

The logo for SPDTSS (Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) is displayed in a stylized, light blue font. The letters are bold and modern, with the 'S' and 'T' having unique shapes.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

XI CONGRESO NACIONAL

DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

“El futuro del trabajo, desafíos y oportunidades”

CUSCO-2024

del 29 al 31 octubre

AUSPICIADORES



XI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL – CUSCO 2024
PRIMERA EDICIÓN DICIEMBRE 2025
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N.º 822
Autores: María Belén Cardona Rubert / Domingos Sávio Zainaghi / Estela Ospina Salinas / María José Paredes Vereau / Fiorella Pia Peyrone Villacorta / Trinidad Castro Ramos / William Quispe Lovaton / Mg. Lisette Mapelli Arboleda / Iván Blume Moore / Cindy Arriola Supo / María Grazzia Espinoza Suárez / Miguel Alejandro Arenaza Vásquez / Teresita Ramírez Mendoza / Ariana Rodríguez León / Cesar Puntriano Rosas / Luis Miguel Medina Gutiérrez / Solanch Casia Estrella Revilla / Ricardo Herrera Vásquez / Guillermo Boza Pró / Katherine Lourdes López Núñez / Silvia Janet Maldonado Osorio / Víctor Renato Sarzo Tamayo / María Katia García Landaburú / André Jorge Cossio Peralta / Camila Swayne Salazar / Luis Mendoza Legoas / Beatty Egusquiza Palacín / Camila Meléndez / Carlos Rodrigo Abarca Rubianes / Carolina Sarmiento Mansilla / Elio Abimael Béjar Cárdenas / Miriam Illa Pantigoso / Ricardo Valdiviezo Puescas / Vianka Villena Fernández Baca / Giovanna Priá-lé Reyes / Mauricio Matos Zegarra / Sebastián Andrés Pizarro Contreras / Javier Paitán Martínez / Bárbara Torres García / Yohana Lisseth Huamán Vásquez / Claudia Elberthinna Rodríguez Montalvo / Joseph Aaron Smith Cuadros
© COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO: Willy Monzón Zevallos (Presidente), Luis Alberto Serrano Díaz, Mónica Pizarro Díaz, Cesar Gonzales Hunt
Copyright 2025 Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Editor: Luis Alberto Serrano Díaz Diseño y diagramación: Luis Ruiz Martinez
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Dirección: Av. Dos de Mayo 516, dpto. 201-Miraflores, Lima, Perú. Telf.: (01) 705 5586
HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ 2024-12005 ISBN: 978-9972-9422-6-6
En su edición electrónica, el libro alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, general, profesional, impulsando el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Esta edición se encuentra alojada y disponible para descarga libre en la página web de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social: www.spdts.org.pe

XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
"El futuro del trabajo, desafíos y oportunidades"

Cusco, 29 al 31 de octubre de 2024

COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO

Willy Monzón Zevallos (Presidente)

Luis Alberto Serrano Díaz

Mónica Pizarro Díaz

Cesar Gonzales Hunt

COMISIÓN DE PONENCIAS LIBRES

Betty Egúsquiza Palacin

Rebeca Aparicio Aldana

Manuel De Lama Laura

COMISIÓN DE CONCURSO UNIVERSITARIO

César Abanto Revilla

COLABORADORES

Linda Gabriela García Castillo

Diesslly Claudia Ravello Luis

Claudia Jimena Arévalo Santa María

Diego Duffoó Callirgos

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

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

CONSEJO DIRECTIVO 2023-2025

Presidente

Michael Vidal Salazar

Vice-Presidente

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Secretario

Willy Monzón Zevallos

Pro-Secretaría

Lidia Vílchez Garcés

Tesorera

Anna Vilela Espinosa

Pro-Tesorero

Herbet Prella Mayurí

Relaciones Internacionales

Víctor Ferro Delgado

Eventos y reuniones científicas

Karla Canova Talledo

Biblioteca y publicaciones

Luis Alberto Serrano Díaz

ASOCIADOS ACTIVOS

César Abanto Revilla
Jorge Luis Acevedo
Beatriz Alva Hart
Victoria Ampuero de Fuertes
Rebeca Aparicio Aldana
Javier Arévalo Vela
José Balta Varillas
Julio César Barrenechea Calderón
Jaime Beltrán Quiroga
Iván Blume Moore
Guillermo Boza Pró
Miguel Canessa Montejo
Karla Cánova Talledo
Ernesto Cárdenas Terry
Martín Carrillo Calle
Carolina Castillo Pastor
Nixon Castillo Montoya
José Ignacio Castro
Paul Cavalié Cabrera
Adolfo Ciudad Reynaud
Carlos Cornejo Vargas
Juan Carlos Cortés Carcelén
André Cossio Peralta
Ana Cecilia Crisanto
Jaime Cuzquén Carnero
Juan Carlos Chávez Paucar
Manuel De Lama Laura
Orlando De Las Casas
Alfonso De Los Heros
Betty Egúsquiza Palacin
Javier H. Espinoza Escobar
Cecilia Espinoza Montoya
Víctor Ferro Delgado
Leopoldo Gamarra Vilchez
Fernando García Granara
María Katia García Landaburu
César Gonzáles Hunt
Cecilia Guzmán-Barrón
Isabel Herrera Gonzales-Pratto
Ricardo Herrera Vásquez
Elmer Huamán Estrada
Carlos Jiménez Silva

César Lengua Apolaya
Víctor Malca Guaylupo
Roberto Matallana Ruiz
Mauricio Matos Zegarra
Renato Mejía Madrid
Luis Mendoza Legoas
Marlene Molero Suárez
Willy Monzon Zevallos
Carlos Morales Morante
Néstor Morales González
Italo Mórtola
Sandro Núñez Paz
Estela Ospina Salinas
Luz Pacheco Zerga
Jelio Paredes Infanzón
Mario Pasco Lizarraga
Luigino Pilotto Carreño
Mónica Pizarro Díaz
Herbert Prelle Mayuri
César Puntriano Rosas
Sergio Quiñones Infante
Carlos Quispe M.
Germán Ramírez-Gastón
Wilfredo Sanguinetti Raymond
Luis Alberto Serrano Díaz
Roberto Servat
Omar Toledo Toribio
Jorge Toyama M.
Liliana Tsuboyama
Mauro Ugaz Olivares
Daniel Ulloa Millares
Fernando Varela Bohórquez
Álvaro Vidal Bermúdez
Michael Vidal Salazar
Lidia Vilchez Garcés
Anna Vilela Espinosa
Luis Vinatea Recoba
Gino Yangali Iparraguirre
Jaime Zavala Costa

ASOCIADOS HONORARIOS

Manuel Alonso Olea †
Carlos Blancas Bustamante
Nestor de Buen †
Fernando Elías M. †
Guillermo González R. †
Jean Claude Javillier
Roger Zavaleta Cruzado †

Ricardo La Hoz Tirado †
Emilio Morgado V. †
Ricardo Nugent †
Carlos Palomeque L.
Américo Plá Rodríguez †
Mozart V. Russomano †
Javier Vargas Vargas †

XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

"El futuro del trabajo, desafíos y oportunidades"

Cusco, 29 al 31 de octubre de 2024

PROGRAMA

MARTES 29 OCTUBRE

- 17:00 - 18:30:** Registro de participantes
- 18:30 - 19:00:** Ceremonia de inauguración – Vice Presidente de la SPDTSS.
Ana Cecilia Crisanto Castañeda.
- 19:00 - 20:00:** Conferencia inaugural: La Inteligencia Artificial y el Futuro del Trabajo.
María Belén Cardona Rubert.
- 20:00 - 22:00:** Cóctel de apertura

MIÉRCOLES 30 OCTUBRE

- 09:00 - 10:30:** Propuesta de adecuación e implementación del Convenio 190 OIT en el Perú.
Domingos Savio Zainaghi
Estela Ospina Salinas
- 10:45 - 12:15:** Nuevas formas de trabajo y riesgos psicosociales asociados. Efectos de la sobrecarga laboral: Jornada de trabajo y desconexión digital.
Lisette Mapelli Arboleda
Iván Blume Moore
- 12:15 - 13:00:** Ponencias libres
- 13:00:** Almuerzo
- 16:00 - 17:20:** Mesa redonda: Tendencias de Inteligencia Artificial aplicadas por empleadores en LATAM.
Luis Felipe Narrea Espinoza
María del Carmen Portocarrero
Moderador: Ernesto Cárdenas Terry
- 17:20 - 17:30:** Coffee break

- 17:40 - 18:40:** Conversatorio: El derecho de huelga desde el Derecho Nacional e Internacional del Trabajo.
Marialaura Fino
Ricardo Herrera Vásquez
Guillermo M. Boza Pro
Moderador: Lidia Vilchez Garcés
- 18:40 - 19:10:** Ponencias libres

JUEVES 31 OCTUBRE

- 09:00 - 10:30:** Principales precedentes del TFL sobre el procedimiento inspectivo.
Luis Mendoza Legoas
Betty Egusquiza Palacin
Moderador: Luis Serrano Díaz
- 10:30 - 10:45:** Break.
- 10:45 - 12:15:** Los derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministros.
Maria Katia Garcia Landaburu
André Cossio Peralta
Moderador: Luis Serrano Díaz
- 12:15 - 13:00:** Ponencias libres
- 13:00:** Almuerzo
- 16:00 - 17:15:** Conversatorio: Propuestas para la reforma del Sistema de Pensiones.
Giovanna Prialé Reyes
Mauricio Matos Zegarra
Sebastián Pizarro Contreras
Moderador: César Gonzales Hunt
- 17:15 - 17:30:** Coffee break
- 17:30 - 18:30:** Conferencia de clausura: Desafíos de la seguridad y salud en el trabajo a propósito del cambio climático.
Bárbara Torres García (España)
- 18:30 - 19:00:** Clausura – Presidente de la Comisión Organizadora
Willy Monzón Zevallos

INTRODUCCIÓN

El presente libro recoge las ponencias y presentaciones correspondientes al XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), celebrado los días 29, 30 y 31 de octubre de 2024 en la ciudad de Cusco.

Nuevamente, en la línea de lo que han venido siendo los congresos nacionales organizados por nuestra asociación, los temas recogidos en el Congreso han tenido un carácter actual y de suma trascendencia dentro del ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Así pues, en esta oportunidad han sido objeto de disertación la inteligencia artificial y su impacto en el derecho del trabajo, la adecuación e implementación del Convenio 190 OIT en el Perú (sobre protección integral contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo), las nuevas formas de trabajo y riesgos psicosociales asociados, los efectos de la sobrecarga laboral (jornada de trabajo y desconexión digital), la huelga en nuestros días, los precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral respecto del procedimiento inspectivo, los derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministros, las actuales propuestas para la reforma del Sistema de Pensiones y, finalmente, los desafíos de la seguridad y salud en el trabajo a propósito del cambio climático.

Consideramos que el Congreso ha resultado un éxito, no solo por la importancia de los temas tratados, sino por el alto nivel de los expositores y panelistas, lo que nos permite seguir manteniendo la imagen del que se ha constituido en uno de los más importantes eventos sobre Derecho del Trabajo y Seguridad Social en el país.

De otro lado, es indispensables expresar el reconocimiento y agradecimiento correspondiente a los conferencistas y ponentes oficiales (nacionales y extranjeros), los ponentes libres, los panelistas, los moderadores, los auspiciadores, los asistentes, los miembros del Consejo Directivo de la SPDTSS, los miembros de las comisiones especiales, así como todos los que apoyaron en la realización del evento.

Finalmente, un reconocimiento especial a la Comisión Organizadora del Congreso, presidida por nuestro asociado Willy Monzón Zevallos, e integrada

además por César Gonzáles Hunt, Mónica Pizarro Díaz y Luis Alberto Serrano Díaz, quienes dedicaron su tiempo y esfuerzo a que el Congreso tuviera el destacable resultado obtenido.

Muchas gracias.

Michael Vidal Salazar

*Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social*

PRESENTACIÓN

Con gran beneplácito la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), organizó y celebró el XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, los días 29, 30 y 31 de octubre de 2024, en esta oportunidad, en la majestuosa e histórica ciudad del Cusco.

Por unos días, dicha ciudad emblemática se convirtió en el epicentro del debate académico, con la llegada de expositores y participantes desde distintos continentes, países y ciudades, lo que rebasó las expectativas y ratificó la importancia del congreso más importante de la SPDTSS.

En la presente edición, se compilan las diversas ponencias desarrolladas en el congreso, en el cual el eje central fue: “El futuro del trabajo, desafíos y oportunidades”, tema que incluye una mirada prospectiva que apunta a superar los desafíos que nos presenta el futuro del trabajo, ofreciéndonos una serie de propuestas interesantes que ameriten ser consideradas en el escenario nacional e internacional, y que permita tener en cuenta los múltiples problemas actuales, entre ellos, el impacto de la inteligencia artificial y el teletrabajo en un escenario global cambiante y sostenible que, además, exige entornos seguros y saludables de cara a una sociedad más justa e inclusiva.

El tema central del congreso decantó a su vez en temas de relevancia abordados de la siguiente manera: Conferencia inaugural: “La inteligencia artificial y el futuro del trabajo”. Ponencias oficiales y libres: “Propuesta de adecuación e implementación del Convenio 190 OIT en el Perú”, “Nuevas formas de trabajo y riesgos psicosociales asociados. Efectos de la sobrecarga laboral: Jornada de trabajo y desconexión digital”, “Inteligencia artificial tendencias aplicadas por empleadores en LATAM”, “El derecho de huelga desde el Derecho Nacional e Internacional del Trabajo”, “Principales precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral sobre el procedimiento inspectivo”, “Los derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministros”, “Propuestas para la reforma del Sistema de Pensiones”. Y la conferencia de clausura: “Los desafíos de la seguridad y salud en el trabajo a propósito del cambio climático”.

El congreso tuvo como apertura la conferencia de la Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia de la ciudad de España, María Belén Cardona Rubert, intitulada: “La Inteligencia Artificial y su Impacto en el Futuro del Derecho del Trabajo”, destacando que estamos ante una tecnología con un potencial transformador, único y exponencialmente superior a las tecnologías que la precedieron. La autora señala que la IA plantea

desafíos y oportunidades que requieren una revisión crítica de las normativas laborales actuales; por lo que, es fundamental considerar cómo el Derecho del Trabajo debe adaptarse para proteger los derechos de los trabajadores y garantizar un entorno laboral justo.

Prosiguieron las ponencias oficiales desarrollados por notables profesionales y especialistas, en cada uno de los temas, así tenemos los siguientes:

Domingos Sávio Zainaghi, profesor brasileño, abordó el tema “Adecuación e implementación del convenio 190 OIT en el Perú: hacia un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, resaltando la importancia del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre la violencia y el acoso, el camino que siguió en el proceso de ratificación. Comparte la experiencia de Brasil en la implementación del Convenio 190 de la OIT y las lecciones valiosas para Perú. Brasil ratificó el convenio en 2021, demostrando un compromiso temprano con sus principios. El autor sostiene que el proceso de implementación ha involucrado diversas estrategias, con el objetivo de evitar la violencia y el acoso en los centros de trabajo, y lograr entornos laborales seguros y respetuosos, en línea con la protección de la dignidad y el bienestar de los trabajadores, lo cual también contribuye a aumentar la productividad, mejorar el clima laboral, reducir el ausentismo y fortalecer la reputación de las empresas.

Estela Ospina Salinas, profesora peruana, desarrolló el tema: “Mundo del trabajo y sector informal”, destacando que las trabajadoras informales son las más vulnerables a condiciones de violencia estructural como de violencia y acoso en el mundo del trabajo, se interesa por el concepto de mundo del trabajo y cómo amplía el ámbito de tutela del Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), especialmente a las trabajadoras informales. Revisa la legislación y las prácticas nacionales de México, Argentina, Chile y Perú e identifica experiencias exitosas de ampliación al sector informal.

Lisette Mapelli Arboleda, abordó el tema: “Nuevas formas de trabajo y riesgos psicosociales”, analiza los factores de riesgo presentes en el teletrabajo y sus consecuencias en la salud y en el desempeño. Esta nueva modalidad ha generado en los trabajadores la necesidad de adaptarse a las demandas laborales que incluyen el uso de las TICs, la búsqueda de conciliación entre la vida familiar y laboral y el desarrollo de habilidades como la autodisciplina, la autonomía y la automotivación. En este escenario, la autora plantea riesgos psicosociales como el estrés, el síndrome de burnout, el síndrome de boreout y el acoso laboral. La presentación de este análisis puede permitir ubicar al teletrabajador como agente

activo en el cuidado de su salud, sin restar importancia a la responsabilidad que tienen los empleadores de velar por la seguridad y la salud de todos sus trabajadores.

