonio: Problemas socio culturales de la informática jurídica. Ponencia en la mesa redonda sobre teleinformática jurídica. Madrid: Fundación para el desarrollo social de las comunicaciones (FUNDESCO), 1973, citado por DAVARA RODRÍGUEZ, M. *Loc. cit.*

<sup>8</sup> Actualmente, por ejemplo, la Tecnología permite utilizar un teléfono celular con el sistema GPS para conocer la ubicación exacta de los trabajadores; la videovigilancia es ya una práctica generalizada; mientras que –por ejemplo- en España se viene discutiendo sobre el supuesto derecho de los sindicatos a que los empleadores les proporcionen un espacio gratuito en las paginas *web* de las empresas y que se les permita hacer uso de *e-mail* protegidos por el fuero sindical, sobre este punto véase la sentencia de la Audiencia Nacional del 6.12.2001

<sup>9</sup> DEL REY, Salvador. Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías: Reflexiones Introdutorias. En: AA.VV., Derecho Social y Nuevas Tecnologías, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

poder de dirección y disciplina en la empresa (videocámaras, «rastros» informáticos en los ordenadores, etc.)<sup>10</sup>.

Toda esta dimensión tecnológica en la prestación de los servicios ha traído hasta nosotros una nueva clase de conflictos laborales, sintetizados por un lado, en los límites del uso extralaboral de estos medios tecnológicos por los trabajadores y el control empresarial de dicho uso; y por otro lado, en la utilización de nuevas tecnologías como parte del poder de dirección y vigilancia del empresario y su limitación en función de los derechos de los trabajadores. Se trata de conflictos a los que el ordenamiento laboral debe dar solución y que reavivan el tradicional debate sobre la vida privada del trabajador en el seno de la empresa<sup>11</sup>.

Cuando hablamos de un uso indebido de las TICs, los casos van desde – siempre durante el horario de trabajo- hacer uso de la computadora para jugar, pasando por el acceso a páginas *web* que no tienen vínculo alguno con las labores<sup>12</sup>, mantener conversaciones vía Chat o Messenger, realizar cursos a distancia haciendo uso de la computadora y el Internet de la empresa<sup>13</sup>, descargar fotografías, audios o videos de ocio, humorísticos o pornográficos, sobrecargar y hasta bloquear la red de la empresa, infiltración de virus y otros que afectan los sistemas del empleador, uso para fines personales del correo electrónico y hasta competencia desleal, espionaje industrial, fuga de información sensible o comisión de delitos informáticos<sup>14</sup> mediante el correo electrónico asignado a los trabajadores.

---

<sup>10</sup> SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Vigilancia electrónica vs. Derecho a la intimidad y a la propia imagen (a propósito de las nuevas tecnologías en el marco laboral). En: AA.VV. Temas Actuales de Derecho Laboral. Normas Legales: Trujillo, 2005.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> El tema del uso de páginas *web* distractivas, durante la jornada de trabajo, está tan extendido que hasta algunas *webs* han sabido aprovechar la debilidad de ciertos empleados.

Por ejemplo, [www.ishouldbeworking.com](http://www.ishouldbeworking.com) («debería estar trabajando»). ofrece una variedad de formas para perder el tiempo (juegos, bromas, sorteos, etc.) y cuenta con un *panic button* (botón de pánico), que consiste en un *link* que conduce de inmediato a un sitio de negocios para así engañar a quien observe el monitor.

<sup>13</sup> Para efectos del presente trabajo asimilaremos y utilizaremos indistintamente los conceptos de empleador, empresa y/o institución.

<sup>14</sup> En el Perú los delitos informáticos están tipificados en el Capítulo X del Título V del Libro Segundo del Código Penal.

En efecto, dentro del concepto mayor del «control empresarial y los límites en el uso extralaboral de las TICs», nuestro trabajo de investigación se concentrará en el uso (y abuso) extra laboral -en horario de trabajo- del correo electrónico de la empresa, asignado a los trabajadores, y por tanto de la legalidad del control del empleador sobre el correo electrónico institucional. Haciéndose necesario, entonces, establecer mecanismos de control que permitan a los empleadores evitar los perjuicios que el uso inadecuado de esta herramienta de trabajo puede causarles.

Para efectos del presente trabajo –y en el marco de lo que pretende ser una futura investigación mayor- se han revisado referencias legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias de España, Francia, Bélgica, Inglaterra, Estados Unidos, Brasil, Chile, Argentina y Uruguay, mientras que en nuestro país el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un caso de despido por uso indebido del *e-mail* en la sentencia recaída sobre el expediente 1058 - 2004-AA/TC, conocido como el caso «Serpost»

Es nuestra hipótesis que realizar un control empresarial del correo electrónico asignado a los trabajadores –en sus aspectos exteriores y su contenido- de forma legal, razonable, proporcional y sin afectar los derechos constitucionalmente protegidos de los mismos, es posible. Estando por tanto el empleador -según nuestro entender- en la facultad, teórica y práctica, de sancionar las situaciones de un uso irregular, abusivo y desproporcionado<sup>15</sup> del *e-mail* con fines extra-laborales; lo que implica no sólo un aprovechamiento desleal de los recursos de la empresa, sino también un perjuicio al empleador por las horas acumuladas de improductividad, así como los diversos perjuicios que eventualmente pudiesen derivarse del mal uso del correo electrónico asignado a los trabajadores.

Creemos que todo aquel que lea este trabajo, es consciente de que en más de una ocasión -durante la jornada laboral- hizo un uso personal y extra laboral del correo electrónico asignado por su empleador, en efecto, cierto es que los trabajadores utilizamos -eventualmente- el *e-mail* de la empresa para fines

---

<sup>15</sup> Nótese que hacemos referencia a un «uso irregular, abusivo y desproporcionado», pues consideramos –como explicaremos en este trabajo- que sólo una conducta con tales características podría justificar un despido, dejando a salvo la posibilidad del empleador de aplicar sanciones menos graves a un uso extralaboral del *e-mail* que no tenga tales características.

personales<sup>16</sup>, pero desde una perspectiva legal consideramos que dicha actitud es –sin lugar a dudas– una infracción que aunque pudiese ser moderadamente tolerada por el empleador no genera un derecho de los trabajadores a un uso «social» del *e-mail* institucional, por lo que debemos preguntarnos ¿hasta dónde puede ser tolerable este uso?, ¿cuando se convierte en uso irregular, abusivo y desproporcionado?, ¿en que momento y cómo –este uso inadecuado– causa perjuicio al empleador?, ¿cuales son los mecanismos de control y fiscalización que puede usar el empleador?, ¿cuál sería la falta que estaría cometiendo el trabajador y cuál la sanción razonable y proporcional?, entre otras muchas interrogantes que segura y lamentablemente no podremos agotar de forma definitiva en este trabajo.

En todo caso, queda claro que respecto al *e-mail* la preocupación de los trabajadores gira en torno al desarrollo de su «vida privada» dentro de la empresa, mientras que el interés principal de los empleadores no es si los trabajadores gastan bromas a sus compañeros, si mantienen correspondencia electrónica con sus novias o si son adictos a la pornografía colgada en Internet. La preocupación empresarial, no es sino la misma de siempre: «productividad», ¿Que tan bien aprovechado está el tiempo de trabajo que los empleadores pagan? y ¿Cómo se usan y aprovechan las herramientas de trabajo que el empleador pone a disposición de sus dependientes?»<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> De acuerdo a los datos recogidos por APOYO, los internautas peruanos de entre 18 y 30 años son los que mayormente se conectan a Internet desde el Trabajo, principalmente los de Nivel Socio Económico A y B; utilizando el Internet en mayor porcentaje durante los días laborables, siendo el viernes el día de mayor uso. En cuanto al correo electrónico el 80% de los encuestados tiene un e-mail; la mayoría (con absoluta ventaja) utiliza un e-mail obtenido de Internet (Hotmail, Yahoo, etc.); de los encuestados el 85% señala que utiliza el *e-mail* para comunicarse con sus amigos e indican que mientras los *e-mails* personales ocupan el primer lugar de correo electrónico enviado y recibido, los de trabajo ocupan el quinto lugar de entre ocho opciones. Véase: APOYO Opinión y Mercado. Uso y actitudes hacia Internet 2004, Lima, APOYO Opinión y Mercado, 2004.

<sup>17</sup> Idea tomada a partir de: FRAGALE, Roberto y LEONEL DE REZENDE, Joaquim. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Navarra: Aranzadi, 2003. p. 97 y siguientes.

## 2. EL CORREO ELECTRONICO ASIGNADO A LOS TRABAJADORES: UNA HERRAMIENTA DE TRABAJO FISCALIZABLE

### 2.1. Herramientas de trabajo

Por útiles y/o herramientas de trabajo puede entenderse a todos los elementos puestos a disposición del trabajador por la empresa, directamente vinculados con la prestación de servicios, bien por resultar imprescindibles para su desenvolvimiento o bien por facilitarla<sup>18</sup>.

El Diccionario de Derecho Laboral de Guillermo Cabanellas<sup>19</sup>, precisa que las herramientas que la empresa les asigne, originan para los operarios, los deberes de uso adecuado y el de custodia.

La legislación nacional no hace mayores referencias sobre los útiles y/o herramientas de trabajo, aunque el Proyecto de Ley General del Trabajo establecería explícitamente entre los deberes del trabajador el de cuidar y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se le hubieren proporcionado para ejecutar sus labores<sup>20</sup>.

En todo caso, la referencia legal expresa no resulta indispensable pues a partir del Principio de Buena Fe Laboral, se entiende que todo trabajador esta obligado a dar un uso adecuado a los útiles y/o herramientas de trabajo que su empleador le proporcione. La legislación nacional –sin embargo- sí contempla la posibilidad de

---

<sup>18</sup> AGUT GARCÍA, Carmen. Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa. En: Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 163, año 2004. pp. 24-36

<sup>19</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario de Derecho Laboral. Buenos Aires: Heliasta, 1998.

<sup>20</sup> Esto quedaría establecido en el inciso 10 del artículo 50º de la Ley General de Trabajo, siendo una norma sobre la cuál se ha alcanzado consenso en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo.

sanción, sea en virtud al a) y/o al inciso c) del artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL)<sup>21</sup>.

Dentro de las TICs como herramientas de trabajo tendríamos –entre otras- a los teléfonos, telefax y celulares, las computadoras y todas sus partes integrantes y accesorias, las impresoras, fotocopiadoras y escáneres, el acceso y navegación en Internet, las diferentes aplicaciones y recursos electrónicos que se puedan facilitar mediante –por ejemplo- una Intranet institucional, las bases de datos, los programas, documentos, archivos y carpetas de archivos «colgados» –por ejemplo- en la red corporativa de la empresa y -desde luego- el correo electrónico como una herramienta de trabajo, hoy en día fundamental.

## 2.2. El correo electrónico personal y el correo electrónico laboral

El *e-mail* funciona básicamente como una relación entre computadoras: donde una es un **terminal** «cliente o usuario» y otra es un «servidor» de correo<sup>22</sup> es decir, una computadora que contiene información que puede ser consultada por los usuarios. Esta es una computadora central que guarda el nombre de usuario del *e-mail* en un dominio<sup>23</sup> determinado. Por ejemplo, si el *e-mail* que la empresa le ha asignado a su trabajador es «trabajador@empresa.com», dónde «trabajador» es el usuario y lo que sigue después del signo arroba<sup>24</sup> («@») indica el dominio. Cuando

<sup>21</sup> La LPCL señala, en su artículo 25° como falta grave laboral: a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad; y c) La apropiación, consuma o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor.

<sup>22</sup> Un servidor de correo es una computadora donde se guardan todos los mensajes de correo, en espera de que se conecte el usuario al que van dirigidos y que los «recoja».

<sup>23</sup> Todas las computadoras conectadas a Internet, ya sean servidores o clientes, tienen que estar identificadas de alguna forma, lo mismo sucede para las *web*, por ello se utiliza la dirección IP que esta conformada por números, por ejemplo, 195.57.130.128. La dirección IP es única y exclusiva. Sería muy incómodo para los usuarios recordar y trabajar con números, por eso se utilizan los «nombres de dominio», es decir, nombres que usando letras se identifican con una determinada dirección IP, dónde *www.empresa.com* equivaldría a –por decir algo- 195.57.130.128 y el servidor de correo de «Empresa» tendría su propio IP.

<sup>24</sup> El signo de arroba (@) se entiende como «at» («en»), por lo que en el ejemplo se estaría diciendo: «trabajador» (usuario), «@» (en), «empresa.com» (el dominio de la empresa o institución que brinda la cuenta de correo electrónico).

alguien envía un mensaje desde esta dirección, ese mensaje pasa por el servidor del remitente, viaja por Internet y llega al servidor del destinatario, el cuál guarda el mensaje hasta que el destinatario se decida a abrir su cuenta de correo; en ese momento la computadora del destinatario se conecta al servidor y este le entrega al programa «cliente» –de correo electrónico- todos los nuevos mensajes.

Se puede enviar o recibir correo electrónico de dos formas:

- 1) Usando una cuenta de *e-mail* en un *webmail* de Internet sea gratuita como los Hotmail, Yahoo, etc., sea pagada como los servicios de la Red Científica Peruana (RCP), Terra y otras, o sea -en algunos casos- un servicio de *webmail* proporcionado por la misma empresa empleadora. Estas *webmail* brindan la posibilidad de revisar el correo electrónico en una *web* «colgada» en Internet, a la que se puede acceder desde cualquier computadora del mundo por medio de un determinado usuario y contraseña asignado.
- 2) O a través de la función POP3<sup>25</sup> y SMTP<sup>26</sup>, que son protocolos que asociados a una cuenta de correo electrónico permiten enviar y recibir –respectivamente- *e-mail* utilizando un servicio de correo electrónico contratado y programas específicos como el Outlook, Pegasus, Lotus y otros. En este caso, el *e-mail* sólo se puede revisar en la computadora en la que este instalado el programa y configurada la cuenta de correo (pudiendo configurarse la misma cuenta en varias computadoras diferentes)

Existe la posibilidad de usar ambas figuras y/o combinarlas y es factible, también, que se use el servidor de la empresa que brinda el servicio de correo (Hotmail, RCP, Terra, etc.) o que la empresa empleadora tenga su propio servidor corporativo de correo electrónico.

---

<sup>25</sup> POP3: (Post Office Protocol 3). Tercera versión del protocolo diseñado para la gestión, el acceso y la transferencia de mensajes de correo electrónico entre dos máquinas, habitualmente un servidor y una máquina de usuario.

<sup>26</sup> SMTP: Protocolo de red basado en texto utilizado para el intercambio de mensajes de correo electrónico entre computadoras y/o distintos dispositivos.

Resulta perfectamente claro que una cuenta de correo solicitada directamente por el trabajador a un proveedor de *e-mail* (con costo o no) y cuya dirección electrónica contenga un dominio diferente al del empleador, por ejemplo el popular Hotmail, es –sin lugar a dudas– un *e-mail* personal al que por ninguna razón podría tener acceso el empleador (ni en los datos externos del *e-mail* ni mucho menos en su contenido) así se haya ingresado a dicha cuenta desde una computadora de trabajo y usando la Internet de propiedad de la empresa. Sin perjuicio de ello, el empleador validamente podría bloquear el ingreso a dicha *web* de correo electrónico personal, restringir y delimitar la navegación y el acceso de sus trabajadores a esa y otras determinadas *web* de la Internet, evitando así el uso de cuentas de correo personales y navegación extra laboral, durante la jornada de trabajo, facultad del empleador sobre la cuál no existe mayor discusión.

Sin embargo, la cuenta de correo que la empresa asigna a sus trabajadores – en nuestro ejemplo el trabajador@empresa.com– no es, ni puede ser considerada, una cuenta de correo personal, por el contrario esta es una herramienta de trabajo, propiedad del empleador, a la que llamaremos cuenta de correo o *e-mail* «laboral», que utiliza el dominio de la empresa y que –por lo tanto– se entiende que cualquier mensaje se envía en nombre y representación de la empresa empleadora, comprometiéndola con el contenido de los *e-mail*.

Tal como lo señala Thibault<sup>27</sup> «el correo electrónico es una herramienta de trabajo de propiedad de la empresa (...) no cabe un derecho social al uso del *e-mail* laboral, en la medida en que, no lo olvidemos, ello puede significarle al empleador unos determinados gastos, además de tener repercusiones negativas sobre la prestación laboral de sus empleados»

Para que el *e-mail* laboral pueda funcionar, el empleador requiere asumir los costos que implican contar con las computadoras, el *software* apropiado, el programa de navegación y el de correo electrónico, el pago del derecho a usar el dominio que

---

<sup>27</sup> THIBAUT ARANDA, Javier. «El uso del e-mail por los trabajadores y las facultades de control del empleador». Ponencia presentada el 30 de marzo de 2001 en el Seminario «Poder informático e intimidad: límites jurídico- laborales y penales al control empresarial», organizado por los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. En: <http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109040/thibault-imp.html>.

haya establecido, la habilitación de las cuentas de *e-mail* asignadas a sus trabajadores, la arquitectura de la red empresarial (LAN), el acceso a un servidor de correo (o mantener un servidor corporativo propio), el mantenimiento y soporte técnico, la actualización y pago de licencias de todos ellos, los programas y herramientas antivirus, antispam<sup>28</sup>, Proxy<sup>29</sup> y *firewall*<sup>30</sup>, así como los filtros de seguridad necesarios, el pago del acceso a Internet que brinda el ISP<sup>31</sup> y de ser el caso el pago adicional de la *data* es decir la infraestructura para lograr la conexión (CableNet, ADSL, Red Telefónica, Fibra Óptica, etc.).

El *e-mail* laboral, entonces, es asignado a los trabajadores por su empleador, como una herramienta de trabajo a fin de facilitar el cumplimiento de las labores; en tanto herramienta de trabajo –en principio- no debería haber un uso personal y extra laboral del mismo y siendo, en consecuencia, de uso exclusivo laboral no debería haber dificultad alguna para que el empleador controle esta herramienta y el buen o mal uso que se le de; mientras que la clave de acceso o contraseña (normalmente definida por el propio trabajador) no debería ser entendida como un indicio de una supuesta «privacidad» sobre el *e-mail* laboral, su fin no es evitar el control empresarial sobre el correo electrónico pues -como veremos- para llevar a cabo esta fiscalización no se requiere –técnicamente- de la clave del trabajador; por el contrario la función de esta clave es excluir el ingreso de otros trabajadores o de terceros a la cuenta de correo asignada, siendo por tanto de exclusiva responsabilidad del trabajador cualquier incidente vinculado al *e-mail* que la empresa le haya asignado.

---

<sup>28</sup> SPAM es un término inglés utilizado para definir el envío indiscriminado de mensajes de correo electrónico no deseados. Normalmente se aplica a mensajes publicitarios que bombardean el correo electrónico del usuario que los recibe en contra de su voluntad. En Perú, la Ley N° 28493 se refiere al SPAM como comunicaciones comerciales, publicitarias o promocionales no solicitadas, realizadas por correo electrónico.

<sup>29</sup> Servidor especial encargado, entre otras cosas, de centralizar el tráfico entre Internet y una red privada, de forma que evita que cada una de las máquinas de la red interior tenga que disponer necesariamente de una conexión directa a Internet. Algunos pueden contener al mismo tiempo mecanismos de seguridad que impiden accesos no autorizados desde el exterior hacia la red privada (como el *firewall*).

<sup>30</sup> El *firewall* (cortafuegos) es un dispositivo que se coloca entre una red local e Internet y cuyo objetivo es asegurar que todas las comunicaciones entre los usuarios de dicha red e Internet se realicen conforme a las normas de seguridad de la organización que lo instala.

<sup>31</sup> *Internet Service Provider* («Proveedores de Internet»), compañías que han creado una conexión directa y permanente a Internet y que ofrecen la posibilidad de entrar en Internet a través de la señal que proveen.

### **2.3. El control sobre el correo electrónico laboral y su contenido, eventualmente, personal**

Si bien es indiscutible que el *e-mail* laboral es una herramienta de trabajo – y por ello esta sujeta a fiscalización del empleador- el conflicto jurídico aparece cuando ese *e-mail* que no debió usarse para fines personales, en efecto se mal uso y contiene –o podría contener- información «personal» del trabajador, ante lo cuál aparecen varias interrogantes ¿como puede el empleador definir si un *e-mail* realmente contiene información personal o no sin acceder a su contenido? y ante la duda ¿como puede entonces el empleador ejercer su facultad fiscalizadora sobre la herramienta de trabajo?.

Siguiendo al doctor Jorge Toyama<sup>32</sup>, el acceso al contenido del correo electrónico debe ser el último medio a ser usado por el empleador para detectar una falta laboral, y es que –en principio- bastaría con ubicar los destinatarios, los nombres de los archivos adjuntos o el «asunto» del *e-mail*, para detectar un uso extra laboral del correo electrónico que ya de por sí resulta siendo una infracción laboral. Así cuando no exista una intromisión en el contenido del *e-mail*, no se requerirá discutir sobre la necesidad o no del consentimiento o autorización del trabajador para la fiscalización.

Sin embargo, si lo que se busca es verificar situaciones de mayor gravedad, que el simple uso extra laboral del *e-mail*, como situaciones de acoso a otros trabajadores por *e-mail*, posible responsabilidad frente a terceros por el mal uso del correo electrónico institucional, competencia desleal, espionaje industrial, fuga de información sensible, transmisión de pornografía infantil o la comisión de delitos informáticos, o quizás tan sólo verificar que se respondió adecuadamente a un cliente, que se cumplió la instrucción impartida, que se envió la información encargada, etc. resultará insuficiente el control externo o superficial que se pueda hacer sobre el *e-mail*; incluso el simple uso extra laboral del *e-mail* fácilmente podría ser «disfrazado» utilizando títulos o «asuntos» que encubran el contenido del correo electrónico.

---

<sup>32</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Correo electrónico: entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 83, agosto de 2005.

Desde el punto de vista técnico, pueden utilizarse una variedad de programas y filtros para «monitorizar» el *e-mail* asignado a los trabajadores; las empresas grandes suelen tener sus propios servidores de correo corporativos y dado que como hemos señalado todo *e-mail* debe pasar por el servidor antes de entrar a la autopista de la información que es Internet, entonces técnicamente ese servidor puede ser programado para casi todo lo imaginable: desde filtrar los correos, detectar las *keywords*<sup>33</sup>, bloquear la salida o el ingreso de ciertos *e-mail*, registrar los títulos, documentos adjuntos, remitentes y destinatarios de los *e-mail*, hasta guardar copia del *e-mail* que se intenta enviar fuera de la empresa o hacerle llegar copia del mismo al Gerente General, etc.

Incluso, si este control no se hiciera a nivel del servidor de correo corporativo de la LAN de la empresa, eventualmente se podría hacer a nivel del Router<sup>34</sup> del ISP –es decir el servidor gigante que maneja el ISP y al que llegan necesariamente todos los *e-mail* de los diferentes clientes del ISP antes de salir a Internet.

En Inglaterra, por ejemplo, un estudio<sup>35</sup> señala que el 55% de los empleadores encuestados controlaban el *e-mail* de sus trabajadores, mientras que otro estudio<sup>36</sup> señalaba que el 75% de los directivos empresariales encuestados pensaba que controlar y filtrar las actividades de los trabajadores en Internet era absolutamente necesario. En Estados Unidos, la AMA<sup>37</sup> en un estudio del año 2001 señaló que el 46.5% de los encuestados registran o controlan los *e-mail* de sus empleados. Mientras que la Fundación para la Privacidad publicó que la fuerza de trabajo *on-*

---

<sup>33</sup> Palabras claves previamente determinadas (por ejemplo «pornografía infantil») que al ser detectadas bloquean el ingreso o salida de un *e-mail*.

<sup>34</sup> Dispositivo que distribuye el tráfico entre redes. La decisión sobre a donde enviar los datos se realiza en base a información de nivel de red y tablas de direccionamiento.

<sup>35</sup> Publicado en: IRS Employment Trends, N° 703,2002 p. 5.

<sup>36</sup> Mencionado en la BBC News el 6 de junio de 2001, Citado por JEFFERY, Mark. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra; Aranzadi, 2003, p. 122.

<sup>37</sup> La Asociación Empresarial Americana (AMA) estudia regularmente la gestión de recursos humanos en un grupo de empresas que en su conjunto emplean alrededor de una cuarta parte de la fuerza de trabajo de EE.UU.

*line*<sup>38</sup> en los Estados Unidos, en el 2001, era de 40.7 millones, de los cuales el 34% (14 millones) estaban sometidos a vigilancia continuada del correo electrónico<sup>39</sup>.

Por otro lado, un estudio realizado en España por la empresa Domeus.es (correo electrónico y marketing) concluye que el 75% de los empleados que tienen acceso al *e-mail* en la empresa, lo utiliza también con fines personales y el 90% de ellos piensa que tiene «derecho» a hacerlo<sup>40</sup>.

Una de las consecuencias perjudiciales del uso extra laboral del *e-mail*, es la disminución en la productividad; en algunos países estos efectos ya comienzan a ser medidos. Un estudio realizado por la empresa Pro Active Internacional en 15 países europeos reveló que el 23% del tiempo de conexión a Internet en el trabajo se dedica a fines privados, en detrimento de las tareas habituales que los empleados deberían estar realizando<sup>41</sup>.

En este contexto, consideramos que el control del *e-mail* laboral puede tener por fin: 1) Fin Preventivo o de Mantenimiento: evitar los perjuicios que causan los virus informáticos, evitar la sobrecarga de la red empresarial, evitar el exceso de capacidad de almacenamiento de las cuentas de correo o del servidor, etc. (lo cuál se puede llevar a cabo mediante un control externo de los *e-mail* y utilizando herramientas informáticas sin necesidad de ingresar a los contenidos); 2) Fin Organizativo: precisar la productividad individual de los trabajadores mediante la supervisión de su trabajo plasmado en *e-mail* y hacer un seguimiento de la correcta forma en que se brindan los servicios (por ejemplo, una adecuada atención al cliente cuando se da respuesta por *e-mail* para lo cuál es indispensable acceder al contenido del *e-mail* laboral); 3) Fin Fiscalizador: controlar de forma fiscalizadora

---

<sup>38</sup> Se refiere a aquellos trabajadores que usan regularmente el correo electrónico o tienen acceso a Internet en el trabajo.

<sup>39</sup> Ambos informes son citados por FINKIN, Matthew W. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra: Aranzadi, 2003. p. 281.

<sup>40</sup> Citado por THIBAUT, Javier. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra; Aranzadi, 2003. p. 59 y siguientes.

<sup>41</sup> Citado en «¡Cuidado con el uso del correo!» del Portal Universia. [http://empleo.universia.es/contenidosHTML/mi\\_primer\\_dia/cuidado\\_correo.htm](http://empleo.universia.es/contenidosHTML/mi_primer_dia/cuidado_correo.htm)

el buen uso de las herramientas de trabajo a fin de aplicar sanciones a los infractores y/o reunir pruebas para sancionar diferentes faltas laborales (se trata de buscar y detectar situaciones irregulares como acoso entre trabajadores, contenidos sexuales u obscenos, correos difamatorios o injuriosos, fuga de información sensible de la empresa, delitos informáticos, *e-mail* que pudiesen causar un desprestigio de la empresa, *e-mail* que pudiesen ocasionar responsabilidad frente a terceros, etc. para lo cuál es indispensable acceder al contenido del *e-mail* laboral).

Consideramos que el empleador tiene la facultad legal para ejercer su poder de fiscalización no sólo sobre aspectos externos del *e-mail* laboral sino incluso sobre su contenido; siendo esta una herramienta de trabajo y existiendo una razonable preocupación empresarial por protegerse de los perjuicios que puede ocasionar el mal uso del *e-mail*, creemos que válidamente se puede ingresar al contenido de los *e-mail* asignados a los trabajadores, para lo cuál el empleador deberá tener en cuenta lo siguiente:

- 1) Debe contar con una clara política de uso de las TICs de la empresa y comunicársela a los trabajadores, definiendo aquí los usos, mecanismos, procedimientos, restricciones, etc. que sean aplicables a las TICs de acuerdo a la política de la empresa<sup>42</sup>.
- 2) Deberá precisar en los contratos de trabajo y/o en el Reglamento Interno de Trabajo, que el *e-mail* asignado es una herramienta de trabajo de uso exclusivo para fines laborales y señalar las restricciones, prohibiciones y sanciones aplicables por el mal uso del *e-mail* institucional haciendo referencia a la política de uso de las TICs de la empresa.
- 3) Deberá alertar a los trabajadores sobre la existencia de los controles, sus mecanismos y sus fines, procurando que estos sean controles mecanizados permanentes, aplicables a la totalidad de trabajadores o a aquellos escogidos de forma aleatoria y sin ningún ánimo discriminatorio.

---

<sup>42</sup> Por ejemplo debería definirse la prohibición de enviar o recibir cierto tipo de archivos adjuntos, la capacidad máxima de la cuenta de correo a fin de no causar daños en la red, las normas de conducta para un buen uso del e-mail, etc.

- 4) Deberá procurar utilizar prioritariamente los mecanismos técnicos que permitan un control automatizado antes que un control manual, dando prioridad a un control externo de los *e-mail* para sólo acceder al contenido de aquellos considerados realmente «sospechosos».
- 5) Deberá procurar contar con un servidor de correo propio y asistirse por personal especializado a fin de llevar a cabo auditorías informáticas serias y confiables.
- 6) Cuando realice auditorías específicas, deberá realizarlas en presencia del trabajador afectado y de ser el caso en compañía de un representante sindical, algún otro trabajador como testigo y/o un notario público.

Creemos que cuando una empresa tiene en cuenta las consideraciones planteadas y deja en claro el carácter de herramienta de trabajo fiscalizable del *e-mail*, su correcto uso, los mecanismos de control, así como las prohibiciones y sanciones, pues entonces ningún trabajador podría tener una razonable *expectativa de privacidad* cuando haga un uso personal del *e-mail* laboral y por tanto no podría validamente sentirse agredido en sus derechos fundamentales.

### 3. ¿UN CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

Siguiendo al doctor Cesar Puntriano<sup>43</sup>: Los derechos fundamentales no son absolutos, siempre presentarán límites, tanto internos como externos, pero en la situación particular de la relación laboral, para autores como Arce<sup>44</sup>, se cierra aún más el límite propio de este derecho dado que se contrapone con la libertad de empresa que es también fundamentada y reconocida constitucionalmente, esto se tendría que salvar a través de una conciliación de intereses según el autor, sin atentar contra el contenido esencial de ningún derecho fundamental.

---

<sup>43</sup> PUNTRIANO ROSAS, César El uso indebido del correo electrónico laboral como causal de despido en nuestro ordenamiento legal. En: Revista Actualidad Jurídica, tomo N° 141, agosto de 2005.

<sup>44</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Como hemos señalado, los derechos fundamentales involucrados en esta discusión jurídica son los de –por parte del trabajador- el derecho a la intimidad (artículo 2º inciso 7 de la Constitución y artículo 14º del Código Civil) y al secreto de las comunicaciones (artículo 2º inciso 10 de la Constitución y artículo 16º del Código Civil), y –por parte del empleador- el derecho a ejercer su facultad de dirección y control (recogido por el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) derivado del derecho a la libertad de empresa (artículo 59º de la Constitución).

### 3.1. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad de la persona se encuentra consagrado en el artículo 2º inciso 7 de la Constitución Política del Perú, y establece que «Toda persona tiene derecho (...) a la intimidad personal y familiar (...)».

Este derecho fundamental ha sido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1984, donde se establece que «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques»<sup>45</sup>.

Este es un concepto indeterminado, pero podría definirse –a efectos de este trabajo de investigación- como aquella parte de la esfera íntima del trabajador en la cual se encuentran sus hábitos, preferencias, sus relaciones humanas, sus problemas de salud, etc.<sup>46</sup>

En este mismo orden de ideas, Ossorio<sup>47</sup> lo define como el «derecho que todas las personas tienen de que le sea respetada su vida íntima» la cual se respeta a su vez con la abstención de «(...) publicación de retratos, divulgación de secretos,

---

<sup>45</sup> Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

<sup>46</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución Política de 1993. Análisis Comparado. p. 104.

<sup>47</sup> OSSORIO, M. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1998. p. 314.

difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres y perturbando de cualquier otro modo su intimidad»

Existen constantes controversias en cuanto al alcance de dicho derecho en el ámbito de una relación laboral en la cual, por sus características particulares, algunas de sus manifestaciones se verán menoscabadas<sup>48</sup>.

Autores como Baylos<sup>49</sup> señalan que el empleador debe respetar el derecho pero no tiene la obligación de «sujetar la organización productiva al ejercicio de derechos fundamentales de su personal».

Los Tribunales españoles han señalado, por ejemplo, que la intimidad es un derecho fundamental aplicable a las relaciones laborales. Vale decir, el trabajador no pierde en el desarrollo de su trabajo, el derecho a ser respetado en su intimidad. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no se trata de un derecho absoluto sino que podrá ceder ante intereses constitucionalmente relevantes<sup>50</sup>.

### **3.2. Derecho al secreto de las comunicaciones**

El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra consagrado en el artículo 2º inciso 10 de la Constitución Política del Perú. El mismo que establece que: «Toda persona tiene derecho «Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. (...) Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (...)».

---

<sup>48</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Correo electrónico: entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*, N° 83, agosto de 2005. p. 250.

<sup>49</sup> BAYLOS, Antonio. *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Trotta: 1991. p. 97 y siguientes.

<sup>50</sup> Así lo estima el Tribunal Constitucional Español en las SSTC Nos. 57/1994 de 28 de febrero, y 143/1994 de 9 de mayo.

Belda Pérez - Pedrero<sup>51</sup> afirma que el secreto de las comunicaciones debe entenderse como la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes, a través de un medio destinado a tal efecto sin que trascienda el contenido del proceso comunicativo.