Iván Blume Moore, con el tema: “Nuevas formas de trabajo y riesgos psicosociales: desafíos del derecho del trabajo”, analizó el impacto de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en la transformación del empleo y la aparición de las nuevas formas de trabajo como el teletrabajo, las plataformas digitales y los nómadas digitales. Explora cómo estas nuevas formas de trabajo plantean desafíos para prevenir y gestionar los riesgos psicosociales como el estrés, la fatiga y la depresión, que afectan la salud y bienestar de los trabajadores. Asimismo, evalúa las respuestas brindadas por el derecho laboral en el Perú frente a estos nuevos contextos, tales como: el derecho a la desconexión digital, las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, y la cobertura del seguro social.

Ricardo Herrera Vásquez, abordó el tema: “Nuevas tendencias jurisprudenciales sobre la huelga: ¿quiénes pagan los platos rotos?”, brinda respuestas a partir de lo que dice nuestro ordenamiento jurídico, la Autoridad Administrativa de Trabajo en resoluciones de la Dirección General de Trabajo o informes de la Oficina de Asesoría Jurídica u otros órganos del Ministerio de Trabajo, el Tribunal de Fiscalización Laboral, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, a las siguientes inquietudes: 1) ¿Puede haber huelga si hay arbitraje a iniciativa del empleador? 2) ¿Se puede sancionar a los huelguistas cuando se declaró la improcedencia, o es necesaria se declare la ilegalidad de la huelga? 3) ¿Se puede sancionar a los huelguistas solo por no haber asistido a laborar, ocupando un puesto mínimo o indispensable?, y 4) ¿Es legalmente posible una huelga con matices políticos?

Guillermo Boza Pró, presentó el tema: “El derecho de huelga en la normativa internacional del trabajo y su cuestionamiento”, analiza el reconocimiento y la protección del derecho de huelga en el ámbito internacional, con especial énfasis en la incorporación del debate suscitado en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto a su reconocimiento, implícito en el Convenio 87. Examina las posturas divergentes entre empleadores y trabajadores, la interpretación de los órganos de control de la OIT, y el desarrollo dentro de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con especial atención a la Opinión Consultiva OC-27/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luis Mendoza Legoas, abordó el tema: “Entre la discrecionalidad y el garantismo. Los precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral sobre la inspección del trabajo”, enfatiza que los precedentes que ha aprobado el Tri-

bunal de Fiscalización Laboral sobre las llamadas “infracciones contra la labor inspectiva” ofrecen una materia interesante para comprobar las tensiones entre los derechos de los sujetos inspeccionados y las facultades de la Administración del Trabajo para controlar las relaciones laborales y sancionar comportamientos antijurídicos. Propone bases para reflexionar jurídicamente sobre el sentido de este sistema, la importancia de la tutela administrativa ejercida a través de precedentes de observancia obligatoria, y sus bases conceptuales.

Beatty Egusquiza Palacin, con el tema: “Principales precedentes del tribunal de fiscalización laboral sobre el procedimiento inspectivo”. Definió el precedente administrativo inspectivo y precisa el impacto de los precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral en el Sistema de Inspección del Trabajo. Asimismo, analiza cada uno de los precedentes emitidos por el Tribunal en materia inspectiva, previamente los agrupa en función a las facultades inspectivas, modalidades de actuación y aquellos que abordan el tema de medida de requerimiento e infracciones insubsanables.

María Katia García Landaburú, desarrolló el tema: “Los derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministro”, mediante el cual expone las dificultades que existen para garantizar los derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministro, y la potencialidad que tienen las empresas multinacionales para participar activamente en el logro de dicho objetivo. A ese efecto, estudia los principales instrumentos creados para asegurar el respeto de los derechos humanos laborales por parte de las empresas multinacionales, y analiza su grado de efectividad, para finalmente presentar la última y actual fase en la que se encuentra dicha materia.

André Jorge Cossio Peralta, con el tema: “Debida diligencia y derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministro: del “soft law” a “hard law” y su implementación en el Perú”. Examina la debida diligencia en Derechos Humanos instaurada por Naciones Unidas en los principios rectores sobre empresas y derechos humanos y su efecto en las empresas transnacionales y en las cadenas mundiales de suministro para garantizar el respeto de los derechos humanos en general y los derechos humanos laborales en particular. Examina cómo se ha incorporado este procedimiento en instrumentos internacionales no vinculantes (de “soft law”) y su transición a instrumentos vinculantes (“hard law”); así como el proceso de incorporación e implementación en el Perú.

Giovanna Priale Reyes, expuso el tema: “Sistema de pensiones en el Perú: retos, oportunidades y principales cambios”. Resalta la necesidad de un marco macroeconómico prudente y un reglamento sólido para la reforma del sistema previsional en el Perú, especialmente en el contexto de la informalidad laboral y el envejecimiento

poblacional. La informalidad dificulta la inclusión de trabajadores en el sistema, lo que requiere innovaciones en alternativas previsionales para atraer a estos ciudadanos. Al mismo tiempo, el envejecimiento de la población demanda un enfoque sostenible en la gestión del ahorro previsional. La economía del comportamiento sugiere que se debe fomentar la educación financiera y la participación activa de las personas en la construcción de su ahorro, mejorando la toma de decisiones.

Mauricio Matos Zegarra, con el tema: “Reformas incompletas: los seguros sociales y la seguridad social en el Perú”, nos indica lo siguiente: Cualquier reforma aislada de una o varias prestaciones de la seguridad social estarán inevitablemente condenadas al fracaso si es que estas no se integran dentro de una reforma transversal de todo el sistema de protección social en el Perú. En un país, donde, además, el sistema sigue siendo de carácter esencialmente contributivo y basado en un modelo de seguros sociales, en lugar de uno de seguridad social, urge implementar a través del diálogo social una reforma que tienda a un sistema caracterizado por la universalidad en la cobertura, integrado y unitario en su gestión, y financieramente sostenible a través de esquemas contributivos y no contributivos.

Sebastián Andrés Pizarro Contreras, profesor chileno, presentó el tema: “Demografía chilena y pensiones: luces desde la sustentabilidad del régimen de pensiones, su reforma y la laboralidad del trabajador de edad”, indica que Chile muestra un escenario demográfico cuyas instituciones legales propias del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social no han sido capaces de entender ni de comprender dentro de sus dinámicas tutelares. En efecto, el envejecimiento de la población forma parte de una realidad que, dentro de canales laborales, se ve esquivada en el análisis jurídico y, mucho más, en la operatividad del entramado legal vigente.

Se brindó también la ponencia de Marialaura Fino (OIT) referida al “Derecho de huelga desde el Derecho Nacional e Internacional del Trabajo”, y en la mesa redonda “Tendencias de Inteligencia Artificial aplicadas por empleadores en LATAM”, se presentaron las ponencias de Luis Felipe Narrea Espinoza sobre “Tendencias de Inteligencia Artificial” y de María del Carmen Portocarrero sobre “Futuro del trabajo, desafíos y oportunidades”.

En cada uno de los ejes temáticos del congreso, se desarrollaron ponencias libres a cargo de expertos laboristas, siendo un total de veinticuatro, cuyos autores fueron Cindy Arriola Supo, Fiorella Pia Peyrone Villacorta, María José Paredes Vereau, María Grazzia Espinoza Suárez, Miguel Alejandro Arenaza Vásquez, Trinidad Castro Ramos, Teresita Ramírez Mendoza, William Quispe Lovaton, Ariana Rodríguez León, Camila Swayne Salazar, Cesar Puntriano Rosas, Luis Miguel Medina Gutiérrez, Solanch Casia Estrella Revilla, Katherine Lourdes López

Núñez, Silvia Janet Maldonado Osorio, Víctor Renato Sarzo Tamayo, Camila Meléndez, Carlos Rodrigo Abarca Rubianes, Carolina Sarmiento Mansilla, Elio Abimael Béjar Cárdenas, Miriam Illa Pantigoso, Ricardo Valdiviezo Puescas, Vianka Villena Fernández Baca y Javier Paitán Martínez.

En el congreso también se desarrolló el concurso universitario, resultando ganadores los estudiantes: Yohana Lisseth Huamán Vásquez (Universidad Nacional de Cajamarca), con el tema: “Límites del derecho a huelga en el Perú: Un análisis comparado a razón del caso Humpert vs. Alemania”; Claudia Elberthinna Rodríguez Montalvo (Universidad de Lima), con el tema: “Huelgas virtuales en la era del teletrabajo: Deficiencia normativa”; Joseph Aaron Smith Cuadros (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas), con el tema: “Desafiando El Estatus Quo: La necesaria reforma legislativa ante la ratificación del Convenio 190 de la Organización Internacional Del Trabajo (OIT)”.

Seguidamente, el congreso tuvo como conferencia de clausura la desarrollada por la profesora de la Universidad de Santiago de Compostela Bárbara Torres García, con el tema: “Desafíos de la seguridad y salud en el trabajo a propósito del cambio climático. Reflexiones generales desde la perspectiva española”, quien enfatizó en lo siguiente: El cambio climático es uno de los mayores retos de la sociedad actual, centrándose en particular, en la relación de dos elementos: salud laboral y cambio climático. Procede a una identificación general de los principales riesgos que se derivan bien de la propia degradación medioambiental, bien de las políticas de mitigación y adaptación adoptadas para hacer frente a la misma. En segundo lugar, estudió la forma en la que el sistema normativo español, en materia de prevención de riesgos laborales, está respondiendo a las situaciones generadas por la necesaria transición ecológica.

Estamos seguros de que este texto será un aporte fundamental en el abordaje y solución de los problemas derivados del futuro del trabajo, en un escenario de multiplicidad de problemas y cambios.

Finalmente, expresamos nuestro sincero y profundo agradecimiento y felicitación a las y los autores y, por supuesto, a los participantes y las instituciones auspiciadoras que hicieron posible la realización del XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la SPDTSS.

Willy Monzón Zevallos

Presidente Comisión Organizadora del Congreso -SPDTSS

Luis Alberto Serrano Díaz

Secretario de Biblioteca y Publicaciones- SPDTSS

ÍNDICE GENERAL

Comité Organizador del XI Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....	5
Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	6
Relación de miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....	7
Programa del XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social....	9
Introducción	11
Presentación	13

CONFERENCIA INAUGURAL: LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL FUTURO DEL TRABAJO

MARÍA BELÉN CARDONA RUBERT: La inteligencia artificial y su impacto en el futuro del derecho del trabajo	41
I. Introducción. Los desafíos que plantea la Inteligencia Artificial al Derecho del Trabajo	43
II. Gestión algorítmica y la toma de decisiones basada en datos: discriminación algorítmica.....	46
III. El ejemplo paradigmático: las plataformas digitales.....	51
IV. Los neuroderechos laborales: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo..	57
V. La respuesta regulatoria del viejo continente a los retos de la IA en el ámbito laboral: El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial.....	60
VI. Conclusiones.....	68
Bibliografía.....	69

PRIMER TEMA

PROPUESTA DE ADECUACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO 190 OIT EN EL PERÚ

PONENCIAS OFICIALES

DOMINGOS SÁVIO ZAINAGHI: adecuación e implementación del convenio 190 OIT en el Perú: hacia un mundo del trabajo libre de violencia y acoso	73
I. Introducción	75
II. Histórico de la Creación del Convenio 190 de la OIT	75
III. Desarrollo del Convenio	76
IV. El Convenio 190 en Brasil.....	78

V.	La implementación en Perú	79
VI.	Estrategias de Implementación	80
	1. Revisión y modificación de la legislación laboral	81
	2. Desarrollo de políticas internas	81
	3. Monitoreo y evaluación	83
VII.	Conclusiones.....	83
VIII.	Bibliografía.....	84

ESTELA OSPINA SALINAS: Mundo del trabajo y sector informal: a propósito del convenio OIT 190.....		85
I.	Mundo del trabajo	87
II.	Ámbito de tutela del convenio 190 de la oit: protección integral contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo	93
	1. Sobre las personas protegidas	94
	2. Sobre el ámbito de aplicación territorial.....	95
III.	Sector informal: Un reto para la vigencia del Convenio 190 OIT	96
	1. Algunos datos	96
	2. Mujeres en el Sector Informal	98
	3. Propuestas desde el Sur global	99
IV.	Conclusiones.....	102
V.	Algunas recomendaciones.....	103

PONENCIAS LIBRES

MARÍA JOSÉ PAREDES VERAU: Construyendo espacios laborales seguros y libres de violencia: Desafíos y propuestas para la implementación del Convenio 190 de la OIT.....		107
I.	Introducción	109
II.	Aspectos conceptuales.....	110
	1. Definición de Violencia y Acoso en el Convenio 190 de la OIT.....	110
	2. El contexto de la violencia y acoso en el mundo del trabajo en el Perú y los compromisos asumidos con la ratificación del Convenio 190	114
III.	Análisis normativo y comparado	118
	1. Compatibilidad del Convenio 190 con la legislación peruana en materia de violencia y acoso.....	118
	2. ¿Qué están haciendo en otros países de la región?	120
	a) Uruguay: Pionero en la ratificación del Convenio 190	120
	b) Chile: La Ley Karin y las expectativas que trae en la lucha contra la violencia y el acoso laboral	121
	c) Argentina: Avances y desafíos en la implementación del Convenio 190	121
IV.	Propuesta para la adecuación e implementación del Convenio 190 en el Perú	122
	1. Adecuación de la normativa interna.....	122
	2. Vías específicas de investigación y reparación desde el Estado.....	123
	3. Obligaciones específicas para empleadores y apoyo de organizaciones sindicales	123
	4. Reducción de la brecha en el trabajo de cuidados y creación de un sistema integral	124
	5. Fortalecimiento de los mecanismos de control institucional	125

6.	Políticas públicas integrales y transversales para la erradicación de la violencia y el acoso laboral.....	126
V.	Conclusiones.....	127
VI.	Referencias bibliográficas.....	128

IORELLA PIA PEYRONE VILLACORTA: La prueba del riesgo psicosocial: hostigamiento sexual ... 131

I.	Preámbulo	133
II.	La prueba.....	136
	1. Consideraciones previas.....	136
	2. Perspectiva científica.....	140
	3. La prohibición de la "revictimización"	142
III.	Conclusiones.....	145
IV.	Bibliografía.....	146

TRINIDAD CASTRO RAMOS: Gestión de los riesgos psicosociales en el Perú: un análisis a su regulación, concepto y posibles medidas..... 149

I.	Introducción	151
II.	La regulación peruana sobre los riesgos psicosociales, proyectos de ley y metodologías recomendadas.....	152
III.	¿Cómo definir los riesgos psicosociales?	154
	1. Punto de partida: "Factores de la Organización y "Factores Personales"	154
	2. "Factores Psicosociales" y "Riesgos Psicosociales"	158
IV.	Aislamiento social, burnout y tecnoestrés como efectos de la sobrecarga laboral.....	160
V.	Algunas opciones para abordar los riesgos psicosociales por parte de las empresas	162
VI.	Conclusiones.....	163
VII.	Referencias bibliográficas	164

WILLIAM QUISPE LOVATON: Propuestas para implementar la política relativa a la violencia y el acoso laboral: A propósito de la obligación establecida por el artículo 9 del Convenio N.º 190 de la OIT 167

I.	Introducción	169
II.	Las conductas de violencia y acoso laboral de acuerdo al convenio N.º 190 de la OIT	170
III.	El deber de adoptar y aplicar la política relativa a la violencia y el acoso laboral de acuerdo al convenio n.º 190 de la OIT	173
IV.	El deber de adoptar una norma organizacional para prevenir el acoso laboral y sexual de acuerdo a la legislación nacional	177
V.	Propuestas para implementar la política relativa a la violencia y el acoso laboral.....	180
	1. Ampliar el ámbito de aplicación de las políticas de prevención y sanción del hostigamiento sexual:.....	180
	2. Implementar una política específica para prevenir y sancionar la violencia y acoso laboral:.....	181
	3. Incorporar en convenios colectivos la obligación de prevenir y sancionar la violencia y acoso laboral:.....	183

VI.	Conclusiones.....	185
VII.	Bibliografía.....	186

SEGUNDO TEMA

**NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y RIESGOS PSICOSOCIALES ASOCIADOS.
EFECTOS DE LA SOBRECARGA LABORAL: JORNADA DE TRABAJO Y DESCONEXIÓN DIGITAL**

PONENCIAS OFICIALES

MG. LISETTE MAPELLI ARBOLEDA: Nuevas formas de trabajo y riesgos psicosociales asociados.....		189
I.	Introducción	191
II.	Salud, calidad de vida laboral y teletrabajo.....	194
III.	Factores de riesgo psicosocial en el teletrabajo.....	197
1.	El conflicto vida familiar y trabajo	199
2.	Las exigencias emocionales	200
3.	Los obstáculos para la desconexión digital.....	201
4.	La disminución de la participación y la escasa supervisión	203
5.	La carga mental.....	204
IV.	Los riesgos psicosociales en el teletrabajo	206
1.	El estrés	206
2.	El síndrome de burnout	209
3.	El síndrome de boreout	210
4.	El acoso laboral.....	211
V.	Conclusiones.....	211
VI.	Referencias.....	212

IVÁN BLUME MOORE: Nuevas formas de trabajo y riesgos psicosociales: desafíos del derecho del trabajo		215
I.	Introducción	217
II.	Nuevas formas de trabajo	217
III.	Riesgos psicosociales asociados a las nuevas formas de trabajo	222
IV.	Respuestas brindadas por el derecho del trabajo.....	225
1.	Derecho a la desconexión digital	226
2.	Obligaciones en materia de seguridad y salud en el teletrabajo	229
3.	Atención de los riesgos psicosociales por medio del seguro regular de EsSalud.....	234
V.	Conclusiones.....	236
VI.	Referencias.....	238

PONENCIAS LIBRES

CINDY ARRIOLA SUPO: Desafíos del teletrabajo y riesgos psicosociales: la lucha por el equilibrio entre vida personal y laboral		243
I.	Introducción	245
II.	Nuevas formas de trabajo en la actualidad	246
1.	Teletrabajo	247

2.	Trabajo híbrido.....	248
III.	Principales riesgos psicosociales y sus factores en el actual entorno laboral ..	248
1.	Riesgos psicosociales.....	248
2.	Factores de riesgos psicosociales.....	249
a.	Aislamiento social.....	251
b.	Mayor carga de trabajo: sobrecarga laboral.....	252
c.	El estrés laboral.....	253
d.	Síndrome de <i>burnout</i> y <i>mobbing</i>	254
IV.	Obligaciones legales relacionadas a la seguridad y salud en el trabajo.....	255
1.	Derecho a la seguridad y salud en el trabajo.....	255
2.	Garantizar el respeto al derecho de desconexión digital.....	256
V.	Derecho comparado.....	258
VI.	Propuesta de medidas para prevenir riesgos psicosociales.....	259
VII.	Conclusiones.....	260
VIII.	Referencias bibliográficas.....	260

MARIA GRAZZIA ESPINOZA SUÁREZ: La irrupción de la digitalización y robotización en las relaciones laborales: nuevas formas de materialización del poder de dirección y una necesaria delimitación **263**

I.	Introducción.....	265
II.	La empresa panóptica y nuevas fórmulas de trabajo.....	267
III.	Nuevos mecanismos de control empresarial sobre la fuerza de trabajo.....	268
1.	Las nuevas formas de control empresarial:.....	269
2.	Actualización de los límites al poder de dirección:.....	273
IV.	Mejora en las garantías en favor de los trabajadores para la delimitación del poder de dirección.....	276
V.	Conclusiones.....	281
VI.	Bibliografía.....	281

MIGUEL ALEJANDRO ARENAZA VÁSQUEZ: Apuntes sobre la impactos psicosociales en las relaciones laborales en el Perú **285**

I.	Introducción.....	287
II.	Situación actual de las relaciones laborales en el Perú.....	289
1.	Tránsito del trabajo presencial a las nuevas formas de trabajo a partir del uso de las tecnologías de la información y comunicación.....	289
2.	Las nuevas formas de prestar servicios a partir de la masificación del uso de las tecnologías de la información y comunicación.....	291
3.	Impactos por el uso de las tecnologías de la información y comunicación en los derechos de las personas dependientes.....	292
III.	La regulación del derecho a la salud mental como parte del derecho a la salud en el Perú.....	295
1.	Situación actual del derecho a la salud mental en las relaciones laborales del Perú.....	297
IV.	Conclusiones.....	301
V.	Referencias bibliográficas.....	302

TERESITA RAMÍREZ MENDOZA: El tiempo de trabajo y los riesgos psicosociales: la realidad de las plataformas digitales de reparto en Lima Metropolitana	305
I. Introducción	307
II. Las características de la prestación de trabajo mediante plataformas digitales.....	308
III. La prevención de riesgos psicosociales en la realización de trabajo mediante plataformas digitales de reparto.....	310
IV. La distribución del tiempo de trabajo como principal condición para la generación de factores riesgos psicosociales en los repartidores de plataformas digitales en Lima metropolitana.....	313
V. CONCLUSIONES.....	316
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	317

TERCER TEMA

INTELIGENCIA ARTIFICIAL TENDENCIAS APLICADAS POR EMPLEADORES EN LATAM

PONENCIAS LIBRES

ARIANA RODRÍGUEZ LEÓN: Herramientas legales ante la incorporación de la inteligencia artificial en el marco de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.....	321
I. Introducción	323
II. La innovación tecnológica en la legislación laboral peruana.....	325
1. La negociación colectiva y los acuerdos de productividad	325
2. La terminación colectiva de los contratos de trabajo por motivos tecnológicos	329
III. Conclusiones.....	334
IV. referencias	335
CESAR PUNTRIANO ROSAS: La IA en las relaciones laborales, tendencias latinoamericanas sobre su implementación	337
I. A manera de introducción: ¿qué es la ia y cómo puede impactar en las relaciones laborales?	339
1. Selección de trabajadores	340
2. Gestión del trabajo	341
3. Control y vigilancia	342
4. Controlar a otras empresas contratistas o franquiciadas	343
II. Mirando más allá: la Ley Europea de IA.....	344
III. Conociendo el desarrollo de la IA en América Latina	347
IV. El estado de la IA en el Perú.....	352
V. Conclusiones.....	354
VI. Bibliografía.....	355

LUIS MIGUEL MEDINA GUTIÉRREZ: Impacto de la inteligencia artificial en el derecho laboral: beneficios, riesgos y desafíos legales en la gestión de trabajadores 359

I.	Introducción	361
1.	Una aproximación a la inteligencia artificial	361
II.	La inteligencia artificial en el ámbito laboral: riesgos y oportunidades	364
1.	Gestión y vigilancia de los trabajadores con IA	365
2.	Regulación y protección de derechos laborales ante la IA	367
a)	Regulación comparada sobre la IA y efectos en el ámbito laboral..	367
b)	La regulación laboral y constitucional en Perú y la aplicación de sistemas de IA: Facultades del empleador y límites basados en los derechos fundamentales, protección de datos personales y el principio de proporcionalidad	372
c)	Aplicación de sistemas de IA para optimizar la seguridad y salud en el trabajo	379
III.	Conclusión	382
IV.	Bibliografía	383

SOLANCH CASIA ESTRELLA REVILLA: Tiempos modernos 4.0: previsión de riesgos y oportunidades en la aplicación de la inteligencia artificial en las relaciones laborales 387

I.	Introducción	389
II.	Inteligencia artificial: definición y tendencias en la actualidad	390
III.	La inteligencia artificial en las relaciones laborales de américa latina.	393
1.	Brasil	396
2.	Chile	397
3.	Argentina	399
IV.	Sobre el uso de la inteligencia artificial en el caso peruano.	401
V.	Un juzgamiento anticipado a la inteligencia artificial en el ámbito laboral ¿oportunidad o riesgo?	403
VI.	Conclusiones	405
VII.	Referencias bibliográficas	406

CUARTO TEMA

**EL DERECHO DE HUELGA DESDE EL DERECHO NACIONAL
E INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

PONENCIAS OFICIALES

RICARDO HERRERA VÁSQUEZ: Nuevas tendencias jurisprudenciales sobre la huelga: ¿quiénes pagan los platos rotos? 411

I.	¿Puede haber huelga si hay arbitraje a iniciativa del empleador?	413
1.	¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico?	413
2.	¿Qué dice la Autoridad Administrativa de Trabajo?	417
3.	¿Qué dice el Tribunal de Fiscalización Laboral?	420
II.	¿Se puede sancionar a los huelguistas cuando se declaró la improcedencia, o es necesaria se declare la ilegalidad de la huelga?	422
1.	¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico?	422

2.	¿Qué dice la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional?	423
3.	¿Qué dice el Tribunal de Fiscalización Laboral?.....	428
III.	¿Se puede sancionar a los huelguistas solo por no haber asistido a laborar ocupando un puesto mínimo o indispensable?	429
1.	¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico?.....	429
2.	¿Qué dice la Autoridad Administrativa de Trabajo?.....	431
3.	¿Qué dice la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional?	433
4.	¿Qué dice el Tribunal de Fiscalización Laboral?.....	435
IV.	¿Es legalmente posible una huelga con matices políticos?	436
1.	¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico?.....	436
2.	¿Qué dice la Autoridad Administrativa de Trabajo?.....	437
V.	Bibliografía.....	440

GUILLERMO BOZA PRÓ: El reconocimiento internacional del derecho de huelga en una encrucijada.	441
I. Introducción	443
II. Primera idea: La huelga es un derecho humano complejo y resistido. La postura del Grupo de los Empleadores en la OIT	444
III. Segunda idea: ¿Era necesario el reconocimiento expreso del derecho de huelga? Su reconocimiento implícito e indirecto en la normativa internacional del trabajo	446
IV. Tercera idea: El desarrollo del derecho de huelga en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una interesante simbiosis entre la jurisprudencia de la Corte IDH y la doctrina de los órganos de control de la OIT	449
V. Cuarta idea: Resulta difícil que la CIJ deje sin efecto la doctrina elaborada sobre el derecho de huelga por la CEACR y el CLS.	455
VI. Conclusiones.....	458
VI. Referencias bibliográficas	459

PONENCIAS LIBRES

KATHERINE LOURDES LÓPEZ NÚÑEZ: El derecho de huelga en el sistema interamericano: implicancias en la legislación peruana	463
I. Introducción	465
II. La huelga como derecho humano fundamental	465
III. Tratamiento de la huelga en el sistema interamericano de derecho humanos vs regulación en el Perú.....	467
IV. Desafíos actuales para el ejercicio del derecho de huelga.....	471
V. Conclusiones.....	475
VI. Referencias bibliográficas	476

SILVIA JANET MALDONADO OSORIO: "La facultad sancionadora del empleador frente a la materialización de una huelga improcedente o ilegal en el Perú"	477
I. Introducción	479
II. Definición de huelga	480

III.	Características de la huelga.....	481
1.	Suspensión colectiva del trabajo.....	481
2.	Acuerdo mayoritario.....	482
3.	Realización voluntaria	482
4.	Realización pacífica	482
5.	Abandono del centro de trabajo.....	482
IV.	Elementos de la huelga	482
1.	Titulares del derecho a la huelga.....	482
2.	Finalidad de la huelga.....	483
3.	Modalidades de la huelga.....	483
V.	Límites al derecho de huelga.....	484
1.	Límites internos.....	484
2.	Límites externos.....	485
VI.	Calificación de la huelga.....	485
1.	Huelga legal.....	486
2.	Huelga improcedente.....	486
3.	Huelga ilegal.....	486
VII.	Sanciones ante la paralización de labores declaras improcedentes o ilegales	487
VIII.	Comentarios a las doctrinas jurisprudenciales: casación laboral N° 25646-2017-Arequipa y casación laboral N° 22596-2018- Lambayeque.....	490
IX.	Conclusiones.....	492
X.	Referencias bibliográficas	493

VÍCTOR RENATO SARZO TAMAYO: El contenido constitucional del derecho de huelga frente a las sanciones laborales por huelgas improcedentes. Reflexión desde los Derechos Humanos **495**

I.	Introducción	497
II.	La configuración constitucional del derecho de huelga.....	498
1.	El derecho de huelga como derecho humano.....	498
2.	Concepto constitucional de huelga	501
3.	Significación constitucional de los límites al derecho de huelga.....	503
III.	Las restricciones legales al derecho de huelga: análisis de la doble calificación administrativa de su ejercicio	505
1.	Las calificaciones de improcedencia e ilegalidad del ejercicio del derecho de huelga.....	505
2.	El problema jurídico de la configuración de las inasistencias injustificadas en el marco de ejercicio del derecho de huelga.....	507
IV.	El tratamiento jurisprudencial de las sanciones laborales por huelgas improcedentes.....	509
1.	Ausencia de motivación en clave de derechos humanos.....	510
2.	Una lectura errónea sobre la configuración de las inasistencias injustificadas	511
3.	El falso dilema del poder de dirección del empleador	512
4.	Una ponderación que sacrifica el derecho de huelga sin que exista otro derecho humano oponible.....	513
V.	Conclusiones.....	514
VI.	Bibliografía.....	515

QUINTO TEMA

LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES
EN LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTROS

PONENCIAS OFICIALES

MARÍA KATIA GARCÍA LANDABURÚ: Los derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministro	521
I. Introducción	523
II. Una aproximación a los derechos humanos laborales y a las cadenas mundiales de suministro	524
1. Derechos humanos laborales	525
2. Cadenas mundiales de suministro	527
III. La difícil garantía de los derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministro	528
1. Efectos de la globalización en el mundo del trabajo	529
2. La empresa multinacional como sujeto especialmente capaz de garantizar el respeto de los derechos humanos laborales	530
IV. Instrumentos creados para asegurar el respeto de los derechos humanos laborales por parte de las empresas multinacionales	532
1. Instrumentos no vinculantes implementados por organismos internacionales	532
2. Implementación de instrumentos por parte de las empresas multinacionales y otros sujetos privados	537
3. El reposicionamiento de los Estados y la creación de normas con efecto incluso fuera de sus fronteras	543
V. Conclusiones	550
VI. Bibliografía	551
 ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA: Debida diligencia y derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministro: del "soft law" a "hard law" y su implementación en el Perú	555
I. Introducción	557
I. Debida diligencia en derechos humanos o " <i>human rights due diligence</i> " en las cadenas de suministro	558
1. Concepto de debida diligencia	558
a) Del Derecho Financiero al Derecho Internacional de los Derechos Humanos	560
b) Debida diligencia en derechos humanos como instrumento corporativo	562
2. Las cadenas mundiales de suministro y los derechos humanos laborales	566
a) El rol de las cadenas de suministro en el respeto de los derechos humanos	566
b) Las cadenas mundiales de suministro y el trabajo decente: el cumplimiento efectivo de los derechos humanos laborales	570

3.	Derechos humanos laborales a examinarse en los procedimientos de debida diligencia en derechos humanos.....	572
II.	Debida diligencia en derechos humanos en instrumentos de “soft law” y su transición a “hard law”	575
1.	Principios y estándares internacionales relevantes de “soft law”	577
a)	Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (2011).....	577
b)	Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable	578
c)	Instrumentos de la OIT: Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (1976) y Resolución relativa al Trabajo Decente en las Cadenas Mundiales de Suministro (2016)	580
2.	Proceso y desafíos para la transición a “hard law”: a nivel regional y global	582
a)	Europa	582
b)	Estados Unidos	585
c)	Iniciativas legislativas en América Latina	585
d)	Proyecto de Tratado Internacional de la ONU sobre Debida Diligencia y Cadenas Mundiales de Suministro	585
III.	Esfuerzos, propuestas y desafíos para la incorporación de la debida diligencia en derechos humanos en Perú.....	586
1.	Estado actual de la implementación de la Debida Diligencia en Perú.....	586
a)	Plan Nacional de Acción Sobre Empresas y Derechos Humanos 2021 – 2025 (“PNAEDH”).....	587
b)	Proyecto de Ley N° 6940/2023-CR que regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia	590
2.	Rol de las empresas peruanas en la implementación de la debida diligencia en derechos humanos	592
3.	Desafíos para la implementación de la debida diligencia en materia de derechos humanos laborales en Perú	595
a)	La informalidad generalizada	596
b)	Libertad de asociación y negociación colectiva	597
c)	Trabajo infantil.....	597
d)	Trabajo forzoso	598
e)	No discriminación y brecha de género	598
IV.	Reflexiones finales	598
V.	Bibliografía.....	600

PONENCIAS LIBRES

CAMILA SWAYNE SALAZAR: Blockchain como herramienta para asegurar Derechos Humanos laborales en la industria	607
I.	Conceptos a tomar en cuenta: PREDEH y cadenas mundiales de suministro..
1.	Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (PREDEH): ¿por qué las empresas deben cumplirlos?.....
2.	Cadenas mundiales de suministro y derechos humanos laborales: ¿cuál es el problema?
II.	La tecnología blockchain: ¿qué es? ¿cómo se puede utilizar como herramienta de garantía para los derechos humanos laborales?.....
	613

a)	Caso Minsur: tranzabilidad de la extracción de estaño	616
b)	Caso EULEN: smart contracts para garantizar la entrega de EPPs	617
III.	Reflexiones sobre la situación en el Perú.....	618
IV.	Conclusiones.....	620
V.	Bibliografía.....	621

SEXTO TEMA

**PRINCIPALES PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL
SOBRE EL PROCEDIMIENTO INSPECTIVO**

PONENCIAS OFICIALES

LUIS MENDOZA LEGOAS: Entre la discrecionalidad y el garantismo. Los precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral sobre la inspección del trabajo..... 627

I.	La cultura del precedente y su recepción en el derecho administrativo laboral peruano	629
II.	Los precedentes como categoría jurídica y el tribunal de fiscalización laboral como órgano emisor. Precisiones indispensables.....	634
III.	Retrospectiva (2021-2024) de los precedentes de observancia obligatoria sentados por el tribunal de fiscalización laboral en relación con la actividad fiscalizadora	644
IV.	Conclusiones.....	658
V.	Bibliografía.....	659

BEATTY EGUSQUIZA PALACIN: Principales precedentes del tribunal de fiscalización laboral sobre el procedimiento inspectivo..... 663