Este derecho se dirige a garantizar la impermeabilidad de la comunicación frente a terceros ajenos a la misma, sea cual sea su contenido. Se presume que el contenido de la comunicación es secreto para todos aquellos que no participan en la misma, independientemente del lugar donde se desenvuelve la persona.

Al respecto Núñez<sup>52</sup> afirma que: «(...) Dadas las características del correo brindado por el empleador a sus trabajadores, no encontramos que se pueda hablar de comunicación privada, muy por el contrario, dado que el empleador brindó al trabajador una cuenta para uso estrictamente laboral, quedando prohibida la utilización del mismo para fines personales, entonces el empleador debe suponer, con estricta justicia y dado que fue para dicho fin que le otorgó la cuenta de correo electrónico al trabajador, que todas las comunicaciones que se envíen desde esas cuentas de correo, deben ser únicamente de tipo laboral y no de tipo personal o privado».

### **3.3. La facultad de dirección y control del empleador**

Manuel Luque Parra<sup>53</sup>, señala que el poder empresarial organizacional es un poder privado derivado de la libertad constitucional de empresa que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva.

El profesor Montoya entiende el mismo como el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta

---

<sup>51</sup> BELDA PÉREZ – PEDRERO, E. III Jornadas sobre Informática y Sociedad. 2000. Instituto de Informática Jurídica. UOCO. ICADE. p. 73. citado por TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Op. cit.

<sup>52</sup> NUÑEZ PAZ, Sandro Alberto. ¡Alerta: tienes un e-mail! La facultad fiscalizadora y la inviolabilidad de las comunicaciones. En: Revista Actualidad Laboral, octubre 2004. p. 25

<sup>53</sup> PARRA LUQUE, Manuel. Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral. Barcelona: José María Bosch, 1999. p. 31, citado por TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Op. cit.

y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa y también señala que el poder de dirección del empresario vendría integrado por tres grandes facultades: la facultad de decidir ejecutivamente, la facultad de dictar órdenes y la facultad de control y vigilancia.<sup>54</sup>

En el Perú, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 9º señala que: «Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador(...)».

La facultad de dirección que esta ley otorga al empleador—basada en el derecho a la libertad de empresa, reconocido en el artículo 59º de la Constitución— comprende no sólo la posibilidad de dirigir la prestación de trabajo del subordinado, sino la facultad fiscalizadora sobre la misma, cuya justificación se encuentra en la necesidad del empleador de poder valorar la calidad de la prestación brindada por el sujeto dependiente y, en caso de ser deficiente, tomar las medidas correctoras del caso<sup>55</sup>.

De esta forma, a partir de la libertad de empresa, reconocida constitucionalmente, el empleador cuenta con las facultades que le permiten regular, reglamentar, dirigir, modificar, adecuar, complementar, reemplazar y extinguir las condiciones de trabajo dentro de determinados límites que suelen contraerse en derechos adquiridos por los trabajadores o prohibiciones establecidas en normas legales<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> MONTOYA MELGAR, A. El Poder de dirección del empresario. Madrid: Instituto de Estudios Políticos 1965. p. 44 y 142, citado por VICENTE PACHÉS, F. Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo. En: Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 157. 2004. p.21 y 22

<sup>55</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Op. cit.

<sup>56</sup> PUNTRIANO ROSAS, César. Op. cit.

### 3.4. La ponderación de derechos y el test de razonabilidad

Definidos los derechos en juego, y atendiendo a todo lo expuesto sobre las características técnicas particulares del *e-mail* laboral y los riesgos a que un empleador se ve expuesto cuando un trabajador hace un mal uso de esta herramienta de trabajo, cabe hacer una ponderación de derechos y tomar posición sobre cuál de ellos debe prevalecer y limitar al otro.

Los trabajadores no pierden el ejercicio de sus derechos fundamentales al someterse a un contrato de trabajo y de hecho estos son plenamente vigentes y efectivos al interior de las empresas, en tanto el trabajador los ostenta por su condición de persona o ciudadano. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos dentro de la empresa –como consecuencia de las especiales características de la relación de trabajo- van a ser objeto de una cierta «modalización» o «acomodación», para hacerlos compatibles con las exigencias de la propia relación laboral, produciéndose una cierta contractualización de los derechos fundamentales en la empresa. Ello significa, que en el ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales, éstos quedan circunscritos a unas exigencias contractuales (bajo conceptos como lealtad, buena fe, confianza, etc.) que se hacen prevalecer sobre las que se derivan del desarrollo pleno de los propios derechos<sup>57</sup>.

Frente a ello, entendemos que ante supuestos en que los intereses organizativos del empresario afecten considerablemente los derechos fundamentales de los trabajadores, se daría una situación de conflicto, en la que debe primar el respeto por los derechos constitucionales de los empleados, pues de otra forma estaríamos vaciando de contenido los principios y fines básicos del derecho laboral como disciplina jurídica que busca equilibrar las desigualdades entre empleadores y trabajadores.

---

<sup>57</sup> VICENTE PACHÉS, F. Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo En: Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 157, 2004. p.25

Pero siempre que se hable de derechos en conflicto, no se puede establecer de antemano cuales deben primar sobre cuales otros y en todo caso un análisis serio debe procurar siempre lograr el menor perjuicio para ambas partes.

Los derechos fundamentales son principios jurídicos, muchas veces como en este caso indefinidos e indeterminados, y al existir conflictos entre ellos se debe dar una solución partiendo de cada caso concreto pues no es posible establecer reglas a priori en materia de conflicto de derechos constitucionales, dado que será en el supuesto particular del caso concreto en el que se pueda y deba apreciar de que forma un principio entra en conflicto con otro y cual debe prevalecer.

La técnica jurídica para dar solución a esta problemática es la Ponderación, será mediante la ponderación que uno de los principios en conflicto cederá ante el otro o se hallará un punto de equilibrio entre ambos a fin de llegar a una solución.

Al aplicar la técnica de la ponderación se debe tener en cuenta el análisis de los hechos del caso concreto, y los fundamentos jurídicos y políticos de cada uno de los principios en conflicto.

En la medida que un principio afecte a otro se esta estableciendo un «límite» a uno de ellos y todo límite debe ser razonable, por lo que al conflicto de principios se debe aplicar el test de razonabilidad.

El test de razonabilidad implica que este límite que se pretende ejercer tenga las siguientes características:

- Desde un análisis jurídico: Que tenga un fin lícito (constitucionalmente legítimo)
- Desde un análisis fáctico: Que cumpla con ser:
  1. Necesario: No existe otra alternativa menos gravosa. Es decir, no existe otra medida más moderada para conseguir el propósito con igual eficacia (juicio de necesidad).
  2. Adecuado: Es la medida idónea para alcanzar el fin perseguido. Es decir, si tal límite es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).

3. Proporcional: No debe eliminar completamente al otro principio en conflicto, ni vaciar de contenido a ese derecho. Es decir, que sea una medida ponderada y equilibrada, en tanto de ella se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre los otros valores en conflicto (juicio de proporcionalidad)

Al hacer nosotros el análisis de ponderación ante este conflicto de derechos constitucionales—derecho a intimidad y secreto de las comunicaciones privadas, por parte de los trabajadores y el derecho de control por parte del empleador, en virtud a su derecho de libertad de empresa- veremos con claridad que el punto de equilibrio entre ambos principios viene dado por las claras indicaciones que debe recibir el trabajador respecto a las políticas de control de las herramientas de trabajo de su empleador. Así, no es viable argumentar que se viola intimidad alguna, allí donde no es posible ejercerla, ni se violentan las comunicaciones «privadas», allí donde no es posible que estas existan.

Si los empleadores mantienen informados a sus trabajadores de que la herramienta de trabajo «correo electrónico» es supervisada mediante los mecanismos de control que la empresa haya establecido y han ordenado que el uso de esta herramienta sea exclusivamente laboral, entonces no es posible tener ninguna «expectativa de privacidad» respecto al uso de este instrumento y en la medida que la relación laboral de por sí exige que el tiempo de trabajo sea dedicado a eso, «trabajar», no es posible pretender hacer un uso extra-laboral de la herramienta de trabajo durante la jornada de labores. Siguiendo esta lógica todo uso del *e-mail* institucional debe entenderse con fines laborales y en tal medida su contenido sólo puede ser información vinculada a las labores y por tanto — lógicamente- esta es información de interés para el empleador y perfectamente pasible de ser revisada.

Haciendo el análisis del test de razonabilidad a la medida de control del empleador sobre el contenido de los *e-mail*, tendríamos que esta resulta «necesaria» en tanto un determinado *e-mail* implique una razonable sospecha de un mal uso del correo electrónico como herramienta de trabajo y esta no pueda ser detectada fehacientemente mediante un simple control externo; resulta «adecuada» en tanto

una fiscalización sobre el contenido resulta –por sentido común- indispensable para, por ejemplo,,identificar un supuesto de competencia desleal o espionaje industrial y será «proporcional» en tanto dicha fiscalización esta previamente contemplada en las normativas de la empresa por las cuales debe registrarse el trabajador.

En cambio, al hacer el mismo análisis sobre la conducta infractora del trabajador tendríamos que esta «no resulta necesaria», pues todo trabajador puede utilizar un *e-mail* personal o cualquier otro instrumento propio para realizar comunicaciones privadas, no existiendo justificación alguna para usar las herramientas de trabajo para tales fines, «no resulta adecuada» pues se esta haciendo un uso indebido de los bienes de la empresa y «no resulta proporcional» por ser una conducta expresamente prohibida por el empleador.

Interpretar lo contrario implicaría amparar un «abuso de derecho» por parte de los trabajadores, en virtud a un vacío legal por no existir regulación expresa sobre el *e-mail*; en efecto no seria jurídicamente razonable admitir que el empleador tiene derecho a fiscalizar las herramientas de trabajo y que habiendo prohibido un uso personal de estas, cuando un trabajador incumple sus obligaciones laborales puede ejercer un abuso de derecho e impedir que se verifique y demuestre su infracción al alegar un supuesto derecho a las comunicaciones privadas.

Entiéndase la figura del «abuso de derecho» como la que comete el titular de un derecho subjetivo cuando actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, o los fines sociales y económicos del derecho.

Por tanto allí donde formalmente podría parecer que existe un derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas enfrenteado al poder fiscalizador del empleador sobre herramientas de trabajo de su propiedad, creemos que la ponderación de derechos debe llevarnos a concluir que todo empleador esta facultado a ejercer su poder fiscalizador sobre el contenido de los *e-mail* laborales, cuando se ha tenido en cuenta las consideraciones ya planteadas.

#### 4. CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y NUESTRA CRÍTICA

Aunque el análisis de la ponderación de derechos y el test de razonabilidad ha venido siendo aplicado por el TC en sus diferentes resoluciones, no se aplicó a la sentencia que sobre el mal uso del *e-mail* por un trabajador de Serpost emitió el TC en el expediente 1058 - 2004-AA/TC; por el contrario el TC se ha limitado a señalar que el correo electrónico es equiparable al correo postal y en esa medida recibe la protección del secreto de las comunicaciones privadas consagrada en el artículo 2º inciso 10 de la Constitución y por tanto sólo es posible acceder a los correos electrónicos de los trabajadores bajo una autorización judicial.

Así el TC ha señalado que: según el artículo 2º, inciso 10, de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.

Señalando luego que: aún cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23º de nuestra norma fundamental contempla expresamente que «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador». Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de

inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.

Sin perjuicio de ello, el TC aclara que: cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.

En consecuencia, el TC critica no la facultad de la empresa de investigar la infracción sino el procedimiento utilizado para determinar la responsabilidad, por ello señala que: Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado.

Creemos que el grave error del TC es señalar que sólo se puede acreditar el uso indebido del e-mail mediante una investigación judicial. Para el TC no es suficiente la facultad fiscalizadora del empleador. Este es el principal punto a criticar, nuestra postura es que la facultad fiscalizadora del empleador es suficiente para verificar el buen uso y el contenido de los e-mail laborales, siempre que se haya establecido una política de uso de las TICs en la empresa, lo cuál elimina toda expectativa de privacidad del trabajador y establece a priori el procedimiento a seguirse. Exigir una investigación judicial resulta siendo un obstáculo absurdo que haría imposible ejercer el control del empleador y cuya exigencia estaría amparando un abuso de derecho por parte del trabajador.

Nuestras críticas a la sentencia del TC serían las siguientes:

1. Consideramos que en el caso del correo electrónico no siempre se estará tratando de un aspecto que involucre la «intimidad o privacidad» del trabajador. Pues si entendemos «intimidad» como la zona espiritual íntima y reservada de una persona<sup>58</sup>, resulta claro que –por ejemplo- un *e-mail* con fines comerciales o con chistes no contiene información «intima», de igual forma el trabajador que remite un *e-mail* a numerosos destinatarios, re- envía cadenas o similares no tiene ninguna intención de mantener en «secreto» la información allí contenida. Por lo que consideramos que en la discusión jurídica se debe dejar de lado el tema de la «intimidad» y limitarse al análisis de si se vulnera o no el derecho al secreto de las comunicaciones.
2. No cabe duda –tal como lo reconoce el propio TC- que la computadora, el módem, el Internet y la propia cuenta de correo electrónico asignada al trabajador son herramientas de trabajo –de propiedad del empleador- y asignadas al dependiente con fines laborales. Por tanto, consideramos que deben estar sujetos a un control de su buen uso.
3. Las características del funcionamiento de Internet y del correo electrónico nos llevan a concluir que no es correcta la equiparación del *e-mail* con el correo epistolar y además que dichas características hacen desaparecer cualquier «expectativa de privacidad» que pudiese tener un trabajador respecto a sus comunicaciones electrónicas usando la red empresarial.

En efecto, el *e-mail* y el correo epistolar tienen características totalmente diferentes, la Internet se ha creado en el contexto de la Sociedad de la Información bajo la concepción de «compartir información», la Internet no ha sido creada para fortalecer la privacidad. Como ya se ha explicado el *e-mail* tiene características técnicas –indispensables para su funcionamiento- que están por demás alejadas de buscar proteger la privacidad de las comunicaciones. La realidad tecnológica del *e-mail* hace que incluso los especialistas lo consideren un medio «inseguro» de transmitir información, tanto así que se

---

<sup>58</sup> Definición de la Real Academia Española.

recomienda a los abogados, por ejemplo, no enviar información sensible de sus clientes por vía correo electrónico y preferir siempre para ello los viejos –y siempre confiables- sobre, tinta y papel.

En todo caso, si se quiere persistir en equiparar el correo electrónico con el postal se tendría que tener en cuenta la regulación que existe sobre los servicios postales, así tenemos que la Resolución Directoral N° 040-2001-MTC/15.20 que aprueba las «Normas complementarias sobre objetos prohibidos de circular en envíos postales»<sup>59</sup>, señala los supuestos en los que el operador postal efectuará la comprobación del contenido de los envíos postales y las medidas a tener en cuenta.

Por tanto, el TC no ha tenido en cuenta que incluso en el correo epistolar existen supuestos –como resulta lógico- en los que se puede acceder al contenido de los correos sin necesidad de una orden judicial.

Cabe señalar que en nuestro ordenamiento jurídico sólo se ha previsto el supuesto de una orden judicial para la interceptación de documentos en situaciones de índole penal<sup>60</sup>, por lo que el TC en verdad al exigir una orden judicial para que el empleador pueda comprobar si se hace o no un buen uso del *e-mail*, termina por dejar al empleador sin forma jurídica de ejercer tal control.

4. Consideramos que si el TC reconoce que usar las herramientas de trabajo para un aprovechamiento personal resulta en una infracción laboral –que según nuestra legislación puede ser sancionada hasta con el despido- el admitir que no es posible ejercer un control sobre el contenido de los *e-mail* de los trabajadores sería fomentar un abuso de derecho, en la medida que el razonamiento consecuente sería: si no es posible ejercer un control real y eficaz sobre el mal uso de las herramientas informáticas puestas a disposición de los

---

<sup>59</sup> Esta norma señala los supuestos en que los operadores postales podrán exigir a sus usuarios, presentar sus envíos abiertos para verificar el contenido, antes de ser admitidos, sin perjuicio de los controles de las autoridades policiales o de los procedimientos electrónicos o cualesquiera otras formas de control que se establezcan.

<sup>60</sup> Sobre el particular véase la Ley N° 27697, que incluso limita la Autorización Judicial a únicamente determinados delitos.

trabajadores, entonces su mal uso puede continuar ejerciéndose de forma impune bajo una incorrecta interpretación del derecho a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones, que resultaría en un ejercicio abusivo de tal derecho en perjuicio de los intereses del empleador.

5. Creemos haber demostrado que al hacer una ponderación de derechos constitucionales y aplicando el test de razonabilidad, resulta –a nuestro criterio– que debe protegerse el derecho del empleador a resguardarse de todos los perjuicios ya señalados que se pueden derivar del mal uso del *e-mail*, así como su derecho a controlar y fiscalizar el buen uso de las herramientas de trabajo y el aprovechamiento del tiempo de trabajo contratado, antes que otorgar protección –sustancial o formal– a un uso y aprovechamiento personal de estas herramientas (que desde ya se constituyen en un ilícito laboral)

## 5. LA SANCIÓN DISCIPLINARIA LABORAL

Al detectarse un uso indebido del *e-mail* laboral, partiendo del supuesto de la existencia de un procedimiento de uso del mismo y de la inclusión de su uso indebido como falta grave en el Reglamento Interno de Trabajo, el empleador podrá aplicar las sanciones correspondientes, teniendo en consideración al principio de razonabilidad, es decir, que exista un equilibrio entre la falta cometida y la sanción aplicada, lo cual se determinará en cada caso concreto.

Por ello, como habíamos adelantado, creemos que sólo un uso «irregular, abusivo y desproporcionado» del *e-mail* laboral podría sustentar una medida disciplinaria como el despido; así creemos que será «irregular» todo uso extra laboral y/o contrario a las políticas sobre uso de las TICs de la empresa o que infrinja el Reglamento Interno de Trabajo; será «abusivo» un uso del *e-mail* que cause perjuicios de cualquier tipo al empleador o que en cuanto a su contenido resulte inaceptable y será «desproporcionado» un uso del *e-mail* laboral que exceda los razonables límites de tolerancia que pudiese haber fijado el empleador o que por sus características de número, tamaño, etc. resulte exagerado y reprochable.

Así creemos que el despido no sería una sanción razonable cuando se trate de las coordinaciones para almorzar entre dos trabajadores vía *e-mail*, pudiendo serlo sí en el caso de que un trabajador envíe pornografía infantil a sus colegas; sin embargo ello tendría que analizarse en cada caso concreto y de acuerdo a las políticas sobre uso de las TICs del empleador.

Núñez señala: El caso de la indebida utilización de la correspondencia electrónica en materia laboral debe analizarse sobre el caso particular, siendo muy arriesgado el establecer sanciones predeterminadas para ciertos casos por la variedad de posibles faltas que se pueden presentar y la configuración que les da el empleador, dado que no será lo mismo que, un trabajador remita pornografía a sus amigos, que un profesor de educación primaria remita pornografía a sus alumnos. En ambos casos, el hecho es el mismo (remisión de pornografía) siendo que en el segundo caso el tema se agravaría, dado que el remitente es un profesor, y ello sí ameritaría el despido<sup>61</sup>.

Los casos menos graves tendrían que ser sancionados con amonestaciones o suspensiones y creemos válido que se tomen medidas organizativas a fin de que técnicamente se puedan hacer modificaciones de control y restricción sobre trabajadores infractores. Consideramos que sería válido también sancionar de formas más graves las conductas reincidentes luego de las advertencias o sanciones previas.

Ante la situación de sancionar con el despido a un trabajador, la causal sería la de Incumplimiento injustificado de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral y/o la Inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo, falta prevista en el literal a) del artículo 25° de la LCPL, así como el Uso indebido de bienes o servicios del empleador en beneficio propio o de terceros, literal c) del artículo 25 de la LPCL.

Pudiendo derivarse otras causales de despido, a partir de la fiscalización del *e-mail*, como la de proporcionar información reservada del empleador a terceros, falta grave tipificada en el literal d) de la LPCL.

---

<sup>61</sup> NUÑEZ PAZ, Sandro Alberto. ¡Alerta: tienes un e-mail! La facultad fiscalizadora y la inviolabilidad de las comunicaciones. En: Revista Actualidad Laboral, octubre 2004, p. 23

## 6. DERECHO COMPARADO

Toda la doctrina, jurisprudencia y los marcos legislativos existentes, en derecho comparado, reconocen que el control del empresario responde a una justa y necesaria preocupación, estando posibilitado legalmente—en teoría- a llevar a cabo dicho control, en virtud a su facultad de fiscalización. Pero la dificultad se presenta en el «¿cómo?» se debe llevar a cabo este control. Y es allí dónde empiezan a darse las diferencias interpretativas, legislativas, jurisprudenciales y doctrinales sobre cuál es la forma en que se debe llevar a cabo esta vigilancia sobre el buen uso de los *e-mail*; existiendo posiciones que lo reducen a un control casi ineficaz y otras que lo vuelven un control en exceso intrusivo, dónde el principal punto de conflicto es la discusión sobre si el control puede alcanzar la posibilidad de tener, eventualmente, acceso al contenido de los *e-mail* remitidos o recibidos por los trabajadores.

Pareciese que tanto el Tribunal Constitucional Peruano<sup>62</sup> como la Corte de Casación francesa<sup>63</sup>, entenderían la posibilidad de control del empleador como restringida a los datos externos sobre remitentes y destinatarios, títulos y «tamaño» del *e-mail*, pero nunca a su contenido. Si bien las respectivas resoluciones judiciales no señalan ello de forma expresa, se entiende que reconocen la facultad de fiscalización del empleador pero critican el procedimiento por el cuál se accede al contenido del *e-mail*, lo cual podría conducir a una conclusión paradójica, según la cual los empresarios legalmente pueden ordenar a los trabajadores no hacer uso privado de del *e-mail*, pero en ningún caso pueden abrir los correos electrónicos que los trabajadores puedan enviar o recibir incumpliendo la citada orden. Por ello, la única interpretación jurídica posible de dichas sentencias judiciales es que la prohibición de abrir los correos electrónicos no impide imponer sanciones disciplinarias a los trabajadores que transgredan la prohibición de hacer uso de los mismos para fines privados<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> El Tribunal Constitucional resuelve un caso de despido por uso indebido del e-mail en el Exp. 1058 - 2004-AA/TC, conocido como caso «Serpost».

<sup>63</sup> La Corte de Casación resuelve un caso de despido por uso indebido del e-mail en su sentencia del 2 de octubre de 2001, conocido como caso «Nikon».

<sup>64</sup> Siguiendo a VIGNEAU, Christophe En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra: Aranzadi, 2003. p. 185 y siguientes. y a De Benalcázar, I., Droit du Travail et Nouvelles Technologies, Paris, Gualiano éditeur, 2003.

En el mismo sentido, en Bélgica, el Tribunal de Trabajo de Bruselas<sup>65</sup> señaló que el envío de correos electrónicos personales desde la empresa pertenece a la vida privada del trabajador y concluyó que la mera constancia del número de correos, su tamaño y sus caracteres principales eran datos suficientes para proceder a una sanción sin necesidad de intervenir en el correo.

Por su parte, Inglaterra<sup>66</sup> y Estados Unidos<sup>67</sup> tienen marcos regulatorios y jurisprudenciales en favor del control empresarial del correo electrónico de los trabajadores —y el acceso al contenido de los mismos— estableciéndose ciertas pautas y principios básicos a seguir<sup>68</sup>, así se considera válido el control sobre el sistema utilizado para el negocio del controlador (es decir sobre las comunicaciones almacenadas en la propia red empresarial del empleador), se suele exigir que los empleadores informen a los trabajadores tanto de la posibilidad de la vigilancia como de los propósitos de la misma, se resalta la importancia de implementar una clara política con respecto al uso privado del correo electrónico y la Internet, se procura no dar a los trabajadores una falsa expectativa de privacidad y siempre que sea posible se debe procurar priorizar los controles automáticos tales como filtros, bloqueos y otros programas más que los exámenes manuales, siendo que la analogía del correo epistolar o postal con el correo electrónico no ha sido admitida por los tribunales norteamericanos.

---

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal de Trabajo de Bruselas del 2.05.2000 citada por Oviedo, María Natalia. Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes, Buenos Aires, Hammurabi, 2005. p. 249 y siguientes.

<sup>66</sup> Véase la Human Rights Act 1998, la Data Protection Act 1998, la Regulation of Investigatory Powers Act 2000, la Lawful Business Practice Regulation 2000 y la propuesta de «Código de Prácticas del Comisario de la Información»

<sup>67</sup> Véase la Electronic Communications Privacy Act y The Federal Wiretapping Act, ambas de 1986 y las resoluciones judiciales en los casos: Fraser v. Nationwide Mutual Ins. Co., Smith v. Pillsbury Co., Restuccia v. Burk Technology Inciso, Bonita P. Bourke v. Nissan Motor Co., Steve Jackson Games Inciso v. United States, United Sates v. Reyes, Egle Investment Systems Co. v. Einar Tamm, McLaren Jr. v. Microsoft Co., entre otras.

<sup>68</sup> Sobre la regulación Inglesa, Seguimos a JEFFERY, Mark En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra: Aranzadi, 2003. P. 121 y siguientes. y del mismo autor: ¿Carta blanca para espiar a los trabajadores? Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidad. Octubre de 2001, en [http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109042/jeffery\\_imp.html](http://www.uoc.es/web/esp/art/uoc/0109042/jeffery_imp.html) y sobre la regulación en Estados Unidos, seguimos a FINKIN, Matthew W.. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra: Aranzadi, 2003. p. 277 y siguientes; y a OVIEDO, María Natalia. Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes, Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 258 y siguientes.

De otro lado, la jurisprudencia española<sup>69</sup> no es uniforme sobre la materia y aunque se venía consolidando la posición que señala que este control sobre el contenido de los *e-mail* es legal y los despidos motivados por esta causa son procedentes, existen también sentencias judiciales que resuelven de forma contraria. La legislación laboral española ignora totalmente esta nueva realidad, no existiendo regulación específica sobre la materia. Los abogados españoles han venido sosteniendo que el control empresarial del *e-mail* de los trabajadores se enmarcaría en el artículo 20.3<sup>70</sup> del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en consecuencia esta norma permitiría el control sobre el correo electrónico.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia del 5 de julio de 2000 declaró procedente el despido de dos trabajadores que venían intercambiando *e-mail* de contenido altamente obsceno y denigrante sobre dos trabajadoras de la misma empresa, hecho denunciado por una de ellas que consideraba que se había creado un ambiente desagradable de trabajo, por lo que el empleador llevo acabo una auditoria informática que determino el despido; en esta sentencia, el Tribunal señaló: «no nos encontramos ante una comunicación privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, que son de su propiedad». Mientras que en su sentencia del 14 de noviembre de 2000<sup>71</sup>, el mismo tribunal, declaró procedente el despido de un trabajador que envió 140 mensajes a 298 destinatarios, durante la jornada laboral, haciendo uso del correo electrónico asignado y en un periodo de aproximadamente mes y medio. Cabe destacar que el tribunal resolvió basándose en la infracción laboral cometida no

---

<sup>69</sup> En favor de la capacidad empresarial de acceder a los correos electrónicos de los trabajadores, se ha resuelto en las sentencias de SSTSJ Murcia 15.06.1999, Catalunya 05.07.2000 y 14.11.2000, País Vasco 31.10.2000, Galicia 04.10.2001, Madrid 04.12.2001, entre otras. En sentido contrario se ha resuelto en las sentencias de STSJ Andalucía 25.02.2002, Madrid 31.01.2002, SSTSJ Catalunya 11.06.2003, y la reciente Sentencia del Tribunal Supremo del 28 de junio de 2006.

<sup>70</sup> Artículo 20 inciso 3 del ET: «El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales».

<sup>71</sup> Véase también la STSJ de Murcia de 15 de junio de 1999 sobre uso indebido del correo electrónico.

entrando al análisis de si el registro en el contenido del *e-mail* violaba o no algún derecho constitucional del trabajador<sup>72</sup>.

En España<sup>73</sup> –a partir de la jurisprudencia- se pueden deducir los siguientes criterios para ejercer un control válido sobre el *e-mail* laboral: debe quedar claramente establecido que esta prohibido el uso extralaboral del *e-mail* institucional; es obligatorio informar al trabajador de la existencia de los controles y las condiciones o regulación del uso del correo electrónico; los eventuales controles deben ser lo menos incisivos posible y el control debe ser estrictamente justificado para la finalidad que se persigue, no debiendo tomarse mas conocimiento que el imprescindible para la comprobación de lo perseguido en el registro; los criterios de selección de los trabajadores a ser controlados no puede ser discriminatorio y en los casos en que no sea un control permanente y cotidiano deberá responder a un criterio aleatorio; el control deberá realizarse con la máxima discreción hacia terceros, en el sentido de que la información que se obtenga se trate con absoluta reserva; por último, en España se considera que debe haber una intervención de la representación sindical en la adopción de los medios de control, informándoseles de la instalación de los

<sup>72</sup> Un interesante análisis sobre este caso en concreto se puede apreciar en Toyama Miyagusuku, J. Correo Electrónico y Falta grave Laboral. En: Dialogo con la Jurisprudencia, Lima, Tomo N° 38, Noviembre de 2001.

<sup>73</sup> Siguiendo a THIBAUT, Javier. En: Tecnología Informática y Privacidad de Los Trabajadores, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Navarra: Aranzadi, 2003. P. 59 y siguientes; a SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales. Navarra: Aranzadi, 2002. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. El derecho del trabajo español ante las revoluciones tecnológicas: el uso del correo electrónico en la empresa y la vigilancia a través de videocámara. En: Revista Jurídica del Perú N° 52, noviembre de 2003. RUBIO DE MEDINA, María Dolores. El Despido por utilización personal del correo electrónico. Bosch: Barcelona, 2003. AA.VV., Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación y Derecho del Trabajo (selección de ponencias de las XIV jornadas catalanas de derecho social 6 y 7 de febrero del 2003 – Terrasa, Barcelona), Barcelona: Bomarzo, 2003. AGUT GARCÍA, Carmen: Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa. Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 163, 2004. GARCÍA NINET, José Ignacio: Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías. Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 127, 2001. MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, Juan. El despido disciplinario y las nuevas tecnologías. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, Madrid, fascículo 526, 2002. VICENTE PACHÉS, Fernando. Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo. En: Revista Tribuna Social, Valencia, fascículo 157, 2004. OVIEDO, María Natalia. Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes. Buenos Aires: Hammurabi,, 2005. p. 252 y siguientes. entre otros.

medios de control y de sus características, así como al momento de un determinado registro o auditoria esta debe realizarse con la presencia de un representante legal de los trabajadores o, en ausencia de este, de otro trabajador de la empresa<sup>74</sup>.

En América Latina, Argentina<sup>75</sup> y Uruguay<sup>76</sup> manejan ciertos criterios en favor del derecho de control del empleador, así —con diferentes matices— jurisprudencia de ambos países ha resuelto que la naturaleza del correo electrónico laboral propone una nueva interpretación de los derechos y siendo que el empresario proporciona el *e-mail* para fines absolutamente laborales debe tenderse a proteger los intereses del empleador, exigiéndose que los trabajadores tengan conocimiento de las prohibiciones sobre el uso del *e-mail*. Por su parte, la Dirección de Trabajo de Chile<sup>77</sup> se ha pronunciado sobre el tema y si bien señala que el empleador no puede tener acceso a la correspondencia electrónica «privada» del trabajador, sí puede establecer medidas de control que, previamente notificadas, podrían incluso anular toda «privacidad» en los *e-mail* tales como exigir que todo *e-mail* que pretenda enviar un trabajador deba ir con copia a un superior o una gerencia determinada<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Esto en virtud a lo dispuesto por el artículo 18° del ET que señala: Inviolabilidad de la persona del trabajador.- Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

<sup>75</sup> Véase la sentencia del 27 marzo del 2003 de la Sala VII de la Cámara Laboral de la Ciudad de Buenos Aires, y el «Anteproyecto de Ley Protección Jurídica del Correo Informático» elaborado por la Secretaria de Comunicaciones de la Nación así como el proyecto de Ley de Protección del Correo Electrónico presentado en el 2002 por los diputados argentinos Fontdevilla y Ubaldini.

<sup>76</sup> Véase la Sentencia N° 312 del 26 de agosto de 2004, del Tribunal de Apelaciones del Trabajo.

<sup>77</sup> Véase el Ordinario 0260/0019, de fecha 24 de enero de 2002, de la Dirección del Trabajo de Chile.

<sup>78</sup> Siguiendo a Oviedo, María Natalia. Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

## 7. CONCLUSIONES

1. El empleador tiene derecho a ejercer un control sobre las herramientas de trabajo que pone a disposición de sus trabajadores y el *e-mail* es una de ellas, por lo que debe estar sometido a algún tipo de control sobre su adecuado uso.
2. El uso incorrecto del *e-mail* institucional implica no sólo un aprovechamiento desleal de los recursos de la empresa, sino que también significa horas de improductividad por la dedicación de tiempo -dentro de la jornada laboral- a un uso personal del correo electrónico, e incluso la eventualidad de una serie de perjuicios para la empresa, que hemos descrito a lo largo de este trabajo.
3. Se hace necesario, entonces, que los empleadores establezcan mecanismos de control que -en un marco de razonabilidad y sin afectar derechos fundamentales- les permitan evitar los perjuicios que el uso inadecuado de esta herramienta de trabajo puede causarles. Deberán contar con una clara política de uso de las TICs y una regulación interna sobre el uso del *e-mail*, estableciendo las sanciones y advirtiendo a los trabajadores del tipo y formas de control que se ejercen sobre sus cuentas de correo asignadas y procurando no generarles ningún tipo de expectativa de privacidad sobre el *e-mail* laboral.
4. Si un trabajador utiliza el *e-mail* que la empresa le asigna, se entiende que lo hace para desempeñar sus labores, por tanto el contenido de ese *e-mail* es laboral y de interés del empleador, en consecuencia factible de ser revisado. Si -pese a estar prohibido- el trabajador hace uso personal del *e-mail* laboral ha cometido una falta y el contenido de ese *e-mail* esta sujeto a fiscalización a fin de determinar la comisión de una segunda falta laboral. No cabe alegar un derecho a la «privacidad o secreto de las comunicaciones» allí donde estaba prohibido dar tal uso a una «herramienta de trabajo», ni realizar comunicaciones íntimas, secretas o personales y por tanto no existía una válida expectativa de privacidad, una interpretación contraria estaría amparando un «abuso de derecho» por parte del trabajador a fin de apañar una falta laboral.