I.	Introducción	665
II.	El precedente administrativo inspectivo laboral vinculante. Su importancia y efectos para el sistema de inspección del trabajo	666
1.	El marco normativo general y especial del precedente administrativo laboral	666
2.	La definición del precedente administrativo laboral	669
3.	Los principios jurídicos protegidos con el precedente administrativo laboral	671
4.	Precedente administrativo inspectivo vs precedentes constitucionales y/o judiciales	674
5.	La vinculatoriedad de los precedentes para los distintos actores del Sistema de Inspección del Trabajo.....	675
II.	La función unificadora del tribunal de fiscalización laboral a través de los precedentes.....	677
III.	Las facultades inspectivas en los precedentes del tribunal de fiscalización laboral.....	678
IV.	El requerimiento de información por medios de sistemas de comunicación electrónica como una de las principales modalidades de actuación inspectiva en la jurisprudencia del tribunal de fiscalización laboral.....	680
1.	Definición del requerimiento de información.....	681

2.	Modalidad de entrega del requerimiento de información	685
3.	Número máximo de requerimientos de información ante una no respuesta	686
4.	Requerimiento de información inexistente y pertinente	688
V.	La medida inspectiva de requerimiento y sus elementos desarrollados por el tribunal de fiscalización laboral.....	689
1.	La medida de requerimiento es independiente de la obligación sustantiva .	691
2.	La medida de requerimiento no podrá vulnerar los principios de] razonabilidad y culpabilidad.....	692
3.	La medida de requerimiento y su doble naturaleza	694
4.	La medida de requerimiento debe tener un contenido mínimo.....	695
5.	La medida de requerimiento debe tener plazo	696
VI.	La preferencia por la subsanación de las infracciones y el carácter excepcional de la insubsanibilidad	697
VII.	Conclusiones.....	700
VIII.	Bibliografía.....	701

PONENCIAS LIBRES

CAMILA MELÉNDEZ: El debido procedimiento inspectivo: una mirada a la luz de tres precedentes de observancia obligatoria.....	705
I. Resumen.....	707
II. Introducción	707
III. El procedimiento inspectivo.....	708
1. Inicio del procedimiento inspectivo y las actuaciones inspectivas de investigación	708
2. El derecho al debido procedimiento administrativo en el procedimiento inspectivo	710
IV. El procedimiento inspectivo desde la mirada de tres precedentes de observancia obligatoria.....	712
1. Resolución de Sala Plena No. 001-2023-SUNAFIL/TFL: sobre el principio de verdad material durante el procedimiento inspectivo.	713
2. Resolución de Sala Plena No. 012-2023-SUNAFIL/TFL: sobre el deber de los Inspectores de agotar todas las modalidades de actuación inspectiva a fin de cumplir con la finalidad de la Inspección Laboral	717
3. Resolución de Sala Plena No. 006-2024-SUNAFIL/TFL: sobre la importancia de que los Inspectores de Trabajo acrediten la responsabilidad del administrado en casos de actos de hostilidad	720
V. Conclusiones.....	724
VI. Bibliografía.....	725

CARLOS RODRIGO ABARCA RUBIANES: Implicancias del deber de colaboración en los procedimientos inspectivos a partir de la jurisprudencia vinculante del tribunal de fiscalización laboral	729
I. Introducción	731
II. La finalidad de la inspección de trabajo y la necesidad de contar con lineamientos jurisprudenciales claros para garantizar la seguridad jurídica	734

III.	Reglas fijadas por la jurisprudencia del tribunal de fiscalización laboral sobre el deber de colaboración en la inspección de trabajo	738
IV.	Conclusiones.....	747
V.	Bibliografía.....	747

CAROLINA SARMIENTO MANSILLA: Principales precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral y la nulidad de oficio como garantía del debido procedimiento		749
I.	Introducción	751
II.	Análisis de los precedentes de observancia obligatoria del tribunal de fiscalización laboral, desde el debido procedimiento y el deber motivación	752
1.	Resolución de Sala plena Nro. 002-2023-SUNAFIL/TFL: sobre la notificación de requerimientos de información en casilla electrónica	752
2.	Resolución de Sala Plena Nro. 003-2024-SUNAFIL/TFL: sobre la motivación del carácter insubsanable de las infracciones en el procedimiento inspectivo	757
3.	Resolución de Sala Plena Nro. 012-2024-SUNAFIL/TFL: sobre la correcta determinación del número de trabajadores afectados	761
III.	La nulidad de oficio de las resoluciones firmes emitidas con anterioridad a los precedentes de observancia obligatoria	764
1.	La finalidad del precedente de observancia obligatoria como sustento para la revisión de resoluciones emitidas con anterioridad	764
2.	La nulidad de oficio como vía para la revisión de resoluciones emitidas con anterioridad cuando hayan causado perjuicio al administrado.....	766
IV.	Conclusiones.....	768
V.	Referencias bibliográficas	769

ELIO ABIMAELE BÉJAR CÁRDENAS: Aplicación de los precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral en la facultad de los inspectores para requerir la reposición de trabajadores despedidos por motivos sindicales		771
I.	La facultad de la Inspección del Trabajo para requerir la reposición de trabajadores despedidos	773
1.	El principio de Continuidad, su correlato en la estabilidad laboral absoluta y la protección reforzada de la Libertad Sindical.....	773
2.	El objetivo fundamental del Sistema de Inspección del Trabajo	774
3.	Qué es la medida inspectiva de requerimiento	776
4.	La reposición de trabajadores despedidos como contenido posible de las medidas inspectivas de requerimiento.....	777
II.	Ámbitos de discrecionalidad habilitados jurídicamente para el requerimiento de reposición, reinstalación o continuidad del vínculo laboral de los trabajadores despedidos	783
III.	La nueva configuración jurídica de la medida inspectiva de requerimiento	784
1.	La medida inspectiva de requerimiento antes de los precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral.....	785
2.	Las reformas del Tribunal de Fiscalización Laboral en la configuración jurídica de la medida inspectiva de requerimiento	786
IV.	Consideraciones para el requerimiento de reposición laboral de dirigentes sindicales según los precedentes del Tribunal de Fiscalización laboral	789
V.	Conclusiones.....	792
VI.	Bibliografía.....	793

MIRIAM ILLA PANTIGOSO: Precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral a la luz de los principios del procedimiento administrativo general..... 795

I.	La importancia de la inspección del trabajo y la adecuación procedimiento inspectivo al procedimiento administrativo general.....	797
II.	Relevancia del principio de predictibilidad y confianza legítima como base para establecer los precedentes de observancia obligatoria.....	798
III.	Límites de las facultades del tribunal de fiscalización laboral a la luz de los principios del procedimiento administrativo general y la constitución política	801
IV.	Algunos ejemplos en los que el tribunal de fiscalización laboral habría ejercido una facultad legislativa.....	805
	1 Resolución de Sala Plena N° 007-2023-SUNAFIL/TFL.....	805
	2 Resolución de Sala Plena N° 002-2023-SUNAFIL/TFL.....	808
V.	Conclusiones.....	809
VI.	Referencias.....	810

RICARDO VALDIVIEZO PUESCAS: Análisis crítico del recurso de revisión y mecanismos de impugnación administrativa a la luz de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL: la necesidad de una mejora regulatoria del recurso de revisión y mecanismos para su mejor uso 811

I.	Introducción.....	813
II.	El recurso de revisión en la inspección del trabajo según la ley y los precedentes de observancia obligatoria del tribunal.....	814
III.	Análisis de los precedentes del tribunal de fiscalización laboral sobre el procedimiento inspectivo y su impacto en el sistema.....	820
	i) Valoración de medios probatorios y la carga de la prueba.....	821
	ii) Buena fe procedimental y deber de colaboración con la inspección	822
	iii) Acumulación de expedientes, non bis in idem y exceso de punición	825
	iv) Razonabilidad y debida motivación en la aplicación de las normas del procedimiento inspectivo	827
IV.	Una mirada crítica al recurso de revisión: la necesidad de una reforma normativa y un uso eficiente.....	829
	i) Revaloración de la "excepcionalidad" del recurso de revisión	830
	ii) Redefinición de los requisitos de fundamentación del recurso de revisión ..	832
	iii) Regular expresamente las consecuencias de la no interposición del recurso	832
	iv) Uso de mecanismos alternativos para un funcionamiento eficiente y más justo de la inspección laboral	833
V.	Conclusiones.....	834
VI.	Bibliografía.....	834

VIANKA VILLENA FERNÁNDEZ BACA: La carga de la prueba y la presunción de licitud en las resoluciones del Tribunal de Fiscalización Laboral de SUNAFIL 837

I.	Introducción.....	839
II.	La presunción de licitud o presunción de inocencia.....	839
III.	La dinámica probatoria en la inspección del trabajo y el procedimiento sancionador.....	841
IV.	Revisión de casos: recientes criterios del Tribunal de Fiscalización Laboral....	845
	1. La sola declaración o denuncia del presunto trabajador afectado no puede ser asimilada como un hecho constatado	846

2.	La exigencia de analizar las pruebas sobre la conducta del empleador en el ejercicio de sus potestades	847
3.	Respecto a las pruebas producidas por el empleador	848
V.	Reflexiones finales	850
VI.	Conclusiones	851
V.	Referencias	851

SÉTIMO TEMA

PROPUESTAS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES

GIOVANNA PRIALÉ REYES: Sistema de pensiones en el Perú: retos, oportunidades y principales cambios	855
I. Introducción	857
II. Diagnóstico del sistema previsional peruano	858
A. Características estructurales	858
1. Mercado laboral: informalidad y trabajo independiente	858
2. Contexto demográfico: envejecimiento poblacional	862
3. Perspectiva conductual en las pensiones	863
B. Consecuencias	866
1. Baja cobertura efectiva	866
2. Suficiencia de pensiones	867
3. Número de competidores	871
III. Reforma previsional aprobada	872
IV. Conclusiones	875
V. Referencias	875

MAURICIO MATOS ZEGARRA: Reformas incompletas: los seguros sociales y la seguridad social en el Perú	877
I. Introducción	879
II. Seguros sociales y seguridad social:	880
III. El derecho fundamental a la seguridad social y un estado de cosas inconstitucional	884
IV. La trampa de la informalidad laboral	886
V. Las bases para una seguridad social solidaria, universal y coordinada	889
VI. Conclusiones	891
VII. Bibliografía	891

SEBASTIÁN ANDRÉS PIZARRO CONTRERAS: Demografía chilena y pensiones: luces desde la sustentabilidad del régimen de pensiones, su reforma y la laboralidad del trabajador de edad	893
I. Introducción: demografía, hipótesis y tutela del trabajador adulto mayor	895
II. Las recomendaciones de la organización internacional del trabajo y marcos expuestos en el iv informe de la conferencia internacional del trabajo de 2013: breves lecturas.	898
III. Sostenibilidad de pensiones y reforma. Factores de revisión de la realidad laboral del adulto mayor.	904

1.	Trabajador de edad y sostenibilidad de las pensiones en Chile (o bases para una intervención situacional gerontológica y planificación de las áreas de producción).....	904
2.	La Reformas del sistema de pensiones y del actual del régimen laboral del trabajador de edad en Chile: ¿es esto lo esperable del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social?	910
a)	Reforma al sistema de pensiones chileno: pilares, nociones esenciales y crítica.....	910
b)	La Reforma al régimen laboral del trabajador de edad en Chile.	916
IV.	Conclusiones.....	922
V.	Bibliografía.....	925

PONENCIAS LIBRES

JAVIER PAITÁN MARTÍNEZ: Retos del sistema de pensiones en el siglo XXI		929
I.	Introducción	931
II.	El sistema de pensiones frente a los grandes fenómenos sociales y globales	932
1.	Envejecimiento poblacional.....	934
2.	Informalidad laboral.....	937
3.	Trabajo en plataformas virtuales	941
4.	(In)sostenibilidad financiera	943
III.	¿Tiene opciones el sistema de pensiones para afrontar los retos del siglo XXI?...	946
1.	Diagnóstico del actual sistema de pensiones: ¿Reformas sin norte fijo?	947
2.	(Des)mercantilizar el derecho a la seguridad social en pensiones	949
3.	(Des)laboralizar el acceso del derecho fundamental a la pensión.....	951
IV.	Conclusiones.....	953
V.	Bibliografía.....	954

CONFERENCIA DE CLAUSURA: DESAFÍOS DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO A PROPÓSITO DEL CAMBIO CLIMÁTICO

BÁRBARA TORRES GARCÍA: Desafíos de la seguridad y salud en el trabajo a propósito del cambio climático. Reflexiones generales desde la perspectiva española.....		959
I.	Introducción: contextualización del estudio	961
II.	Los efectos del cambio climático en la seguridad y salud laboral: riesgos laborales presentes, nuevos y emergentes	965
1.	Riesgos laborales de primer orden. Especial referencia al estrés térmico en el trabajo	967
2.	Riesgos laborales de segundo orden: las políticas de mitigación y adaptación al cambio climático desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.....	971
III.	La gestión preventiva de los riesgos laborales asociados al cambio climático	974
1.	El riesgo medioambiental y el riesgo medioambiental laboral: de la interrelación natural a la desconexión normativa.....	979
2.	Reflexiones sobre los principios de prevención de los riesgos ambientales en el trabajo	982

IV.	A modo de conclusión.....	987
V.	Bibliografía.....	987

CONCURSO UNIVERSITARIO

YOHANA LISSETH HUAMÁN VÁSQUEZ: Límites del derecho a huelga en el Perú: Un análisis comparado a razón del caso Humpert vs. Alemania		993
I.	Nociones generales del derecho a la huelga	995
II.	Límites en el ejercicio del derecho a la huelga.....	996
1.	Límites subjetivos	996
2.	Límites objetivos	996
III.	Alcances del caso Humpert y otros vs. Alemania.....	997
IV.	Análisis comparado.....	1001
1.	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	1001
2.	Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas	1002
3.	Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 87	1003
3.1.	Órganos de supervisión de la OIT	1003
4.	Carta Social Europea	1004
5.	Sistema Interamericano.....	1005
V.	Consideraciones finales.....	1006
	Bibliografía.....	1008

CLAUDIA ELBERTHINNA RODRIGUEZ MONTALVO: Huelgas virtuales en la era del teletrabajo: Deficiencia normativa		1011
I.	Introducción	1013
II.	Marco legal.....	1014
III.	Fundamentos del marco legal.....	1014
1.	Fundamentos de la Ley de teletrabajo y su reglamento	1014
2.	Fundamentos de la Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada y su reglamento	1014
3.	Deficiencias identificadas en la regulación de la huelga virtual	1015
3.1.	Deficiencias en la normativa.....	1015
3.2.	Deficiencias en la finalidad de la huelga: ejercer presión.....	1016
3.3.	Deficiencias en el esquirolaje virtual.....	1016
3.4.	Tipos de huelga	1017
3.5.	Servicios Mínimos.....	1018
3.6.	Tipos de sindicato.....	1019
IV.	Propuesta de soluciones ante las deficiencias detectadas	1020
1.	Respecto a la problemática del concepto de "centro de trabajo".....	1020
2.	Respecto a la problemática del voto:	1020
3.	Respecto a la problemática de crear presión en las huelgas virtuales:...	1021
4.	Respecto a la problemática del esquirolaje virtual.....	1022
5.	Respecto a la problemática del tipo de huelga	1022
6.	Problemática de escoger a los trabajadores que serían considerados dentro del concepto de "servicios mínimos"	1022
7.	Respecto a la problemática de los sindicatos.....	1023

V.	Conclusiones.....	1023
VI.	Referencias Bibliográficas:.....	1025

JOSEPH AARON SMITH CUADROS: Desafiando El Estatus Quo: La necesaria reforma legislativa ante la ratificación del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)		1027
I.	Introducción	1029
II.	Antecedentes, creación, contenido y alcances	1030
	1. Antecedentes y creación.....	1030
	2. Alcances.....	1031
	3. Contenido.....	1033
III.	El C190 y la legislación vigente en el Perú	1034
IV.	Propuestas para la viabilidad del C190	1036
	1. Nivel conceptual	1037
	2. Nivel jurídico	1038
	3. Nivel logístico	1039
v.	Reflexión	1040
VI.	Conclusiones.....	1041
VII.	Referencias bibliográficas	1041

**CONFERENCIA
INAUGURAL: LA
INTELIGENCIA ARTIFICIAL
Y EL FUTURO DEL
TRABAJO.**

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU IMPACTO EN EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO*

MARÍA BELÉN CARDONA RUBERT

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad
de Valencia, España

* Este trabajo se realiza en el marco del Convenio de Colaboración entre Red.es (Ministerio de Transformación Digital y de la Función Pública) y la UCLM para la implementación de los derechos digitales en el ámbito laboral y empresarial de la Carta de Derechos Digitales.

I. INTRODUCCIÓN. LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL DERECHO DEL TRABAJO

La historia recordará el S. XXI por el gran impacto de la digitalización sobre la economía y la sociedad. Una época definida por la revolución digital que ha transformado las relaciones sociales, económicas e interpersonales de una manera definitiva. Prácticamente ningún aspecto de la vida ordinaria y profesional de las personas, de la actividad productiva, de los negocios o de la educación es ajeno a la influencia de lo digital. La digitalización ha transformado de manera radical nuestra forma de comunicarnos y relacionarnos, nuestra forma de trabajar y de crear valor.