5. La forma adecuada de llevar a cabo este control es un punto nada pacífico, existe gran discusión sobre el tema, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Consideramos que el control puede efectuarse validamente sobre aspectos externos y sobre el contenido de los *e-mail* laborales y debe llevarse a cabo preferentemente mediante medios técnicos -si el problema lo causa la tecnología- pues la solución también debería estar en manos de la tecnología- por lo que las empresas deberían usar servidores de correo corporativos, filtros, bloqueos, *firewalls* y programas de monitoreo que permitan identificar remitentes, destinatarios, frecuencias de uso, documentos adjuntos, palabras clave entre otros. A falta de estas herramientas informáticas que permitan un control «externo» o en los casos en que este no sea suficiente (delitos informáticos, pornografía infantil, fuga de información sensible, etc.) debe entenderse que el empleador tiene la facultad de hacer un control de los contenidos de los *e-mail*, no pudiéndose considerar dicho control -de ninguna forma- como una afectación ilegal al secreto de las comunicaciones.
6. Consideramos que es incorrecta la equiparación del *e-mail* con el correo postal o epistolar, pues la naturaleza propia (definida por la tecnología) del *e-mail* pone de manifiesto grandes diferencias con el correo tradicional y aun si se insiste con esa comparación, la Ley establece supuestos en los que se puede hacer in situ un control sobre el contenido del correo postal por parte de los operadores de correo.
7. El eventual conflicto de derechos fundamentales y el punto de equilibrio entre ellos o cuál debe prevalecer, debe analizarse mediante la ponderación de principios fundamentales y el test de razonabilidad en cada caso concreto, sin embargo consideramos que en el control empresarial sobre el *e-mail* asignado a sus trabajadores, se hace bastante claro que no siempre existirá un tema de «intimidad» en los *e-mail* monitoreados y que no resulta correcto hablar de violación del secreto de las comunicaciones privadas. Pues el hacer un uso extralaboral del correo electrónico institucional es una infracción laboral y por tanto no es viable argumentar que se viola intimidad alguna, allí donde no es posible ejercerla, ni se violentan las comunicaciones «privadas», allí donde no es posible que estas existan.

8. Respecto a cuál debe ser la sanción adecuada ante la falta del trabajador según nuestro entender, las situaciones de un uso irregular, abusivo y desproporcionado del *e-mail*, con fines extra-laborales, justifica y amerita un despido. Pero consideramos que sólo una conducta con tales características o la reiterancia -luego de una advertencia o sanción previa- podrían justificar un despido, dejando a salvo la posibilidad del empleador de aplicar sanciones menos graves a un uso extralaboral del *e-mail* que no revista mayor gravedad. Por lo que la política de la empresa sobre el uso del *e-mail* y las consecuencias del incumplimiento de esa norma, deben quedar claramente establecidas para los trabajadores.

# Acercamiento a la naturaleza del derecho laboral, criterios y principios de interpretación constitucional y contenido constitucional del derecho a la remuneración: crítica a los criterios del Tribunal Constitucional para resolver en cuestiones de reducción de remuneraciones

*Manuel Gonzalo De Lama Laura<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUCCIÓN

Nuestro Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia respecto a los convenios de reducción de remuneraciones celebrados entre las partes que conforman una relación jurídica laboral, ha sancionado de constitucionales tales pactos siempre que ellos respeten el mínimo legal permitido: la remuneración mínima vital. Pero... ¿hasta que punto la constitucionalidad de tales acuerdos comulga con los criterios y principios de interpretación que guían la labor explicativa que realiza nuestro Tribunal Constitucional de nuestro sistema jurídico?, ¿en qué medida estos convenios resultan congruentes con los principios que guían los derroteros que marcan la senda recorrida por el Derecho Laboral?

La remuneración forma parte imprescindible e inescindible de toda relación jurídica de trabajo al punto que permite, junto a otros elementos, diferenciar una relación civil de prestación de servicios de una de carácter laboral; sin perjuicio de ello, en virtud de su carácter alimentario, al ser en la mayoría de los casos la única fuente de ingresos económicos de las familias peruana, es considerado por nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental. En virtud a estas razones

---

<sup>1</sup> A Lupe, José Luis y Marilia: Mi familia Un sincero agradecimiento a Antonio Valle Cisneros y José Valle Benites, verdaderos promotores de esta aventura. Gracias por todo el apoyo y por las oportunidades brindadas a este estudiante de Derecho en su práctica pre-profesional y en su futura especialización.

creemos que es necesario aportar con nuestra posición en relación al tratamiento de estos convenios. En el discurrir de este trabajo se hará una crítica a los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional para sancionar la constitucionalidad de tales acuerdos y a las opiniones de diversos juristas que convergen en estos fundamentos en el sentido que, entendemos, se ha llevado a cabo una interpretación imprudente e insuficiente para llegar a esta conclusión.

En el presente trabajo se realiza un breve escudriñamiento de la naturaleza de la rama jurídica laboral en donde haremos referencia al carácter social y tuitivo de ésta para luego dedicar nuestra exposición a peculiarizar la relación jurídico laboral refiriéndonos en especial a la asimetría de posiciones que existe entre las partes que participan de aquella, buscando, asimismo, explicar como funciona la autonomía de la voluntad en este tipo de relaciones., terminando esta sección, realizaremos un breve análisis crítico-comparativo en relación al tratamiento que hace la Constitución Política de 1979 del régimen de trabajo respecto a la actual Carta Fundamental lo cual nos ayudará a tener una visión apropiada de cómo deben regularse temas tan delicados como lo son todos aquellos concernientes a las relaciones jurídicas laborales.

Asimismo, se refiere concisamente a la permisión que hace el ordenamiento legal peruano, en virtud de lo establecido en materia de irrenunciabilidad de derechos por la Constitución actual, respecto a la celebración de los convenios de reducción de remuneraciones en base a la Ley 9463 no dejando de señalar nuestra crítica al respecto; luego de ello se desarrollará con mayor detenimiento la opinión que nos merece la posición de nuestro Alto Tribunal en relación a los convenios de reducción de remuneraciones apoyándonos fundamentalmente en el desarrollo de las directrices que encauzan la labor interpretativa del Tribunal Constitucional adecuándolas al tópico objeto de estas líneas. Acercándonos al final de nuestra exposición destinaremos la última parte de este trabajo al tratamiento de la determinación del contenido constitucional del derecho a la remuneración siguiendo las pautas que para esta tarea nos proporciona el doctor Luis Castillo Córdova; de igual modo haremos una escueta referencia a su vinculación con el derecho a la tranquilidad de toda persona.

Finalmente, concluiremos, a manera de recopilación de las diversas razones que irán esbozándose en este trabajo, con nuestra posición al respecto.

## **2. LA NATURALEZA DEL DERECHO LABORAL, LA RELACIÓN LABORAL Y EL RÉGIMEN LABORAL CONSTITUCIONAL**

### **2.1. Naturaleza del Derecho Laboral: carácter tuitivo y social**

El Derecho Común que nos legaron los romanos, durante las centurias medievales y modernas y ante las circunstancias que se fueron suscitando, tuvo que ir siendo modificado en sus instituciones, de este modo, recordemos, el auge comercial y, siglos después, la Revolución Industrial, motivaron a los estudiosos de las ciencias jurídicas a discutir sobre los nuevos problemas que se provocaban con estos acontecimientos y con ello a desvincular del Derecho Común, ciertas reglas especiales que procuraran dar solución a tales vicisitudes. En el siglo XIX, las normas relacionadas con la prestación de servicios resultaban insuficientes e injustas para regular el trabajo humano ante la gran complejidad que había ido tomando. Ergo, se requería urgentemente de normas que permitieran un trato adecuado de tales relaciones. En estas circunstancias de descontento obrero por las injusticias de las que eran objeto nace el llamado «movimiento obrero», factor fundamental para el nacimiento del Derecho Laboral; de este modo fueron principalmente dos los objetivos a lograr con su coalición: la lucha por las libertades de sindicación y de huelga y la de imponer a la clase «empleadora» las tratativas colectivas sobre las condiciones de las prestaciones de servicios<sup>2</sup>.

De esto se desprende la gran carga social que contiene todo este nuevo fenómeno, no solo socio-político, sino también jurídico, ya que, en efecto, las circunstancias en las que se encontraba inmersa la clase obrera con la llamada Revolución Industrial eran totalmente adversas a su suerte e inmensamente arbitrarias en su «calidad» de parte subordinada al imperio ilimitado del patrón. A partir de entonces esta nueva rama jurídica se constituyó como un tipo de Derecho

---

<sup>2</sup> DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. México D.F.: Porrúa, 1977. p. 98

Social y Tuitivo en el sentido que hace valer ante la sociedad exigencias del trabajador para que ésta le proporcione los medios necesarios que le faculte un mínimo de bienestar y una existencia digna por su calidad de persona<sup>3</sup>; y adoptando una aptitud protectora del trabajador en su relación con su empleador por considerársele la parte débil de aquella<sup>4</sup>.

Es así que desde su nacimiento el Derecho Laboral se configuró como un tipo de Derecho Social garantizando a los trabajadores un mínimo de condiciones que permitan hablar y alcanzar una justicia social (la cual se puede conceptualizar, en un contexto de Estado Social Democrático, como el nuestro, como una justicia distributiva)<sup>5</sup>. Asimismo al ser la relación laboral una de carácter asimétrico, el sistema jurídico laboral requiere adoptar un tinte tuitivo, es decir, un rostro protector de la parte débil en las relaciones de trabajo: la parte trabajadora, para lo cual las cartas fundamentales y los cuerpos legislativos deben reflejar una postura especial a su favor. De esta manera los estados iniciaron una política legislativa que buscara un adecuado trato de los trabajadores en las relaciones jurídicas con sus empleadores siguiendo una línea proteccionista de los intereses de los primeros; de este modo muchas de las Constituciones y sistemas legislativos de diversas naciones buscaron atemperar la desventura de los asalariados y elevar sus niveles de vida<sup>6</sup>.

## **2.2. La relación laboral. Características. La autonomía de la voluntad en el Derecho Laboral**

La relevancia social que llegó a alcanzar la relación laboral con el crecimiento de la actividad industrial y la toma de conciencia de la clase obrera, motivaron a los hombres de derecho a interesarse por las peculiaridades que se derivaban de la relación jurídica patrón-obrero, ya que, desde la perspectiva civilista, era considerada

---

<sup>3</sup> DE BUEN, Néstor. Derecho del Trabajo. México D.F.: Porrúa, 1974. Tomo I. p. 98

<sup>4</sup> VINATEA RECOBA, Luis. Los Principios del Derecho de Trabajo y el Proceso Laboral. En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p.101

<sup>5</sup> En este sentido, Montoya Melgar aduce que justamente el Derecho de Trabajo surgió con el fin de mejorar las condiciones de vida y trabajo de los asalariados. MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos, p.279

<sup>6</sup> DE LA CUEVA, Mario. Op cit. p.25

como una forma especial de arrendamiento de servicios; no obstante, su naturaleza jurídica era totalmente diferente a la que inspiraba todo contrato referido a lo que se conocía como arrendamiento de servicios<sup>7</sup>. Los juristas encuadraron dentro del ordenamiento jurídico las instituciones nuevas resultantes del desarrollo industrial, en lo concerniente a las relaciones jurídicas de los obreros con sus empleadores; de este modo, se recurrieron a las expresiones hasta entonces usadas en la terminología legal y se comenzó a denominar «contrato» a todo acuerdo de voluntades que surgía entre patrón y trabajador<sup>8</sup>.

Sin embargo, a pesar de la denominación de contrato al acuerdo de voluntades entre patrón-obrero, quedaba claro que los caracteres propios de tal convenio no encontraban similitud integral con el principio de la autonomía de la voluntad que se argumentaba de las relaciones civiles, por lo que se hacía imprescindible encauzar tales características en una teoría propia que respondiera a los problemas doctrinarios y prácticos que se venían suscitando ante esta nueva realidad jurídica.

Las particularidades que configuran una relación laboral derivada de un «contrato» de trabajo suponen una prestación de servicios personal del trabajador contratado, el cual recibirá una remuneración periódica a manera de contraprestación por la fuerza laboral prestada al empleador, quien, podrá adecuarla en función de las necesidades de la empresa. Estos tres elementos son fundamentales para hablar de la presencia de una relación laboral en un determinado supuesto, pero de ellos el más importante, el que laboraliza una prestación de servicios, es el carácter de la subordinación del trabajador al poder directivo del empleador lo que implica la facultad de dirigir, normar y disciplinar el trabajo realizado por sus servidores<sup>9</sup>. Ante la presencia de este nuevo elemento en las prestaciones de servicios era preciso elaborar nuevas teorías jurídicas que desemboquen en disposiciones constitucionales y legislativas que reflejen las novedades que al respecto se estaban suscitando. Pero ese no fue el único problema que se presentó: Existía una inquietud más en los primeros doctrinarios del Derecho Laboral que se dirigía a un tema ya esbozado líneas arriba que se podría expresar

---

<sup>7</sup> DE BUEN, Néstor, Op cit. pp. 511 y 512

<sup>8</sup> GUERRERO, Euquerio. Manual de Derecho del Trabajo. México D.F.: Porrúa, 1976. p. 30

<sup>9</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Instituciones del Derecho Laboral. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p.90

en la siguiente interrogante: ¿La autonomía de la voluntad tiene las mismas características en el Derecho Civil y en el Derecho Laboral?

Ya hemos caracterizado la relación laboral derivada de un contrato de trabajo como una relación subordinada en pro del empleador, esto nos lleva a concluir que por el ejercicio del *ius variandi* practicado sobre la actividad del trabajador, las condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios es desigual, es decir, no hay un equilibrio en las circunstancias en que se encuentran el trabajador y su empleador ya que, este último, ejerce sobre su subordinado el llamado *ius variandi* al que ya hemos hecho referencia, por el cual puede modificar las circunstancias en que se están prestando las labores.<sup>10</sup> La autonomía de la voluntad es ejercida dentro de una relación jurídica en cuatro aspectos fundamentales: Un poder generador del vínculo jurídico, un poder regulador de la relación creada (dotar de directrices que organicen su funcionamiento), un poder reformador por el cual las partes están capacitados para modificar la estructura inicial de la relación y un poder extintivo del vínculo jurídico<sup>11</sup>.

En una relación laboral estos llamados poderes son ejercidos de forma muy peculiar ya que la misma situación de desequilibrio que existe en ésta exige un carácter tuitivo a favor del trabajador; de este modo, es comprensible el intervencionismo heterónomo por parte del estado para tratar de simetrizarla. Esto no quiere decir que la autonomía de la voluntad desaparezca en la relación jurídica de trabajo ya que siempre existe la decisión autónoma de generarla y de extinguirla, sino que la fuente heterónoma que brinda el Estado en las relaciones laborales sirven para que se respeten los beneficios mínimos que les corresponde a los trabajadores, por lo que la voluntad puede actuar en todo el campo de los

---

<sup>10</sup> Al respecto podemos citar a KROTOSCHIN: «El contrato de trabajo es también intercambio de prestaciones pero no se agota en estos sino que predominan en él elementos que precisamente tienen en cuenta la personalidad del trabajador y el hecho de que éste entra en una relación de dependencia personal con el empleado». KROTOSCHIN, Ernesto. Tendencias Actuales en el Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Europa-América, 1959. p.74

<sup>11</sup> SARTHOU, Helios. Aspectos de la Autonomía de la Voluntad en el derecho del Trabajo. En: Derecho Laboral, M.B.A., Montevideo, 1972, número 88, p. 360.

privilegios supra-normativos, en este sentido, sólo se prohíbe la reforma *in peius* del trabajador<sup>12</sup>.

Si bien es cierto la presencia supervisora del Estado bajo las disposiciones constitucionales y legales que brinda a favor del trabajador es sumamente importante para equiparar de alguna forma la relación jurídica laboral, es también preciso preguntarnos si tales previsiones subsanan eficazmente la desproporción de aptitudes de las partes en cuestión, si realmente llegan a copar todas las vicisitudes que presentan las relaciones laborales. Asimismo es necesario anotar que además de la asimetría de las posiciones contractuales del trabajador y empleador, también de ella, se deriva, el llamado «estado de necesidad» en que se ve inserto el trabajador si atendemos a que su puesto de labores es el que le proporciona los medios económicos necesarios para solventar las exigencias mínimas que su familia requiere. En relación a ello los tratadistas alemanes Hueck y Nipperdey han desarrollado una teoría sobre el doble fundamento de la especial necesidad de protección del trabajador en una relación laboral: Una dependencia a las órdenes del empleador que afecta a la persona del trabajador y una dependencia económica que supone, por su parte, que el subordinado pone a disposición de su empleador sus servicios con el fin de obtener sus medios de vida imprescindibles por medio de la contraprestación económica debida<sup>13</sup>.

En este orden de ideas consideramos que el Derecho Laboral hunde sus raíces proteccionistas en favor de los trabajadores en razón al binomio formado por la situación de subordinación y el estado de necesidad en que se encuentra todo empleado al verse inmerso en una relación jurídica vertical, que, a su vez, le permite obtener los medios indispensables para saldar sus exigencias personales y las de su familia. Es así que, además de la facultad que tiene el empleador de modificar las condiciones de labores de sus trabajadores, tenemos la especial situación del estado de necesidad en que se encuentra el servidor lo que ha sido en muchas ocasiones incentivo para que el empleador modifique arbitrariamente, e incluso

---

<sup>12</sup> Ibid. Ver también: NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho de Trabajo. Lima: ARA, 1997. Pág. 15

<sup>13</sup> HUECK, Alfred y NIPPERDEY, Carl, Compendio de Derecho del Trabajo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963. pp. 45y 46.

con el «consentimiento» del mismo subordinado, las condiciones en que sus trabajadores realizan sus labores amparando sus actos en las leyes que, en ciertas situaciones, sin atender la misma naturaleza del derecho laboral y el carácter especial que tiene la relación de trabajo, permiten tales abusos. En razón a esto resulta cuestionable que la Constitución y las leyes peruanas permitan la celebración de convenios de reducción de remuneraciones que resulte un monto mayor o igual al mínimo legal vigente con el consentimiento del trabajador, incluso, sin que exista causal objetiva alguna de por medio. Es criticable, en este sentido, que no se atienda a factores como el estado de necesidad que tiene el trabajador por preservar su empleo y a la calidad de vida que tenía su familia con el sueldo que venía percibiendo. Justamente el discurrir posterior de este trabajo buscará profundizar en lo descrito en este párrafo.

### **2.3. El Régimen Laboral en las Constituciones de 1979 y 1993: Análisis crítico-comparativo**

La Constitución Política del Perú del año 1979, en palabras de Toyama Miyagusuku, cuantitativa y cualitativamente, es la carta que mejor abordó el tema laboral en el sentido que trató detalladamente los derechos laborales<sup>14</sup> de los trabajadores y concedió un capítulo especial (el quinto) al tema del trabajo el cual se encontraba dentro del Título que desarrollaba los Derechos y Deberes Fundamentales de las personas.

De este modo, siguiendo su carácter de Constitución de un Estado Social de Derecho, incorporó los principios del Derecho Laboral en su articulado, entre ellos los principios de igualdad de trato, *in dubio pro operario*, irrenunciabilidad de los derechos laborales y retroactividad de las leyes si eran favorables al trabajador. De igual manera hace referencia al derecho de todo trabajador a una remuneración justa que permita un bienestar material y espiritual a su familia en su artículo 43. Así también se reconoce la llamada estabilidad laboral absoluta (art.48), el pago preferencial de las remuneraciones de los trabajadores y de sus beneficios sociales

---

<sup>14</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Los Derechos Laborales en las Constituciones de 1979 y 1993. En: Balance de la Reforma Laboral Peruana. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001. p.10

ante cualquier otra deuda del empleador (art. 49), el derecho de sindicalización de los trabajadores (art.51), la fuerza de ley de las convenciones colectivas (art.54) y el derecho de huelga de los trabajadores (art.55).

Por su parte la Constitución de 1993, que atenúa tremendamente el modelo «social» de la Constitución anterior<sup>15</sup>, ya no sitúa los derechos laborales en el Título de los Derechos Fundamentales y los encasilla en el capítulo de los Derechos Sociales y Económicos <sup>16</sup>sin darles exclusividad como lo hacía la anterior Constitución, de igual modo va alejándose de las disposiciones constitucionales de la Carta de 1979 relativas al régimen laboral ya que modifica los términos en que ésta se refería a la remuneración justa para el trabajador (art.43) para ahora calificarla de equitativa y suficiente en su artículo 24, así también en el tema de la estabilidad laboral absoluta se pasa a un régimen de estabilidad laboral relativa, y, entre otras modificaciones no menos importantes, el artículo 26.2 detalla el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley sustrayendo tal particularidad a los demás derechos reconocidos por otras fuentes de derechos laborales a las cuales la Carta del consenso si les concedía el carácter de irrenunciabiles.

De acuerdo a lo que se ha ido exponiendo en este acápite, podemos anotar que la Carta Fundamental de 1979 reflejaba de forma casi completa y sistematizada las características especiales que hacen del Derecho Laboral una rama jurídica social y tuitiva a favor del trabajador dando a los derechos laborales la exclusividad necesaria que les ameritaba. De igual modo, no soslaya las peculiaridades que contiene toda relación de trabajo y el especial trato que debe dársele a la autonomía de la voluntad en ésta ya que dota a la irrenunciabilidad de derechos laborales de un campo amplio de actuación.

---

<sup>15</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El Trabajo y los derechos laborales en las Constituciones actual y futura. En: Revista Asesoría Laboral, Lima, enero, 1994, número 34. p. 16.

<sup>16</sup> De acuerdo a lo expuesto por Castillo Córdova, el hecho de que los derechos sociales y económicos ubicados en un capítulo diferente al que «enumera» los derechos fundamentales, no les quita el carácter de fundamentales en virtud del artículo 3 de la Constitución. No obstante es clara la falta de exclusividad que tenían estos derechos en la Carta Magna anterior. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Derechos Constitucionales. Elementos para una Teoría General. Lima: Palestra, 2005. pp. 61 y 62.

En este sentido razona el maestro PLÁ RODRÍGUEZ: «(...) la noción de irrenunciabilidad puede expresarse en términos mucho más generales en la siguiente forma: la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas **por el derecho laboral** en beneficio propio»<sup>17</sup>. Por su parte la Constitución de 1993 realizó una tarea de liberalización del Estado peruano, llevado por una tendencia a organizar un Estado menos social que aún podrá intervenir en determinados asuntos, para lo cual se hacía necesaria una mengua de las garantías sociales de las que gozaban los trabajadores.

### **3. LA REDUCCIÓN DE LA REMUNERACIÓN Y EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN**

#### **3.1. Reducción de remuneraciones por acuerdo entre empleador y trabajador: Apreciación crítica de la Ley 9463<sup>18</sup>**

La remuneración que recibe todo trabajador como contraprestación por la labor realizada es un elemento esencial de toda relación de trabajo. Su carácter alimentario (al ser en muchos casos la única fuente de ingresos económicos de la familia), le ha conferido el título de derecho fundamental (art. 24 de la Constitución de 1993).

Una ley antigua dada en el año 1941, en su artículo único permite la reducción de remuneraciones contando con el consentimiento del trabajador. De acuerdo a esto el Tribunal Constitucional ha admitido los convenios de reducción de remuneraciones, no obstante creemos que el supremo intérprete de la Constitución realiza una interpretación insuficiente para resolver en estos asuntos.

---

<sup>17</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. p.67. La negrita es nuestra.

<sup>18</sup> El texto del artículo único de la Ley 9463 del 17 de diciembre de 1941 es el siguiente: «La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados, que la le acuerden las Leyes 4916,6871 y 8439, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con remuneraciones rebajadas. En el caso de servidores a comisión, se le s computarán las indemnizaciones tomándose el promedio que arroje el período de tiempo comprendido entre los cuarenta y ocho meses anteriores a la reducción»

La Constitución actual, al establecer en su artículo 26 la irrenunciabilidad de derechos laborales reconocidos en su mismo articulado y en la Ley, limita profusamente las ventajas que debe tener el trabajador por ser la parte menos privilegiada en una relación laboral ya que, por tanto, no se considerarán derechos irrenunciables cualquier otro derecho que provenga de fuentes del Derecho Laboral que no sea la Constitución y la Ley, es decir, los privilegios que pueda tener el trabajador por una costumbre laboral o por una liberalidad otorgada por el empleador son renunciables por el subordinado por que no son derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.

De acuerdo a esto son notorias las deficiencias para definir temas laborales que tiene la Carta Fundamental actual y la Ley 9463 en el sentido que no atienden al carácter social y tuitivo del Derecho de Trabajo, al limitado campo de actuación de la autonomía de la voluntad en una relación laboral ni al estado de necesidad del servidor. Y es que, si bien es cierto, la Ley determina un «piso mínimo» que no puede ser vulnerado por las partes que mantienen un vínculo de trabajo, esta previsión no atiende al llamado estado de necesidad en que la parte trabajadora se mantiene mientras dura la relación con el empleador ya que el preservar su puesto de labores (el cual le permite solventar los gastos familiares y los suyos propios) es la principal prioridad que tiene el trabajador lo que haría dable que el empleador, contando con el consentimiento de su servidor, puedan convenir una reducción, incluso injustificada y aporportional, de la remuneración que venía recibiendo el trabajador con el límite que impone la ley (la remuneración mínima vital) porque así lo permite la Constitución y la Ley. De esta forma, al reconocerse legalmente una remuneración mínima vital, el Tribunal Constitucional ha admitido los convenios de reducción de remuneraciones que respeten tal «piso legal» siempre que medie el consentimiento del trabajador-lo que significa que es solo necesario este asentimiento prescindiendo, incluso, de una motivación- obviando la calidad de «irrenunciables» que deberían tener TODOS los derechos reconocidos a los trabajadores en razón a la naturaleza misma del Derecho Laboral y de su manifestación de tuitividad en favor de la parte subordinada de una relación jurídica de trabajo.

### **3.2. ¿Criterios y Principios de Interpretación de la Constitución Vs. Régimen laboral peruano actual?: Especial referencia al artículo 26 de la Constitución y a la Ley 9463**

De acuerdo con lo que se ha venido planteando se podría deducir que, según nuestro parecer, la Constitución peca de ciertas deficiencias en lo correspondiente a la previsión de cuestiones laborales en su articulado, y es claro que ésta, al fin y al cabo, es producto de humanos por lo que es razonable que puedan encontrarse algunas imperfecciones. No obstante, existe un principio de hermenéutica constitucional que exige una interpretación de las distintas disposiciones constitucionales como integrantes de un sistema, de una unidad; de esta manera, se debe desechar todo tipo de contradicción con otros dispositivos constitucionales<sup>19</sup>. De este modo es necesario acudir a ciertos criterios de interpretación de la Carta fundamental que auxilien nuestra labor interpretativa.

Nuestro Tribunal Constitucional en muchas de sus sentencias ha acudido a guías hermenéuticas para obtener una «armonía» en el articulado constitucional. De acuerdo al tema a tratarse, detallaremos ciertos criterios que el Alto Tribunal emplea en su labor interpretativa, los cuales servirán para apoyar nuestra posición, tales como el de la interpretación Teleológica y Sistemática, y de los principios esenciales de interpretación como el que declara la Dignidad de la Persona Humana, el Principio Tuitivo del trabajo y el de Proporcionalidad y Razonabilidad<sup>20</sup> cuando tratamos sobre temas concernientes a derechos fundamentales.

Desarrollaremos primero los criterios de interpretación constitucional referidos a la interpretación sistemática y teleológica que emplea el Tribunal Constitucional peruano para desarrollar su jurisprudencia. La interpretación sistemática trata de mirar de modo íntegro el cuerpo constitucional, es decir, revisar no solamente la regla aplicable, sino, todo el texto constitucional y los principios de la disciplina constitucional con el fin de armonizar una respuesta a partir de elementos normativos

---

<sup>19</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op cit. pp. 394 y 395

<sup>20</sup> Tales criterios y principios esenciales de interpretación constitucional se encuentran muy bien desarrollados en: RUBIO CORREA, Marcial. Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

que encontremos; y esto porque la interpretación literal se encuentra ya desfasada por su carácter insuficiente para el ámbito constitucional<sup>21</sup>. Por su lado, La teleología o teoría de las «causas finales», es también aplicada por nuestro supremo intérprete en el sentido que ayuda en la tarea de determinar cual es la finalidad a la cual se encuentra destinada determinada institución. Este criterio tiene especial importancia en el Derecho Constitucional: *«pues este tiene por finalidad organizar en sus más amplios espacios a la sociedad integralmente considerada, por ello mismo, establece finalidades tanto de contenido como de forma»*<sup>22</sup>

De igual modo el Alto Tribunal tiene como directrices de la labor hermenéutica que lleva a cabo principio de interpretación anotados líneas arriba.

El Principio de Dignidad de la persona humana se encuentra consagrado en el artículo 1 del texto constitucional cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor supremo dentro del ordenamiento, y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales<sup>23</sup>, de acuerdo a esto RUBIO CORREA opina que toda interpretación jurídica de naturaleza constitucional deberá evaluar cuándo se está defendiendo y cuándo agravando a una persona, cuánto se está respetando o no su dignidad<sup>24</sup>.

Otro principio que el Tribunal Constitucional ha establecido en sus resoluciones, y que es de suma importancia para elaborar nuestros posteriores argumentos, es el del Principio Tuitivo del Derecho de Trabajo del cual se desprenden los demás principios que hacen de esta rama jurídica un derecho protector de la parte trabajadora. De igual manera es preciso mencionar también el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad como pauta fundamental utilizada por el Tribunal para resolver en cuestiones de derechos fundamentales cuyos juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, en estricto, son imprescindibles para tratar temas tan delicados como el que se viene discutiendo.

---

<sup>21</sup> Ibidem.pp. 71 y 72

<sup>22</sup> Ibidem. pp. 91 y 92

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 12 de Mayo de 2003 en el Exp-2209-2002-TC sobre acción de amparo interpuesta por Mario Antonio Urello Álvarez contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

<sup>24</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit .p. 147

El régimen laboral constitucional actual reduce los beneficios laborales, en relación con su antecesora, que por la misma naturaleza del Derecho Laboral y del carácter especial de toda relación de trabajo le deben corresponder a todo trabajador. Sin embargo podemos salvar tales carencias apoyando nuestras razones en los criterios y principios hermenéuticos empleados por el Tribunal Constitucional explicados anteriormente adecuándolos a la cuestión referida a la reducción de remuneraciones.

El artículo 26 de nuestra Constitución desarrolla la teoría de los derechos irrenunciables de los trabajadores reduciendo su campo de protección solo a aquellos que la misma Carta constitucional y la Ley reconocen, de esta manera resulta «constitucional» convenir con el trabajador una reducción de su remuneración en virtud de la Ley 9463, no obstante, tal reducción tiene que respetar los límites que impone la ley, es decir, la disminución no debe dar como resultado una contraprestación menor a la remuneración mínima vital(RMV), concepto que se define como irrenunciable de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución. Toda esta lógica jurídica es la que fundamenta la posición del supremo intérprete respecto a la constitucionalidad de los convenios de reducción de remuneraciones hasta un monto que no vulnere el derecho «irrenunciable» que otorga nuestro Ordenamiento Jurídico a la RMV.

Sin embargo, todo este razonamiento no sigue la línea interpretativa sistemática que el intérprete constitucional debe emplear para llegar a una conclusión armoniosa con las demás disposiciones constitucionales, así pues creemos que es necesario que tal artículo debe ser concordado con lo que expresan los artículos 23 y 24 de la misma Carta fundamental que determinan que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer ni rebajar su dignidad de trabajador y que el trabajador tiene derecho a una remuneración que le permita un bienestar material y espiritual para él y su familia. De acuerdo a esto la remuneración al ser un derecho reconocido a los trabajadores por nuestra Constitución y por tener el carácter de derecho fundamental en razón del artículo 3 del mismo cuerpo jurídico, tiene el carácter de irrenunciable en el sentido que contiene una finalidad alimentaria reconocida por la misma Constitución, que, ante una reducción aporportional y, contando incluso con la aprobación del trabajador, puede llegar a desconocer y rebajar la dignidad del trabajador.

Si a esto le añadimos la interpretación teleológica es coherente concluir que tales disposiciones se encuentran orientadas a mantener un «equilibrio» de las partes en una relación laboral que por naturaleza es asimétrica, es decir, que al determinarse que la remuneración debe procurar un bienestar a la familia del trabajador y al proscribirse cualquier tipo de limitación de los derechos constitucionales (como la remuneración) en una relación laboral, tenemos argumentos valederos para cuestionar los acuerdos de reducción de remuneraciones que no encuentran asidero en razones suficientes e idóneas para su realización.

Así también es inevitable concordar nuestros fundamentos con los principios de interpretación constitucional anotados anteriormente; de este modo, el principio de dignidad de la persona humana, que es la directriz principal y primaria de todo tipo de interpretación constitucional, premisa constitucional que determina la primacía de la persona humana, el valor supremo que no permite ser modificado por ninguna contingencia presidiendo todo el ordenamiento constitucional<sup>25</sup>, nos brinda un importante argumento para pensar que parece contradictorio hablar de una reducción de remuneración, consentida por el trabajador que puede llegar a ser igual a la RMV, sin atender a su dignidad de persona humana en razón a que no atiende a la «calidad de vida» que el trabajador le brindaba a su familia con el sueldo que venía recibiendo, es decir, afecta el nivel de vida que ya había adquirido el trabajador y su familia, la dignidad del trabajador dentro de una relación laboral, ocasionando una gran preocupación del padre de familia afectado con esta reducción por seguir manteniendo las ventajas de las que gozaba su familia, una gran presión psicológica ante la nueva situación, etc., supuestos que podrían equipararse a afectaciones como el ser despedido sin causa alguna, o el trabajar continuamente por cinco años seguidos sin haber gozado de vacaciones durante todo ese tiempo, que, de igual manera, se configuran como afectaciones a la dignidad de la persona humana que, concretizadas en el campo de las relaciones de trabajo, son afectaciones a la dignidad del trabajador.

El Principio Tuitivo Del Derecho del Trabajo es otra de las pautas que los magistrados constitucionales tienen en cuenta para resolver en casos que pone en

---

<sup>25</sup> OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto. El Caso Telefónica y el nuevo curso del Derecho Laboral Peruano. En: Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, Gaceta Jurídica, noviembre 2002. pp. 159 y 160.

juego los derechos de los trabajadores quienes al verse inmersos en una relación vertical con su empleador requieren de una protección especial que les permita de algún modo «equilibrar fuerzas». De acuerdo a PLÁ RODRÍGUEZ, el Principio Protector se refiere al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, el cual responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador: «(...) en el Derecho Laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes-el trabajador- para lograr, mediante esta protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes»<sup>26</sup>.

Aplicando entonces este principio no es errado considerar que los convenios de reducción de salarios pueden llegar a transgredir este principio ya que ante la situación asimétrica de la relación laboral, el empleador podría acordar con su subordinado una disminución aproporcionada e injustificada de su sueldo abusando del «estado de necesidad» en que se encuentra el trabajador por mantener su fuente de ingresos económicos; ergo, es inexcusable que el Tribunal Constitucional no atienda a este principio hermenéutico para tratar de resolver en materia relativas a derechos del trabajador.

Para terminar de aclarar y concretizar nuestra crítica es inevitable auxiliar nuestros argumentos en el tan conocido, pero no tan bien aplicado, principio de razonabilidad constitucionalizado en el artículo 200 de nuestra Carta Magna<sup>27</sup>: los juicios de razonabilidad terminarán de precisar nuestra posición respecto al tema planteado, ello en razón a que los acuerdos de reducción de remuneraciones entre un empleador y sus trabajadores es un tema delicado en el sentido que pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales como la remuneración del trabajador, la calidad de vida del trabajador (como manifestación de la dignidad de la persona humana en una relación laboral) alcanzado con una remuneración determinada que se ve reducida con el consentimiento del trabajador a un monto aproporcionado e injustificado, la tranquilidad de la persona humana (es decir a mantener un estado

---

<sup>26</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. cit. p.23.

<sup>27</sup> A pesar que la Constitución solo ha establecido la aplicación del principio de razonabilidad o proporcionalidad para el caso de los regímenes de excepción, el Tribunal Constitucional ha determinado en muchas de sus sentencias que éste tiene el carácter de Principio General del Derecho por lo que su proyección no se circunscribe sólo a aquellos supuestos sino también para analizar cualquier acto que ponga en juego el contenido constitucional de derechos fundamentales.

emocional libre de presiones psicológicas que puedan causarle afectaciones a su salud física y mental), etc. Todos ellos son argumentos necesarios para advertir la importancia que otorga el principio de razonabilidad para analizar este problema.

Empecemos por agotar el primer juicio de este principio: la exigencia de adecuación de acuerdo a la cual se hace un control de idoneidad sobre la medida que interviene en los derechos fundamentales, esto con la finalidad de determinar si se reúne las condiciones necesarias para alcanzar el objetivo perseguido<sup>28</sup>; en razón a este juicio, y concretizándonos a un supuesto en especial, el que el empleador convenga con sus trabajadores una reducción de sus remuneraciones con ocasión de presentarse una grave crisis económica de la empresa supone una salida eficiente para poder afrontar esta situación permitiendo aún a los trabajadores mantener su puestos de labores, digamos que la medida adoptada es idónea para cumplir con el fin que se persigue en este caso.

El segundo juicio del test de razonabilidad o proporcionalidad es aquel destinado a hacer un análisis de la necesidad<sup>29</sup> de la medida, es decir, si la reducción es la única evasiva para remediar la situación de la empresa; supongamos que ya se ha hecho todo lo posible para poder equilibrar la situación: reducción de gastos, préstamos bancarios, etc., no obstante, no se ha llegado al objetivo por lo que se hace necesario acordar con los servidores la reducción de sus sueldos en vez de hacer un cese colectivo de los trabajadores lo que ocasionaría un resultado más gravoso para los empleados quienes preferirán aceptar una reducción de sus remuneraciones en vista de la situación de la empresa en que laboran: Las reducciones de los sueldos de los subordinados es necesaria

Agotado el juicio de necesidad, debemos proseguir con el juicio de proporcionalidad en estricto, por el cual se trata de buscar una adecuada relación de equilibrio entre los costos y beneficios que supone la adopción de una medida

---

<sup>28</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Lima: Ara, 2001. p. 168

<sup>29</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Criterios de Interpretación para evaluar la constitucionalidad del mandato de detención. En: Actualidad Jurídica, Lima, Gaceta Jurídica, tomo 137, abril 2005, p. 165.

restrictiva<sup>30</sup>, en este caso, el juicio de proporcionalidad en estricto será aplicado en razón de que las reducciones de las contraprestaciones de los trabajadores de la empresa en crisis servirá para que ésta vuelva a las condiciones necesarias que le permita recuperar su estabilidad económica y, de este modo, retornar a las obligaciones anteriores con sus servidores respecto de sus remuneraciones. Asimismo es preciso que las reducciones hayan sido evaluadas previamente entre el empleador y los trabajadores para que éstas no sean desproporcionadas atendiendo a la calidad de vida que los trabajadores afectados venían llevando con el ingreso económico percibido hasta ese momento. La participación de los sindicatos respectivos sería importante para que las reducciones no se tornen abusivas ni arbitrarias aunque en el campo de las negociaciones colectivas las fuerzas de la relación laboral llegan a equipararse, tema que se encuentra fuera del tema en discusión.

Explicados nuestros fundamentos creemos que, si bien es cierto, la Constitución (en razón de su artículo 26) y la Ley 9463 interpretadas de modo imprudente e insuficiente, permiten los convenios de reducción de remuneraciones; las cuales después de efectuada la disminución no pueden resultar menor a la RMV piso indisponible en materia de remuneraciones, deben ajustarse no solo a lo que el texto constitucional y legal establecen. Debemos hacer una interpretación que desentrañe los criterios y principios que marcan el derrotero interpretativo constitucional, que comulgue con los conceptos de dignidad de la persona humana, y, en el caso en cuestión, con los derechos que conforman la dignidad del trabajador, en virtud del carácter tuitivo del Derecho Laboral, los cuales, al verse inmersos en situaciones que ponen en juego su integridad y eficacia, deben ser estudiados bajo la luz del principio de proporcionalidad o razonabilidad lo que terminará de perfilar nuestra posición a favor de aquellos convenios de reducción de remuneraciones que se encuentren debidamente justificados, que respondan a una reducción proporcionada y cuya ejecución no soslaye la dignidad del trabajador (la cual debe ser asunto de especial atención debido al desequilibrio de posiciones que hay en una relación laboral) en razón de su calidad de persona, ni los derechos relacionados al nivel de vida alcanzado, ni el derecho a la tranquilidad que son reconocidos por nuestra Constitución.

---

<sup>30</sup> Ibid. p. 166

### **3.3. El contenido constitucional del derecho a la remuneración y su relación con el derecho a la tranquilidad**

La remuneración que todo trabajador debe recibir por la labor realizada a favor de su empleador, al tener su consagración constitucional en el artículo 24 de nuestra Carta Fundamental, requiere de una protección especial que esquive todo tipo de vulneración ante cualquier supuesto que pueda desnaturalizar su contenido constitucional<sup>31</sup>.

Para tales efectos hemos creído conveniente atender a los criterios que propone para esta labor el Dr. CASTILLO CÓRDOVA; de este modo tenemos que empezar considerando que el contenido de los derechos fundamentales es único, el cual vincula de manera fuerte al Poder Político y a los particulares y no uno esencial y otro no esencial ya que si diferenciáramos el contenido de un derecho fundamental de esta forma daríamos cabida a diversas intromisiones limitativas del derecho constitucional en cuestión en su porción «no esencial». Asimismo, tenemos que dejar claro que tal contenido se delimita, no se limita, es decir, los derechos constitucionales no son absolutos ya que cada uno de ellos tiene un contenido determinado el cual deberá ir definiéndose en cada caso concreto independientemente de cualquier tipo de intervención legislativa y política que limite este contenido<sup>32</sup>.

En este orden de ideas, el derecho que tiene todo trabajador a una remuneración empieza a delimitarse en la misma norma constitucional, concretamente en el dispositivo que recoge este derecho y en los demás relacionados con el precepto que regula el derecho en cuestión. Siguiendo tal criterio no hacemos más que una

---

<sup>31</sup> Tal determinación no debe solo responder a un puro afán académico sino también, a la puesta en práctica de ciertos criterios a casos concretos y reales que tengan como punto de controversia, la precisión de los elementos que componen el contenido constitucional de un derecho fundamental. Para ello los operadores jurídicos respectivos se convierten en los encargados de realizar la interpretación correcta de los derechos fundamentales y velar por su plena vigencia. CARPIO MARCOS, Edgar. *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*. Lima: Palestra, 2004. p. 18 y 19

<sup>32</sup> Las pautas de determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales que irán desarrollando en este capítulo se encuentran ampliamente explicados en: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Op cit.* p.49 y ss.

interpretación sistemática y unitaria del texto constitucional considerando que nuestra norma fundamental es una unidad coherente y sistemática libre de toda antítesis interna que la desnaturalice<sup>33</sup>.

De acuerdo a esto tenemos que empezar la delimitación constitucional del derecho a la remuneración en el artículo 24 de nuestra Carta Magna que establece que todo trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual. Relacionado a ello el artículo 23 en su última parte establece que ninguna relación laboral podrá limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer ni rebajar la dignidad del servidor<sup>34</sup>. En razón a ello creemos que atender a lo que propone el artículo 62 de la norma fundamental como criterio aplicable para la delimitación constitucional del derecho a la remuneración, en la forma en que lo hacen Dolorier Torres y Candela Rosas, es en cierto modo imprudente ya que tal dispositivo reconoce la libertad de contratar que de por sí se ve matizada en las relaciones laborales (recordemos el carácter especial de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo, el estado de necesidad del trabajador, el nivel de vida alcanzado, etc)<sup>35</sup>.

Paso seguido los derechos constitucionales deben ser analizados a la luz de la normativa y jurisprudencia supranacional en materia de Derechos Humanos. Tal criterio hermenéutico forma parte de los Principios de Interpretación de los derechos constitucionales que recoge el Código Procesal Constitucional en el artículo V de su Título Preliminar. En este sentido la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional remite todo intento de delimitación del contenido constitucional de los derechos fundamentales a la norma internacional sobre derechos humanos vinculantes para el Perú<sup>36</sup>. La Declaración Universal de Derechos Humanos, el

---

<sup>33</sup> *Ibidem.* p.258

<sup>34</sup> No hacemos referencia en tal delimitación constitucional al principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales reconocidos por la Constitución y la Ley (artículo 26) por razones que se expusieron en el capítulo anterior.

<sup>35</sup> DOLORIER TORRES, Javier y CANDELA ROSAS, Martín. El Tribunal Constitucional y la reducción de remuneraciones y la categoría de trabajadores en nuestro Ordenamiento Jurídico. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, octubre 2004, pp. 28 y 29.

<sup>36</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Universidad de Piura-ARA, 2004. pp. 62 y 63. Ver también: CARPIO MARCOS, Edgar. *Op cit.* pp. 129 y ss.

Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en sus artículos 23, 7.a y 7.a respectivamente determinan en líneas generales que todo trabajador tiene derecho a una remuneración suficiente y equitativa que asegure a él y a su familia los medios necesarios para llevar una vida digna.

No obstante, aquí no acaba la delimitación del contenido del derecho a la remuneración, es necesario también recurrir a dos elementos extra-normativos que nos ayudarán a puntualizar y a «aterrizar» la interpretación que hasta ahora hemos venido haciendo: En primer término es preciso atender al móvil que condujo a considerar a la remuneración como derecho fundamental; es decir, debemos reparar en el aspecto teleológico de tal previsión constitucional; atender a los intereses jurídicos que tradicionalmente han sido coberturados con la regulación constitucional de la que ha gozado el derecho a la remuneración<sup>37</sup>. Ergo, es correcto concluir que este derecho ha sido de preocupación de nuestro constitucionalista por el carácter alimentario que posee en razón a que, en la gran parte de casos, el salario de los trabajadores constituye la única entrada económica de las familias peruanas; en este sentido queda claro que la remuneración se configura como elemento fundamental de las relaciones jurídicas de trabajo y de la misma sobrevivencia del empleado sin perjuicio de su carácter de contraprestación por la labor prestada.

La otra pauta extra-normativa consiste en no alejar este razonamiento que hemos venido haciendo de las circunstancias que suscitan el examen del contenido constitucional de un derecho, en otras palabras, la delimitación de este contenido no puede quedar definida si previamente no se hace referencia a las particularidades concretas en las que el derecho en cuestión terminará por definirse<sup>38</sup>.

Para efectos de nuestro análisis, concretizamos nuestro análisis con los supuestos anotados en el acápite anterior. Así tenemos que, si bien es cierto la

---

<sup>37</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. cit. pp. 261 y 262.

<sup>38</sup> En este orden de ideas, CASTILLO CÓRDOVA dice: «Así por tanto, el contenido constitucional de un derecho fundamental, si bien empieza a formularse desde el texto constitucional, no será sino en las circunstancias del caso concreto en la que termina por definirse (...)». CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. cit. pp. 261 y 262.

Constitución y la ley permiten la reducciones convenidas de remuneraciones entre trabajador y empleador siempre que tal disminución respete el mínimo legal respectivo, creemos que tales pactos sólo podrán ingresar en el contenido constitucional de la remuneración cuando las circunstancias lo permitan (ejemplo de ello es el caso en que la empresa sufra una crisis económica ante la cual los gerentes u otro tipo de directores no encuentran otra escapatoria a su situación que no sea acordar con sus empleados la reducción de sus remuneraciones al haber optado ya por otras medidas: reducción de gastos, préstamos bancarios, etc) y que tales sean negociadas en razón al monto remunerativo que venían recibiendo los trabajadores que se verán afectados, los cuales tenían un ritmo de vida determinado hasta esos momentos con el sueldo que percibían.

En este sentido resulta preocupante que el Tribunal Constitucional no atienda a los criterios que se han venido tratando y se incline por una posición puramente positiva de interpretación, sin trasfondo teleológico y casuístico alguno, concluyendo con la adopción de una posición permisiva de estos pactos sin atender a los criterios extra-normativos pertinentes para determinar el contenido constitucional del derecho a la remuneración<sup>39</sup>. Así también, causa mayor desconcierto que la doctrina especializada no haya hecho el análisis prudente y detenido de las resoluciones citadas o si lo hicieron, consideramos que el examen no ha sido del todo correcto ni insondable.

Si a ello le añadimos la íntima relación que guarda este derecho con su análogo el derecho fundamental a la tranquilidad regulado en el inc.22 del artículo 2 del texto constitucional; tenemos más razones válidas que nos impiden soslayar nuestra posición de las pautas extra- positivas que prestan su apoyo para delimitar el contenido constitucional del derecho a la remuneración, esto en el sentido que, a partir del ingreso económico que percibe un trabajador éste elabora su plan económico mensual, quincenal, semanal, etc, previsión que le otorga cierta estabilidad

---

<sup>39</sup> Como ejemplo del criterio del Tribunal en estos casos tenemos las sentencias resolutorias de los expedientes N° 2906-2002-AA/TC y el N° 009-2004-AA/TC.

emocional para afrontar los gastos familiares y mantener una «calidad» de vida de acuerdo a lo que sus entradas salariales le permiten. En contraparte a esto, por ejemplo, si el trabajador conviene con su empleador una reducción de su salario de S/.1500 a S/.500, así exista causal justificante, este empleado verá afectado en demasía su estabilidad psíquica y emocional ya que ahora tendrá que cambiar a sus hijos a centro educativo de menor calidad educativa, reducir los gastos de alimentación, transporte, etc, preocupaciones que no hubiera tenido si al menos la reducción no hubiera sido tan procaz<sup>40</sup>.

Lamentablemente nuestro supremo intérprete constitucional no ha hecho referencia alguna a los criterios y principios de interpretación constitucional y a las pautas de determinación del contenido constitucional del derecho a la remuneración dejando la puerta abierta a que estos pactos puedan ocasionar vicisitudes como las descritas líneas atrás.

#### 4. CONCLUSIONES

1. El Derecho Laboral nació como la respuesta jurídica a todos aquellos no afrontados problemas suscitados en las relaciones patrón-obrero que se intensificaron con el movimiento industrial de mediados del siglo XIX. Es así como se comenzaron a estudiar las nuevas instituciones que nacieron junto a esta nueva rama jurídica, las cuales, a su vez, se desprendían de la relación jurídica que se conformaba entre el empleador y sus subordinados, relación de naturaleza distinta a la prestación de servicios civil que hasta entonces venía proporcionando insuficientemente sus reglas a la de carácter laboral, la cual se peculiariza por la asimetría de las posiciones de las partes y por el llamado estado de necesidad en que se encuentra la parte subordinada, es decir, el trabajador.

---

<sup>40</sup> Un análisis conciso, pero importante, del derecho a la tranquilidad puede verse en: MORALES SARAVIA, Francisco. Derecho a la paz y a la tranquilidad. Derecho al medio ambiente. En: La Constitución Comentada. Lima. Gaceta Jurídica, 2006. p. 210 y ss.

2. Es en razón a esto que el Derecho Laboral toma un tinte social y protector a favor de la parte menos privilegiada en las relaciones de trabajo. Para ello, el Estado ha orientado su tarea legislativa a prever diversos Principios del Derecho laboral que permitan salvaguardar los derechos de los trabajadores ejemplo de ello es el tan mentado y auxiliador Principio de Irrenunciabilidad de los derechos laborales.
3. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico constitucional y legal han previsto de modo insuficiente la materia de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, reduciendo su campo de actuación a los beneficios otorgados por la Carta Fundamental y las leyes, por lo que los derechos que se le otorguen a los trabajadores a partir de otras fuentes, entran en el campo de la disponibilidad, es decir, el trabajador podría renunciar válidamente a ellos por que ni la Constitución ni la Ley les ha otorgado el carácter de irrenunciables.
4. Tal previsión constitucional (artículo 26) se encuentra desarrollado en materia de reducción de remuneraciones en una ley antigua que data del año 1941 la cual permite la reducción de las remuneraciones por acuerdo entre empleador y servidor. El Alto Tribunal ha resuelto a favor de la reducción de los sueldos por convenio entre empleador y trabajador argumentando sus resoluciones en estas disposiciones. Sin embargo, creemos que no se ha hecho una interpretación sistemática y teleológica del texto constitucional que se remita también a los principios hermenéuticos que guían todo intento de interpretación constitucional, criterios como el que proclama la dignidad de la persona humana y, en relación al tema en discusión, del trabajador quien al ser la parte menos privilegiada en una relación laboral requiere de un tratamiento especial desarrollado por el Principio Tuitivo del Derecho Laboral también tenido en cuenta en otras resoluciones del Tribunal Constitucional; de igual manera en toda cuestión que trate sobre derechos fundamentales, como es el caso de las remuneraciones, es forzoso acudir a los juicios que exige el principio de razonabilidad o proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de las medidas «limitativas» de derechos fundamentales.

5. Así pues nos parece criticable que nuestro supremo intérprete de la Constitución no haya atendido para resolver sobre acuerdos en las reducciones de remuneraciones a la naturaleza del Derecho Laboral como rama jurídica tuitiva en pro del trabajador, ni a la misma peculiaridad que tiene una relación laboral en el sentido que es de carácter asimétrico y refleja el «estado de necesidad» de la parte subordinada; y es que para ello se debe realizar una lectura del texto constitucional no alejada de los principios y criterios interpretativos que el mismo Tribunal ha aplicado en muchas de sus sentencias.
  
6. Nuestra posición no es totalmente contraria a la celebración de estos acuerdos ya que tales podrían ser una salida adecuada y necesaria para remediar, por ejemplo, una crisis empresarial antes que acudir a medidas como un despido masivo del personal, solo que consideramos que el tema se trate con mayor cuidado atendiendo al carácter especial de las relaciones en que se llevan a cabo estos convenios, las directrices hermenéuticas de la labor interpretativa de nuestro Tribunal Constitucional y a las pautas normativas y extra-positivas que nos ayudan a elaborar el contenido constitucional del derecho a la remuneración.

# Las implicancias constitucionales del ejercicio de la facultad de control por parte del empleador

*Carla Valdivia Sánchez*

Egresada de la Facultad de Derecho  
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

## 1. INTRODUCCIÓN

Nuestra legislación laboral no consagra de manera expresa el derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad. No obstante, queda claro que su reconocimiento constitucional sirve como garantía para exigir su respeto en todas las esferas sociales, incluido el centro de trabajo.

Al respecto, surge un problema que debe ser analizado, el mismo que consiste en determinar hasta qué punto el empleador puede inmiscuirse en la esfera privada del trabajador alegando su derecho a la libertad de empresa, buena imagen o buena reputación; esto quiere decir entonces que el derecho a la intimidad no resultaría ser irrestricto en el ámbito de una relación laboral, ya que se encontraría limitado por los deberes que emanan del contrato de trabajo y por las características propias de la prestación de servicios.

Naturalmente, en el ámbito de la relación laboral, el empleador, al ser la persona encargada de velar por el cumplimiento de los objetivos empresariales, tiene un interés primordial en que sus órdenes sean acatadas por los trabajadores y, para ello, el ordenamiento jurídico le reconoce la facultad de dirigir las labores de aquéllos. Así, y como consecuencia directa del poder de dirección, el empleador resulta ser titular de una serie de facultades o derechos en el marco de la relación laboral.

Debido a los inmensos avances tecnológicos las empresas se encuentran cada día con mayor posibilidad de introducir en el centro de trabajo medidas innovadoras que permitan el control de sus trabajadores; no obstante, dichos mecanismos de control pueden lesionar derechos constitucionales.

Esta nueva realidad nos ha sorprendido en los últimos años con la introducción de nuevas tecnologías que son susceptibles de afectar el derecho a la intimidad de los trabajadores, haciéndose cada vez más visibles las falencias de nuestro ordenamiento laboral, que no regula de manera directa los límites de la facultad de control del empleador.

Por ello, es importante establecer sus límites para poder determinar cuándo la introducción de mecanismos de control resulta ser adecuada para alcanzar los objetivos trazados por la empresa, sin vulnerar el derecho a la intimidad del trabajador.

Así, el presente trabajo pretende identificar los problemas constitucionales que se generan como consecuencia del ejercicio de la facultad de control del empleador, para lo cual se analizará si el derecho a la intimidad que tiene toda persona se ve restringido en el ámbito de la relación laboral, o si, por el contrario, la facultad de control reconocida al empleador se ve limitada por el respeto del derecho a la intimidad, de tal modo que el empresario se encuentre impedido de introducir mecanismos de control que afecten el referido derecho.

## **2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL**

### **2.1. Los derechos laborales inespecíficos**

La doctrina, especialmente española, clasifica los derechos constitucionales laborales en dos grupos, esto es, derechos laborales específicos y derechos laborales inespecíficos. Dentro del primer grupo se encontrarían aquellos derechos constitucionalmente reconocidos a favor de los trabajadores y que son, por regla general, aplicables como consecuencia del vínculo laboral, ya que fuera de dicho

contexto su existencia no encuentra fundamento. Así, tenemos por ejemplo, el derecho al trabajo, a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

Respecto a los derechos inespecíficos, que constituyen el tema a tratar en el presente trabajo, Palomeque señala lo siguiente:

«Son derechos atribuidos con carácter general, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos»<sup>1</sup>.

En ese sentido, resulta claro que la existencia de un vínculo laboral no tiene por qué desconocer la vigencia de los derechos fundamentales dentro del centro de trabajo ni limitar su ejercicio legítimo, y es así que nuestra Constitución establece, en su artículo 23, que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Según señala Vadés dal Ré, los derechos inespecíficos son «los derechos de la persona del trabajador, o si se prefiere, los derechos que corresponden al trabajador en su condición de persona»<sup>2</sup>.

Ahora bien, dentro de los derechos constitucionales laborales inespecíficos, esto es, aquellos derechos inherentes a toda persona y que se concretan de manera especial dentro del ámbito de la relación laboral, encontramos principalmente, no por su importancia sino por su sabia aplicación dentro del marco de la relación laboral, los detallados a continuación:

- El derecho a la igualdad y a la no discriminación.
- El derecho a la libertad ideológica y religiosa.

---

<sup>1</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Derechos fundamentales generales y relación laboral: Los Derechos Laborales Inespecíficos. p. 16.

<sup>2</sup> VALDÉS DAL RE, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. En: Libro de Informes Generales. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Montevideo, 2003. p. 47.

- El derecho al honor
- El derecho a la intimidad personal y a la protección frente al acoso sexual.
- El derecho a la libertad informática.
- El derecho a la propia imagen.
- El derecho a la libertad de expresión.

En el presente trabajo se tratará únicamente el derecho a la intimidad dentro de la relación laboral, y cómo su ejercicio puede ser limitado por el empleador en virtud del derecho a la libertad de empresa, reconocido por la Constitución.

### 2.1.1. El derecho a la intimidad del trabajador

Nuestra Constitución reconoce, en el numeral 7 de su artículo 2, el derecho de toda persona a la intimidad, el mismo que encuentra su fundamento en la dignidad de la persona. Así, el referido artículo señala que:

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias (...))»

Asimismo, existen diversos instrumentos internacionales que reconocen dicho derecho. Al respecto, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se señala lo siguiente:

«Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.»

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce la protección al derecho a la intimidad o vida privada, estableciendo lo siguiente:

«Artículo V.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.»

Respecto al contenido del derecho a la intimidad, Juan Espinoza Espinoza es de opinión que:

«El derecho a la intimidad es una situación jurídica en la que se tutela el espacio individual y familiar de privacidad de la persona, conformado por experiencias pasadas, situaciones actuales, características físicas y psíquicas no ostensibles y, en general, todos aquellos datos que el individuo desea que no sean conocidos por los demás, por que de serlos, sin su consentimiento, le ocasionaría incomodidad y fastidio.»<sup>3</sup>

Para Juan Morales Godo, la intimidad resulta ser un ámbito reservado de cada persona, debiendo encontrarse libre de injerencias externas. En tal sentido, el referido autor considera que:

«El derecho a la intimidad es uno de los derechos fundamentales del ser humano. Es uno de los «derechos columnas» que sustentan un real sistema democrático, porque implica la libertad indispensable para la construcción de si mismo en sociedad. La intimidad es el ámbito de la vida que el hombre reserva para sí; el ámbito de la creatividad, de la reflexión, de la formación de las ideas y, por ello, constituye una necesidad existencial.»<sup>4</sup>

Por otro lado, a palabras de Lucrecio Rebollo Delgado<sup>5</sup>

«El derecho a la intimidad, en su configuración nuclear es un derecho subjetivo, de defensa de una parcela de nuestra vida que queremos mantener reservada, y de la que tenemos plena disposición».

---

<sup>3</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p.326.

<sup>4</sup> MORALES GODO, Juan. Derecho a la intimidad y los personajes públicos. En: Diálogo con la Jurisprudencia, número 42, marzo de 2002. p. 19.

<sup>5</sup> REBOLLO DELGADO, Lucrecio. El derecho fundamental a la intimidad. Dykinson, 2000. p. 80-81.

Así, el derecho a la intimidad busca garantizar que aquella esfera inviolable perteneciente a toda persona, no sea objeto de injerencias ilegítimas por parte de terceros, ya sea del Estado o de otros particulares.

En el caso de los trabajadores se reconoce su derecho a la intimidad dentro de la relación laboral, siendo que toda medida a ser aplicada por el empleador en las instalaciones de la empresa, deberá respetar los límites impuestos por nuestra Constitución, de tal modo que sólo se pondrán en práctica aquellas estrictamente necesarias para el desenvolvimiento de la actividad empresarial.

Al respecto, debemos precisar que en nuestra legislación no se ha desarrollado el derecho a la intimidad en el ámbito de la relación laboral, por ello, su protección tiene fundamento netamente constitucional, debiendo ser el Juez quien determine y delimite los alcances del derecho a la intimidad y si el mismo ha sido o no vulnerado por el empleador.

Así, la única referencia legal que existe relacionada con las limitaciones a las facultades de dirección y control del empleador, se encuentra en el primer párrafo del artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, el mismo que señala:

«Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesaria para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador».

En ese sentido, parecería que el único límite al ejercicio de las facultades del empleador estaría referido a la razonabilidad de la medida adoptada, límite que resulta ser impreciso y subjetivo. No obstante, a pesar de la falta de reconocimiento del derecho a la intimidad en nuestra legislación laboral, queda claro que el mismo no podrá ser vulnerado por el empleador al tratarse de un derecho expresamente reconocido en nuestra constitución.

Sin embargo, resulta necesaria la existencia de normas especiales que regulen el ejercicio del derecho a la intimidad dentro de la empresa, precisando sus alcances, delimitando de manera clara su contenido y señalando de manera expresa los límites que puedan existir a su ejercicio.

Así, la labor del Juez de determinar el contenido del derecho a la intimidad en la relación laboral y la existencia de vulneración, se podría limitar a aquellos casos no regulados o a aquellas zonas grises, teniendo siempre la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de las normas existentes sobre la materia.

A manera de ejemplo, y como referencia, podemos señalar el caso de España donde existe un tratamiento distinto sobre la materia puesto que la legislación laboral española reconoce expresamente el derecho de los trabajadores a la intimidad. Así, en el numeral 2 e), del artículo 4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se señala que los trabajadores tienen derecho «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad...».

Por otro lado, en el artículo 18 de la referida norma, titulado «inviolabilidad de la persona del trabajador», se establece lo siguiente:

«Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y a horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.»

Por tanto, independientemente que la Constitución española reconoce el derecho de toda persona a la intimidad, lo cual sirve también como garantía para que el referido derecho se respete en el ámbito de la relación laboral, el legislativo ha preferido consagrar la vigencia de dicho derecho mediante su inclusión en normas de rango legal que permitan la expresa delimitación de su contenido.

Así, del mismo modo que se reconocen prerrogativas al empleador, quien puede realizar un registro sobre la persona del trabajador y sobre sus efectos particulares, siempre que la medida sea necesaria, dicha facultad queda limitada por el respeto a la intimidad y dignidad del trabajador.

Cabe señalar también que cuando la legislación laboral española reconoce al empleador la facultad de dirigir y controlar la actividad laboral, establece expresamente que las medidas de control y vigilancia adoptadas se deben dar manteniendo la consideración debida a la dignidad del trabajador (numeral 3 del artículo 20 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

Es necesario precisar que la afectación del derecho a la intimidad dentro de la relación laboral no se da exclusivamente hacia los trabajadores, no siendo los únicos facultados para acudir a los órganos jurisdiccionales a solicitar la defensa del derecho vulnerado. En efecto, el empleador, considerado como persona natural, también puede ver afectado su derecho a la intimidad, aunque ello no constituya el común denominador, ya que su posición privilegiada dentro de la relación laboral, hace que dicha situación sea casi imposible. No obstante, ello puede ocurrir, pues, como bien señala Sagardoy Bengoechea «basta pensar en la divulgación de conversaciones, datos económicos privados o confidenciales de la empresa, compras realizadas, orientación sexual, comportamientos vitales privados de cualquier tipo, etc.»<sup>6</sup>

### **3. EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR**

#### **3.1. Las facultades de control de la actividad laboral y sus límites**

Tomando en consideración la disparidad de condiciones de los sujetos que forman parte de la relación laboral, el derecho a la intimidad del trabajador se puede ver amenazado como consecuencia del ejercicio de los poderes empresariales. Así, el empleador, en ejercicio de su poder de dirección, y en virtud

---

<sup>6</sup> SAGARDOY, Juan Antonio. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. p. 59.

del derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 59° de la Constitución, podrá introducir mecanismo que permitan controlar y vigilar las actividades de los trabajadores, ello con la finalidad de supervisar que las mismas se estén realizando acorde con las órdenes impartidas.

Al respecto, y haciendo referencia a la libertad de empresa en el ámbito de la relación laboral, Fernando Valdés Dal Ré señala que:

«la libertad de empresa se proyecta en el contrato de trabajo a través de las facultades o poderes que los ordenamientos reconocen al empresario, señaladamente los poderes de ordenación y especificación de las prestaciones laborales, de adaptación de la organización de trabajo a los requerimientos del mercado, de establecimiento de los medios de control y de reglas generales de conducta y disciplina laborales, dictando órdenes e instrucciones dotadas de una eficacia real para el trabajador, de vigilancia y control de la ejecución del trabajo y de imposición de sanciones por las faltas e incumplimientos contractuales del trabajador.»<sup>7</sup>.