A nivel de cuotas de calidad democrática, el avance de la tecnología ha contribuido, indudablemente, a reforzar democráticamente a las sociedades. Nunca tuvimos mayor y más rápido acceso a la información, ni de una manera socialmente más transversal. Nunca la tecnología nos acercó más, nunca nos sentimos más libres, nunca fuimos más capaces de ejercer nuestra libertad de expresión, ni el derecho de información. Pero, sin embargo, sobre las luces de las tecnologías de la información y la comunicación se proyecta la tenebrosa sombra de su potencialidad lesiva para la esfera de los derechos fundamentales, que hacen que su implantación genere numerosas dudas e incertidumbres. La dignidad, el derecho a la intimidad, la protección de datos, la libertad de expresión e información, la integridad física y moral, la libertad ideológica, la igualdad y no discriminación o los derechos a la libertad sindical y a la huelga, pueden verse comprometidos por aquellas.

En todo caso, lo digital se ha instalado definitivamente en las instituciones públicas y privadas y en los sistemas económicos y productivos. Se ha generalizado un modelo de empresa basado en la digitalización, del que las plataformas digitales son el ejemplo paradigmático.

Los que hace unas décadas parecían escenarios propios del ámbito de la ciencia ficción, hoy se ven sobrepasados por una realidad tecnológica-digital que ha superado con creces cualquier previsión.

Si hay un entorno en el que estas tecnologías ha impactado, de manera rotunda, es el de las relaciones de trabajo y el mundo empresarial, hasta el punto de hablarse de Cuarta Revolución Industrial, de la Industria y Sociedad 4.0, de una nueva era, para referirse a los cambios que la digitalización de la economía y la robotización están ocasionando. Las tecnologías digitales abren nuevos escenarios para la organización del trabajo y la ejecución de la prestación laboral. Esta transformación se ha operado paulatinamente, pero de forma contundente y nos ha situado en un escenario de no retorno que obliga, ineludiblemente, a considerar la perspectiva de la garantía de los derechos digitales como uno de los retos más importantes a regular.

En este escenario emerge la Inteligencia Artificial (IA) con un potencial transformador único y exponencialmente superior a las tecnologías que la precedieron. La aparición de la IA no es reciente, sino que se remonta a los años 50 del siglo pasado, pero habrá que aguardar a fechas más recientes para identificarla con su estado actual de desarrollo.

La IA ha encontrado aplicaciones en diversas áreas del trabajo, lo que ha transformado la forma y la realidad en que las organizaciones operan. Algunas de las aplicaciones actuales más comunes permiten a las empresas llevar a cabo: la automatización de procesos, particularmente, de tareas repetitivas y rutinarias, como la entrada de datos, la gestión de inventarios o el procesamiento de facturas y la sistematización de tareas complejas, preservando las tareas creativas o más estratégicas para los empleados; el análisis de grandes cantidades de datos, a velocidad inaudita, que permite a las empresas adoptar decisiones informadas y mejorar su competitividad y eficiencia operativa; la extensión de las áreas creativas, gracias a la IA generativa (ChatGPT); la monitorización de la seguridad en el lugar de trabajo, facilitando la detección de comportamientos peligrosos o no conformes en tiempo real, lo que puede contribuir a la prevención de accidentes, garantizando un entorno laboral más seguro; la selección de personal, donde los algoritmos analizan currículos y perfiles de candidatos para identificar aquellos más adecuados para los puestos ofertados; o la utilización de chatbots y asistentes virtuales, alimentados por IA, que se utilizan para interactuar con los clientes de manera eficiente, lo que reduce la carga de trabajo.

En términos generales, la IA supone la mejora de la eficiencia y la productividad. En términos particulares, las aplicaciones señaladas y otras, con la supresión de tareas repetitivas, favorecen la reducción de errores humanos y, por

tanto, incrementan la precisión de los procesos; también, favorecen la optimización de recursos e incrementan la agilidad organizacional y la adaptabilidad a los cambios del mercado; al tiempo que la IA mejora e incide en el acierto de los procesos de toma de decisiones.

Las posibilidades de la IA parecen ilimitadas y redefinen, en definitiva, el trabajo en la forma en la que lo conocimos, aumentando la productividad y la eficiencia en la prestación de servicios, pero también generando preocupaciones, que constituyen el reverso de las proyecciones positivas de su utilización.

Dichas preocupaciones tienen que ver, por una parte, con la deshumanización del trabajo, la destrucción de empleos y vinculadas a estas, la necesidad de capacitación de los empleados. Por otra parte, el empleo de sistemas de IA para supervisar la ejecución de las tareas y el rendimiento de los empleados puede incidir sobre la esfera de su privacidad y plantea la cuestión de hasta qué punto determinados desarrollos de la IA, destinados a la vigilancia laboral, son éticos. Muy relacionado con este último temor, se sitúa la preocupación por la discriminación algorítmica, ya que los algoritmos pueden consolidar sesgos existentes, contribuyendo a la adopción de decisiones injustas en procesos de contratación, promoción o finalización de la relación laboral. Por último, pero no menos importante, surgen preocupaciones sobre la asunción de la responsabilidad de los errores de los sistemas de IA y por la garantía de la transparencia en todas las fases de la aplicación de los sistemas, incluida, aunque no solo, la asunción de la responsabilidad.

Podemos decir, por tanto, que el ámbito de las relaciones laborales es uno de los que más fuertemente se está resintiendo de la introducción de estas tecnologías, hasta el punto de que la IA está abocando el mercado laboral a una reconfiguración, que plantea nuevos desafíos para el derecho del trabajo. La IA supone desafíos y oportunidades que requieren una revisión crítica de las normativas laborales actuales. Es fundamental considerar cómo el derecho del trabajo debe adaptarse para proteger los derechos de los trabajadores y garantizar un entorno laboral justo.

La integración de la IA en el trabajo introduce dilemas éticos y legales propios de un paisaje complejo que requiere un equilibrio entre la innovación, el negocio y la protección de los derechos de los trabajadores. Y todo ello se inserta en un debate más amplio que define el sino de nuestros tiempos y que nos obliga a realizar una reflexión profunda y a plantearnos si esta sociedad digital, de la que

todos nos consideramos parte, que está en constante evolución, ha tomado en consideración los valores y principios que inspiran las sociedades democráticas e igualitarias o si sólo los ha adoptado desde un punto de vista meramente formal y no real. En definitiva, nos obliga a cuestionarnos sobre cómo las tecnologías afectan a los derechos, puesto que su implantación nos enfrenta a importantes paradojas como sociedad y a retos que sólo desde el Derecho es posible resolver (CARDONA, 2022, p. 6). La adaptación de las normas laborales y la redefinición del marco regulatorio, con la intervención de todos los agentes involucrados son las claves para garantizar entornos laborales éticos y justos.

II. GESTIÓN ALGORÍTMICA Y LA TOMA DE DECISIONES BASADA EN DATOS: DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA.

De entre todas las aplicaciones de la IA en el ámbito laboral, probablemente la que tiene mayor incidencia sobre los derechos de los trabajadores es la gestión algorítmica.

En los últimos años, la forma de acceder y recopilar la información se ha abaratado drásticamente y eso ha facilitado que cada vez un mayor número de empresas tenga la capacidad de procesar esos datos y de adoptar decisiones usando la inteligencia artificial, reduciendo la intervención del ser humano hasta un escenario de mínimos (*machine learning*).

Decisiones sobre promociones profesionales, modificaciones de las condiciones de trabajo o despidos pueden adoptarse a través de algoritmos que no requieren la voluntad humana inmediata. La inteligencia artificial puede propiciar, por ejemplo, que la combinación de factores como las opiniones vertidas por los clientes, la medición de los tiempos de descanso o del tiempo de desempeño de los encargos, motive la adopción de decisiones empresariales sobre sus trabajadores.

Pero, además, los algoritmos pueden albergar sesgos y producir discriminaciones de todo tipo. Una de las caras más oscuras de la inteligencia artificial es que puede contribuir a generar una onda expansiva de las causas de discriminación prohibidas, incrementando adicionalmente la vulnerabilidad de las personas por sus características personales, físicas, psíquicas, de edad, raza, origen nacional, orientación o condición sexual. Puede suceder, por ejemplo, que se retribuyan más las tareas que requieran mayor esfuerzo físico o que se incluya algún criterio que favorezca a los trabajadores varones, o que la decisión automática produzca

un perjuicio a las personas que disfruten de permisos de conciliación familiar, mayoritariamente disfrutados por mujeres, lo que implica un indudable sesgo de género. Y ello puede acontecer por el entrenamiento de los algoritmos con datos que reflejen sesgos históricos, desigualdades, que carezcan de diversidad, pudiendo favorecer a unos grupos de la población sobre otros y generando decisiones injustas que les afectan, produciendo resultados inherentemente sesgados que confinen a determinadas categorías de trabajadores al ostracismo laboral y al descarte para determinados puestos o desempeños. Se generarían así una especie de guetos laborales en los que las personas descartadas deberían enfrentar barreras adicionales para acceder a las oportunidades que el mercado laboral ofrece.

Estos procesos de adopción de decisiones algorítmicas pueden ser profundamente opacos e impedir que los trabajadores puedan alcanzar a entender las razones de las decisiones que les afectan. Esta falta de transparencia puede dificultar la identificación de sesgos y la rendición de cuentas en el uso de estas tecnologías.

Las empresas pueden y deben adoptar estrategias y actuaciones destinadas a evitar la discriminación algorítmica y garantizar la transparencia de los procesos, que pasan desde la realización de auditorías periódicas de los algoritmos empleados, que permitan identificar y corregir sesgos, a la utilización en la fase de entrenamiento de conjuntos de datos que reflejen la diversidad de la población laboral y de expertos en diversidad que desde un primer momento puedan contribuir a esta tarea. Otra cuestión no menos relevante es el sesgo en la interpretación de los resultados de la utilización de la IA, es decir, o bien una interpretación sesgada de los resultados, influenciada por prejuicios o expectativas no fundamentadas o bien, una aceptación de manera acrítica de los resultados de un sistema de IA que incluye sesgos de partida. En uno y otro caso es importante garantizar una toma de decisiones objetiva y equitativa, utilizando todos los instrumentos que permitan obtener dicho objetivo.

En este contexto, es importante la reivindicación desde el Derecho para que los derechos fundamentales se erijan en instrumentos para la plena realización de la dignidad humana, cuyo fin último sea el libre desarrollo de la personalidad y desde esa perspectiva constituir un umbral inquebrantable, que no admita renunciaciones ni claudicaciones en el espacio de la gestión algorítmica.

La materia prima de la que se nutre la IA son los datos, que a partir de ella se transforman en predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Hablar de IA en el ámbito laboral, supone *per se* hablar del procesamiento de grandes cantidades de datos relativos a las personas y sus conductas, que permite la construcción de perfiles susceptibles de ser tratados con las finalidades más diversas. Información de gran precisión y calidad y que con la incorporación de la técnica de los algoritmos permite, incluso, la previsión de comportamientos futuros y la adopción de decisiones por sistemas expertos basadas en dichas informaciones. Es decir, permite la adopción de decisiones automatizadas que en el ámbito de la empresa impacta de lleno en el ejercicio de los poderes empresariales, que se abren a la adopción de decisiones algorítmicas basadas en el manejo de *big data*.

Las herramientas de IA permiten a las empresas tomar decisiones basadas en datos sobre contratación, promoción, evaluación del desempeño y extinción contractual.

El conocimiento ordenado de datos personales puede dibujar un determinado perfil de la persona o configurar una determinada reputación o fama. La introducción de los algoritmos en la gestión del personal ha revolucionado absolutamente los sistemas de trabajo y los modelos organizativos de la empresa. Su utilización permite extraer conclusiones que van más allá de la verificación de la correcta ejecución de la prestación laboral y ofrecer conclusiones sobre la personalidad del trabajador y obtener perfiles completos del trabajador. Perfiles susceptibles luego de ser valorados, favorable o desfavorablemente, a efectos laborales y sobre los que planean los fantasmas de la falta de transparencia y de la discriminación -algorítmica-.

La imparable y progresiva automatización, en la toma de decisiones de trascendencia laboral, exige identificar los mecanismos de protección de los derechos de los trabajadores. Dicha protección pasa por la conciliación de las reglas por las que se rige la adopción de decisiones empresariales, a partir de la gestión algorítmica con las reglas que garantizan el adecuado tratamiento de datos personales. Las decisiones automáticas pueden proyectarse sobre datos que afectan a la vida íntima de las personas y que revelan informaciones tan privadas como sus relaciones personales, su religión o sus convicciones o su orientación sexual, entre otros muchos, por lo que cualquier solución debe garantizar un especial rigor y delicadeza en la salvaguarda y protección de la esfera de los derechos.

La protección más importante proviene de la normativa en protección de datos y, a nivel europeo, esa es el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD)¹, y cuya aplicación tiene que ser ahora completada con las previsiones incluidas en el Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión² (RIA), garantizando la interacción de ambas normas, cuando resulte necesario. No serán extrañas en la norma más próxima en el tiempo, el RIA, las referencias y remisiones a la anterior, el RGPD, demostrando la sintonía y coherencia entre ambas normas.

La protección central que proporciona el RGPD gravita sobre la prescripción de la prohibición general sobre las decisiones basadas, únicamente, en un tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en la persona o le afecte significativamente de modo similar (art. 22 RGPD) y sobre el derecho a impugnar la decisión (art. 22.3 RGPD), permitiéndole así contrarrestar los efectos perniciosos que sobre su persona o vida profesional pueda tener una decisión fundada, exclusivamente, en una valoración de su persona, producto de una formulación informática.

Con estas previsiones se establece a favor de los interesados el derecho de no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que esté basada únicamente en un tratamiento automatizado de datos, destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, tales como su rendimiento laboral, fiabilidad o conducta.

La contundencia de dicha prohibición, sin embargo, se diluye en el ámbito de las relaciones laborales, puesto que el propio art. 22.2.a) RGPD admite las decisiones automatizadas, que pueden ser transcendentales en la fase de selección y contratación, pero también durante toda la vigencia del contrato, al excluir expresamente de aquella la decisión automatizada necesaria para la celebración

1 Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), de 27 de abril de 2016. DOUE de 4 de mayo de 2016.

2 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). DOUE de 12 de julio de 2024.

o la ejecución de un contrato. No obstante, y en todo caso, el procedimiento de gestión empresarial que prevea la adopción de decisiones algorítmicas debe articular mecanismos para garantizar la intervención humana, si la persona afectada lo solicita.

Verdaderos pilares del sistema de la protección construido por el legislador europeo son la transparencia y el derecho de información de los trabajadores afectados sobre los sistemas de gestión algorítmica, que se utilicen para el control y seguimiento de la prestación laboral, así como para la adopción de decisiones que afecten a sus condiciones de trabajo. El RGPD en el despliegue de la obligación de informar al trabajador, establece que la información debe ser suficiente, entendible y transparente (arts. 12-14 RGPDD).

Es de suma importancia la determinación de qué datos deben quedar al margen de la gestión algorítmica. Los datos que puedan revelar emociones o estados de ánimo o los que se refieren a conversaciones privadas de las personas trabajadoras nunca deberían ser usados por las empresas, además de las categorías especiales de datos incluidos en el art. 9 RGPD.

Con carácter previo, es exigible al responsable del tratamiento que: - utilice procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles; - aplique medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar que se corrijan los factores que introduzcan inexactitudes en los datos personales y se reduzca al máximo el riesgo de error; - que se aseguren los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado; - y que se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión, creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud, orientación sexual (art. 9 RGPD). Se requiere, además, armar un régimen adecuado de rendición de cuentas en el que las personas que representen a la empresa revisen y expliquen dichas medidas. Por tanto, deben existir procedimientos adecuados para que sea factible discutirlos e impugnarlos. Por lo tanto, es importante que con carácter previo se establezcan mecanismos precisos y claros para la revisión de esas decisiones, exigiéndose a tal fin la existencia de recursos personales suficientes.

En este ámbito resulta importante garantizar un papel activo de los agentes sociales en la defensa de los derechos de los trabajadores. Hay que aspirar a modelos que tengan en consideración los derechos colectivos de trabajadores y trabajadoras y, por tanto, su acción sea más trascendente, garantizando la

adecuada participación de los representantes de los trabajadores y la apertura de estas cuestiones a la negociación colectiva y al diálogo social.

La normativa laboral básica española recoge una previsión específica relativa a la intervención de los representantes de los trabajadores y la gestión empresarial algorítmica. En el art. 64.4.d) del Estatuto de los Trabajadores, consagra su derecho a ser informados por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. Esta solución jurídica, probablemente no sea la panacea, pero es una buena demostración de como el legislador laboral tiene la capacidad de aportar soluciones creativas, que aterricen y faciliten los retos que la IA plantea.