Así, muchos empleadores se escudan en su derecho a la libertad de empresa, y en su facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, para introducir técnicas y procedimientos que resultan ser a todas luces lesivos de los derechos fundamentales de los trabajadores, mientras estos últimos se ven obligados a aceptarlos por miedo, muchas veces, a que sus quejas puedan poner en riesgos su puesto de trabajo. Dicha situación se agudiza al no existir limitaciones legales al poder de dirección del empleador cuando el ejercicio del mismo restrinja los derechos fundamentales del trabajador, por lo que existe una cierta presunción de legitimidad de las medidas adoptadas, cuya validez deberá ser demostrada en un proceso judicial.

Sin embargo, resulta evidente que el poder de dirección del empleador no es irrestricto y que toda medida a introducirse en el centro de trabajo debe respetar

---

<sup>7</sup> VALDÉS DAL RE, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. En: Libro de Informes Generales, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. p. 97-98.

los derechos inespecíficos de los trabajadores. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, es importante determinar los límites que pueden existir tanto al ejercicio del derecho a la intimidad del trabajador como al ejercicio de la libertad de empresa por parte del empleador, teniendo en cuenta que el primero tampoco es irrestricto y puede verse limitado o matizado en el ámbito de una relación laboral, y como consecuencia de la realización de las actividades materia del contrato.

Nuestra legislación laboral reconoce el poder de dirección del empleador, el cual le otorga la facultad de normar, vigilar, controlar, fiscalizar y sancionar las labores del trabajador, quien se encuentra subordinado a este como consecuencia del vínculo laboral existente entre las partes.

Respecto a la subordinación, el doctor Javier Neves señala que «La subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor del trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto»<sup>8</sup>.

En ese sentido, podemos observar que la facultad de dirección del empleador se encuentra íntimamente ligada con la subordinación, resultando ser las dos caras de la moneda. Así, como consecuencia del contrato de trabajo, el trabajador se encuentra subordinado al empleador, quien tendrá la posibilidad de dirigir las actividades encomendadas pues tiene un interés primordial en la rentabilidad del negocio al ser el titular de los bienes o servicios producidos.

Cabe destacar que siendo el poder de dirección una facultad que nuestro ordenamiento otorga al empleador, este tiene plena libertad para decidir entre ejercerlo o no, así como la magnitud de su ejercicio, siempre que no sobrepase los límites que veremos más adelante. Así, por ejemplo, habrán ciertas labores que para el empleador resulten ser de primera importancia para la consecución de los fines empresariales y definitivamente tendrá una mayor preocupación por la

---

<sup>8</sup> NEVES, Javier. Introducción al derecho laboral. p. 31

dirección y control de las mismas, mientras pueden existir otras fases del proceso productivo cuyo poca fiscalización no implique pérdidas para el negocio.

Ahora bien, debido a que el trabajador se pone a disposición del empleador únicamente para el ejercicio de las actividades encomendadas en el marco de la relación laboral, resulta lógica pensar que la facultad de dirección del empleador encuentra como primer límite el ámbito de la relación laboral y la prestación de servicios. Así, el empleador únicamente tendrá la potestad de dirigir, fiscalizar y sancionar aquellas actividades relacionadas con la relación laboral y para las cuales el trabajador fue contratado, no pudiendo intervenir en su vida privada ni poner en prácticas decisiones que no cuenten con fundamento alguno y que resulten lesivas de sus derechos fundamentales.

### **3.2. Relación entre las facultades de control del empleador y el ejercicio del derecho a la intimidad dentro de la relación laboral**

Como hemos señalado, la facultad de dirección del empleador, que incluye la facultad de control, tiene como fundamento la libertad de empresa constitucionalmente reconocida. Mientras que el derecho a la intimidad es uno de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución en el artículo 2 del Título I, denominado «De la persona y de la sociedad».

Ahora bien, ¿será acaso que su ubicación en nuestra Constitución se encuentra directamente relacionada con la importancia que tienen cada uno de los referidos derechos?. Si ello fuera así, llegaríamos a la conclusión que los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la intimidad, tienen una protección preferente sobre el derecho a la libertad de empresa, de tal modo que el primero resulta ser un límite del segundo ante un posible conflicto que pueda surgir entre ambos. No obstante, dicha conclusión resulta ser apresurada.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha establecido en varias ocasiones que el hecho que los derechos fundamentales cuenten con eficacia directa entre particulares no quiere decir que en todos los casos tengan un lugar preferencial ante una colisión de derechos constitucionales, ya que los mismos pueden ceder en

determinadas circunstancias cuando se encuentren en juego intereses constitucionales relevantes.

En esa misma línea, Jorge Toyama señala que:

«El reconocimiento constitucional, tanto de las libertades específicas e inespecíficas de los trabajadores como de la libertad del empleador, no representa un mero reconocimiento formal a determinados derechos y libertades ni, mucho menos, elimina la dificultad para resolver los conflictos que puedan presentarse entre los trabajadores y el empleador; estamos (...) ante un reconocimiento constitucional de derechos (...) tal reconocimiento enriquece la discusión jurídica y los fundamentos que puedan elaborarse para la resolución de los conflictos que se presenten entre el empleador y los derechos específicos e inespecíficos de los trabajadores que laboran para este»<sup>9</sup>.

Así, en el caso concreto, de existir un conflicto entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la intimidad, no se aplicará el principio de jerarquía para determinar cuál de ellos debe primar, ya que ambos tienen carácter constitucional, siendo necesaria su articulación en búsqueda de un equilibrio entre todos los derechos que la Constitución reconoce a los individuos.

En ese sentido, como consecuencia del contrato de trabajo, se generan una serie de derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, las mismas que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales ya que dentro de la jornada laboral el trabajador se encuentra a disposición de su empleador, debiendo acatar las órdenes impartidas. Así, en el marco de la relación laboral ciertas manifestaciones de los derechos fundamentales, que en otro contexto podrían resultar legítimas, no tienen porque serlo en dicho ámbito ya que la actuación de los trabajadores y su esfera privada se encuentran limitadas por los deberes que emanan del contrato de trabajo.

De lo anterior podemos concluir que, como consecuencia de la relación laboral, el trabajador le otorga al empleador la potestad de dirigir, controlar, fiscalizar y

---

<sup>9</sup> TOYAMA, Jorge. Los derechos fundamentales de los trabajadores de la empresa. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 6, número 19. p. 74.

sancionar sus actividades, situación que supone una limitación de sus derechos fundamentales como ciudadano, ello en la medida estrictamente necesaria para el adecuado desenvolvimiento de la actividad productiva. Así, el ejercicio de las facultades de control y vigilancia del empleador no puede servir como justificación para actuaciones ilegítimas e inconstitucionales.

En ese sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional y comparada, establecen que, con la finalidad de comprobar si las medidas restrictivas de derechos fundamentales resultan ser inconstitucionales, se debe observar el principio de proporcionalidad, el mismo que será materia de análisis en el siguiente punto.

### 3.2.1. El test de proporcionalidad

Como sabemos, el empleador, en ejercicio de su facultad de dirección, tiene la posibilidad de introducir medidas o mecanismos que le permitan controlar y vigilar las prestaciones laborales y que podrían resultar limitativas de derechos fundamentales. En ese sentido, con la finalidad de determinar si aquellas medidas introducidas resultan ser inconstitucionales, es necesario analizar si «las restricciones realizadas cumplen con una serie de condiciones, esto es, saber si las restricciones son adecuadas, indispensables y proporcionales»<sup>10</sup>.

En ese sentido, al existir una colisión de derechos de rango constitucional, el derecho del empleador a la libertad de empresa y el derecho del trabajador a la intimidad, es necesario realizar una ponderación de derechos, la misma que se debe ver guiada por el principio de proporcionalidad. Así, las medidas introducidas por el empresario en el ámbito de la relación laboral se encuentran sujetas a un test de proporcionalidad para determinar su constitucionalidad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha establecido, en el fundamento sexto de la sentencia 186/2000, de fecha 10 de julio de 2000, que «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de

---

<sup>10</sup> CORTÉS, Juan Carlos. Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional. En: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y Previsional.

proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida mas moderada para conseguir ese propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).»

Así, para que una medida sea proporcional resulta necesario que cumpla los tres requisitos antes señalados, caso contrario, las restricciones impuestas por el empleador sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, serán inconstitucionales.

El contenido de dicho principio ha sido desarrollado también en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, por ejemplo, en el décimo octavo considerando de la sentencia de fecha 11 de octubre de 2004, recaída en el expediente 2192-2004-AA/TC, se señala lo siguiente:

«El principio de proporcionalidad, (...), está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto, (...). Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá de evaluar todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada».

Respecto a la necesidad que las medidas introducidas cumplan con los tres requisitos antes mencionados, Juan Carlos Cortés señala que las medidas serán adecuadas (juicio de idoneidad) cuando se compruebe que la limitación impuestas por el empleador sirve para garantizar su libertad de empresa y las facultades que derivan de la misma, de tal modo que se debe verificar si existe adecuación entre el acto limitativo del derecho constitucional y el derecho del empleador. Respecto al juicio de necesidad, el referido autor considera que las medidas adoptadas deben

ser indispensables, de tal modo que la restricción al derecho fundamental del trabajador sea estrictamente imprescindible para salvaguardar el derecho que se le opone. Finalmente, respecto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el autor bajo análisis se adhiere a la opinión del Tribunal Constitucional español en el sentido que de la medida introducida por el empleador se deben derivar más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Así, en caso de colisión entre derechos constitucionalmente reconocidos, como lo son el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de empresa, resulta necesario realizar una ponderación entre los mismos analizando, a la luz del principio de proporcionalidad, si la medida restrictiva de derechos fundamentales es adecuada, indispensable y proporcional.

### **3.3. Surgimiento de nuevos mecanismo de control en la empresa como consecuencia de las innovaciones tecnológicas**

Debido a los avances tecnológicos las empresas se encuentran cada día con mayores posibilidades de introducir en el centro de trabajo medidas innovadoras que permitan el control de sus trabajadores; no obstante, dichos mecanismos de control pueden resultar lesivos de derechos constitucionales.

Esta nueva realidad nos ha sorprendido en los últimos años con la introducción de nuevas tecnologías que son susceptibles de afectar el derecho a la intimidad de los trabajadores. Así, por ejemplo, décadas atrás no se contemplaba la posibilidad que el empleador pueda introducir cámaras de circuito cerrado en las instalaciones de la empresa, ni que pueda colocar micrófonos que le permitan escuchar las conversaciones que los trabajadores mantienen entre ellos, o con los clientes, durante la jornada laboral.

Del mismo modo, es indispensable el uso de computadoras para la realización de las prestaciones laborales, siendo política de algunas empresas otorgar a sus trabajadores una cuenta de correo personal que les permita comunicarse con sus jefes o con los demás trabajadores de la empresa para fines laborales. No obstante, debido al uso indiscriminado de muchos trabajadores sobre el correo interno

proporcionado por su empleador, las empresas se han visto en la necesidad de introducir de mecanismos de control sobre las referidas herramientas de trabajo que les permitan fiscalizar, mediante un control informático, el uso que los trabajadores les dan a la misma.

En ese sentido, «con la introducción de nuevas tecnologías se está produciendo en la relación de trabajo un aumento del poder de control del empresario sobre la prestación de trabajo y sobre el trabajador mismo»<sup>11</sup>.

Así, debido al surgimiento de nuevos mecanismo de control en la empresa, como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, se hacen cada vez más visibles las falencias de nuestro ordenamiento laboral, que no regula de manera directa los límites de la facultad de control del empleador.

#### **4. CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE CONTROL DEL EMPLEADOR**

##### **4.1. Casos en los que se puede afectar el derecho a la intimidad y su tratamiento a la luz de la jurisprudencia extranjera**

Cuando pensamos en los mecanismos de control utilizados por el empleador y que pueden ser lesivos de derechos fundamentales uno de los primeros casos que se nos viene a la mente se encuentre relacionado con el control ejercido sobre el correo electrónico proporcionado por la empresa al trabajador para el cumplimiento de las obligaciones laborales, y cuya utilización ha sido materia de pronunciamiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia emitida el 18 de agosto de 2004, recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC, en los seguidos por el señor Rafael García Mendoza contra la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST).

---

<sup>11</sup> DE VICENTE, Fernando. El derecho del trabajador al respecto de su intimidad. p. 320

No obstante, en el presente trabajo no se analizarán las implicancias constitucionales originadas como consecuencia del control del correo electrónico por parte del empleador pues se trata de un tema que ha sido objeto de mucho debate por parte de la doctrina y que por su extensión merece un mayor desarrollo que aquel que se le puede otorgar en el presente trabajo.

Así, el control del correo electrónico no es el único mecanismo utilizado por los empleadores para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo pues independientemente que en nuestro país exista un incipiente desarrollo jurisprudencial sobre el tema, no habiéndose abordado a profundidad el problema de los límites de la facultad de control por parte del empleador, resulta necesario destacar que en la jurisprudencia española existen abundantes pronunciamientos al respecto, donde se puede observar la evolución que ha existido acerca del lugar que ocupa el derecho a la intimidad en el ámbito de una relación laboral.

En ese sentido resulta necesario analizar los casos que actualmente son materia de discusión por la doctrina y la jurisprudencia, nacional y comparada, para poder establecer los límites que encuentra el ejercicio de la facultad de control por parte del empleador, a la luz de la introducción de nuevas tecnologías.

Por tanto, en el presente capítulo se tratarán los principales mecanismos de control utilizados por el empleador y que pueden resultar lesivos del derecho a la intimidad, ello a la luz de la jurisprudencia, principalmente española, existente sobre la materia.

### 3.1.1. El test de honestidad

Tanto en España como en muchos países de Europa resulta ser muy común que las empresas sometan a sus trabajadores a pruebas de honradez con la finalidad de determinar si son las personas idóneas para desempeñar el puesto para el cual se les contrató.

Así, el test de honestidad, practicado por los empleadores, está dirigido principalmente a los trabajadores que como consecuencia de sus labores mantienen contacto con dinero, por ejemplo los cajeros. En ese sentido, el referido test puede consistir en que el empleador introduce en la caja registradora una mayor cantidad de dinero que el realmente declarado, de tal modo que la referida prueba busca determinar si el trabajador es lo suficientemente honrado para declarar el exceso existente al momento de liquidar la caja, o, si por el contrario, decide mantenerlo en secreto obteniendo una utilidad por dicho incremento inesperado.

Otra modalidad utilizada para medir la honradez de los trabajadores consiste en la compra de determinado producto por parte de una persona contratada para dichos efectos, de tal modo que el comprador pasa rápidamente por la caja dejando a la cajera el importe exacto de la compra y sin esperar a que ésta le entregue el ticket correspondiente, ello con la finalidad de comprobar, posteriormente, si dicho importe es registrado por la cajera, o, si por el contrario, la misma decide ignorar la compra efectuada y quedarse con la ganancia obtenida.

La puesta en práctica del test de honestidad por parte del empleador ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el mismo que, mediante sentencia de fecha 31 de julio de 2003, rechaza por primera vez la práctica empresarial de someter a los trabajadores a pruebas de honradez.

Se trata de la demanda interpuesta por la señora Raquel D. R. contra la cadena de tiendas Schleck S.A., debido a que, con fecha 25 de julio de 2002, la demandante fue sometida a un test de honestidad por parte de su ex empleadora, el mismo que tuvo como consecuencia su despido. La referida prueba consistió en introducir, sin su conocimiento, un billete de 10 euros en la caja registradora que tenía a su cargo, con la finalidad de comprobar la reacción que tendría al momento de efectuar el cierre de caja, esto es, si reaccionaba de manera honesta y lo declaraba, o, si por el contrario, decidía quedarse con el exceso existente. En ese sentido, cuando la empresa notó que los 10 euros no habían sido declarados por la ex trabajadora, decidió comunicarle la prueba a la que había sido sometida, iniciando un procedimiento de investigación que concluyó con su despido.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, aplicando el principio de proporcionalidad, señala, en el considerando quinto de la sentencia, que las limitaciones o modulaciones de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de una relación laboral, deben ser «las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear éstas últimas y no aquellas otras mas agresivas y afectantes.»

En ese sentido, y haciendo referencia al caso concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña señala también en el considerando quinto que:

«si en el presente caso (...) la empresa demandada, ahora recurrente, no sólo no ha acreditado sino que ni siquiera ha invocado la existencia real de lo que denomina pérdidas internas ocasionadas por errores en la devolución de cambios y hurtos internos, ni por parte de la trabajadora demandante ni por parte de las demás cajeras, o dicho de otra manera, si la repetida y descrita prueba o control de honestidad, se lleva a cabo por la demandada de forma habitual y aleatoria, la Sala (...) lo estima palmariamente inadmisibile, pues no existe necesidad o interés empresarial que, en su caso, pudiera justificar una restricción del derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador, y por ende, a los derechos fundamentales a la intimidad, (...) que el trabajador como persona tiene y que sin duda no pierde por el hecho de incorporarse a una organización productiva, debiendo ser protegida la intimidad, como esfera secreta de la propia persona, contra cualesquiera intromisiones o indagaciones ajenas».

Así, queda claro que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no desconoce la facultad del empleador de dirigir la prestación laboral, dentro de lo cual se encuentra su facultad de controlar y vigilar la realización de la misma, de tal modo que señala que el empleador «puede adoptar las medidas que estime mas oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales». No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que la adopción de dichas medidas tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales del trabajador.

En ese sentido, la limitación de los derechos fundamentales sólo puede tener como sustento una acreditada necesidad o interés empresarial, de tal modo que el empleador no podrá utilizar de manera arbitraria mecanismos lesivos de derechos fundamentales sin que exista una situación que justifique su puesta en práctica, la misma que puede consistir en una sospecha cierta de malos manejos por parte de los trabajadores. Por tanto, el Tribunal considera que, al encontrarse en juego derechos fundamentales, resulta imprescindible la utilización del principio de proporcionalidad para poder determinar si los mecanismos utilizados son indispensables y estrictamente necesarios para satisfacer el interés empresarial que se busca proteger.

En el caso de la cajera que fue despedida como consecuencia de la aplicación del test de honestidad, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que no existían sospechas por parte de la empresa que hagan dudar de la integridad de sus cajeras, de tal modo que no habían existido pérdidas ocasionadas por errores o hurtos imputables a las mismas, por lo que la aplicación del test de honestidad no resultaba ser una medida adecuada, indispensable o proporcional, siendo que de su implementación se generaba una grave lesión al derecho a la intimidad de las trabajadoras sin que se origine un real beneficio para la empresa, la misma que hasta dicho momento no había visto reducidas sus ganancias como consecuencia del mal manejo de las cajeras.

Concuerdo con la opinión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ya que entre la diversa variedad de mecanismos de control que puede implementar una empresa para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales, se debe optar por aquel que resulte ser menos lesivo de derechos fundamentales, ya que la restricción de los mismos debe encontrar un sustento lógico.

En ese sentido, para que resulte legalmente adecuada la instalación, por parte del empleador, de mecanismos de control de la actividad laboral, que puedan lesionar derechos fundamentales, es necesario que se acredite la necesidad o interés empresarial, de tal modo que existan situaciones que justifiquen su implementación. Caso contrario la medida instaurada no soportará la aplicación del test de proporcionalidad, resultando inconstitucional.

Al respecto, resulta evidente que las empresas se preocupen por la honradez de sus trabajadores, más aún cuando los mismos tienen contacto con dinero o productos, por lo que impedir toda clase de control estaría vulnerando la facultad de dirección empresarial reconocida por nuestra ordenamiento. No obstante, existen mecanismos efectivos mediante los cuales se puede lograr el control de la actividad laboral, ocasionando la menor vulneración posible a los derechos fundamentales. Por tanto, el empleador deberá elegir, entre la gama de posibilidades existentes, aquella menos gravosa para el trabajador y que permite un control efectivo de la actividad laboral.

### 3.1.2. El registro de los trabajadores al momento en que abandonan el centro de trabajo

Muchas empresas tienen por política contratar personal especializado para el control y vigilancia de la actividad laboral, de tal modo que se encuentran encargados de verificar el adecuado desenvolvimiento, por parte de los trabajadores, de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo.

Al respecto, Fernando de Vicente Pachés, señala que: «La función que tienen encomendada estos vigilantes de empresa consiste en mantener la disciplina en la producción y a verificar el correcto cumplimiento por el trabajador de las obligaciones asumidas en la relación de trabajo. Ello significa que la actividad de vigilancia y control por medio de este personal debe limitarse, necesariamente, a la actividad laboral, al control de la prestación de trabajo, sin que tengan cabida tareas de fiscalización (en la empresa o fuera de ella) sobre comportamientos del trabajador que vayan más allá de su obligación contractual.»<sup>12</sup>

Así, el personal de vigilancia tiene por función salvaguardar el correcto desenvolvimiento de la actividad laboral, de tal modo que no se originen perjuicios para la empresa, debiendo también cerciorarse de que no se originen daños al patrimonio del empleador como consecuencia de hurtos o mala utilización de los bienes por parte de los trabajadores. Resulta claro entonces que un límite a la

---

<sup>12</sup> DE VICENTE PACHÉS, Fernando. El derecho del trabajador al respecto de su intimidad. p. 306

facultad de control del empleador, mediante la colocación de personal dedicado al control y vigilancia de la actividad laboral, se encontraría dado por el respecto de la esfera privada de los trabajadores, de tal modo que toda intromisión en su vida privada resultará lesiva de derechos fundamentales.

En ese sentido, despierta cierta polémica que el empleador encomiende al personal de vigilancia la facultad de registrar a los trabajadores de la empresa al momento en que abandonan la misma. Ello ocurre principalmente en aquellas empresas en que los trabajadores tienen contacto con productos destinados a la venta, de tal manera que con la finalidad de verificar que no existan hurtos que ocasionen pérdidas para el empleador, existen empresas donde resulta ser una política frecuente el registro de la persona del trabajador en el momento en que abandona el centro de trabajo.

Así por ejemplo, en Argentina una tienda dedicada a la venta de ropa obligaba a sus trabajadores a desvestirse antes de abandonar el centro de trabajo, ello con la finalidad de cerciorarse de que entre sus vestimenta, no se lleven la ropa destinada a la venta. La referida política, aunque a simple vista resulta ser atentatoria del derecho a la intimidad de las trabajadoras, fue permitida durante mucho tiempo hasta que un grupo de trabajadoras se negaron a ser registradas, interponiendo una demanda con la finalidad de lograr el cese de dicho mecanismo de control que resultaba ser lesivo de derechos fundamentales.

Cabe destacar que el control personal de los trabajadores puede ser realizado tanto por personas contratadas para dichos efectos como por el empleador o jefe directo del trabajador registrado, quien se encarga de poner en práctica el referido mecanismo de control. Así, la variación de la persona encargada de registrar a los trabajadores, no modifica la vulneración existente.

Al respecto, considero que el registro sobre los trabajadores sólo se puede poner en práctica en la medida que resulte imprescindible para lograr tutelar el interés empresarial que se encuentra en juego. Así, la implementación de dicho mecanismo resulta ser inadecuada en caso de que no exista una sospecha cierta de hurto. De este modo, la revisión de los trabajadores, y de sus efectos personales,

resulta ser la medida más gravosa que puede utilizar un empleador para determinar si su personal se lleva bienes de propiedad de la empresa, afectando la dignidad e intimidad del trabajador.

En ese sentido, una medida adecuada consistiría en la introducción de cámaras de video en los lugares de venta, así como en la implementación de sensores en las puertas de salida que envíen una alerta en el caso que los trabajadores se estén apropiando ilícitamente de bienes de la empresa. Considero que sólo después que dichos mecanismos de control permitan concluir la existencia de una sospecha cierta, se podrá pasar al registro tanto de los trabajadores como de sus efectos personales.

Así, la revisión habitual de la persona del trabajador, y de sus efectos personales, no resulta ser un mecanismo de control proporcional con el objetivo que se busca satisfacer si es que no se acredita una necesidad empresarial real. Por tanto, resulta evidente que si el simple registro de los trabajadores es inconstitucional, en los casos que no existe una sospecha cierta, el obligar a los trabajadores a desvestirse es una medida totalmente atentatoria y denigrante ya que ello no consiste en un simple cateo sino que conlleva una intromisión flagrante en la esfera privada del individuo, independientemente que la persona que ponga en práctica dicho mecanismo sea o no del mismo sexo del trabajador registrado.

Queda claro entonces que los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de la relación laboral, sólo podrán limitarse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa.

### 3.1.3. La instalación de cámaras de circuito cerrado y equipos de grabación de sonidos

La vigilancia visual, por parte del empleador, del cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, se puede realizar de diversas maneras siendo la más común la instalación de cámaras de televisión de circuito cerrado o cámaras

videograbadoras, con la finalidad de captar y registrar los movimientos que se den en el centro de trabajo.

Así, la instalación de medios visuales de control se encuentra justificada por razones de seguridad productiva o como mecanismos para la detección de hurtos, de tal modo que al mismo tiempo se puede fiscalizar el cumplimiento de las prestaciones laborales por parte de los trabajadores.

Respecto al tratamiento que otorga nuestra legislación al control de la actividad laboral mediante la instalación de cámaras, el doctor Víctor Ferro señala que:

«El uso de pantallas en el centro de trabajo no se encuentra vedado por ninguna disposición legal. Cabe recordar, sin embargo, que el artículo 154 del Código Penal prohíbe violar la intimidad de la vida personal o familiar mediante el registro de imágenes vía instrumentos, procesos técnicos u otros medios. La norma no alude al domicilio o centro de trabajo por lo que, de una primera lectura, podría inferirse que la alusión a la intimidad de la vida personal excluiría que ello corresponda a las actividades laborales que se cumplen en un centro de trabajo»<sup>13</sup>.

En ese sentido, no obstante que en nuestro ordenamiento jurídico no existe normativa específica que regule la instalación y utilización de sistemas de captación de imágenes en el centro de trabajo, queda claro que la implementación de dicho sistema de control por parte del empleador se debe encontrar limitada por el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, de tal modo que su existencia en el centro de trabajo no implique una vulneración injustificada de los mismos.

Queda claro que en principio la instalación de cámaras de grabación de imágenes no resulta ser ilegítima. No obstante, su implementación no debe tener como consecuencia anular toda esfera íntima y privada de los trabajadores, de tal modo que debe tener por finalidad el control exclusivo del cumplimiento de las obligaciones

---

<sup>13</sup> FERRO, Víctor. El derecho a la intimidad del trabajador. En: Revista Actualidad Laboral, junio 1995. p. 10.

laborales por parte del trabajador. Por tanto, resultará ilegítimo y desproporcionado que el empleador instale cámaras de video en espacios de la empresa donde no se desarrollan las actividades laborales, y que por tanto pertenecen a la esfera privada de los trabajadores.

La implementación de cámaras de video en lugares donde no se desarrolla la prestación de servicios, tales como, los camerinos, baños, comedores y zonas de esparcimiento dentro de la empresa, resultaría lesiva de derechos fundamentales, principalmente del derecho a la intimidad. Por otro lado, cabe destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada, coinciden en considerar que la implementación de cámaras de video en el centro de trabajo, debe ser comunicada a los trabajadores de tal modo que se tenga conocimiento acerca del nuevo mecanismo de control utilizado.

Respecto a la instalación de equipos de grabación de sonidos, debemos señalar que la vigilancia auditiva en los centros de trabajo se realiza normalmente mediante la instalación de micrófonos o cámaras que no sólo captan imágenes sino que también graban sonidos. Dicha intromisión, por parte del empleador, en la vida privada de los trabajadores es justificada principalmente alegando motivos técnicos o de seguridad.

Cabe destacar que, al igual como ocurre en el caso de la instalación de cámaras de video por parte del empleador, no existen normas laborales específicas en nuestro ordenamiento que regulen dicho mecanismo de control, de tal modo que tampoco existe jurisprudencia que nos permita determinar cuál es la posición que en nuestro país se sigue al respecto. Resulta claro entonces que todo límite a la instalación de aparatos de grabación de sonido por parte del empleador, estaría dado por el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, debiendo aplicarse el principio de proporcionalidad para poder determinar la racionalidad de la medida en cada caso concreto.

Respecto a la legislación comparada debemos destacar que en el ordenamiento jurídico español tampoco existe una normativa específica que regule la instalación y utilización de sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos como

mecanismos de control y vigilancia por parte del empleador. En ese sentido, se puede considerar que la legislación laboral española permite su utilización, de tal modo que se señala, en el artículo 20, numeral 3, del Estatuto de los Trabajadores, que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana».

Por el contrario, el ordenamiento laboral italiano si contiene regulación específica respecto de la utilización de sistemas audiovisuales en el centro de trabajo. Así, el artículo 4 del Statuto dei Lavoratori prohíbe con carácter general el uso de instalaciones audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia salvo por exigencias organizativas, productivas o de seguridad de la empresa. En ese sentido, el referido artículo señala que:

- «1. Queda prohibido el uso de instalaciones audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia de la actividad de los trabajadores.
2. Las instalaciones y los aparatos de control requeridos por exigencias organizativas y productivas o bien por la seguridad del trabajo, pero de los que derive también la posibilidad de control a distancia de la actividad de los trabajadores, pueden ser instalados solamente previo acuerdo con las representaciones sindicales de empresa, o bien, a falta de éstas, con la comisión interna. En defecto de acuerdo, a instancia del empleador provee la Inspección de Trabajo, estableciendo cuando sea necesario, las modalidades para el uso de tales instalaciones.»

Ahora bien, respecto a la utilización de mecanismo auditivos de control de la actividad laboral, no obstante que no existe jurisprudencia nacional al respecto, podemos observar que en España la utilización de micrófonos por parte del empleador ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.

Así, en la sentencia N 98/2000, emitida por el Tribunal Constitucional español con fecha 10 de abril de 2000, se declara fundada la acción de amparo interpuesta por el señor Santiago Aldazábal Gómez contra la empresa Casino de la Toja S.A.,

de tal modo que se considera inconstitucional la instalación de micrófonos en el centro de trabajo por parte de la empresa demandada.

Los hechos que motivaron el recurso de amparo consistieron en que durante el verano del año 1995, la demandada decidió completar uno de los sistemas de seguridad de que disponía, consistente en un circuito cerrado de televisión, de tal modo que para dicho fin instaló micrófonos que le permitían grabar las conversaciones que pudieran producirse tanto en la caja como en el lugar donde se hallaba ubicada la ruleta francesa, ello con la finalidad conseguir un adecuado control de la actividad laboral que se desarrollaba en las referidas instalaciones del centro de trabajo.

Ante los reclamos de los trabajadores, quienes solicitan que se retire el nuevo sistema de control, la empresa señala que resultaba necesario disponer de grabación del sonido en caso de tener que resolver eventuales reclamaciones de los clientes, por lo que no accede al pedido de los trabajadores.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español señala en el considerando sexto de la sentencia materia de análisis que:

«Este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que esta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas (...). En consecuencia, y como también ha afirmado este Tribunal, el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente (...) y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptación para el ejercicio de todos ellos...»

De esta manera, el Tribunal Constitucional español considera que deben existir limitaciones recíprocas de derechos fundamentales, tanto del trabajador como del empleador, como consecuencia de la existencia del contrato de trabajo, lo cual supone que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el

empleador a respetarlos. Así, en la sentencia se considera que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales por parte del empleador, deben ser las estrictamente necesarias e indispensables para satisfacer el interés empresarial que se encuentra en juego.

En ese sentido, aplicando el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional español considera que resulta inadecuada y desproporcional la introducción de micrófonos con la finalidad de grabar las conversaciones que se den en determinados lugares del centro de trabajo, afectando el derecho a la intimidad de los trabajadores, ello tomando en consideración que existen mecanismos menos gravosos y que permiten tutelar de igual manera el interés empresarial.

Respecto a la vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores mediante la instalación de micrófonos, el Tribunal señala que «si bien hemos afirmado en alguna ocasión que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona, (...) no es menos cierto que también hemos matizado esta afirmación inicial señalando que no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de esos hechos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar (...) que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad».

Así, el Tribunal Constitucional español considera que también se pueden producir intromisiones ilegítimas en la vida privada de los trabajadores en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral, lo cual ocurre con la grabación de conversaciones ya sea entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, ya que en dichos casos pueden ser que se discutan hechos completamente ajenos al vínculo laboral.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que se debe realizar un análisis de cada situación particular para determinar si se vulnera o no el derecho a la intimidad, de tal modo que se aprecie «si la instalación se hace o no de forma indiscriminada y masiva, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas,

así como si existen razones de seguridad por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control...».

Al respecto, me encuentro de acuerdo con la postura del Tribunal Constitucional español, de tal modo que para llegar a una solución jurídica que permita determinar la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales, se tiene que realizar una ponderación adecuada que permita determinar si la medida implementada otorga mayores beneficios para el interés general, que perjuicios al derecho a la intimidad del trabajador. Así, se debe de tratar de una medida estrictamente imprescindible para el desarrollo de la actividad productiva.

Finalmente, el Tribunal concluye, en el fundamento noveno de la sentencia, que en el caso bajo análisis:

«la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación, habida cuenta de que la empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audición pretende complementar. (...) Es decir, no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el artículo 20.3 del ET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad».

En ese sentido queda claro que la utilización de aparatos de grabación de sonidos, como mecanismo para controlar la actividad laboral, resulta ser en principio inadecuada, debiendo analizarse cada caso concreto para poder determinar si la medida adoptada soporta la aplicación del test de proporcionalidad, caso contrario, se considerará una intromisión ilegítima que afecta el derecho a la intimidad de los trabajadores.