III. EL EJEMPLO PARADIGMÁTICO: LAS PLATAFORMAS DIGITALES

De la implantación de las plataformas es posible predicar innegables bondades, pero también, sombras que resulta imposible obviar. En cuanto a las bondades, se abre un amplio abanico de oportunidades tanto para las empresas como para los trabajadores. Para las empresas, nuevos mercados, la reducción de costes, el aprovechamiento de las innovaciones en tecnologías digitales y el acceso a la mano de obra mundial y local, para mejorar la eficiencia y aumentar la productividad. Para los trabajadores, nuevas oportunidades de generación de ingresos y de empleo, oportunidades para acceder con mayor facilidad al mercado laboral, obtención de ingresos adicionales mediante una actividad secundaria o el disfrute de flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo. Pero en paralelo, es posible identificar una amplia zona de sombra en la que se situarían las condiciones laborales y de protección social a la baja, riesgos para la salud y la seguridad, trabajo precario, horarios de trabajo fragmentados, niveles inadecuados de ingresos o dificultades para garantizar el reconocimiento de los derechos colectivos, entre otras.

Por otra parte, una de las características típicas del trabajo en las plataformas digitales es la integración de la inteligencia artificial (IA) en la gestión del personal. Los sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones alimentados por algoritmos asumen cada vez, con mayor frecuencia, funciones que los gestores suelen desempeñar en las empresas, como la asignación de tareas, la formulación de instrucciones, la evaluación del trabajo realizado, la concesión de incentivos o la imposición de sanciones.

Las plataformas digitales de trabajo utilizan esos sistemas de algoritmos como método estándar para organizar y gestionar el trabajo en plataformas a través de sus infraestructuras. Se produce de facto una delegación de las funciones que tradicionalmente eran asumidas por cargos intermedios a favor de estos sistemas de IA basados en algoritmos, puesto que entre sus funciones típicas se hallan la de servir para la adopción de decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones. Se trata de sistemas de IA, a los que el propio RIA califica como sistemas de alto riesgo³.

En el ámbito de las plataformas digitales, los trabajadores se encuentran sumergidos en la nebulosa la inteligencia artificial en los que se deja “al albur del software y del algoritmo la generación de decisiones” (GOÑI, 2023, 33). Se genera en el trabajador una suerte de vulnerabilidad y de indefensión frente a la todo poderosa IA y la casi imposibilidad de contestar las decisiones adoptadas por sistemas automatizados, puesto que la opacidad que caracteriza a estos sistemas impide por lo general, conocer por qué y cómo se producen las decisiones que se proyectan sobre sus condiciones laborales.

Los desafíos relacionados con el trabajo en plataformas digitales han requerido de la Unión Europea acciones dirigidas a la adopción de medidas específicas destinadas a ser normas mínimas para todos los Estados y garantizar, así, la mejora de la seguridad jurídica y la obtención de unas condiciones de competencia equitativas entre las plataformas digitales de trabajo y los proveedores de servicios fuera de línea, apoyando el crecimiento sostenible de las plataformas digitales de trabajo en la UE. En este contexto surge la Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales⁴, que incluye medidas que tienen como finalidad facilitar la correcta determinación de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas en la UE y mejorar la transparencia del trabajo en plataformas, además de otorgar a las personas que

3 Anexo III.

4 La propuesta de la Comisión se publicó el 9 de diciembre de 2021. Los ministros de Empleo y Asuntos Sociales alcanzaron un acuerdo sobre la orientación general del Consejo en su reunión del 12 de junio de 2023. Las negociaciones con el Parlamento Europeo comenzaron el 11 de julio de 2023 y concluyeron con el acuerdo alcanzado el 8 de febrero de 2024. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7212-2024-ADD-1/es/pdf>

realizan trabajo en plataformas una serie de derechos destinados a promover la transparencia, la equidad y la rendición de cuentas en la gestión algorítmica.

La Directiva arma un sistema cuya finalidad es proporcionar garantías a la posición del trabajador de plataformas digitales, rebajando, en la medida de la posible, la excesiva vulnerabilidad frente a la plataforma. En el centro de dicho sistema se coloca la garantía de la intervención humana en un sistema con capacidad de generar de manera ordinaria decisiones automatizadas determinantes para la vida profesional de los trabajadores (CARDONA, 2023, p.25).

Se construye, así, un sistema para tutelar los derechos de los trabajadores de plataformas, que se articula alrededor de un eje de garantías destinadas a: garantizar la transparencia en sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones (art. 6); garantizar la supervisión humana de los sistemas automatizados (art. 7); garantizar la revisión humana de las decisiones importantes (art. 8); garantizar la seguridad y salud (art. 8) y por último, garantizar los derechos de información y consulta por parte de las plataformas digitales de trabajo de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores (art. 9).

En cuanto a la transparencia en sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones, las plataformas digitales de trabajo deberán informar a las personas que realizan trabajo en plataformas sobre el uso de sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones (art. 6). Con respecto al primero de los dos sistemas, se indicará si los sistemas están en uso o en proceso de producción y se proporcionará información sobre las categorías de acciones supervisadas, evaluadas o para las que tales sistemas recogen datos, incluida la evaluación por el destinatario del servicio. Por lo que respecta a los sistemas automatizados de toma de decisiones que afecten significativamente a las condiciones de trabajo de los trabajadores de plataformas, tales como las tareas asignadas, sus ingresos, su seguridad y salud en el trabajo, su tiempo de trabajo, su promoción y su situación contractual, incluida la restricción, suspensión o cancelación de su cuenta o el acceso y mantenimiento del empleo, se deberá incluir información sobre los parámetros y reglas en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones.

Resulta, por tanto, fundamental que se indique qué aspectos de la relación laboral se someten a la gestión automatizada y la forma en que los datos personales

o el comportamiento de la persona que realiza trabajo en plataformas influyen en las decisiones, así como los motivos que las originan.

La información proporcionada deberá ser proporcionada al trabajador de la plataforma por escrito, el primer día de trabajo, en caso de cambios sustanciales y en cualquier momento, a petición de aquel. La información será inteligible, concisa, transparente y fácilmente accesible, utilizando para ello un lenguaje claro y sencillo. Información que quedará a disposición de sus representantes y la autoridad laboral.

Es importante señalar que el tratamiento de datos personales mediante los sistemas indicados tiene vetado hacerlo sobre las categorías de datos especiales a las que se refiere el art.9 RGPD, pero además, por mor del art. 5bis de la Propuesta de Directiva, a dicho veto o limitación de tratamiento se añade la información relativa a los estados emocionales o de ánimo de los trabajadores, la relativa a su salud a salvo de casos justificados, la referida a la obtenida de conversaciones privadas, incluidas las desarrolladas con sus representantes o cuando los datos hayan sido obtenidos mientras el trabajador no está ofreciendo sus servicios digitales en la plataforma.

Además, y con carácter previo, es exigible al responsable del tratamiento que utilice procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles; aplique medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar que se corrijan los factores que introduzcan inexactitudes en los datos personales y se reduzca al máximo el riesgo de error y que se aseguren los datos personales, de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado.

Podemos concluir, en definitiva, que, dada su naturaleza especialmente sensible, la Directiva no solo completa las previsiones del RGPD sino que prevé, en parte, una protección mayor, ya que prohíbe que se traten mediante sistemas de supervisión o toma de decisiones automatizados determinados tipos de datos personales, por ejemplo, datos sobre el estado emocional y psicológico de la persona, o que se recojan datos cuando la persona no esté trabajando.

También refuerza la exigibilidad sobre la transparencia de los sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones, pues establece la información que debe facilitarse a las personas que realizan trabajo en plataformas.

Además, debe garantizarse una supervisión humana de los sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones. Las personas que ejerzan esa función han de disponer, en particular, de la facultad de anular las decisiones automatizadas y estar protegidas contra un trato desfavorable por el ejercicio de sus funciones. Las decisiones importantes que afecten a las personas que realizan trabajo en plataformas también estarán sujetas, previa solicitud, a uno de los motivos de la decisión.

Los representantes de los trabajadores de plataformas o, en su ausencia, los propios trabajadores serán informados y consultados sobre la introducción de cambios sustanciales en el uso de sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones.

La segunda garantía prevista se refiere a la introducción de la supervisión humana de los sistemas automatizados (art. 7 de la Directiva). En concreto, se prevé que las plataformas digitales de trabajo supervisen y evalúen periódicamente el impacto que tienen en las condiciones de trabajo las decisiones individuales adoptadas o apoyadas por los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones.

Uno de los eslabones más débiles en cuanto a las condiciones laborales del trabajo en las plataformas se refiere a la seguridad y salud en el trabajo. Los trabajadores están sometidos, habitualmente, a elevados niveles de estrés y en el desempeño de su actividad están expuestos exponencialmente a riesgos que pueden perjudicar su salud física y emocional. Con frecuencia están sometidos a inadmisibles ritmos de trabajo, a jornadas que se alargan más allá de lo pactado y retribuido y en la que desaparecen o se diluyen los tiempos de descanso, en los que el reconocimiento de su derecho a la desconexión digital resulta una utopía. Es por ello por lo que el legislador europeo se preocupa por ofrecer una protección específica de la seguridad y salud de estos trabajadores, introduciendo previsiones que contribuyan a preservar de manera efectiva su seguridad y salud, teniendo en cuenta las condiciones y características de estos contextos en los que se identifican riesgos específicos de orden físico y mental, con causa en la excesiva presión derivada de la decisión algorítmica.

Para ello se propone que las plataformas digitales de trabajo se encarguen de emprender evaluaciones dirigidas, por una parte, desde la perspectiva de la automatización de decisiones, a los riesgos de los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones para la seguridad y la salud de los trabajadores

de plataformas, en particular en lo que se refiere a posibles riesgos psicosociales, ergonómicos y de accidentes laborales.

Por otra parte, evaluaciones dirigidas a identificar si las salvaguardias de dichos sistemas son adecuadas para los riesgos detectados a la vista de las características específicas del entorno de trabajo.

Consecuencia de dichas evaluaciones, se impone a las plataformas digitales de trabajo, la obligación de introducir medidas preventivas y de protección adecuadas y suficientes para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

Se echa a faltar en el precepto una mención al derecho a la desconexión digital, puesto que la hiper conectividad de un trabajador plenamente disponible, como lo es por concepto el trabajador de una plataforma digital, que no haga un uso adecuado del derecho a la desconexión digital y, por tanto, que no respete los tiempos de descanso, ya no deseables si no absolutamente imprescindibles, puede tener efectos nefastos sobre su salud.

«La panoplia de riesgos asociados a la digitalización del trabajo es muy amplia», pero destacan de entre ellos los riesgos de carácter psicosocial como la tecnofatiga, la tecnoadicción, tecnoansiedad, tecnofobia, tecnoestrés y que pueden generar trastornos como el insomnio, la disminución del rendimiento y motivación, cefaleas, depresión, ansiedad o irritabilidad (CARDONA, 2020, p. 119). Por ello, es necesario evitar la presión excesiva derivada de la decisión algorítmica que conduce habitualmente al trabajador vinculado con la plataforma digital a saltarse los tiempos de descanso efectivo y de desconexión digital.

En el ámbito de las plataformas digitales los trabajadores se encuentran expuestos a la todopoderosa IA y a la casi imposibilidad de contestar las decisiones adoptadas que les afectan. Por ello, es importante garantizar un régimen adecuado de rendición de cuentas en el que las personas que representen a la empresa revisen y expliquen dichas decisiones, así como procedimientos adecuados para que sea factible discutir las e impugnarlas.

Desde este punto de vista la Directiva arma, en su art. 8, un sistema cuya finalidad es proporcionar garantías a la posición del trabajador de plataformas digitales, rebajando, en la medida de la posible, la excesiva vulnerabilidad frente a la plataforma. En el centro de dicho sistema se coloca la garantía de la intervención humana en un sistema con capacidad de generar de manera ordinaria decisiones automatizadas determinantes para la vida profesional de los trabajadores.

Se trata de en, primer lugar, identificar las decisiones que afectan significativamente las condiciones laborales de las personas trabajadoras vinculadas con las plataformas digitales, para a partir de dicha identificación garantizar el derecho a obtener una explicación sobre cualquier decisión adoptada o apoyada por un sistema automatizado. Así las plataformas digitales de trabajo proporcionarán al trabajador de la plataforma un escrito justificativo sobre los motivos de cualquier decisión adoptada o apoyada por un sistema automatizado de toma de decisiones de restringir, suspender o cancelar la cuenta del trabajador de plataforma, cualquier decisión de denegar la remuneración por el trabajo realizado por el trabajador de plataforma, cualquier decisión sobre la situación contractual del trabajador de plataforma o cualquier decisión con efectos similares.

Una vez recibida la respuesta, si el trabajador discrepa de los motivos aducidos por la plataforma, o cuando considere que la decisión vulnera sus derechos, tendrá derecho a solicitar a la plataforma digital de trabajo la revisión de dicha decisión y que esta responda en un plazo razonable.

En caso de que la decisión impugnada vulnerara derechos de los trabajadores de plataformas, la plataforma digital de trabajo estará obligada a proceder a su rectificación inmediata, sin demora o, en su defecto, cuando resulte imposible proceder a la rectificación, a ofrecer una indemnización adecuada.

Para finalizar con este apartado, hay que señalar que la Directiva articula una serie de medidas destinadas a reforzar los deberes de información y consulta de las plataformas digitales de trabajo con respecto a los representantes de los trabajadores de plataformas o, en caso de que no tengan tales representantes, a los trabajadores de plataformas afectados, cuando se decida introducir sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones o se decida introducir cambios sustanciales en el uso de dichos sistemas.

Y todo ello «sin menoscabo de los derechos y obligaciones derivados de la Directiva 2002/14/CE» (art. 9).

IV. LOS NEURODERECHOS LABORALES: UN NUEVO DESAFÍO PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

El avance de las neurociencias y la tecnología de la información ha dado lugar a la posibilidad de acceder y manipular datos cerebrales de los trabajadores, lo que conlleva implicaciones de tipo ético y moral y plantea la necesidad de es-

tablecer un marco de neuroderechos, que proteja la integridad, la privacidad y la autonomía de las personas. Podemos hablar de un derecho a la neuroprotección, con un contenido múltiple que se traduciría en facultades invocables por las personas frente a ataques o transgresiones arbitrarias y que demanda, al tiempo, acciones positivas por parte del Estado, dirigidas a brindar dicha protección.

Se trata de cuestiones que, aunque pudieran padecer proyecciones hacia el futuro, son cuestiones de un presente *“altamente dinámico en el cual se logran avances científicos y tecnológicos de unas características y a una velocidad sin precedentes en la historia de la humanidad”*.⁵

La neurociencia y la neurotecnología están avanzando a pasos agigantados, permitiendo una mayor y más profunda interpretación de la actividad neuronal y la posibilidad de manipulación cerebral directa. Se trata de tecnologías que permiten acceder a la identidad más profunda del individuo, proporcionando información *“que permite comprender, en última instancia, la conciencia y el pensamiento individual de cada persona. Podría decirse que, a su través, se hace posible entrar en la intimidad de la intimidad”* (RAMOS y MERCADER, 2024, p.4).

La norma pionera que introduce una referencia a este tipo de tecnologías la encontramos en Chile y no se trata de cualquier norma sino nada más y nada menos que de su Constitución. Tras la reforma realizada sobre su texto, por la Ley 21823, de 25 de octubre de 2021 que, inspirada en la Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe, modifica la Carta Fundamental para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas, introduce un inciso en el párrafo final del art. 19.1, con el siguiente tenor: *“el desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”*. Otros estados de la región como México, Brasil, Argentina o Uruguay están promoviendo proyectos de ley que permitan incluir los neuroderechos.

El mismo estado español incorpora a través de la Carta de Derechos Digitales, derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías, previendo que las condiciones, límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las

5 Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe. Preámbulo. Este texto fue aprobado en la XXXVII Asamblea Ordinaria del Parlatino. <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/ley-modelo-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

neurotecnologías podrán ser reguladas por la ley, con la finalidad de garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad; la autodeterminación individual, soberanía y libertad en la toma de decisiones; asegurar la confidencialidad y seguridad de los datos obtenidos o relativos a sus procesos cerebrales y el pleno dominio y disposición sobre los mismos; regular el uso de interfaces persona-máquina susceptibles de afectar a la integridad física o psíquica, asegurar que las decisiones y procesos basados en neurotecnologías no sean condicionadas por el suministro de datos, programas o informaciones incompletos, no deseados, desconocidos o sesgados.

Como suele ser habitual, el ámbito del trabajo no escapa de esta tendencia sino, por el contrario, participa activamente de las reflexiones que estamos realizando, de manera que es posible hablar de los neuroderechos laborales, entendidos como derechos específicos que protegen la integridad, la privacidad y la autonomía de los trabajadores, en el contexto laboral, en relación con el uso de tecnologías que permiten la interferencia, lectura y manipulación de su actividad cerebral.