#### 4. CONCLUSIONES

1. En el ámbito de la relación laboral el derecho a la intimidad no ha sido desarrollado en nuestra legislación, por lo que su protección viene directamente amparada por lo establecido en la Constitución, de tal modo que será el Juez quien deberá determinar si el referido derecho ha sido o no vulnerado por el empleador, delimitando los alcances del derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente.
2. Se reconoce que los trabajadores tienen derecho a la intimidad aun encontrándose en las instalaciones de la empresa. Es por ello, que toda medida a ser aplicada por el empleador deberá respetar los límites impuestos por nuestra Constitución, siendo aquellas estrictamente necesarias para el desenvolvimiento de la actividad empresarial.
3. El ejercicio del derecho a la intimidad presenta un desafío muy grande en el ámbito de la relación laboral, principalmente por las disparidad de condiciones de los sujetos que forman parte de la misma. Así, el empleador, en ejercicio de su poder de dirección, se puede ver tentado a introducir mecanismo que permitan controlar y vigilar las actividades de los trabajadores, ello con la finalidad de supervisar que las mismas se estén realizando acorde con las órdenes impartidas. Sin embargo, resulta evidente que el poder de dirección del empleador no es irrestricto y que toda medida a introducirse en el centro de trabajo debe respetar los derechos inespecíficos de los trabajadores.
4. Debido a que el trabajador se pone a disposición del empleador únicamente para el ejercicio de las actividades encomendadas en el marco de la relación laboral, resulta lógica pensar que la facultad de dirección del empleador encuentra como límite el ámbito de la relación laboral y la prestación de servicios.
5. El empleador únicamente tendrá la potestad de dirigir, controlar, fiscalizar y sancionar aquellas actividades relacionadas con la relación laboral y para las cuales el trabajador fue contratado, no pudiendo intervenir en su vida privada

ni poner en prácticas decisiones que no cuenten con fundamento alguno y que resulten lesivas de sus derechos fundamentales.

6. Toda medida de control y vigilancia introducida por el empleador debe ser razonable y adecuada para el fin que se busque conseguir, siendo necesario que sea susceptible de pasar satisfactoriamente el test de proporcionalidad.

# El derecho constitucional a la jornada atípica o acumulativa

*Giuliana Paredes Loyola*

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

## 1. INTRODUCCIÓN

«La relación laboral es relación de duración continuada, es decir, nace para durar en el tiempo: el trabajador asume por el contrato la obligación de prestar un servicio durante un tiempo, determinado o indefinido, que puede prolongarse durante días, meses o incluso años, pero es obvio que esa prestación no puede desarrollarse de forma ininterrumpida: se hace necesario por ello establecer límites de esa dedicación del hombre al trabajo. Surge así la regulación por parte del Derecho de la jornada de trabajo, expresión que sugiere establecer la duración de la puesta a disposición del empresario (empleador) de la actividad del trabajador durante un período determinado de tiempo»<sup>1</sup>.

Así, el tiempo propiamente dicho, influye tanto en la duración de la relación laboral como en la ejecución misma de las obligaciones que emanan de aquélla. Respecto de la ejecución de las obligaciones de la relación laboral, el tiempo de trabajo goza de una importancia indudable, cuyos efectos recaen sobre ambas partes de la relación laboral. De un lado, el tiempo de trabajo resulta ser fundamental para el empleador, en tanto es contemplado como herramienta de organización y distribución del trabajo a efectos de conseguir metas productivas e incluso ahorro de costos salariales. En efecto, el ahorro de costos salariales pretende obtener un

---

<sup>1</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-ZAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos, 1996. pp. 541-542.

mayor trabajo a cambio de una menor remuneración para el trabajador. Por otro lado, en cuanto al trabajador, el tiempo de trabajo incide de forma directa sobre su tiempo libre (o de ocio) o aquel tiempo destinado al disfrute de la familia. Asimismo, y de manera no siempre directa, el tiempo de trabajo puede trascender sobre la salud física y psicológica del trabajador, según el tipo de trabajo que éste desempeñe.

En efecto, el tiempo de trabajo involucra un conflicto de intereses de las partes contratantes. El empleador, en virtud de su poder de dirección posee la potestad de organizar y ordenar el trabajo. Por ello, el empleador establece el tiempo de trabajo, es decir, la jornada de trabajo según las necesidades de la actividad productiva que éste desarrolle a fin de obtener resultados productivos óptimos. Así, la jornada de trabajo no será la misma en todos los casos, por ejemplo, la jornada de trabajo de una empresa cuya actividad principal es la prestación de servicios no será la misma que aquella que se dedique a la producción, a la industria, a la comercialización, a la actividad minera, pesquera, agraria, entre otras. Así, mientras que el empleador busca la mayor productividad de su trabajador durante la jornada de trabajo a cambio de una menor remuneración, el trabajador persigue un mayor tiempo libre a efectos de disfrutar de su familia y demás actividades extralaborales. No obstante el afán por el derecho al ocio por parte del trabajador, éste necesita preservar la salud física y mental que se ve menguada por el trabajo constante. Por ello, surgen límites a la jornada de trabajo, la necesidad de descansos durante la misma e incluso descansos anuales.

En consecuencia, el tiempo de trabajo produciría una tensión entre los actores de la relación laboral, «mientras que el empleador tiende a un aumento del tiempo de trabajo sin mayor costo, el trabajador busca una disminución del tiempo de trabajo con incremento de la remuneración»<sup>2</sup> además de la búsqueda de una mayor disponibilidad para el tiempo libre y la protección de la salud mental y física.

---

<sup>2</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 383.

Ahora bien, «el tiempo de trabajo es una institución legal referida al encuadramiento temporal de la deuda de actividad a cargo del trabajador<sup>3</sup>; de ahí que «tiempo de trabajo» y «jornada de trabajo» sean expresiones comúnmente sinónimas»<sup>4</sup>. En efecto, la jornada de trabajo en el Perú es una institución cuyo origen se dio mediante «Decreto Supremo de 15 de enero de 1919 que estableció una jornada máxima de ocho horas diarias. De otro lado, el Convenio Internacional de Trabajo 1 de la Organización Internacional del Trabajo – ratificado mediante Resolución Legislativa 10195 de 23 de marzo de 1945 – fijó la jornada máxima de trabajo en ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales»<sup>5</sup>.

En la actualidad, la Constitución Política del Perú de 1993 mediante su artículo 25 establece que «la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo». De esta manera, la norma constitucional establece que la jornada de trabajo puede clasificarse en típica o atípica, la primera se diferencia de la segunda por el número de horas trabajadas de manera continua. En efecto, las jornadas atípicas o acumulativas se caracterizan por la cantidad de horas de trabajo por día a fin de acumular mayores días de descanso. Ejemplos de jornadas atípicas o acumulativas se observan en el sector minero, jornadas que se realizan hasta por doce horas diarias a razón de cuatro por tres, catorce por siete, veintiuno por catorce, entre otras (en donde la primera cantidad de días son laborables y la segunda es de descanso).

---

<sup>3</sup> En el mundo del trabajo, el tiempo es relevante porque determina la clase de relación jurídico laboral por tiempo indefinido o determinado-; porque determina la modalidad de contrato de trabajo a jornada completa o a jornada parcial-; y también, y es la faceta que centra este estudio, porque conforma el objeto del contrato de trabajo, vid., S. GONZÁLEZ ORTEGA. El tiempo de trabajo. En: T.L., número. 4, 1985, p. 74; y M. R. ALARCÓN CARACUEL, La ordenación del tiempo de trabajo, Madrid, 1988, p. 29. Citado por: PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco Y MONREAL, Erick. La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores, En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho del Trabajo, número 58, Madrid, 2005, p. 57.

<sup>4</sup> Vid., en el mismo sentido, DURÁN LÓPEZ. Ordenación del tiempo de trabajo. En: AA.VV. El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario. Madrid, 1987. p. 151. Citado por PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco Y MONREAL, Erick. La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho del Trabajo, número 58, Madrid, 2005, p. 57.

<sup>5</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. p. 386.

No obstante lo mencionado, a pesar de la permisión constitucional de las jornadas atípicas o acumulativas y, por tanto, de su práctica en la realidad, el 2 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional emitió Sentencia recaída en el Expediente 4635-2004-AA7TC, bajo la cual declaró la inconstitucionalidad de dichas jornadas por considerar que atentaban contra derechos fundamentales del trabajador. Sin embargo, en junio del mismo año, el Tribunal Constitucional formuló una aclaración sobre los alcances de la referida Sentencia a efectos de definir el ámbito de aplicación y el contenido de las jornadas atípicas o acumulativas.

Así las cosas, en el presente trabajo analizaremos las implicancias originadas por las recientes resoluciones que en buena cuenta afectarían la regulación jurídica de las jornadas atípicas o acumulativas, jornadas que permiten utilizar el tiempo de trabajo según las necesidades de la empresa a fin de obtener resultados óptimos.

## **2. REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS JORNADA ACUMULATIVA O ATÍPICA**

### **2.1 Marco constitucional de la jornada acumulativa o atípica**

El ordenamiento peruano regula la jornada de trabajo en sus distintos niveles normativos. En efecto, a nivel Constitucional, la jornada de trabajo se regula a través del artículo 25 de la Constitución de 1993, derecho constitucional ubicado en el Capítulo de los Derechos Económicos y Sociales. No obstante la ubicación en el referido Capítulo, la jornada de trabajo goza del tratamiento de derecho fundamental, toda vez que el artículo 3 de la Constitución establece de manera expresa la calidad de derechos fundamentales a los demás derechos reconocidos en los distintos Capítulos de la Constitución así como aquellos que se derivan de la dignidad del hombre. En tal sentido, la jornada de trabajo es un derecho que además de ser constitucional laboral es un derecho fundamental.

Así, el artículo 25 de la Constitución establece lo siguiente:

«La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio

de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo» (...).

De lo expuesto se desprende que la Constitución reconoce el derecho constitucional laboral a la jornada máxima de trabajo. Jornada máxima de trabajo que no puede superar las ocho horas o las cuarenta y ocho horas semanales tanto en jornadas ordinarias como en jornadas atípicas o acumulativas. En ese sentido, la Constitución de 1993 permite la aplicación de las jornadas atípicas siempre que no excedan el límite máximo en el período correspondiente en que éstas se desarrollen. En ese sentido, a partir del referido artículo constitucional se desprende que tanto las jornadas típicas o atípicas gozarán de protección constitucional siempre que no excedan los máximos establecidos de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

Finalmente, la Constitución de 1993 se reconoce el grado de preceptividad inmediata al referido derecho, «cuando el texto constitucional es suficiente para accionar en defensa del derecho ante el organismo jurisdiccional»<sup>6</sup>. Así, en caso de vulneración al referido derecho, es posible acudir a las garantías constitucionales establecidas en el artículo 200 de la mencionada norma.

## **2.2 Normas internacionales. La jornada atípica o acumulativa en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y los instrumentos internacionales de derechos humanos**

«La jornada de trabajo es uno de los puntos más importantes en el desenvolvimiento de una relación de trabajo. Su limitación fue una de las luchas más importantes e intensas en que participaron los trabajadores como reacción a jornadas que no tenían limitación y que los ubicaba en una situación de explotación extrema»<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho laboral. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. p. 52.

<sup>7</sup> ELÍAS MANTERO, Fernando. La jornada de trabajo. En: Actualidad Laboral, junio 2006. p. 3.

A nivel internacional tenemos diversos dispositivos bajo los cuales se hace referencia a la protección de la jornada máxima de trabajo, de tal manera que se reconoce a este nivel que el derecho a la jornada máxima de trabajo no solamente es un derecho de carácter laboral sino un derecho humano. Asimismo, la referencia a las jornadas atípicas o acumulativas como un tipo especial de jornada no deja de tener importancia en este nivel, toda vez que su uso es justificado en función del tipo de actividad productiva que desarrollen las empresas siempre que en su aplicación no se exceda de la jornada máxima.

Entre las normas de carácter internacional que regulan a la jornada atípica o acumulativa, tenemos a las siguientes:

- El Convenio 1 de la Organización Internacional de Trabajo – OIT adoptado en el año 1919 y ratificado por nuestro país mediante Resolución Legislativa 1019 y registrado el 8 de noviembre de 1945<sup>8</sup> dispone en su artículo 2 inciso c) lo siguiente:

«Cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni cuarenta y ocho por semana.»

De lo expuesto se desprende que el Convenio 1 de la OIT regula las jornadas de trabajo acumulativas o atípicas, las mismas que se caracterizan por tener jornadas diarias mayores a ocho horas diarias pero que en su conjunto, durante un periodo determinado, no sobrepasen las cuarenta y ocho horas por semana. En ese sentido, el referido instrumento constitucional ampara la posibilidad de establecer jornadas extensas durante un día siempre que se respete el máximo legal por semana.

- La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 24 establece que:

---

<sup>8</sup> [www.mintra.gob.pe/con\\_oit.php](http://www.mintra.gob.pe/con_oit.php)

«Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas».

La referida disposición no establece un límite determinado a la jornada de trabajo pero establece un criterio para su determinación, la «razonabilidad», criterio que debe preservar al momento de poner en práctica la jornada de trabajo en función del tipo de actividad que desarrolla la empresa y del que efectúa el trabajador.

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en su artículo 7 inciso d), lo siguiente:

«El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».

- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que:

«Los Estados garantizarán la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos».

De las mencionadas normas en su conjunto se desprende que sólo una hace referencia a las jornadas acumulativas o atípicas (Convenio 1 OIT) mientras que las restantes hacen referencia al criterio de la «razonabilidad en el establecimiento de la jornada de trabajo u horas de trabajo». En efecto, el referido Convenio de la OIT dispone la posibilidad de exceder el límite de ocho horas, es decir, contar con jornadas de trabajo extensas a fin de acumular mayores días de descanso. Asimismo, si bien es cierto que el resto de instrumentos internacionales no menciona la posibilidad de establecer jornadas atípicas o acumulativas de manera expresa, éstos hacen referencia al criterio de razonabilidad, criterio que debería ser aplicado al momento de establecer la jornada de trabajo determinada en función de la actividad productiva que se desarrolle, según sea el caso. Dicho en otros términos, la

razonabilidad de la determinación de la jornada de trabajo u horas de trabajo se sustenta con las necesidades del centro de trabajo (o actividad productiva) siempre y cuando no se vulneren los derechos de los trabajadores como el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, y el derecho a la salud.

### **2.3. Normas de rango legal y reglamentario de la jornada de trabajo atípica o acumulativa**

Nuestro ordenamiento jurídico no define la jornada de trabajo. No obstante ello, según la doctrina, la jornada es aquel «tiempo de trabajo en el cual el trabajador cumple con la prestación que le corresponde como consecuencia del contrato de trabajo. Por consideraciones de orden público se encuentra limitada por la ley en tanto que el trabajo origina un desgaste físico que debe ser reparado a fin de no perjudicar la integridad física del trabajador»<sup>9</sup>. Asimismo, entendemos por jornada de trabajo, «el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo»<sup>10</sup>.

Así, la jornada es una condición de trabajo que consiste en la determinación de aquél tiempo por el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador a efectos de ejecutar las prestaciones para las que se le contrató. No obstante la libertad de determinación de la jornada por parte del empleador cuya facultad se origina en su poder de dirección, la legislación establece una delimitación respecto la cantidad máxima de horas de trabajo a efectos de proteger la salud física y mental del trabajador, preservar el derecho a la protección familiar y el derecho al tiempo libre.

Así las cosas, el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado mediante Decreto Supremo 007-2002-TR y sus normas reglamentarias aprobadas a través del Decreto Supremo 008-2002-TR establecen el marco legal aplicable a la jornada de trabajo y demás temas relacionados, como el horario de trabajo y el trabajo en sobretiempo, este último más conocido como horas extras.

---

<sup>9</sup> ELÍAS MANTERO, Fernando. Op. cit. p. 5.

<sup>10</sup> DE BUEN, Néstor. Derecho del Trabajo. Porrúa: México, 1977. p. 137.

En efecto, el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo establece mediante el artículo 1 la jornada máxima legal:

«La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo.

Se pueden establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias».

Del texto citado se desprende que la ley hace referencia a la jornada máxima legal a la que denomina jornada ordinaria de trabajo de la misma manera que lo hace la Constitución de 1993. En ese sentido, la ley no hace sino reiterar lo establecido en la Constitución. No obstante lo mencionado, la denominación que debió utilizarse es de jornada máxima legal, toda vez que la jornada ordinaria es aquella jornada de trabajo que se establece en cada centro de trabajo, mientras que la jornada máxima legal establece el máximo de horas de trabajo que el empleador puede establecer en el centro de trabajo.

Así la jornada ordinaria de un determinado centro de trabajo puede coincidir con la jornada máxima legal o tal vez no. Es decir, es posible encontrar jornadas ordinarias de trabajo cuyo número de horas sea menor a la jornada máxima legal de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

El empleador en virtud de su poder de dirección posee la facultad de establecer la jornada de trabajo en su centro de labores siempre que se respete los límites legales establecidos además de los derechos fundamentales del trabajador. Cabe precisar que la determinación de la referida jornada es fijada en función a las necesidades de la actividad productiva que se desarrolle. Por tal motivo, la jornada de trabajo no será la misma en todas las actividades económicas. En consecuencia, ante la necesidad particular de ciertas actividades productivas y, por tanto, en virtud de las necesidades del centro de labores es que la legislación permite establecer jornadas de trabajo atípicas.

Así, mediante el artículo 4 del Decreto Supremo 007-2002-TR, se establece lo siguiente:

«En los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo y descanso, en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar los máximos a que se refiere el artículo 1»<sup>11</sup>. (El subrayado es nuestro).

De la misma manera que lo descrito en el texto constitucional, la legislación laboral hace referencia a las jornadas de trabajo atípicas o acumulativas permitiendo así su aplicación. Adviértase que este tipo de jornadas también debe respetar la jornada máxima legal establecida tanto en la Constitución Política del Perú como en el artículo 1 del referido Decreto Supremo. Es decir, las jornadas atípicas o acumulativas deberán respetar el máximo legal establecido de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, según el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente.

Así, «los regímenes acumulativos se refieren a la acumulación de los días de descanso semanal para hacerlos efectivos con posterioridad. Un ejemplo de ello sería el caso de campamentos mineros donde no habría razón de otorgar descansos cuando éstos se encuentran en medio de la sierra (una modalidad utilizada son las llamadas jornadas de trabajo 14 por 7, en las cuales se labora por 14 días ininterrumpidos cada uno de ellos 10 horas, y se descansan 7 días que compensan las horas adicionales prestadas en los 14 días iniciales)»<sup>12</sup>.

De esa manera, las jornadas de trabajo atípicas se caracterizan por distribuir el tiempo de trabajo en un número determinado de días con mayor cantidad de horas de trabajo a efectos de compensar ese tiempo excesivo de trabajo con mayores días de descanso. Cabe precisar que, el establecimiento de las jornadas atípicas o acumulativas se fundamenta en las necesidades del centro de trabajo, es decir,

---

<sup>11</sup> Artículo 1 del Decreto Supremo 007-2002-TR: «La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales como máximo».

<sup>12</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. p. 390.

según la naturaleza especial de labores que desempeñe la empresa. En efecto, las necesidades de la empresa cumplen un rol importante al momento de optar por una jornada atípica en el centro de trabajo, toda vez que su aplicación no sería la regla general sino la excepción. En tal sentido, la causa justificante del uso de jornadas de trabajo atípicas o acumulativas se sustenta en las necesidades mismas del centro de labores o actividad productiva desarrollada, siendo esta motivación eficaz y adecuada al establecimiento de las jornadas atípicas o acumulativas, su aplicación es válida.

#### **2.4. Referencias jurisprudenciales. El Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República.**

La protección de la jornada de trabajo atípica o acumulativa no solamente está prevista por la Constitución Política del Perú sino también por la jurisprudencia dictada tanto por el Tribunal Constitucional, como por la Corte Suprema de Justicia.

Así, en distintas resoluciones, el Tribunal Constitucional ha ratificado lo establecido por el artículo 25 de la Constitución del Perú de 1993, determinando la aplicación válida de las jornadas de trabajo atípicas o acumulativas:

- La Sentencia recaída en el Expediente 1396-2001-AA/TC mencionó que: «el artículo 25 de la Constitución vigente indica expresamente que la jornada de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales como máximo; tratándose de jornadas atípicas o acumulativas, el promedio de horas trabajadas no puede superar el máximo indicado». Asimismo, aclaró lo que se debe entender por jornadas atípicas o acumulativas: «el texto constitucional no establece únicamente un horario de ocho horas diarias, sino que, cualquiera que sea éste, en ningún caso puede superar las cuarenta y ocho horas semanales. Del mismo modo opina Marcial Rubio Correa, quien, al comentar dicho artículo expresa que «La parte final del primer párrafo [del artículo 25] de la Constitución prevé jornadas acumulativas o atípicas, que son aquéllas en las que el trabajador trabaja más intensamente en un turno (por ejemplo, doce horas

seguidas), caso en el cual trabajará más cada día de labores, pero deberá mantenerse el máximo de cuarenta y ocho horas semanales»<sup>13</sup>.

De otro lado, el propio Tribunal se ampara en lo establecido por la legislación infraconstitucional como desarrollo del mandato constitucional establecido en el artículo 25 de la Constitución: «Cabe destacar que la legislación infraconstitucional reconoce la posibilidad de trabajar jornadas atípicas u horarios de menos o más de ocho horas diarias, pero, en ningún caso, más de cuarenta y ocho horas semanales. Ello se aprecia de los artículos 1 a 3 del Decreto Legislativo 713, y de los artículos 209 y 212, inciso a), del Decreto Supremo N.º 003-94-EM, que aprueba el Reglamento de Diversos Títulos del TUO de la Ley General de Minería.

- La Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 4169-2004-AA/TC, utilizó como sustento para resolver el caso, el artículo 25 de la Constitución para lo cual mencionó: «Conforme al artículo 25º de la Constitución, «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 período correspondiente no puede superar dicho máximo», agregándose que «Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio». En ese sentido, la protección que la Constitución otorga establece que ninguna persona labore más de 48 horas semanales, en el horario que se fije, sea que se trate de jornadas normales (8 horas diarias), acumuladas o atípicas».

Entre las resoluciones recogidas de la Corte Suprema de Justicia de la República se desprende que la jornada de trabajo atípica o acumulativa goza de protección constitucional además de la permisión legal establecida. Para tal efecto, a continuación algunas de las resoluciones:

- La Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Casación 821-99-SCON y Casación 812-99- La Libertad, establece de manera equivalente en ambas

---

<sup>13</sup> RUBIO, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. PUCP; 1999. Tomo II, p. 224.

resoluciones lo siguiente: «Que, es evidente que la jornada de trabajo debe tener límites a fin de proteger la salud física y psíquica del trabajador, que la parte final del primer párrafo de la Constitución prevé jornadas acumulativas o atípicas, que son aquéllas en las que el trabajador trabaja más intensamente en un turno, caso en el cual trabajará más cada día de labores, pero deberá mantenerse el máximo de cuarenta y ocho horas semanales».

### **3. ALCANCES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA JORNADA ATÍPICA O ACUMULATIVA Y SU ACLARACIÓN**

La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 4635-2004-AA/TC en el proceso de amparo entablado por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y sindicatos anexos contra la empresa Southern Perú Cooper Corporation, ha provocado un impacto en el ordenamiento jurídico laboral vigente, toda vez que ha considerado inconstitucional las jornadas acumulativas ó atípicas practicadas en el sector minero por vulnerar la dignidad de los trabajadores, el derecho al disfrute del tiempo libre, el derecho a la salud y el derecho al medio familiar.

En efecto, el Tribunal Constitucional adoptó la referida conclusión tras considerar tres etapas. En principio, el contexto bajo el cual se habrían dado las cosas en virtud del Informe sobre las Consideraciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú, elaborado por el Equipo Técnico Multidisciplinario para los países andinos de la Oficina Internacional del Trabajo del año 2002. Luego, efectuó un análisis de derechos fundamentales tales como la dignidad de la persona, derecho a la jornada de trabajo de ocho horas, derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso, derecho a la salud y protección del medio familiar, igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución, y la fuerza vinculante de la convención colectiva. Finalmente, realizó un análisis del caso en concreto a la luz de lo antes mencionado.

Adviértase que el Tribunal estableció que la referida resolución tiene carácter de precedente vinculante. Sin embargo, en el mes de junio de 2006 el Tribunal Constitucional emitió una Aclaración de la Sentencia mencionada, toda vez que la primera resolución habría dejado abierta la posibilidad de aplicar el referido precedente a otros regímenes laborales distintos del minero.

### **3.1. Derecho constitucional a la jornada de trabajo atípica o acumulativa**

Respecto del derecho a la jornada atípica o acumulativa, la Constitución Política del Perú de 1993 a través de su artículo 25 establece el derecho a la jornada máxima de ocho horas diarias ó cuarenta y ocho horas semanales. Dicho máximo es aplicable tanto para las jornadas de trabajo típicas como para aquellas denominadas atípicas o acumulativas, las mismas que se caracterizan por distribuir el tiempo de trabajo en un número determinado de días con mayor cantidad de horas de trabajo a efectos de compensar ese tiempo excesivo de trabajo con mayores días de descanso.

En ese sentido, toda jornada de trabajo, cualquiera sea su modalidad se encuentra sujeta al máximo constitucional establecido, es decir, toda jornada de trabajo no podrá sobrepasar las ocho horas diarias o las cuarenta y ocho horas semanales.

Así las cosas, la Constitución de 1993 garantiza la validez de la aplicación de las jornadas de trabajo atípicas o acumulativas permitiendo su aplicación siempre que se respete el mencionado límite (ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales). Sin embargo, cabe precisar que el fundamento de este tipo de jornada de trabajo especial se encuentra a nivel legal. En efecto, el artículo 4 del Decreto Supremo 007-2002-TR y el artículo 9 del Decreto Supremo 008-2002-TR establecen que este tipo de jornadas de trabajo se utilizan siempre que resulte necesario en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa. En consecuencia, el establecimiento de este tipo de jornada de trabajo se origina en virtud de las características o rasgos especiales de la actividad productiva a la que se dedica la empresa, siendo esta situación fáctica la justificación de su utilización.

### **3.2. Derecho a una «jornada de trabajo razonable», según el Tribunal Constitucional de ahí la incompatibilidad de la jornada atípica o acumulativa con los derechos constitucionales de los trabajadores**

Ahora bien, el Tribunal Constitucional hace referencia a la «jornada razonable de trabajo», toda vez que ésta tendría compatibilidad con el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre. Así, para el caso en concreto, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor a ocho horas diarias atendiendo a las siguientes condiciones:

- Condiciones laborales de los trabajadores mineros descritas a la luz del Informe sobre las Consideraciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú, elaborado por el Equipo Técnico Multidisciplinario para los países andinos de la Oficina Internacional del Trabajo del año 2002.
- Despliegue mayor de fuerza física (doce horas de trabajo durante 4 días seguidos y en algunos casos hasta 5 días).
- Contexto de alto riesgo para la salud del trabajador por efectuar trabajo físico a más de 3, 500 m.s.n.m.
- Alimentación deficiente.
- Mayor exposición a los polvos minerales generando el consiguiente deterioro de la esperanza de vida.

De lo expuesto, se desprende que el Tribunal Constitucional considera de manera errónea el contexto descrito por el Informe sobre las Consideraciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú, elaborado por el Equipo Técnico Multidisciplinario para los países andinos de la Oficina Internacional del Trabajo del año 2002, toda vez que el referido trabajo no analiza las condiciones laborales específicas de la empresa involucrada en el caso concreto. Cabe precisar que el referido Informe data del año 2002, hecho que lo convertiría en un Informe referencial mas no determinativo, toda vez que en la actualidad la tecnología y los avances en materia de seguridad y salud ocupacional se han incrementado de manera rápida y eficiente.

De otro lado, no es preciso atribuir como factor determinante de la vulneración de derechos constitucionales la mala alimentación. Así, coincidimos con la opinión de Sara Campos, la misma que establece que «el TC no debió tomar como argumentos para declarar la ilegalidad de las jornadas acumulativas, la mala alimentación que sufren los trabajadores mineros por aquel sistema; por cuanto dicha situación también podría darse en una jornada laboral de ocho horas diarias, y en todo caso, debería ser evaluado y supervisado en cada caso por la Autoridad Administrativa de Trabajo»<sup>14</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional no puede considerar el trabajo en altura como una causa de vulneración a los derechos constituciones del trabajador y, por tanto, la inconstitucionalidad de las jornadas atípicas o acumulativas, toda vez que el impacto sobre la salud de los trabajadores sólo debiera determinarse luego de una inspección bajo la aplicación de la normativa establecida por el Reglamento de Seguridad y Salud de Trabajo aprobado a través del Decreto Supremo 009-2005-TR. En tal sentido, el Tribunal Constitucional argumentó nuevamente de manera general y con información no precisa para atribuir la inaplicación de las jornadas atípicas o acumulativas.

Finalmente, creemos que el Tribunal no debió considerar a la jornada atípica o acumulativa como la causa de la vulneración de los distintos derechos constitucionales mencionados a la largo de la sentencia. Por el contrario, la causa de la vulneración de tales derechos constitucionales por parte del empleador radica en el establecimiento de la jornada de trabajo extraordinaria de manera permanente a efectos de que los trabajadores laboren cinco días por dos de descanso y no cuatro por tres, excediendo de esta manera el límite constitucional establecido por el artículo 25 de la Constitución.

En tal sentido, la jornada atípica o acumulativa no sería el problema sino la instauración de una jornada extraordinaria permanente por parte de la empresa, la misma que a pesar de cumplir con el pago mayor por tales horas deja de ser una

---

<sup>14</sup> CAMPOS TORRES, Sara Rosa. La aplicación de las jornadas atípicas. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional. En: Actualidad Jurídica, número 152. p. 250.

medida válida en tanto es permanente en el tiempo. Adviértase que la jornada de trabajo extraordinaria o también denominada horas extras es aquella que se desarrolla de manera excepcional o eventual. Permitir el establecimiento de la jornada de trabajo extraordinaria de manera permanente sería permitir la vulneración al derecho de todo trabajador a la jornada de trabajo máxima, la misma que consiste en ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

### **3.3. De la aclaración a la cuestionada sentencia**

La aclaración a la Sentencia recaída en el Expediente 4635-2004-AA/TC establece que a falta de ciertas condiciones podría determinarse la limitación de las jornadas atípicas o acumulativas aplicadas a cada caso en concreto.

En efecto, las condiciones a las que hace referencia el Tribunal en su aclaración son las siguientes:

- La evaluación caso por caso, teniendo en cuenta las características del centro minero.
- Si la empleadora cumple, o no, con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera.
- Si la empleadora otorga, o no, adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria.
- Si la empleadora otorga, o no, descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la jornada ordinaria, compatibles con el esfuerzo físico desplegado.
- Si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada diurna.
- De manera alternativa, podrá exigirse si se ha pactado en el convenio colectivo el máximo de ocho horas diarias de trabajo.

Así las cosas, la aclaración mencionada era necesaria, toda vez que establecer la ilegalidad de las jornadas atípicas o acumulativas a partir de un caso concreto sería perjudicial para las empresas del sector minero que sí cumplen con el respeto

de los derechos constitucionales estableciendo para tales efectos condiciones de trabajo de acuerdo con los estándares de seguridad y salud en el empleo.

#### **4. CONCLUSIONES**

La jornada de trabajo atípica o acumulativa es una forma de organización del tiempo de trabajo cuyo sustento radica en las necesidades de la empresa. Así, no cualquier actividad económica utiliza este tipo de jornadas de trabajo, toda vez que dependerá de la naturaleza de las labores para optar por su aplicación.

Cabe precisar que la jornada atípica o acumulativa es una jornada especial en tanto se caracteriza por distribuir el tiempo de trabajo en un número determinado de días con mayor cantidad de horas de trabajo a efectos de compensar ese tiempo excesivo de trabajo con mayores días de descanso. No obstante lo mencionado, adviértase que este tipo de jornadas también se encuentra sujeta al límite máximo de horas establecida de manera imperativa por el artículo 25 de la Constitución Política del Perú.

Así resultaba incorrecto que el Tribunal Constitucional considerase a las jornadas de trabajo atípicas o acumulativas incompatibles con la Constitución por afectar derechos constitucionales de los trabajadores. Por ello, la aclaración a la tan cuestionada sentencia no hace sino delimitar los efectos de aquélla, estableciendo ciertos criterios a través de los cuales se determinaría la validez de tales jornadas de trabajo.

# De la protección constitucional de derechos laborales inespecíficos

La intimidad del trabajador ¿está preparado el TC frente a las nuevas tecnologías?

*Milagros Edith Vivas Ponce*

Estudiante de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

## 1. INTRODUCCIÓN

La propagación de los nuevos avances telemáticos e informáticos para facilitar diversas prestaciones de servicios ha traído consigo una serie de repercusiones en materia laboral. En este contexto, la protección constitucional de la vida privada o intimidad de los trabajadores, derecho inespecífico laboral, ha adquirido creciente importancia en las recientes resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional, y ello en la medida en que se ha producido el desarrollo de la tecnología de la información<sup>1</sup>.

La incidencia de los avances tecnológicos, en las relaciones laborales se aprecia especialmente en dos aspectos: la forma de trabajar y los medios de control empresarial de dicho trabajo. En la actualidad la prestación de servicios se ve influida por mecanismos telemáticos de comunicación (Internet, correo electrónico), asimismo, el empresario tiene a su disposición una variedad de instrumentos tecnológicos que le permiten ejercer más cómoda y eficazmente su poder de dirección y disciplina en la empresa (videocámaras por ejemplo).

---

<sup>1</sup> Prueba de ello es que la protección de la privacidad de los trabajadores fue tema de discusión en la reunión de Jueces de Cortes Europeas del Trabajo que tuvo lugar en La Haya, en 1996. Sin embargo, la evolución que ha habido desde entonces en la práctica y en materia jurídica justifican un nuevo examen del asunto.

Toda esta vertiginosa proliferación tecnológica en la prestación de servicios ha traído una nueva clase de conflictos laborales, reflejados, por una lado, en los límites del uso extralaboral de estos medios tecnológicos por los trabajadores y el control empresarial de dicho uso; y por otro lado, en la utilización de nuevas tecnologías como parte del poder de dirección y vigilancia del empresario y su limitación en función de los derechos de los trabajadores. En definitiva, se trata de conflictos a los que, a falta de regulación normativa, el Tribunal Constitucional debe dar solución y que generan debate sobre la vida privada del trabajador en el seno de la empresa.

Ahora bien, ¿está preparado el Tribunal Constitucional peruano para ir a la par de esta clase de situaciones o resultara desbordado por el empleo de estos medios tecnológicos? La realidad es que la falta de preceptos normativos específicos, la aún escasa atención al tema y el insuficiente desarrollo que los pronunciamientos del TC le han otorgado a este asunto, propiciarían un incremento de la judicialización de este tipo de conflictos.

## **2. PUNTO DE PARTIDA: ¿QUÉ SON LOS DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS?**

En principio, parecería ser que hablar de estas definiciones no tendría mayor repercusión a los efectos de este trabajo; sin embargo su tratamiento tiene importancia al momento de determinar si se aplican como límites o restricciones a las facultades que ostenta el empleador en el seno de una relación laboral.

En tal sentido, pasaremos a explicar los derechos laborales específicos, para luego diferenciarlos de los derechos laborales inespecíficos y buscar un sustento para la protección de estos dos tipos de derechos laborales a los que, por ser tales, les corresponde una efectiva protección constitucional.

Así, siguiendo a Palomeque López y Álvarez de la Rosa, «los derechos laborales específicos tienen su origen específico 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 aquéllos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio»<sup>2</sup>. Es decir, son derechos que se dan en el marco de una relación laboral y que fuera de ella no podrían ser ejercidos. En cambio, los derechos laborales inespecíficos, a decir de Palomeque (cuya definición tomamos por parecernos la más completa), «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 laborales sobrevenidos. Se produce una ‘impregnación laboral’ de derechos de titularidad general 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»<sup>3</sup>.

Ciertamente, tal como lo advierte Valdes dal Re, «son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer»<sup>4</sup>. Precisamente, dentro de estos derechos laborales inespecíficos se encuentra, entre otros, el derecho a la intimidad del trabajador, el cual trataremos como base para determinar el rol que está cumpliendo el Tribunal Constitucional (TC) en la protección constitucional de los derechos laborales inespecíficos.

En resumidas cuentas, en la actualidad, aún existen problemas en torno a cómo los derechos fundamentales (específicamente los no laborales) «se integran» en la relación de trabajo y cuáles son los límites que debe imponerse a esos derechos fundamentales en función al respeto de otros derechos fundamentales del empleador.

---

<sup>2</sup> PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y Manuel ALVAREZ DE LA ROSA. Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001. p. 147.

<sup>3</sup> Ibid. p. 147-148.

<sup>4</sup> VALDES DAL RE, Fernando. Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador. En: Libro Informes Generales. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, 2003. p. 47.

Sin embargo, sobre el particular, concordamos con lo establecido por Cortés cuando afirma que «en esta evolución de derechos fundamentales, específicos laborales o no, resulta de suma importancia considerar que esos derechos no están subordinados a las facultades que tiene el empleador al interior de la empresa, sino que en cuanto colisionen con las mismas, deberá de utilizarse las herramientas jurídicas necesarias para limitar al mínimo ambos derechos, de tal manera que la restricción y, por ende, el sacrificio que se realice, sea el mínimo indispensable»<sup>5</sup>.

### **3. CONTROL DEL EMPLEADOR MEDIANTE SISTEMAS TECNOLÓGICOS**

En el ordenamiento peruano no existe una prohibición general que impida que el empleador instale aparatos audiovisuales, electrónicos u otros mecanismos para vigilar a distancia el trabajo<sup>6</sup>. Antes bien, pareciera que se reconoce al empresario el derecho de adoptar las medidas oportunas para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales por los trabajadores. Sin embargo, en el derecho comparado, autores como GOÑI SEIN, han recalcado el riesgo de que exista un avasallamiento en la esfera privada del trabajador, en otras palabras, una vulneración a su derecho a la intimidad personal.

#### **3.1. Facultades o poderes empresariales**

Desde que Millerand esbozara la idea de erradicar las empresas virreynales por ser incompatibles con los logros democráticos de las sociedades contemporáneas, ha existido un constante esfuerzo por medir los poderes omnímodos, que en nombre del derecho de propiedad, enfrenta el empleador en las relaciones individuales de trabajo.

---

<sup>5</sup> CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional. En: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y provisional. Lima: Academia de la Magistratura, 2004. p. 74.

<sup>6</sup> Esto marca una clara diferencia con el ordenamiento italiano, ya que el artículo 4 del Statuto del Lavoratori prohíbe expresamente la instalación de medios audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia de la actividad laboral, salvo que tal instalación responda a las peculiares características organizativas, productivas o de seguridad en la empresa, y en tal caso ha de llegarse a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa.

En un plano específico, en el ámbito laboral, se ha sostenido que el principio del ejercicio de poderes del empleador se sustenta en que éste, en tanto que único aportante del capital, da origen a la actividad empresarial. Al asumir sólo los riesgos que tal propósito conlleva, habrá de ejecutar cuanto esté a su alcance para asegurar su inversión, en procura de los beneficios trazados y la prosecución sostenida de la actividad emprendida; es por eso, que hay quienes sostienen que los poderes del empleador son inherentes al capital aportado, en otras palabras al derecho de propiedad.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 23 de la Carta Magna establece: «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».

En atención a ello, el artículo 9 de la LPCL establece como límite para el ejercicio de la facultad directriz del empleador la razonabilidad de la medida y, previo a ello, constitucionalmente se exige el respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales.

## **4. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR**

### **4.1. Derecho a la intimidad**

El derecho laboral inespecífico de la intimidad está consagrado en el artículo 2 numeral 7 de la Constitución Política de 1993, el mismo que establece que «Toda persona tiene derecho (...) a la intimidad personal y familiar (...)».

Sin embargo, este concepto de intimidad que ha generado no pocas discusiones en torno al mismo (precisamente por ser un concepto extrajurídico, extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos del mismo), ya hace referencia a una zona espiritual reservada a las personas, al tener como finalidad el respeto a un ámbito, cual es la vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno, salvo autorización del interesado. Por ello, para Pla Rodríguez, «en virtud del derecho a la intimidad, las

personas pueden reservarse para si la religión que profesan, la opción sexual, la identificación política, la simpatía por un club deportivo, la posición que profesan dentro de un determinado tema, los sentimientos, los ideales o deseos, etc. No hay pues, limitación alguna en torno a estos derechos que pueden derivarse de la intimidad; pero evidentemente, el ejercicio de este derecho no es, en modo alguno, irrestricto: como todo derecho, está sujeto a los lineamientos derivados del orden público»<sup>7</sup>.

En esa misma línea, especialmente española, podemos asumir que en aquellos supuestos en donde existan derechos fundamentales en juego –como el derecho a la intimidad– debe ponderarse, si la medida adoptada es la adecuada para conseguir el fin que se pretende, y si no existe otra medida que pueda alcanzar el mismo objetivo sin producir lesión o restricción al derecho. Ciertamente, en este aspecto deben basarse las decisiones del TC, a fin de garantizar y brindar una adecuada protección constitucional a este derecho laboral inespecífico.

#### **4.2. Poder de dirección del empleador y derechos fundamentales del trabajador**

El empleador, como propietario de los medios de producción, ya sea individual o asociativamente, es, por este hecho y según la legislación, el titular de la empresa o negocio, y, en tal carácter, detenta el poder de organizar, ordenar y controlar a quienes ha contratado para prestar servicios en la empresa o entidad a su cargo. El poder de dirigir, que es el de mandar o el de dar órdenes, se reproduce en el conjunto de facultades necesarias para la conducción de cualquier entidad o grupo humano que son, según la escuela clásica de la ciencia administrativa, las de prever o planificar, organizar, dirigir, coordinar y controlar<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. El Derecho Laboral y la protección de la intimidad del trabajador. En: Revista Derecho Laboral. Tomo XXIX, número 144. Montevideo, 1986.

<sup>8</sup> Estos son los principios fundamentales de la administración, a los que hace alusión RENDÓN VÁSQUÉS, y que son expuestos por la Escuela Clásica de la ciencia encargada de esta materia. No obstante, de acuerdo a lo señalado por Alfredo MONTROYA MELGAR «el poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone de trabajo realizado por su cuenta y por su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa». El poder de dirección del empresario. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965. p. 44.

El poder, como toda facultad, aún emanante de la propia ley, no es absoluto; tiene más bien sus naturales restricciones. Dentro de esta orientación, el poder patronal ha concitado una serie de discusiones desde aquellas que le niegan tal prerrogativa, hasta aquellas que han generado una ardua doctrina para justificarlo. En todo caso, como advierte Jean Emmanuel Ray son cada vez más las posiciones que se han inclinado en depararle una connotación jurídica, que usada del mejor modo, seguramente otorgará beneficios tangibles no sólo a las partes que la ejercitan, sino también a la comunidad laboral en su conjunto, pues, de lo que se trata es que, utilizado, adecuadamente dicho poder, contribuya con el interés y bien común de la empresa. Es el interés de la empresa que, en última instancia, justifica la permanencia del poder patronal; de esta manera queda desechada la vieja oposición entre el capital y el trabajo<sup>9</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que el debate jurídico nace del enfrentamiento entre el denominado poder de dirección empresarial, el cual permite la adopción por la empresa de las medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, y por otro lado, el derecho a la intimidad y la dignidad de los trabajadores.

De esta manera, la empresa, al hacer uso de programas informáticos de monitorización, no hace más que ejercer facultad que le otorga la Ley, y ello con la finalidad de proteger el patrimonio empresarial o la productividad de los empleados. No obstante, por lo que respecta al trabajador, éste tiene derecho a su intimidad y privacidad, pues este derecho le está reconocido constitucionalmente, tanto en el desempeño de operaciones profesionales como no profesionales, ya que, en muchos casos, la disociación es imposible. En otras palabras, el trabajador tiene derecho a un espacio reservado, en cuanto a su intimidad y vida privada en el seno de la relación laboral, es decir, no por el hecho de firmar un contrato renuncia a su vida privada.

Entonces, el hecho de que el trabajador se encuentre en su lugar de trabajo, cumpliendo sus obligaciones, no quiere decir que no le pertenezcan espacios de

---

<sup>9</sup> RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du travail droit, droit vivant*. París: Liaisons, 1997, número. 6. p. 70.

intimidad, como por ejemplo conversaciones privadas con otros compañeros, uso de instalaciones o lugares reservados al descanso, e incluso la utilización privada de medios materiales -mesas, armarios, archivadores- o tecnológicos -discos duros, carpetas- dispuestos por la empresa.

No cabe duda que los condicionantes entre derechos fundamentales del trabajador y derechos constitucionales del empresario, en algunos textos internacionales y nacionales considerados igualmente como fundamentales, son recíprocos, de modo que hay cosas que cabe exigir legítimamente al trabajador que no lo serían en otro ámbito –ej. Control sin autorización judicial, incluso, en ciertas condiciones, sin consentimiento del trabajador-, de la misma manera que el empresario debe asumir cargas a favor de la efectividad de tales derechos que no es exigible a otros particulares. Las razones del mercado y de la empresa, cuando son verdaderamente tales, y no cuando ocultan arbitrariedad o capricho, han de hacerse compatibles con las razones de tutela de la persona del trabajador, sometiendo a una revisión profundamente crítica el ejercicio tradicional, pero no muy actual, de los poderes empresariales como formas de dominación económica –y a veces personal- de los valores de los que son portadores los trabajadores. La recepción de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo originadas en la empresa no sólo implica deberes –límites negativos-, sino obligaciones de hacer –deberes positivos<sup>10</sup>-.

Al respecto es muy importante precisar, como lo dice Toyama, que no existen derechos absolutos, omnímodos o ilimitados –ni siquiera los que han recibido regulación o desarrollo constitucional-, por lo tanto, ellos deberán adecuarse cuando ingresen en conflicto –y en esa pugna pueden resultar ganadores el derecho a la libre empresa o los derechos constitucionales inespecíficos.

Tal vez es tiempo de que el Tribunal Constitucional tome conciencia y empiece a aceptar otras opciones para buscar el beneficio entre las partes de la relación laboral. Se tiene que considerar que así como el poder dirección empresarial no es

---

<sup>10</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de la globalización. En: Derecho del trabajo. Lima: Normas Legales, 2005. p. 291.

absoluto, tampoco resulta ilimitada la facultad de supervisar el trabajo a través de las nuevas tecnologías de la información. A su vez, hay que tener en cuenta que el límite está en el respeto a la dignidad humana del trabajador y, más específicamente, en su derecho a la intimidad. Incluso hay muchos que hablan del derecho a la propia imagen de los trabajadores, entendida esta como la garantía frente a la captación, reproducción y difusión de la imagen de la persona, de modo que aquélla integra una manifestación más de la tutela del genérico derecho a la intimidad<sup>11</sup>.

Como se sabe, no contamos con normas que expresamente prohíban la instalación de cámaras de video para vigilar a los trabajadores en la prestación de sus servicios, o la intervención de las PCs a los fines de controlar el uso extralaboral de la misma (cuando ésta es otorgada como herramienta de trabajo), y aunque lo que no está prohibido está permitido, ello no significa que exista una libertad absoluta para el empresario a la hora de instalar y utilizar estos medios de control; antes bien ha de modularse su derecho en función del derecho de los trabajadores a que su intimidad no resulte vulnerada. En otros términos, de lo que se trata es de la frontera entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes empresariales, en el marco del contrato de trabajo.

Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23 de nuestra norma fundamental contempla expresamente que «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador». Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.

---

<sup>11</sup> No obstante, existen autores como MARTINEZ FONZ, que señala que el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad son conceptualmente diversos, y que el derecho que está en juego por la videovigilancia es el de la propia imagen, sin que necesariamente se vea afectado el derecho a la intimidad. Este último sólo se conculcará en aquellos casos en los que la captación de la imagen del trabajador afecte el ámbito que éste reserva frente a la acción y conocimiento de los demás.

#### a) Principio de Proporcionalidad de las limitaciones

Los derechos fundamentales no son absolutos, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes. En ese sentido, queda claro, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales casos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.

Al parecer, en el ámbito de la relación laboral el reconocimiento de los derechos fundamentales los trabajadores se hace más restrictivo, en otras palabras, se reduce la esfera de protección. Así, conforme señala Sempere Navarro, un ejemplo claramente marcado lo constituye el derecho a la intimidad, en virtud del cual decidimos cada día como vestirnos o cómo peinarnos, ya que puede perder algo de fuerza en una relación laboral si pensamos en el caso de un puesto de trabajo que exija llevar un uniforme determinado. Esto se sustenta en el ejercicio de los poderes empresariales, derivados de la naturaleza misma del contrato de trabajo y del reconocimiento de la libertad de empresa, y que se concretan en diversas facultades de organización del trabajo, control de cumplimiento de las obligaciones contractuales y, en su caso, sanción de los incumplimientos.

Entonces, la pregunta que habría que hacerse es si, en el uso de ese poder de control y vigilancia, el empresario, en ocasiones, trasgrede la buena fe contractual. Así, por ejemplo, existen empresas de telemarketing que realizan contratos de teleoperadores, en los que los Tribunales europeos ya han tenido ocasión de pronunciarse a favor de impedir un acceso sistemático a las conversaciones de los trabajadores en el desempeño de sus trabajos, y ello porque si bien es posible

realizar escuchas por parte de la empresa, también es cierto que durante toda la jornada laboral pueden producirse conversaciones y comentarios de índole privada que no afectan a su trabajo, por lo que la empresa no estaría legitimada a conocerlos, produciéndose una limitación desproporcionada al derecho de la intimidad del trabajador.

El problema, por ende, se origina cuando no sólo se filtra, se realiza un control somero de la actividad del empleado, sino que se espía abiertamente a estos. Se puede afirmar, sin temor a equivocarnos, que actualmente, la situación es más delicada ya que, si bien las Tecnologías de la Información y la comunicación no fueron diseñadas para vigilar al trabajador, es un hecho que las mismas permiten ejercer una vigilancia brutal del mismo. De hecho, hay disponibles programas que, instalados en el ordenador del empleado, muestra a distancia lo que hay en la pantalla, la navegación Web, el correo electrónico, mensajería instantánea y *chats*, sin riesgo a ser descubiertos<sup>12</sup>.

En este contexto, una primera apreciación que debe hacerse es que cuando un trabajador es contratado se implanta dentro del marco rector, organizativo y disciplinario del empresario, y dada su posición subordinada, queda sometido a las órdenes, instrucciones, controles y sanciones de su superior jerárquico. En otros términos, se produce una limitación de sus derechos fundamentales, al someterse al poder directivo y organizativo del empresario. No obstante, como lo manifestamos anteriormente, tal poder no es absoluto: los trabajadores no pierden totalmente sus derechos fundamentales porque estamos en un régimen de libertades democráticas donde no cabe exigir a los primeros un comportamiento que desconozca la defensa de sus propios intereses<sup>13</sup>. La cuestión es ¿cuál es el límite de las facultades de dirección y control del empresario? Pues bien, sólo se admite la limitación de derechos fundamentales cuando no hay otra forma de satisfacer el interés empresarial. A su vez, se exige que se justifique la limitación de derechos en razón

---

<sup>12</sup> ARAGÚEZ GUERRERO, Juan José. Intimidad en el trabajo. En: Revista @RROBA. Madrid: [s.a.]. p. 2 y siguientes.

<sup>13</sup> FEDRAJAS MORENO, A. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio. En: Actualidad Laboral, número 4, 2000. p. 60.

de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente una mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador<sup>14</sup>. Es decir, hay que recurrir a motivos que reflejen la necesidad de llevarla a cabo (por ejemplo, sospechas de ciertas irregularidades, etc.).

Siendo esto así, no cabe duda que el empresario a la hora de utilizar medidas de vigilancia laboral tiene que respetar el denominado principio de proporcionalidad e intervención mínima. Esto implica que el control y vigilancia no se lleve a cabo de forma masiva e indiscriminada, asimismo se hace necesario que la finalidad que persigue esté justificada, de modo que las medidas sean indispensables para la seguridad y el buen desarrollo de la actividad productiva.

En efecto, las medidas tomadas tienen que ser justas y proporcionales, sin que ello implique anular o perjudicar la intimidad del trabajador. Incluso se prohíbe y rechaza que se tomen en el caso de que de ellas no se derive una ventaja considerable para la empresa y si un perjuicio grave para la intimidad del trabajador.

Para delimitar el alcance, fundamento y particularidades de estas medidas de restricción de derechos fundamentales, es necesario considerar la observancia del principio de proporcionalidad. Este principio permite apreciar la constitucionalidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental siempre que supere un triple test. Este test, en el derecho comparado, especialmente en países como España, ha surgido de los diversos pronunciamientos de Tribunales Constitucionales y ha ido poco a poco tejiendo una serie de pautas mucho más concretas. Se trata básicamente de un análisis exhaustivo que comprende estos tres aspectos:

- Juicio de idoneidad: aquí se parte de analizar si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; es decir, si puede alcanzar la finalidad pretendida. Se trata de que toda restricción de derechos permita satisfacer el interés empresarial que éste alega para su adopción, que ha de ser, específicamente, conocer la conducta laboral de sus empleados.

---

<sup>14</sup> Así lo estima el Tribunal Constitucional Español en la STC 98/2000 de 10 de abril.

- Juicio de necesidad: aquí se trata de investigar si la medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. «Si existe otras posibilidades de satisfacer el interés empresarial menos agresivas y afectantes al derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas»<sup>15</sup>. Por ende, no basta con que la restricción de derechos sea idónea –aunque en cualquier caso debe serlo- sino que además ha de ser la menos agresiva de todas las posibles. En este juicio de necesidad se inscribiría el principio de indispensabilidad.
- Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto: aquí se examina si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. La proporcionalidad en sentido estricto exige en cualquier caso el respeto del contenido esencial del derecho fundamental.

Adicionalmente, se exige también que la medida restrictiva de derechos esté suficientemente justificada, lo que significa que su adopción debe responder a motivaciones objetivas, distintas de la simple y llana conveniencia empresarial, y no a voluntad arbitraria o caprichosa<sup>16</sup>.

Como señala Arce<sup>17</sup>, el trabajador al entrar a formar parte de la relación laboral no pierde su calidad de persona, por el contrario la mantiene junto con sus derechos inherentes como tal. Estos derechos se suman o se condensan con los propios de la relación laboral, limitando más el poder omnímodo del empleador.

Siendo esto así, cuando se exige que toda limitación a los derechos fundamentales supere el triple test de proporcionalidad y además esté estrictamente justificada, se está afirmando su carácter excepcional, lo que conlleva a afirmar que sólo en tales casos cabrá limitar los derechos de los trabajadores; por el contrario,

---

<sup>15</sup> Así lo estima el Tribunal Constitucional Español en la STC 98/2000 de 10 de abril.

<sup>16</sup> CARDONA RUBERT, M. B. *Informática y contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 67. Señala que la objetividad derivaría de la conexión estrecha de la medida empresarial con la organización productiva y su finalidad de protección y conservación de la misma, y la necesidad de la medida se aseguraría siempre que se hiciera precisa para la protección y seguridad del trabajador.

<sup>17</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

si falla alguno de estos requisitos o condicionamientos acumulativos, el derecho fundamental de que se trate predomina frente al poder de dirección empresarial, y cualquier negación o restricción del mismo constituye una vulneración.

Esta clase de medidas son las que el Tribunal Constitucional (TC) debiera adoptar a los fines de brindar un adecuado tratamiento a esta clase de conflictos que poco a poco se están dando nuestra realidad con la influencia de las nuevas tecnologías.

b) La legitimación de intromisiones personales en base al consentimiento del trabajador

Esto, según San Martín Vazzuconi, abre la puerta a una concepción subjetiva de la intimidad (lo que cada persona desee proteger de las intromisiones de terceros), conforme a la cual determinadas cuestiones queden (o no) amparadas por el derecho a la intimidad según la voluntad del sujeto.

En este orden de ideas, si bien la Constitución debido a su carácter proteccionista de los derechos fundamentales no permite renuncia, en abstracto y para el futuro, del derecho, tenemos que tener en cuenta que si permite una renuncia concreta en base a una autodelimitación de su contenido. Esto quiere decir, que si una persona da a conocer datos suyos que podrían considerarse privados, éstos dejan de serlo, y no quedan amparados por su derecho a la intimidad. Algo similar ocurrirá si en vez de dar a conocer abiertamente dichos datos, simplemente consiente que terceros puedan acceder a los mismos.

En relación a ello, un problema adicional se presenta en las dudas que genera el consentimiento tácito, del cual se deduce que el trabajador sencillamente conozca que está siendo grabado o filmado (por ejemplo, como lo señala la doctrina española, cuando el trabajador vea las cámaras o los dispositivos de escucha). Incluso, algunos autores han considerado que sería plenamente válido el consentimiento tácito siempre que fuera previo y claro<sup>18</sup>

<sup>18</sup> MARTÍN MORALES, R. El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones. Madrid: Civitas, 1995. p. 83. Este autor, si bien reconoce que «a pesar de que formas tácitas de consentimiento también sean válidas, esta modalidad ha de interpretarse muy restrictivamente».

Al respecto, también es necesario señalar que, en lo que se refiere al tema de mensajes de correo, en el artículo «Las verdades del correo electrónico», World febrero de 1999, se explicaba lo sencillo que resulta para el administrador del servidor de correo almacenar una copia de todos los mensajes, tanto los recibidos como los enviados. No es que estemos exagerando, y para muestra tenemos que: en USA tres de cada cuatro empresas controlan las actividades de sus empleados en Internet, según la American Management Association. Estas prácticas son tan frecuentes en aquel país que el Congreso en su oportunidad presentó un proyecto de ley que obliga a las empresas, una vez al año, a informar a sus trabajadores que sus comunicaciones están siendo vigiladas, en el caso de que así sea. La nueva Ley no impide ni limita el derecho de las empresas americanas a espiar las comunicaciones electrónicas de sus empleados, es suficiente con un aviso anual que explique la política de la empresa a este respecto.

Así, la confrontación del derecho a la intimidad del trabajador con los derechos del empresario, fue examinada en una de las sentencias del Tribunal Superior de Galicia del 21 de abril de 1995, en la que el Juzgador recuerda que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, el cual no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada.

En tal sentido, queda claro que, «si el trabajador consiente expresamente la captación de su imagen, de sus mensajes de correo o la grabación de sus conversaciones, no habrá una intromisión ilegítima en el ámbito de su intimidad y su propia imagen. Ello ocurriría si se incluyera en el contrato de trabajo una cláusula mediante la cual el trabajador consiente la captación de su imagen o su voz en su trabajo. Sin embargo, no falta quien llama la atención sobre el carácter meramente aparente de este consentimiento expreso, tratándose en realidad de simples mecanismos de adhesión. Y desde varios sectores de la doctrina comparada en materia constitucional, se cuestiona arduamente la validez de estas cláusulas, por considerar que en realidad entrañan una suerte de absoluta renuncia del derecho»<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> MERINO MERCHAN, J.F. El control sobre el correo electrónico de los trabajadores. [www.injef.com/revista7sitios/jfmm\\_001215.htm](http://www.injef.com/revista7sitios/jfmm_001215.htm). Este autor entiende que la «intimidad, en el.../

Precisamente, este es uno de los aspectos que el Tribunal Constitucional tiene que desarrollar a fin de evitar futuros malos entendidos en lo que al consentimiento del trabajador se refiere.

c) Necesidad de comunicar al trabajador

Básicamente, más allá de que se logre conseguir el consentimiento válido de los trabajadores para captar su imagen o sus conversaciones, lo que en realidad resulta relevante, es que los trabajadores conozcan dichos controles, todo ello basado en la idea de la buena fe contractual que compete al empresario. De lo contrario, si el empresario ni siquiera informa al trabajador que lo está filmando o grabando, entonces nos encontraremos ante la más clara y evidente vulneración de los derechos del trabajador, acercándose a los juicios de ilicitud<sup>20</sup>.

Toda esta dimensión tecnológica en la prestación de servicios ha traído a colación el tema de la protección y la representatividad de los trabajadores en estos casos. Dentro de esta orientación, hay quienes consideran que deben llegar a conocimiento de los representantes de los trabajadores los datos necesarios como para que éstos puedan valorar la adecuación a Derecho de la utilización de estos mecanismos electrónicos de vigilancia, y en tal sentido han de conocer, principalmente, la finalidad de su instalación, si las imágenes o sonidos captados se graban o no, y quiénes tendrán acceso a su visualización o escucha. Sin embargo, se ha dicho también que no hace falta que el empresario les informe acerca de la concreta ubicación de las cámaras o micrófonos, siempre que estén situados en lugares de trabajo<sup>21</sup>.

Ahora bien, a falta de un tratamiento específico de este tema en el medio jurídico, y de la falta de desarrollo y de un pronunciamiento profundo en torno a

---

/...ámbito de las comunicaciones, es un derecho público subjetivo irrenunciable positivizado, además, como una libertad fundamental del ciudadano dentro del Estado de Derecho y por tanto, elemento estructural de configuración objetiva de éste último de carácter permanente e imprescriptible. Por consiguiente, esa renuncia ha de reputarse nula de pleno derecho con efectos *ex tunc*.

<sup>20</sup> MONTOYA MELGAR, A. Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos. Jurisprudencia Constitucional española sobre trabajo y seguridad social. Tomo XVIII, 2000. Civitas, 2001. p. 194.

<sup>21</sup> MERCADER UGUINA, J. Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías. Relaciones laborales, número 10, 2001. p. 16.

todos estos temas que envuelve la protección constitucional de derechos laborales inespecíficos (concretamente la intimidad del trabajador) por parte del Tribunal Constitucional (TC), tenemos que remitirnos a la jurisprudencia comparada. Al respecto, el tribunal español se ha pronunciado manteniendo que la falta de comunicación a los representantes y la consiguiente ausencia del preceptivo informe no son significativas ni determinan que se esté vulnerando los derechos fundamentales de los trabajadores. Y ello aunque tampoco sea evidente para estos últimos la instalación de este tipo de sistemas de control. En ese sentido, la falta de comunicación a los representantes e incluso al propio trabajador afectado se justificaría por el temor de la empresa a que el conocimiento de la existencia de los mecanismos de control frustre «la finalidad apetecida», que es verificar la comisión de infracciones laborales, «no habiendo ningún precepto legal que exija que la adopción de medidas de vigilancia y control precise del conocimiento previo de los trabajadores o de sus representantes legales»<sup>22</sup>.

#### d) Laboralidad del control

Además del juicio de proporcionalidad, en el derecho comparado se exige una amalgama de requisitos adicionales para entender que los controles llevados a cabo a través de medios audiovisuales son lícitos.

En todo caso, la vigilancia debe recaer sobre la actividad laboral, se admite la videovigilancia como medida de supervisión de la conducta del trabajador fuera de su tiempo y lugar de trabajo, cuando de ella se detrae una transgresión de la buena fe contractual por este último.

Por otro lado, la instalación de una cámara es lícita como medida de vigilancia y de difusión de imágenes captadas, o de conservación de las mismas una vez visualizadas dentro de un tiempo razonable y en las instalaciones de la empresa por la persona encargada del control, salvo que se haya apreciado infracción sancionable en cuyo supuesto podrán ser conservadas durante y a los solos efectos de prueba.

---

<sup>22</sup> Así lo estima el Tribunal Constitucional Español en las STC 186/2000 de 10 de julio.

La vigilancia ha de efectuarse en el lugar de trabajo, y concretamente en el sitio en el que el trabajador presta sus servicios. No queda amparada por el poder empresarial la captación de imágenes o audio en espacios personales de los trabajadores, como pueden ser los lavados, las salas de descanso, etc., en los que las acciones desempeñadas por los trabajadores pertenecen al estricto ámbito de su intimidad y no guardan relación con una eficaz prestación de sus servicios<sup>23</sup>.

Ahora bien, aunque la instalación de medios de vigilancia electrónica en lugares de descanso o esparcimiento de los trabajadores resulta lesiva de su derecho a la intimidad, eso no significa que esa lesión no pueda producirse en aquellos lugares donde se realiza la actividad laboral, si concurre alguna circunstancia que permita calificar la actuación empresarial como ilegítima intrusión en el derecho a la intimidad de los trabajadores.

En países como España por ejemplo, la doctrina constitucional de la proporcionalidad determina que sólo se pueda considerar respetuosa con los derechos fundamentales de los trabajadores aquella medida de control a través de sistemas de audio/video que supere el triple test que ya mencionamos anteriormente: juicio de necesidad, juicio de idoneidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Además, ha de venir justificada objetivamente con independencia de la mera conveniencia empresarial de vigilar a los trabajadores.

Es indudable que en algunas empresas que se dedican a actividades peligrosas para la integridad física, los medios audiovisuales de control resultan especialmente útiles para vigilar determinadas fases del proceso productivo.

No obstante, el derecho a la intimidad de los trabajadores no es el único que está en juego frente a los poderes empresariales en materia de nuevas tecnologías. El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra consagrado en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política del Perú. El mismo que establece que:

«Toda persona tiene derecho a: Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones

---

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (España), de 21 de abril 1995.

o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (...)».

Como se puede apreciar, el secreto a las comunicaciones es una variante más del derecho a la intimidad del trabajador. Sin embargo ¿qué puede entenderse específicamente sobre la misma? Al respecto, Belda Pérez-Pedrero<sup>24</sup> acierta cuando afirma que el secreto de las comunicaciones debe entenderse como la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes, a través de un medio destinado a tal efecto sin que trascienda el contenido del proceso comunicativo.

Dicho en otros términos, esta variante del derecho a la intimidad implica la facultad que tiene toda persona de comunicarse libremente con sus semejantes contando para ello con la garantía de que el contenido de sus mensajes no serán vulnerados ni conocidos por personas ajenas a las receptoras.

Ciertamente, se trata de aquella premisa que limita el contenido de un mensaje únicamente entre emisor y receptor garantizando de esta manera la intimidad de las personas involucradas.

Queda claro que, este derecho al secreto de las comunicaciones impide la intromisión de terceros en estas últimas y su retención por cualquier medio. No obstante, aunque esa reserva frente al conocimiento de terceros tiene por objeto salvaguardar la intimidad de la información transmitida, la doctrina comparada ha señalado que existe una presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es secreto en un sentido sustancial<sup>25</sup>, por lo que en realidad lo que se acaba protegiendo es la opacidad de la propia comunicación, afecte o no a la esfera íntima personal. Se afirma que, esta es la diferencia entre el derecho al secreto de las

---

<sup>24</sup> Véase BELDA PÉREZ – PEDRERO, E. El derecho al secreto de las comunicaciones: algunos apuntes sobre su protección en las relaciones por correo electrónico. En: III Jornadas sobre Informática y Sociedad 2000. Instituto de Informática Jurídica. UOCO. ICADE. p. 73.

<sup>25</sup> Así lo estima el Tribunal Constitucional español en la STC 34/1996, 11 de marzo: Visto desde esta perspectiva, «el concepto jurídico de lo secreto tiene un carácter formal (...) y abstracto en consecuencia, ya que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito personal, lo íntimo o lo reservado».

comunicaciones y el derecho a la intimidad, es decir, que toda comunicación es secreta aunque sólo algunas son íntimas. En este último caso, estarían en juego ambos derechos fundamentales de los trabajadores.