Estaríamos ante técnicas y/o dispositivos de neurovigilancia que permiten la obtención masiva de datos de las personas trabajadoras a partir de la observación de su actividad cerebral, los neurodatos. Se trata de informaciones extremadamente sensibles, que en definitiva revelan el estado de salud mental y emocional y cuya utilización con finalidades organizacionales puede tener consecuencias imprevisibles a efectos de la situación laboral de las personas afectadas y difícilmente compatibles con la dignidad, el derecho de protección de datos y los otros derechos fundamentales protegidos en los textos constitucionales. De hecho, el uso de tecnologías que analizan la actividad cerebral puede dar lugar a discriminación si se utilizan para tomar decisiones sobre contratación, promoción o despido. Es esencial que las empresas implementen prácticas justas y equitativas, evitando sesgos basados en datos neurocognitivos.

Es en este ámbito, en el que el reconocimiento de los neuroderechos laborales cobraría todo su valor, y entre los que se encuentran, entre otros, el derecho a la privacidad mental, que garantiza que los trabajadores tengan control sobre sus pensamientos y procesos mentales, evitando la lectura o manipulación no autorizada de datos cerebrales; el derecho a la integridad cognitiva, que les protege frente a intervenciones que puedan alterar su capacidad de pensamiento, decisión y comportamiento sin su consentimiento; o el derecho a la desconexión

cognitiva que permite a los trabajadores desconectarse de las tecnologías que pueden influir en su actividad cerebral fuera del horario laboral.

Queda mucho por explorar y, sobre todo, por desarrollar en términos del establecimiento de un marco ético y legal para los neuroderechos laborales, que venga impulsado por políticas que no solo sean fruto del esfuerzo gubernamental, sino que sean fruto de la colaboración de los agentes sociales y los neurocientíficos y neurotecnólogos.

V. LA RESPUESTA REGULATORIA DEL VIEJO CONTINENTE A LOS RETOS DE LA IA EN EL ÁMBITO LABORAL: EL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La transformación digital es una de las prioridades de la Unión Europea. Europa quiere estar preparada para responder a los retos derivados de la extensión de las nuevas tecnologías, que crean nuevas oportunidades para las empresas y los negocios. Entre dichos retos están apoyar la educación digital, ofrecer formación a los trabajadores y digitalizar los servicios públicos, garantizando el respeto a los derechos fundamentales. En esta dirección se sitúa el Programa estratégico de la Década Digital Europea para 2030⁶, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales⁷ y la Estrategia Digital Europea 2020-2030 (Transformación digital de la empresa).

Europa se halla inmersa en un proceso de transformación tecnológica sin precedentes, que alcanzó su culmen tras la emergencia sanitaria mundial. El impacto de la pandemia aceleró la necesidad de transformación digital de empresas e instituciones, al tiempo que puso de manifiesto que las legislaciones, tanto en el plano de la Unión Europea como en el del derecho interno de los estados, requerían un impulso y sobre todo una interpretación y una aplicación que no desconociera el potencial lesivo de las tecnologías disruptivas para la esfera de los derechos de las personas.

6 Decisión (UE) 2022/2481 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, por la que se establece el programa estratégico de la Década Digital para 2030 (Texto pertinente a efectos del EEE). <http://data.europa.eu/eli/dec/2022/2481/oj>

7 Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (2023/C 23/01). A esta declaración le precedió la COM (2022) 27 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de enero de 2022, por la que se introduce la formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital.

Por otro lado, la conocida como economía del dato traza un escenario de oportunidades de negocio y profesionales, basado en la analítica de todo tipo de dato en el contexto de la Estrategia Digital Europea. La economía del dato tiene cada vez mayor relevancia en los ecosistemas mundiales y europeos. Así mismo, los datos abiertos habilitan el desarrollo de nuevos productos, servicios y soluciones de alto valor socioeconómico. La Estrategia Europea de Datos busca convertir la UE en líder de una sociedad libre impulsada por los datos y aspira a impulsar la creación de un mercado digital único de datos, garantizando el desarrollo de la tecnología capaz de armonizarse con la garantía de los derechos fundamentales.

Estrechamente vinculada a estas políticas se halla la otra línea de acción de la UE de los últimos años, diseñando y desplegando su potencial regulatorio hacia el uso de la inteligencia artificial respetuoso con los derechos fundamentales y los valores de la UE. Asistimos a un despliegue regulador de las instituciones europeas a la altura del reto al que se enfrentan: el desarrollo ético de la IA.

En dicha línea y, sin ánimo de exhaustividad, se encuentran la Estrategia Europea de IA⁸, el Plan coordinado sobre IA⁹ y, sobre todo, el Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

El RIA enfrenta a los laboristas a un desafío en absoluto despreciable como es el de acercarse a una norma de gran complejidad, tecnológicamente avanzada, no específicamente laboral ni tan siquiera exclusivamente jurídica. Una norma densa y extensa que cuenta con ciento ochenta considerandos, ciento trece artículos, trece Anexos y hasta 68 definiciones, de aplicación general a todos los sectores de actividad y en todos los Estados Miembros de la UE. Aunque entró en vigor al día siguiente de su publicación, se prevé una aplicación escalonada por secciones.

El marco reglamentario que propone el RIA tiene como objetivo garantizar que los sistemas de IA introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales

8 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Artificial Intelligence for Europe, COM2018/237 final.

9 COM (2018) 795 final, Comunicación de la Comisión, de 7 de diciembre de 2018, por la que se establece el Plan coordinado sobre la inteligencia artificial.

y valores de la Unión, proporcionando, al tiempo, seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en IA y facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones de IA y evitar la fragmentación del mercado.

Para ello, el RIA ofrece un enfoque normativo que se limita a establecer los requisitos mínimos necesarios para subsanar los riesgos y problemas vinculados a la IA, sin obstaculizar ni impedir indebidamente el desarrollo tecnológico y sin aumentar de un modo desproporcionado el coste de introducir soluciones de IA en el mercado. Se trata de una norma cuya aprobación supone, como ha señalado la Doctrina, un paso muy importante en la construcción del Derecho Algorítmico (RODRIGUEZ PIÑERO, 2024),

Dicha norma pretende afrontar además la opacidad, la complejidad, el sesgo, cierto grado de imprevisibilidad y un comportamiento parcialmente autónomo de ciertos sistemas de IA, para garantizar su compatibilidad con los derechos fundamentales y facilitar la aplicación de las normas jurídicas, sin que ello implique, en ningún caso, obstaculizar el desarrollo tecnológico o aumentar de manera desproporcionada el coste de introducir soluciones de inteligencia artificial en el mercado¹⁰.

El objetivo declarado del Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, a fin de promover la adopción de una IA centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, proteger frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación (Art. 1).

10 Entre los antecedentes de esta norma se encuentran el Libro Blanco de la Inteligencia Artificial, de 19 de febrero de 2020 (https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf) y la Guía de directrices éticas para una inteligencia artificial fiable (<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>)

Es decir, que Europa está preocupada por recuperar posiciones en una carrera en la que ha sido relegada a posiciones irrelevantes por potencias, como China o Estados Unidos, que lideran la carrera por la IA. Se trata de una preocupación genuinamente económica, pero también de índole geopolítica (FERNÁNDEZ). En cuanto al desarrollo de IA probablemente le resulte difícil alcanzar ese liderazgo, pero no así en lo que se refiere a la definición del marco regulatorio. En este sentido, la Unión Europea cuenta con una nada desdeñable experiencia de éxito como es la de ser pionera, a nivel global y convertirse en referente mundial en materia de protección de datos, mediante el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD), que deroga la Directiva 95/46/CE. El RGPD que es directamente aplicable en todos los Estados miembros y obligatorio en todos sus elementos, sin necesidad de norma de transposición, se ha convertido en *“estándarte de la UE y en un símbolo de los altos estándares de calidad del derecho europeo y de su capacidad para imponerlos en el ámbito internacional, especialmente en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales”* (FERNÁNDEZ). Con el RIA, Europa pretende replicar el modelo del RGPD, para convertirse en líder internacional y explorar y explotar, así, su influencia internacional.

El RIA articula normas armonizadas para el desarrollo, la introducción en el mercado y la utilización de sistemas de IA en la Unión a partir de un enfoque basado en los riesgos. Propone una definición única de la IA con vocación de resistir el paso del tiempo, así define sistema de IA como “un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales” (art. 3.1).

Prohíbe determinadas prácticas particularmente perjudiciales de IA por ir en contra de los valores de la Unión y propone restricciones y salvaguardas específicas en relación con determinados usos de los sistemas de identificación biométrica remota con fines de aplicación de la ley. Se establece una metodología de gestión de riesgos para definir aquellos sistemas de IA que plantean un «alto riesgo» para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales de las personas. Dichos sistemas de IA tendrán que cumplir una serie de requisitos horizontales

obligatorios que garanticen su fiabilidad y ser sometidos a procedimientos de evaluación de la conformidad antes de poder introducirse en el mercado europeo.

El legislador europeo ha impreso un carácter original a la regulación de la IA, equiparando las exigencias de respeto a los derechos fundamentales a otras prescripciones o reglas que la UE impone a los productos que se fabrican, importan, distribuyen o usan en el continente, de tal manera que la comercialización en Europa de un sistema de IA “de alto riesgo” requerirá cumplir con esas exigencias, ser sometido al procedimiento pertinente de evaluación de la conformidad con las mismas y utilizar el marcado CE para indicarlo. Coincidiendo con FERNANDEZ (2024) aunque pueda resultar chocante, a primera vista, y *“desde un punto de vista ético-filosófico, tal vez pueda generar algunas dudas esta conversión de los derechos humanos en una especificación técnica de producto”*, se trata de una solución imaginativa que podría dar los resultados pretendidos.

Centrándonos ya en las relaciones laborales, el RIA representa un avance significativo hacia la regulación de la inteligencia artificial en el ámbito laboral. Siendo una norma de aplicación general, para todos los sectores, incluye, expresamente, en su ámbito de aplicación, al laboral.

Con la prioridad declarada de priorizar la protección de los derechos fundamentales, el reglamento clasifica las aplicaciones de IA en función de su nivel de riesgo: prohibido, alto, limitado y mínimo. Esta clasificación establece diferentes requisitos y obligaciones para los desarrolladores y usuarios de IA, incluyendo la transparencia, la rendición de cuentas y la no discriminación.

Las aplicaciones de IA prohibidas con trascendencia para el ámbito laboral son las utilizadas para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y los sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir, entre otros datos, su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida u orientación sexuales¹¹. La prohibición implica la inaceptabilidad de estas prácticas de IA en cuanto a su introducción en el mercado, a la puesta en servicio para este fin específico y al uso de los propios sistemas de IA.

11 art. 5.1, apartados f) y g).

En cuanto a los sistemas de IA de alto riesgo¹², es importante señalar que, según el RIA, merecen esta calificación los sistemas que tengan un efecto perjudicial considerable en la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas de la Unión¹³, entre los que se incluyen el derecho a la dignidad humana, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, el derecho a la no discriminación, el derecho a la educación, (...) los derechos de los trabajadores, los derechos de las personas discapacitadas, la igualdad entre hombres y mujeres¹⁴.

El Anexo III del RIA, que complementa el art. 6.2, se refiere a los sistemas de IA que afecten al empleo, gestión de trabajadores y acceso al autoempleo y, en concreto, se refiere a dos utilizaciones de estos sistemas: a) los destinados a la contratación y selección de personal y, en particular, para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos; y b) los destinados a la toma de decisiones que afecten a la iniciación, promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones. Estos sistemas de IA. Estos sistemas *“pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo, contra las mujeres, determinados grupos de edad, las personas con discapacidad o las personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, promoción o retención de personas en las relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden socavar sus derechos fundamentales a la protección de los datos personales y a la intimidad”* (Considerando (57)).

Además de los requisitos exigibles a los sistemas de IA, el RIA articula un sistema de garantías, al que dedica desde el art. 8 al 15. Prevé la implantación de un sistema de gestión de riesgos, que tendrá que ser planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, que requerirá revisiones y actualizaciones sistemáticas periódicas (art. 9). Además, con respecto

12 Arts. 6.1 y 2.

13 Considerando 46.

14 Considerando 48.

a los sistemas de Datos de IA de alto riesgo que utilizan técnicas que implican el entrenamiento de modelos de IA con datos, se desarrollarán a partir de conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba de datos, que estarán sometidos *a prácticas de gobernanza y gestión de datos adecuadas para la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo*. Hay que recalcar que en el sistema de gobernanza se prevé la adopción de medidas destinadas a evitar y desterrar los sesgos y garantizar, por tanto, que los datos de entrenamiento sean representativos (art. 10).

Se complementa este sistema de garantías, por una parte, con la exigencia de documentación técnica, que deberá elaborarse antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, y deberá mantenerse actualizada (art. 11), la necesidad de garantizar un nivel de trazabilidad del funcionamiento del sistema (art. 12) y la transparencia suficiente y comunicación a los responsables del despliegue; (art. 13) y, por otra parte, la verdadera clave de bóveda del sistema de garantías que es la garantía de la supervisión humana (art. 14), aproximándose a las reglas de protección de los trabajadores de plataformas frente a decisiones alimentadas por algoritmos previstas en la Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales (art. 8), puesto que una de las características típicas del trabajo en las plataformas digitales es la integración de la inteligencia artificial (IA) en la gestión del personal y la utilización común de sistemas automatizados de supervisión.

La garantía de la intervención humana en un sistema con capacidad de generar de manera ordinaria decisiones automatizadas determinantes para la vida profesional de los trabajadores es fundamental, se alinea también el RIA con las previsiones del RGPD en este aspecto.

Según el RIA, los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano-máquina adecuadas. Esa supervisión humana estará dirigida a prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persistan a pesar de la aplicación de las cautelas previstas.

Con la creciente implementación de la IA en el entorno laboral, surge la necesidad de que los trabajadores estén capacitados para interactuar con estas

tecnologías. El reglamento promueve la formación continua y la recapitación como obligación de los empleadores para asegurar que los trabajadores no queden rezagados en un mercado laboral en constante evolución. Esto incluye el desarrollo de habilidades digitales y técnicas que son esenciales en una era impulsada por la IA. Por ello el RIA impone a los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA – en el ámbito laboral, a los empleadores – la obligación de alfabetización en materia de IA (art. 3.56 y 4 RIA). Dicha obligación consiste en la adopción de medidas que garantice que las personas a su cargo, y que se encarguen en nombre del empleador del funcionamiento y utilización de sistemas de IA, *“tengan un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA, teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación, así como el contexto previsto de uso de los sistemas de IA y las personas o los grupos de personas en que se utilizarán dichos sistemas”*. Es esta una obligación importantísima, porque más allá de los estrictos conocimientos técnicos, se trata de asegurar con ella, en todo momento, el funcionamiento fiable y *“humanizado” de la IA y un progreso mínimamente controlado de sus potenciales efectos negativos directos o colaterales* (DEL REY, 2024).

En cuanto al papel de los representantes de los trabajadores y de la participación de los sindicatos, hay que reconocer que el legislador europeo ha querido reforzar papel y asegurar su intervención como agentes garantes de la protección de los intereses y derechos de los trabajadores frente a la utilización de sistemas de IA. Así refuerza el derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores, de tal manera que, con carácter previo a la introducción o utilización de un sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo, los responsables del despliegue que sean empleadores informarán a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que estarán expuestos a la utilización del sistema de IA de alto riesgo. Esta información se facilitará, cuando proceda, con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en el Derecho de la Unión y nacional y conforme a las prácticas en materia de información a los trabajadores y sus representantes (art. 26.7). Y todo ello aunque no se cumplan las condiciones de las obligaciones de información y consulta en la Directiva 2002/14/CE (Considerando (92)).

En cuanto al papel de los sindicatos, este queda quizás más diluido, aunque tiene cabida gracias al fomento de los códigos de buenas prácticas (art. 56 RIA) que realiza el RIA, como instrumento para garantizar un despliegue ético y confiable de la IA. Se trata de una herramienta de *soft law*, que para los em-

presarios recaería en el ámbito de la responsabilidad social. Los códigos podrán ser elaborados por proveedores o responsables del despliegue de sistemas de IA particulares, por las organizaciones que los representen o por ambos, también con la participación de cualquier parte interesada y sus organizaciones representativas, como, por ejemplo, las organizaciones sindicales. Recientemente, la Oficina Europea de IA abrió una convocatoria de manifestaciones de interés para participar en la elaboración del primer Código de buenas prácticas de IA de uso general. El Código se preparará en un proceso de redacción iterativo a más tardar en abril de 2025, nueve meses después de la entrada en vigor de la Ley de IA el 1 de agosto de 2024. El Código facilitará la correcta aplicación de las normas de la Ley de IA para los modelos de IA de uso general.

En definitiva, estamos ante una norma importante, de incuestionable aplicación en el ámbito de las relaciones laborales, la cuestión es cómo aterrizar sus previsiones al ámbito laboral. Disponen los Estados Miembros de algún tiempo, aunque no mucho, puesto que se prevé una implantación escalonada de ella, pero el reto es muy importante y exige un esfuerzo colectivo de todos los agentes implicados.