Ahora bien, el secreto de las comunicaciones opera respecto de terceros, pero no de los sujetos que se intercomunican. Esto quiere decir, por ejemplo, que en el caso de las comunicaciones telefónicas en las que uno de los interlocutores graba la propia conversación sin conocimiento del otro, entendiéndose que dicha conducta, aunque pueda considerarse desleal desde el punto de vista ético, no atenta contra la intimidad personal del segundo<sup>26</sup>.

En lo que respecta a la grabación de voces al tiempo que se graban imágenes, algunos autores han señalado que «es válida la captación de imágenes pero la de voces no, arguyendo que en la escucha de conversaciones que mantienen los trabajadores entre sí y con los clientes, «pueden darse conceptos que afecten al ámbito particular del propio trabajador y aún de los clientes que no existe razón alguna de vigilancia que autorice a la empresa a conocer»<sup>27</sup>.

En cambio, otros autores han afirmado que el centro de trabajo no constituye un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, pues la actividad labora está al margen de aquel derecho. Sin embargo esta tesis fue rechazada en la jurisprudencia constitucional comparada ya que se considera que también en aquellos lugares en que se desarrolla la prestación de servicios pueden producirse intromisiones ilegítimas del empresario.

En los últimos tiempos, se han venido dado este tipo de casos a nivel internacional. Incluso se ha señalado que la justificación de la decisión empresarial de llevar a cabo las escuchas, se encuentra fundamentada en la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio para su posible mejora. En ese sentido, en nuestro país hace falta por parte del Tribunal Constitucional un desarrollo mucho más completo en lo que a la identificación y solución de esta clase de conflictos se refiera.

---

<sup>26</sup> COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge. Derecho del Trabajo. Lima: Normas Legales, 2005. p. 342 y siguientes.

<sup>27</sup> Ibid. p. 343.

## 5. CONCLUSIONES

En definitiva, nos encontramos ante una cuestión un tanto espinosa, por lo que aventurarse a establecer conclusiones puede ser arriesgado. Tal vez uno de los principales obstáculos a la hora de tratar este tema es que no existen soluciones legales específicas y suficientes para la amalgama de problemas que se generan a partir de la proliferación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral. Sin embargo, tampoco podemos esperar que se establezca la normatividad necesaria para cada caso en particular. En todo caso, lo que se requiere es un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en el que se desarrolle el contenido y las propias limitaciones en el ejercicio de las facultades del empleador y los derechos inespecíficos laborales del trabajador, específicamente el derecho a la intimidad. Esto propiciará que se tenga cierta claridad al momento de establecerse un control por parte del empleador, y tendrá como resultado una adecuada y global protección de los derechos laborales constitucionales.

Siendo esto así, conviene precisar que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empresario, en ningún caso, pueden tener como consecuencia un resultado lesivo para los derechos fundamentales del trabajador, a su vez, la ausencia de todo control sobre la actividad profesional del trabajador, de ningún modo, puede acarrear una lesión de los derechos legítimos del empresario.

Consideramos que el empresario a la hora de utilizar medidas de monitorización laboral debe respetar el denominado principio de proporcionalidad e intervención mínima, lo cual implica que el control no se lleve a cabo de forma masiva e indiscriminada, y que la finalidad que persigue esté justificada, es decir que las medidas sean indispensables para la seguridad y el buen desarrollo de la actividad productiva.

De este modo las medidas tomadas tienen que ser justas y proporcionales, no anulando ni perjudicando la intimidad y trabajador. Sin embargo, en la medida que de ellas no se derive una ventaja considerable para la empresa y si un perjuicio grave para la intimidad del trabajador, el control será rechazado al punto de prohibirse por completo. En tal sentido, en el ámbito laboral la intimidad tiene que pasar por

un juicio de proporcionalidad, juicio de idoneidad y juicio de necesidad y además, su adopción debe responder a motivaciones objetivas, distintas de la simple y llana conveniencia empresarial.

La defensa efectiva a través de las garantías adecuadas, de los derechos fundamentales en el seno de la organización empresarial, es una tarea de primer orden del Derecho del Trabajo de nuestros días. Los legisladores, pero sobretudo los Tribunales Constitucionales, y los jueces, tienen un importante compromiso en orden a evitar que el trabajador sometido a su contrato deje de ser un ciudadano y sea reducido a cosa objeto de dominación.

Esta mutación de poderes de dirección en poderes de dominación, deben encontrar la férrea oposición del respeto a los derechos del trabajador a su intimidad, a la igualdad de trato, etc. Tales derechos son objeto de tutela en todos los ordenamientos jurídicos, y pueden enmarcarse dentro de los derechos fundamentales de la persona reconocidos en las declaraciones de los derechos humanos y en las Constituciones, así como en la legislación laboral.

El mejor mecanismo para resolver los conflictos que se susciten sea la negociación colectiva, a través de la cual pueden pactarse reglas de uso y control que permitan una utilización de dichos medios respetuosa con los derechos fundamentales de los trabajadores. En otras palabras, mientras no haya un pronunciamiento definitivo en torno a este tema, la solución habría que buscarla en el consenso de las partes.

# Nuevos desafíos del sistema previsional peruano: modelo complementario o alternativo de pensiones

*Paola Orellana Rosalino*

Estudiante de Derecho de la Universidad de Lima

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad tanto a nivel nacional como internacional el tema del Sistema de Pensiones genera grandes controversias. En el Perú coexisten dos sistemas de pensiones de jubilación. El Sistema Nacional de Pensiones - SNP, que consiste en un sistema de reparto que opera desde la década de los años 70 y se encuentra regulado por Decreto Ley 19990 (en adelante D.L 19990), que es aplicable para todos los ciudadanos y el Decreto Ley 20530 (en adelante D.L 20530) que constituye el marco normativo para los funcionarios y servidores públicos del Estado; y el Sistema Privado de Pensiones - SPP con un sistema de capitalización individual creada en la década de los años 90 normada por el Decreto Ley 25897.

Es por ello, que comenzaré por desarrollar los antecedentes del sistema de pensiones y describiré cada uno de los sistemas existentes, para luego enumerar los principios en los que se fundamentan. Posteriormente, desarrollaré una reseña de lo que implica la seguridad social.

Finalmente, comentaré la regulación de los sistemas pensionarios en Argentina que posee un Sistema Mixto y Chile que apunta por un Sistema Privado, con lo cual nos ayudará a ampliar más nuestro conocimiento acerca de los sistemas pensionarios<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El Señor Fernando Muñoz-Najar, Asesor Institucional de la Asociación de AFP, me ayudó a tener un conocimiento más amplio con respecto a éste tema.

## 2. ANTECEDENTES

El régimen público de pensiones surge en el año 1936 con el seguro social obligatorio. En 1973, se unificaron los distintos regímenes que existían para obreros, empleados y trabajadores privados en el denominado Sistema Nacional de Pensiones (en adelante SNP), que tenía la forma de un fondo común, es decir, funcionaba como un sistema de reparto<sup>2</sup>. Luego, a inicios de los noventa el Instituto Peruano de Seguridad Social - IPSS se encontraba a cargo de una parte de la previsión social, y es en esa fecha que el sistema de pensiones alcanzó su punto más crítico encontrándose en una situación en la cual la recaudación simplemente no llegaba a cubrir las obligaciones pensionarias. Así, el SNP había colapsado y como consecuencia de ello es que se dió un cambio estructural con el fin de detener el colapso del Tesoro Público, ya que el sistema de reparto que existía en el Perú a cargo del sector público resultaba inviable, a través de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (en adelante AFP).

Esto significó un cambio significativo en la forma como era concebido nuestro sistema de seguridad social, antes considerado como única y total responsabilidad del Estado<sup>3</sup>. Ésto debido a que en realidad, se reconocieron más beneficios de los que podían otorgarse y los gobiernos acostumbrados a tomar dinero prestado de las pensiones sin devolverlos.

Asimismo, se advertían importantes cambios demográficos en la composición de la población: la esperanza de vida estaba en aumento desde la década de los cincuenta, tanto para hombres y mujeres, como en el ámbito urbano y en el rural<sup>4</sup>. La esperanza de vida pasó de 44 a 75 años. Por otra parte, se producía un descenso en las tasas de natalidad lo cual agravaba aún más el problema, pasando de 47 por mil habitantes a 17 por mil habitantes.

---

<sup>2</sup> MACROCONSULT. REM Política Económica. La difícil convivencia: Sistema de Pensiones en el Perú. Lima, 2005. p.7.

<sup>3</sup> MORON, Eduardo y CARRANZA, Eliana. Diez Años del sistema Privado de Pensiones. Avances, Retos y Reformas 1993 – 2003. Lima: Universidad del Pacífico, 2003. p.19.

<sup>4</sup> MACROCONSULT. Op. cit. p.7.

Entonces, el SNP había presentado abusos que llevó a la pérdida de credibilidad por una mala gestión administrativa como consecuencia de malos manejos; hubo un proceso hiperinflacionario que terminó por acabar los fondos acumulados y un mal manejo del sistema. Esto último, contribuyó al deterioro de los beneficios otorgados a los pensionistas y generó una creciente urgencia por brindar a los trabajadores más jóvenes una alternativa sostenible de ahorro previsional<sup>5</sup>.

Perú fue el segundo país luego de Chile en 1981 en reformar su sistema pensionario, pasando de un sistema de reparto a través de la cual todos los trabajadores aportan a un fondo común al de capitalización a través de cuentas individuales. Fue el 6 de Diciembre de 1992, con el gobierno de Fujimori Fujimori que se creó el Sistema Privado de Pensiones - SPP mediante Decreto Ley 25897, que recién en junio de 1993 la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SAFP dio permiso para realizar sus operaciones.

En síntesis, la reforma del Sistema de Pensiones surge como consecuencia del desequilibrio financiero del antiguo sistema, la presencia de incentivos hacia la distorsión de los beneficios percibidos por los jubilados y sobre todo buscando evitar que los ahorros previsionales de los trabajadores queden ampliamente expuestos a riesgos asociados a factores políticos<sup>6</sup>.

### **3. DESCRIPCIÓN DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES**

El Sistema de Pensiones cuenta con dos regímenes, aquel administrado por el Estado y el otro administrado por las AFP.

#### **3.1. Sistema Nacional de Pensiones - SNP**

El Sistema Nacional de Pensiones es un sistema instituido por Decreto Ley 19990 y administrado por la Oficina de Normalización previsional - ONP. Ésta es

---

<sup>5</sup> MORON, Eduardo y CARRANZA, Eliana. Op. cit. p.20.

<sup>6</sup> Ibid., p.22.

la norma central en la cual están comprendidos los trabajadores mineros, de construcción civil, aviadores comerciales, entre otros. Cuenta con unos 400 mil aportantes entre los cuales trabajadores estatales y particulares. Los fondos aportados a este sistema son de reparto y se contabilizan por años con un mínimo 20 años de aportaciones.

La excepción a esta regla son los funcionarios y servidores públicos del Estado en cuyo caso se aplica el D.L 20530, quienes gozan de pensiones generosas y que causan un severo desequilibrio financiero con transferencias del Tesoro<sup>7</sup>. Este sistema es llamado, también, Régimen de la Cédula Viva, administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas - MEF. Dicho sistema cuenta con unos 300 mil pensionistas y ha sido cerrada mediante Ley 28449 en la que se prohíbe nuevas incorporaciones o reincorporaciones. Sin embargo, sigue causando grandes gastos para el Estado.

Por un lado, en el régimen del D.L 19990 se encuentran afiliados activos aproximadamente 1'300,000 personas, pero sólo cotizan 449,962 asegurados (obligatorios y potestativos) y reciben pensiones 400,700<sup>8</sup>; mientras que por otro lado, en el régimen del D.L 20530 están afiliados activos o cotizan cerca de 27,000 y reciben pensiones 295,000<sup>9</sup>.

Existe también un régimen que se aplica a parte de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, el cual se encuentra regulado por el Decreto Ley 19846, cuyo fondo pensionario es administrado por la Caja de Pensiones Militar Policial, bajo el mando de los Ministerios de Defensa y del Interior.

Se dice, que éste sistema presenta un serie de dificultades entre las que se encuentran causas demográficas al haber una disminución de aportantes y persistir un aumento de número de pensionistas; causas institucionales, que al establecer

---

<sup>7</sup> MACROCONSULT. Op. cit. p.11.

<sup>8</sup> PRIMER CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Desafíos y Perspectivas del Derecho del trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú. Lima: Sociedad Peruana del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 361.

<sup>9</sup> Loc. cit.

un esquema de riesgos y haber dado lugar a condiciones para el acceso de beneficios ha dado pie a que resulte positivo para los asegurados pero, no necesariamente favorable para el sistema por la carga pasiva existente; y finalmente las instituciones encargadas de administrar el régimen no siempre generaron los cambios legales y reglamentarios para adaptar el sistema a los cambios socioeconómicos.

### **3.2. Sistema Privado de Pensiones - SPP**

El Sistema Privado de Pensiones fue creado por el Decreto Legislativo 25897 del 6 de Diciembre de 1992, como consecuencia del desequilibrio financiero del sistema antiguo como se mencionó anteriormente. Éste sistema es de libre afiliación, agrupando a los trabajadores dependientes e independientes en el cual el manejo de sus fondos se fundamenta en cuentas de capitalización individuales. Es decir, que cada trabajador realiza sus aportes periódicos, y de acuerdo a esto así como a su rentabilidad, se efectuará el pago de sus pensiones. Cabe señalar, que estos fondos no son parte del patrimonio de las AFP, pertenecen exclusivamente a los trabajadores afiliados y sus cuentas individuales son intangibles.

Su manejo especializado, combinado con la independencia en el manejo de los fondos, la obtención de la rentabilidad más alta con el menor riesgo, la diversificación en las inversiones, las que tienen límites señalados por la ley y la inversión de una parte todavía pequeña de los fondos en el exterior<sup>10</sup>, es lo que hace de este sistema un sólido fondo de capitalización y haber captado que aún es poco a más de un tercio de la Población Económicamente Activa – PEA.

El SPP es supervisado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP - SBS, la cual controla y fiscaliza a las AFP mediante normas generales y aspectos operativos para una mejor administración. Es cierto que éste sistema es cuestionado tanto a nivel nacional como internacional, pero también es cierto que ha tenido también éxito frente al fracaso de los sistemas públicos de reparto que como en nuestro caso supone una gran carga para el Estado y que ahora los afiliados recibirán

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 417.

una mejor pensión de las que hubiesen recibido con una contribución en el sistema público.

#### **4. PRINCIPIOS DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES**

La crisis del sistema de reparto en el Perú se debió a varias razones, entre ellas la insuficiencia administrativa, el desequilibrio financiero y la escasa cobertura. Ante todo esto, se establecieron los sistemas de capitalización individual (modelo privado) en el cual, las pensiones dependerán de sus propios aportes.

Los sistemas de reparto por un lado se basan según la doctrina en los principios fundantes de la seguridad social. Entre ellos, se encuentran:

##### **4.1. Principio de universalidad**

Se refiere a la cobertura de la totalidad de las contingencias sociales como enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, muerte, viudez, orfandad, desempleo, entre otros. Es decir, el acceso a la seguridad social de todos sin limitación ni distinción alguna.

##### **4.2. Principio de la solidaridad**

Implica la libertad del individuo y la dignidad del hombre, debe practicarse como adhesión personal y responsable a las necesidades ajenas<sup>11</sup>.

##### **4.3. Principio de integralidad**

Se refiere a que las prestaciones otorgadas por el sistema de seguro social deben ser suficientes para atender la contingencia de que se trate.

---

<sup>11</sup> ANACLETO GUERRERO, Víctor. Guía de la Seguridad Social, base teórico legal, casos prácticos, modelos, jurisprudencias, legislación complementaria. Lima: Gaceta Jurídica, 2001. p. 26.

#### **4.4. Principio de unidad**

Se remite a la individualidad de los riesgos como a la unidad orgánica o administrativa de la seguridad social. En otras palabras, que todas las prestaciones de la seguridad social deben ser suministradas por una sola entidad o por un sistema único de financiamiento<sup>12</sup>.

De otro lado, los sistemas de pensiones basados en la capitalización individual cuestionados por no poseer el principio de solidaridad se basan en:

#### **4.5. Principio de equidad individual o equivalencia**

Es la justicia, producto de la armonía propia de que cada uno reciba pensiones con relación a sus aportes realizados, en una cuenta individual que se origina.

#### **4.6. Principio de eficiencia**

Se manifiesta en la administración y rentabilidad de las pensiones. En el caso de las AFP, éstas administran los aportes hechos pero que no forman parte de su capital, con total independencia brindando un sistema eficiente para sus necesidades.

#### **4.7. Principio de libre elección**

Gozan de éste principio, los destinatarios del sistema de las administradoras de sus pensiones, ya que los afiliados podrán traspasarse a otras AFP que mejor satisfaga sus necesidades.

### **5. LA SEGURIDAD SOCIAL: DESCRIPCIÓN Y MARCO NORMATIVO**

A lo largo de la vida, el ingreso de las personas crece hasta llegar un momento en que éste se ve disminuido por la capacidad para poder generarlo, sea física o

---

<sup>12</sup> Loc.cit.

intelectual. Y, son parte de esos ingresos llamado ahorro generado en su etapa activa lo que el trabajador recibirá cuando se encuentre en su etapa pasiva, es decir cuando haya dejado de trabajar. En general, los consumidores son «miopes» respecto a sus ingresos futuros y no necesariamente prevén la reducción en sus ingresos o las necesidades que tendrán cuando sean ancianos<sup>13</sup>. Es por ello, que la poca práctica de ahorro conlleva a una situación riesgosa al momento de llegar la vejez.

En Alemania, el canciller Otto Bismark en el año 1880 creó un Seguro Social para enfrentar las contingencias como la vejez, invalidez y muerte. Se dice que así es como surge el concepto de seguridad social, luego de la aparición de reducidos grupos de personas de distintas actividades económicas que se juntan para una protección mutua se llega a una protección de todos los trabajadores por cuenta ajena.

Sin embargo, no hay que confundir el concepto de Seguro Social con el de Seguridad Social. Esto porque el seguro social impuesto por el canciller alemán es un sistema de seguridad históricamente ligado al problema suscitado por la clase obrera, es decir se trata de procedimiento para proporcionar seguridad social a la clase asalariada y que, en un determinado momento, era la más necesitada y por lo tanto, requería de medidas de garantía frente a su inseguridad<sup>14</sup>.

Parte de la doctrina concibe seguridad como parte de una política social, establecidas por normas de orden público y por una estructura organizativa que tenia como objetivo velar las condiciones de vida satisfactorias. Así, es como la seguridad social, los sistemas familiares, de prestaciones y la asistencia social tenían como finalidad cubrir los riesgos de interrupción, disminución, enfermedad o terminación de aquella capacidad de trabajo.

---

<sup>13</sup> MACROCONSULT. REM Política Económica. La difícil convivencia: Sistema de Pensiones en el Perú. Lima, 2005. p. 7.

<sup>14</sup> ANACLETO, Victor. Op. cit. p. 25.

La Seguridad Social en sus concepciones más modernas, es un componente esencial de un sistema amplio, el de la protección social integral.<sup>15</sup> Existe un fin mayor que es el bienestar general frente a las contingencias como invalidez, vejez, fallecimiento, la protección cuando uno es trabajador, cuando es pensionista o cuando se presenten situaciones de inactividad laboral.

De allí que el concepto Seguridad Social se ocupe de las contingencias humanas, de los riesgos sociales, como lo son: la enfermedad, la invalidez, la vejez, los accidentes, la muerte, el desempleo, y que ésta desarrolla un rol importante y esencial en el devenir de los pueblos, siendo de necesidad vital su desarrollo y crecimiento integral.

Para Beveridge, «Seguridad social es el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan»<sup>16</sup>.

Martín Fajardo considera que la Seguridad Social es, «Un sistema de protección contra las contingencias humanas, que procura a la vez la elevación del nivel de vida y el bienestar colectivo, en base a la distribución de la renta»<sup>17</sup>.

Entonces, Seguridad Social es un mecanismo mediante el cual se otorga protección al ser humano ante las posibles contingencias que se den a lo largo de su vida, producto de una disminución en su capacidad laboral y que tiene por propósito elevar o mantener su nivel económico social.

Para el Estado, la seguridad social es una política y, como tal, dependerá de la tendencia ideológica del gobierno de turno la estructura del modelo previsional que

---

<sup>15</sup> PRIMER CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Desafíos y Perspectivas del Derecho del trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú. Lima: Sociedad Peruana del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 324.

<sup>16</sup> Ibid. p. 323.

<sup>17</sup> ANACLETO, Victor. Op. cit. p. 24

se va a aplicar, esto es: si será un sistema basado en un único pilar público; uno en el cual concurren un pilar público y uno privado; uno con único pilar privado, etc.<sup>18</sup>.

Así es como las pensiones para la vejez, es una de las contingencias más difíciles de determinar para la seguridad social desde los inicios, ya que conlleva una gran cantidad de riesgos. Actualmente, existen estrategias múltiples para proteger a la población anciana de una sociedad, como son regímenes de previsión formales, asistencia social formal y sostenimiento desde el propio grupo familiar<sup>19</sup>.

La seguridad social se manifiesta en la Constitución Política del Perú a través de dos artículos.

«Art. 10 El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida».

Con esto se reconoce el derecho que tiene todo ciudadano a la seguridad social y será potestad constitucional señalar aquellas contingencias sociales que merezcan protección en relación a la seguridad social. Ciertamente, en el marco de un Estado Social de derecho como el que consagra la Constitución, lo anterior no implica que el Estado pueda desentenderse de al menos dos de las prestaciones más relevantes de la seguridad social como son la salud y las pensiones<sup>20</sup>.

Debido a lo dicho anteriormente es que se da libre acceso a éstas prestaciones, según

---

<sup>18</sup> ABANTO REVILLA, César. Sistema de Pensiones en el Perú. En: Actualidad Jurídica; 2006.p. 250.

<sup>19</sup> MACROCONSULT. REM Política Económica. La difícil convivencia: Sistema de Pensiones en el Perú. Lima. julio 2005. p. 3.

<sup>20</sup> PRIMER CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Desafíos y Perspectivas del Derecho del trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú. Lima: Sociedad Peruana del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 326.

«Art. 11 El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento».

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 25 afirma que la seguridad social es un derecho fundamental.

«Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure así como a su familia, la salud y el bienestar, tiene asimismo el derecho a seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia (...)»

Son estas disposiciones internacionales establecidas en los convenios o tratados que resultan vinculantes para el Estado, que las ratifica y que debe buscar armonizar su contenido con la normativa nacional, sin dejarse de lado la coyuntura económica, política y social del país<sup>21</sup>.

## **6. REGULACIÓN DE LOS SISTEMAS PENSIONARIOS EN ARGENTINA**

Las jubilaciones y pensiones se encuentran normadas por el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP - Ley 24241). Para el Estado Argentino los derechos de seguridad social como es satisfacer las necesidades en función de una serie de contingencias sociales resultado de la desigualdad, miseria, enfermedad, vejez, constituye la justicia social en su máxima expresión. En otras palabras, el requisito esencial del Estado es proporcionar a la población la satisfacción de las necesidades sociales.

Este sistema de pensiones tiene un carácter mixto, llamado Sistema Único de la Seguridad Social, el mismo que está compuesto por dos Regímenes:

1. El Régimen Público de Reparto es administrado por el Estado mediante la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), organismo

---

<sup>21</sup> Ibid. p. 329.

descentralizado en jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), basándose en el principio de solidaridad, ya que las sumas recaudadas por el Estado constituyen los recursos de la seguridad social para el pago de las prestaciones complementadas con la financiación del Estado.

2. El Régimen de Capitalización de cuentas Individuales (RCI) es administrado por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (en adelante AFJP), quien también depende del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social - MTSS, participan empresas privadas, las AFJP. Su financiamiento se da por el mecanismo de capitalización individual, el cual es la acumulación de los aportes del trabajador en actividad y el resultante de las inversiones de éstos. Son sociedades anónimas y su objetivo es sólo el de la administración de los «Fondos de Jubilación y Pensiones», fondo inembargable que pertenece a cada afiliado.

El afiliado tendrá la opción de poder elegir a cual de los dos regimenes desea realizar sus aportes, una vez efectuada la opción uno podrá traspasarse del régimen de reparto al régimen de capitalización en cualquier momento, pero no será factible el traspaso de capitalización al de reparto. Sin embargo, dentro del régimen de Capitalización es posible el cambio a otra transcurrido el periodo de un año como mínimo.

La edad para jubilarse es de 65 años para los hombres y 60 para las mujeres, la dinámica de estos regimenes existentes es demostrar 30 años de servicios y 28 de aportes.

Para los beneficios se tomarán en cuenta:

*Primero:* una prestación básica universal otorgada por el Estado que reciben todos los beneficiarios de ambos sistemas, el cual no varía desde el año 1998.

*Segundo:* una prestación complementaria para aquellos que se hayan traspasado del sistema de reparto al de capitalización, basado en la cantidad de años de aporte al viejo régimen, esto a cargo del Estado.

*Tercero:* una prestación como consecuencia de los aportes ingresados sea al sistema de reparto, el cual no podrá ser inferior al básico, otorgado por el Estado, y para el caso de capitalización será el monto acumulado en la cuenta individual liquidada en cualquiera de las modalidades (Renta Vitalicia Previsional, Retiro Programado o Retiro Fraccionado) más la prestación básica a cargo del Estado, más la complementaria de ser el caso.

Las circunstancias demográficas, sociales y económicas fueron las que afectaron al sistema previsional por lo que se le hizo varias reformas. Por ello, se planteó la libre opción al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, siendo la intención conducir a los afiliados al régimen de capitalización para poder disminuir así el gasto público. Sin embargo, aún subsisten ciertos regímenes especiales que no se han eliminado como es el caso de los legisladores, jueces, Fuerzas Armadas en Seguridad y Defensa.

Ahora, en este sistema de pensiones hay un gran sector excluido por lo que el principio de universalidad se encuentra lejano, más aún con la crisis de Argentina de 2001, las cargas sociales generaron desempleo, lo cual agravó aún más la situación. Superada dicha crisis y con una economía mejor, el nivel de recaudación creció. Pero, éste aumento quedó relegado al comparar la suma elevada de jubilados y pensionistas.

Así, éste sistema tiene una serie de desventajas, ya que el mercado laboral se ha incrementado de manera sustancial el grado de informalidad y una alta tasa de desempleo, que conlleva un riesgo del futuro inmediato con un menor número de personas a jubilarse. Como consecuencia de este descontento, es que la población ve como necesaria la modificación del actual sistema.

Una de las críticas que se le hace al sistema es que si bien se mejoró sus ingresos, únicamente una pequeña parte fue destinada a los aumentos en las pensiones, el resto se desvió para otros fines. De esta forma, nuevamente se está volviendo a cometer el mismo error constituyéndose una deuda para los jubilados y consecuencias futuras siendo los más cercanos a jubilarse los principales perjudicados.

De esto, se puede afirmar que no se han producido cambios como es el haber proporcional a los años de servicios aportados, los fondos de la seguridad social son utilizados para otros fines y hay un alto grado de porcentaje de informalidad. Se puede decir, asimismo, que la solidaridad, la equidad y la justicia social que son los primordiales supuestos de estabilidad en una sociedad en éste sistema se encuentran vulnerados.

## **7. LA REGULACIÓN DE LOS SISTEMAS PENSIONARIOS EN CHILE**

Chile fue uno de los primeros países que constituyó un régimen de previsión social bajo un sistema de reparto. Pero, es en el año 1981 que se dió una reforma estructural mediante del Decreto Legislativo 3500 de 1980, ocasionando el cierre definitivo del régimen de reparto de pensiones. Esto, previniendo las contingencias de vejez, invalidez y muerte del afiliado con lo cual, no se cambió el carácter público del sistema de pensiones.

Para acceder a éste sistema la edad necesaria de 60 años para las mujeres y 65 para los hombres. La única excepción a este sistema de pensiones son los miembros de las Armadas, policía y gendarmería que cuentan con su propio seguro y la Dirección de Previsión de Carabineros cuyo régimen es el de reparto.

Se dice, asimismo, que se asegura el derecho a la seguridad social al encontrarse garantizado por la Constitución Política y que es deber del Estado vigilar el adecuado ejercicio. Con este planteamiento, es que el estado chileno se estructura sobre el principio de proteger a toda la población.

Entonces, este sistema previsional se encuentra conformado por un sólo régimen. La afiliación al sistema de capitalización, es obligatoria para las personas que laboren luego del 1 de enero de 1983 o voluntaria sea para aquellos que al momento de dicha fecha se encontraran laborando así como, los que no se encuentran subordinados a un empleador. Ninguna AFP podrá negar la incorporación a un afiliado, siendo la base la libertad de opción de elegir la Administradora a la que se desee afiliarse y eligiendo la modalidad que le convenga.

Se da una pensión de vejez; una pensión anticipada común; una pensión anticipada por desempleo de trabajos pesados la cual se financia con una cotización especial que deben efectuar los trabajadores y empleadores cuyas labores o actividades hayan sido calificadas como tal; una pensión por invalidez y una pensión de sobrevivencia.

Estos fondos de pensiones constituyen patrimonio independiente de la Administradora, en la cual las AFP son las que administran dichos fondos por cuenta de los afiliados que son únicos propietarios. Por tanto, constituyen intangibles. A modo de diversificar el riesgo de las pensiones de los afiliados y poder incrementar los ahorros se tiene permitido invertir en el exterior. Adicionalmente, podrá las AFP constituir sociedades filiales a manera de complementar su giro, con previa autorización de la Superintendencia.

Se han debatido y dicho muchas cosas respecto de este régimen de pensiones pero no se puede negar que éste es un sistema público con gestión privada, es decir que aún al Estado le corresponde la creación, promoción, orientación y control de todo el sistema, incluido el de pensiones, conforme lo dispuesto por la Constitución Política de la República<sup>22</sup>.

Este sistema aún no tiene una cobertura total y aquellos que son subordinados dejan de serlo para pasar a la situación de la informalidad por lo cual se debería tener un especial estudio respecto a este tema. Y, la falta de afiliación de los trabajadores independientes, informales, entre otros conlleva a una desprotección social. De ésta forma, estas personas tienen una alta probabilidad de ser atendidas por el Estado, como consecuencia quizás de que el Estado debe poner más atención a éstos sectores que demandan protección social.

Para terminar queda decir, que el Estado efectúa importantes aportes al sistema contributivo financiando pensiones mínimas del antiguo sistema, pensiones mínimas de garantía estatal en el sistema de capitalización individual, bonos de reconocimiento otorgados cuando se produjo el cambio de sistema de pensiones, entre otros<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Mayor información [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org)

<sup>23</sup> Mayor información [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org)

## **8. COMENTARIOS**

Hay que recordar que si bien hoy en día coexisten dos sistemas de pensiones, el planteamiento original consideraba el reemplazo progresivo del sistema público, por lo que dificulta el avance y crecimiento del sistema privado restando potencialidad.

Hoy en día se puede ver que existe una carga fiscal en el Sistema Nacional de Pensiones debido a un error en su financiamiento lo cual no resulta viable, observándose un aumento del número de pensionistas y manteniéndose la cantidad de aportes. Así, el SPP ha ayudado a los problemas que ha tenido el Estado de manera eficaz, aliviando las cargas públicas y brindando una mayor seguridad para el afiliado contrario a los manejos políticos en el SNP.

Como algunos bien argumentan, una desafiliación del Régimen del SPP y el retorno al SNP no ayuda en mucho ya que los trabajadores que hubiesen aportado muy poco o casi nada serían los que se traspasarían incrementando más el número de pensionistas, más no los aportes. Y, asimismo ésta alternativa resultaría inconsistente con el planteamiento original que era el de cerrar el SNP.

Otro aspecto a tener en cuenta, es la inserción laboral de las amas de casa dedicadas a la crianza de hijos. Así como, adoptar sanciones más drásticas respecto de aquellos empleadores que incurran en no pagar a tiempo las cotizaciones descontadas por los trabajadores.

El Estado debería reducir el impuesto a la renta en los aportes destinados a los fondos de pensiones para así fomentar una cultura previsional, siendo un incentivo a su vez para aquellos trabajadores independientes.

Asimismo, incrementar el porcentaje para que las AFP puedan invertir en el exterior ya que, de ésta manera se estaría diversificando el riesgo y como consecuencia se reduciría el riesgo de los aportes de los trabajadores y no restringirse en un solo mercado.

Por último, cuando se indica que el SPP carece del principio de solidaridad se está en algo equivocado puesto que dicho elemento se invoca en éste sistema previsional, no dándose por parte del Estado dicha solidaridad al no otorgar mecanismos tributarios que contribuyan al incremento de los afiliados al SPP.

## 9. CONCLUSIONES

1. Es cierto, que el Sistema Privado de Pensiones tiene aún dificultades que pueden subsanarse pero junto a esto, el reto del Estado debería ser incentivar y ser más creativos para poder ampliar el número de los aportantes, incorporándose al gran sector informal que persiste en la actualidad, que cuando lleguen a su etapa pasiva no recibirá pensión alguna, por parte del sistema privado o público. De esta manera velar porque todos los ciudadanos tengan acceso a la seguridad social, siendo el responsable de aquellas amenazas que puedan suscitar.
2. Por todo lo antes dicho, debería optarse por el Sistema Privado de Pensiones y el cierre definitivo del Sistema Nacional de Pensiones ya que fue el planteamiento inicial y aprovechar la estabilidad económica en la que se encuentra nuestro país. No se estaría quebrantando el concepto de seguridad social puesto que las contingencias están siendo cubiertas mediante un cambio de rol del Estado, lo cual no deja de tener injerencia por velar los intereses de las personas.
3. Como bien ha expresado Eduardo Morón y Eliana Carranza, la fortaleza futura de este sistema no está solo en las AFP, sino también en las acciones conjuntas que tomen el Poder Ejecutivo, Legislativo y las autoridades supervisoras. El reto es de todos, el compromiso también debería serlo.