VI. CONCLUSIONES

- La inteligencia artificial está reconfigurando el mundo del trabajo de maneras sin precedentes.
- Para abordar los desafíos planteados, es esencial que el derecho del trabajo evolucione en paralelo con estos cambios tecnológicos.
- Serán necesarias políticas proactivas que fomenten la adaptación de los trabajadores, la transparencia en la toma de decisiones algorítmicas y la protección de los derechos de los trabajadores en nuevas modalidades laborales.
- Solo a través de un enfoque colaborativo y multidisciplinario se podrá garantizar un futuro laboral justo y equitativo en la era de la inteligencia artificial.
- Son muchos los retos y desafíos frente a los que nos sitúa la revolución tecnológica como sociedad.
- Las tecnologías disruptivas abren nuevos horizontes al papel regulador del Derecho y a la labor de los profesionales del Derecho, llama-

dos a encontrar el equilibrio entre la utilización de las tecnologías y el respeto a los derechos y libertades del individuo.

- Estamos ante desafíos globales, un cambio de paradigma y de época. Nuevos retos para los que hay que hallar soluciones aterrizadas en la realidad concreta y desde la perspectiva garantista de los derechos.
- El gran reto es proteger y garantizar el derecho fundamental a la protección de datos, en un contexto público-privado de aceleración de la innovación, transformación digital, de fomento de la economía de datos y de generalización de aplicación de la inteligencia artificial, desde una visión holística de la sociedad y la economía y con una perspectiva inclusiva, ética y garante de los derechos humanos.
- La inteligencia artificial presenta desafíos significativos para el derecho del trabajo, desde la clasificación de los trabajadores hasta la privacidad y la discriminación. Es esencial que los legisladores, empleadores y trabajadores colaboren para establecer un marco regulatorio que proteja los derechos laborales en un mundo cada vez más automatizado. Solo a través de un enfoque proactivo se podrá garantizar un futuro laboral justo y equitativo.
- El Reglamento Europeo de IA representa un avance significativo hacia la regulación de la inteligencia artificial en el ámbito laboral. Sin embargo, su éxito dependerá de su implementación efectiva y de la colaboración entre legisladores, empleadores y sindicatos.

BIBLIOGRAFÍA

- CARDONA RUBERT, M. B. (2020), «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», *Revista de Derecho Social*, n.º 90.
- CARDONA, M.B. (2022), “Retos y amenazas de la revolución tecnológica en el ámbito de los derechos humanos”. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 10.
- CARDONA, M.B. (2023) “Gestión algorítmica y condiciones laborales de los trabajadores de plataformas: la necesaria directiva de mejora de condiciones laborales de los trabajadores de plataformas” *Documentación Laboral*, núm. 129, 11-28.
- DEL REY GUANTER, S. (2024), “El nuevo deber empresarial de alfabetización tecnológica de las personas trabajadoras sobre los sistemas de inteligencia artificial y la necesaria “alfabetización humanística” de estos sistemas”, *Briefs AEDTSS*,

número 74, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

FERNANDEZ VILLAZÓN, L. A. (2024), “Nuevo Reglamento Europeo de IA: Los derechos humanos como especificación técnica de producto”, Briefs AEDTSS, número 71, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

GOÑI SEIN, J. L. (2021), “El impacto de las nuevas tecnologías disruptivas sobre los derechos de privacidad (intimidad “extimidad”) del trabajador». Revista de Derecho Social, n.º 93.

RAMOS QUINTANA, M.I., MERCADER UGUINA, J. (2024) Los neuroderechos laborales: la neurotecnología llega al lugar de trabajo, Trabajo y Derecho, núm. 117, 13-19.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “El Reglamento Europeo de IA y su afectación al mundo laboral”, Trabajo, persona, derecho y mercado: nuevos retos del mercado laboral. IUSLABLOG, Iniciativa Interblogs, <https://grupo.us.es/iwpr/2024/04/08/el-reglamento-europeo-de-ia-y-su-afectacion-al-mundo-laboral/>

PRIMER TEMA

**Propuesta de adecuación e
implementación del
Convenio 190 OIT en el Perú.**

PONENCIAS OFICIALES

ADECUACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO 190 OIT EN EL PERÚ: HACIA UN MUNDO DEL TRABAJO LIBRE DE VIOLENCIA Y ACOSO

DOMINGOS SÁVIO ZAINAGHI

Maestro y doctor en Derecho del Trabajo por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Postdoctorado en Derecho del Trabajo por la Pontificia Universidad Castilla-La Mancha, España. Pas presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-AIDTSS. Profesor en curso de maestría en universidades brasileñas y en países latinoamericanos. Miembro de la Academia Paulista de Letras Jurídicas-APLJ y Academia Paulista de Derecho-APD. Abogado. Autor de varios libros jurídicos y no jurídicos.

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), junto con su Recomendación 206, representa un hito trascendental en la búsqueda de un mundo del trabajo donde la dignidad, la igualdad y el respeto sean pilares fundamentales. Este instrumento internacional aborda de manera integral la violencia y el acoso en el ámbito laboral, reconociendo su impacto perjudicial en la salud física y mental de los trabajadores, la productividad de las empresas y la cohesión social. La implementación efectiva de este convenio en Perú no es solo una obligación legal tras su ratificación, sino una necesidad imperante para construir un entorno laboral seguro, inclusivo y respetuoso para todos los trabajadores y las trabajadoras del país. Esta propuesta detallada profundiza en los pasos esenciales para la adecuación e implementación del Convenio 190 en el contexto específico del Perú, considerando su marco legal, su realidad socioeconómica y los desafíos particulares que presenta el mundo del trabajo peruano.

Antes que nada, estudiemos el desarrollo del Convenio 190.

II. HISTÓRICO DE LA CREACIÓN DEL CONVENIO 190 DE LA OIT

La génesis del Convenio 190 se enmarca en un contexto global de creciente conciencia sobre la persistencia y las graves consecuencias de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Durante décadas, diversas iniciativas a nivel internacional y los movimientos sociales, especialmente aquellos liderados por mujeres, pusieron de manifiesto la necesidad de abordar estas problemáticas de manera más sistemática y efectiva.

Si bien la OIT había previamente tratado aspectos relacionados con el acoso en el trabajo, principalmente en el contexto de la igualdad de género y la discriminación (a través de convenios como el 111 sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación)), se reconoció la urgencia de un instrumento específico que abordara la violencia y el acoso en todas sus formas y manifestaciones, trascendiendo la perspectiva de la discriminación. La evolución de la comprensión

sobre la naturaleza multifacética de la violencia y el acoso, que incluye dimensiones psicológicas, físicas, sexuales y económicas, impulsó la necesidad de un marco normativo más robusto y comprehensivo.

III. DESARROLLO DEL CONVENIO

El camino hacia la adopción del Convenio 190 fue un proceso participativo y exhaustivo que involucró a los actores tripartitos de la OIT: gobiernos, empleadores y trabajadores de los Estados miembros.

1. Resolución de la CIT (2018): En junio de 2018, durante la 107^a Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), se adoptó una resolución histórica que formalmente instó a la creación de un nuevo instrumento normativo internacional destinado a combatir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Esta resolución marcó un punto de inflexión, reconociendo la necesidad urgente de una respuesta global y coordinada a esta problemática.
2. Formación del Grupo de Trabajo: Tras la resolución, se constituyó un grupo de trabajo técnico integrado por representantes de los gobiernos, las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores de diversos países. Este grupo fue encargado de llevar a cabo las discusiones sustantivas y la redacción del texto del futuro convenio.
3. Múltiples Reuniones y Consultas (2018-2019): Durante un período de intensas deliberaciones que se extendió desde 2018 hasta 2019, el grupo de trabajo se reunió en diversas ocasiones. Estas reuniones fueron espacios de diálogo y negociación donde se analizaron diferentes perspectivas, se presentaron propuestas y se buscaron consensos sobre los elementos clave que debía contener el nuevo instrumento. Se llevaron a cabo amplias consultas con los mandantes de la OIT a nivel nacional para asegurar que el texto reflejara las realidades y desafíos de los diferentes contextos laborales.
4. Adopción del Convenio 190 (Junio de 2019): En junio de 2019, en el marco de la 108^a Conferencia Internacional del Trabajo, el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) fue adoptado por una abrumadora mayoría de los Estados miembros de la OIT. Este acto formal significó el reconocimiento a nivel internacional del

derecho de todo trabajador a un entorno laboral libre de violencia y acoso.

5. Contenido y Alcance del Convenio 190: El Convenio 190 establece definiciones claras de “violencia y acoso” en el mundo del trabajo, abarcando comportamientos, prácticas o amenazas que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual o económico. Su alcance es amplio, protegiendo a todos los trabajadores y personas en el mundo del trabajo, independientemente de su situación contractual, incluyendo a quienes trabajan en la economía informal, pasantes, aprendices y voluntarios. El convenio obliga a los Estados miembros a adoptar leyes, reglamentos y políticas para prevenir y abordar la violencia y el acoso, incluyendo medidas de prevención, protección, aplicación y reparación.
6. Recomendación 206: Junto con el Convenio 190, la OIT adoptó la Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206). Esta recomendación proporciona orientaciones detalladas sobre cómo implementar el convenio a nivel nacional, ofreciendo ejemplos de medidas preventivas, mecanismos de denuncia y vías de recurso, así como directrices para la actuación de los empleadores, los sindicatos y los gobiernos.
7. Promoción y Ratificación: Desde su adopción, la OIT ha desempeñado un papel activo en la promoción del Convenio 190, instando a los Estados miembros a ratificarlo y a tomar las medidas necesarias para su implementación efectiva en sus legislaciones y prácticas nacionales. La ratificación por un número creciente de países subraya el compromiso global con la erradicación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

El Convenio 190 representa un avance fundamental al proporcionar un marco normativo internacional integral y vinculante para abordar la violencia y el acoso en el trabajo. Su enfoque centrado en la protección de los derechos de todos los trabajadores y su llamado a la acción concertada por parte de los gobiernos, empleadores y trabajadores lo convierten en una herramienta esencial para la construcción de un futuro del trabajo más justo y equitativo.

IV. EL CONVENIO 190 EN BRASIL

La experiencia de Brasil en la implementación del Convenio 190 de la OIT ofrece lecciones valiosas para Perú. Brasil ratificó el convenio en 2021, demostrando un compromiso temprano con sus principios. El proceso de implementación ha involucrado diversas estrategias:

- Ratificación Formal (2021): La ratificación fue el primer paso crucial, señalando la voluntad política del país de adoptar los estándares del Convenio 190 en su ordenamiento jurídico interno.
- Adaptación de la Legislación Laboral: Brasil ha realizado esfuerzos significativos para alinear su legislación laboral con las disposiciones del Convenio 190.
- Modificación de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT) (2017 y posteriores): Si bien la CLT ya contenía algunas disposiciones relativas al acoso moral, se han realizado revisiones y adiciones para fortalecer la protección contra la violencia y el acoso en un sentido más amplio, incluyendo la perspectiva de género y las diversas formas de acoso.
- Promoción de Leyes Específicas: Se han impulsado leyes a nivel federal y estatal que exigen a las empresas la implementación de políticas de prevención y combate al acoso laboral y sexual. La Ley nº 14.457/2022, que exige cursos anuales de prevención del acoso moral para empresas con más de veinte empleados, es un ejemplo concreto de esta tendencia.
- Fomento de Políticas Internas en las Empresas: Se ha promovido activamente la adopción de políticas internas contra el acoso en las empresas. Estas políticas suelen incluir:
 - Definiciones claras de violencia y acoso.
 - Procedimientos detallados para la presentación y gestión de denuncias, garantizando la confidencialidad y la protección de las víctimas.
 - Medidas disciplinarias para los perpetradores.
 - Mecanismos de apoyo para las víctimas.
- Programas de Formación y Sensibilización: Se han implementado programas de formación dirigidos tanto a empleados como a em-

pleadores, con el objetivo de aumentar la conciencia sobre el Convenio 190, sus implicaciones y la importancia de prevenir y abordar la violencia y el acoso en el trabajo.

- Campañas de Información y Concienciación: Se han llevado a cabo campañas a nivel nacional para informar a los trabajadores sobre sus derechos en relación con la violencia y el acoso, así como sobre los recursos y mecanismos disponibles para denunciar incidentes y buscar apoyo.
- Establecimiento de Mecanismos de Denuncia Seguros y Confidenciales: Se han fortalecido los canales existentes y se han creado nuevos mecanismos para que las víctimas puedan reportar incidentes de manera segura y confidencial, fomentando la confianza en el sistema de denuncia.
- Formación de Comités de Supervisión: Se ha incentivado la creación de comités bipartitos o tripartitos en las empresas, con la participación de representantes de los trabajadores y los empleadores, para supervisar la implementación y la efectividad de las políticas anti acoso y para abordar los casos que puedan surgir.

La experiencia brasileña subraya la importancia de un enfoque multifacético que combine la adaptación legislativa con la promoción de políticas a nivel empresarial, la formación y la sensibilización, y el establecimiento de mecanismos efectivos de denuncia y seguimiento. Los desafíos persisten, pero el marco legal y las iniciativas implementadas en Brasil representan un avance significativo en la protección de los trabajadores contra la violencia y el acoso.

V. LA IMPLEMENTACIÓN EN PERÚ

La implementación del Convenio 190 en Perú requiere un abordaje estratégico y coordinado que involucre a diversos actores: el gobierno, los empleadores, los trabajadores y la sociedad civil en general. Los siguientes pilares son fundamentales para una implementación exitosa:

- Crear un marco normativo claro: Es esencial alinear la legislación peruana vigente con los principios y las disposiciones del Convenio 190. Esto implica revisar y modificar leyes existentes, como el Código de Trabajo y otras normativas relacionadas, para incorporar

definiciones precisas de violencia y acoso en el mundo del trabajo, así como establecer las obligaciones de los empleadores y los derechos de los trabajadores en esta materia.

- Fomentar una cultura de prevención: La implementación efectiva del Convenio 190 va más allá de la mera existencia de leyes y reglamentos. Requiere un cambio cultural profundo que promueva la conciencia sobre la inaceptabilidad de la violencia y el acoso en todas sus formas. Esto implica desarrollar campañas de sensibilización a nivel nacional, promover la inclusión de temas relacionados con el respeto y la no violencia en la formación educativa y profesional, y fomentar un diálogo abierto sobre estas problemáticas en los lugares de trabajo.
- Establecer mecanismos de denuncia accesibles y efectivos: Para que los trabajadores puedan ejercer su derecho a un entorno laboral libre de violencia y acoso, es crucial contar con mecanismos de denuncia que sean accesibles, seguros, confidenciales y que garanticen la protección de las víctimas contra posibles represalias. Estos mecanismos deben incluir procedimientos claros para la recepción, investigación y resolución de las denuncias, así como el acceso a apoyo psicológico y legal para las víctimas.
- Capacitar a empleadores y trabajadores: La formación y la sensibilización son herramientas clave para la prevención y la erradicación de la violencia y el acoso. Los empleadores deben recibir capacitación sobre sus responsabilidades en la creación y mantenimiento de un entorno laboral seguro y respetuoso, así como sobre cómo implementar políticas anti acoso efectivas y cómo gestionar las denuncias de manera adecuada. Los trabajadores, por su parte, deben ser informados sobre sus derechos, las conductas que constituyen violencia y acoso, los mecanismos de denuncia disponibles y las vías de recurso.

VI. ESTRATEGIAS DE IMPLEMENTACIÓN

Para lograr una implementación efectiva del Convenio 190 en Perú, se proponen las siguientes estrategias detalladas:

1. Revisión y modificación de la legislación laboral

- Actualizar el Código de Trabajo y otras normativas relevantes: Se debe realizar un análisis exhaustivo de la legislación laboral peruana para identificar las áreas que necesitan ser actualizadas o modificadas para incorporar las definiciones y los principios del Convenio 190. Esto incluye definir claramente qué se entiende por violencia y acoso en el mundo del trabajo, abarcando las diferentes formas y manifestaciones (física, psicológica, sexual, económica).
- Establecer sanciones efectivas para las conductas infractoras: Es fundamental que la legislación contemple sanciones proporcionales y disuasorias para los empleadores y los individuos que incurran en actos de violencia y acoso laboral. Estas sanciones deben ser aplicadas de manera efectiva para garantizar el cumplimiento de la ley.
- Incorporar la perspectiva de género: La legislación debe reconocer y abordar las dimensiones de género de la violencia y el acoso en el trabajo, considerando las formas específicas en que afectan de manera desproporcionada a las mujeres y a las personas con identidades de género diversas.
- Regular la obligación de las empresas de implementar políticas anti acoso: La ley debería establecer la obligación para las empresas, de cierto tamaño o sector, de desarrollar e implementar políticas internas de prevención y abordaje de la violencia y el acoso, en consulta con los trabajadores y sus representantes.

2. Desarrollo de políticas internas

- Promover la creación de políticas anti acoso en todas las empresas: El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y las organizaciones de empleadores deben trabajar conjuntamente para fomentar la adopción de políticas anti acoso en todas las empresas, independientemente de su tamaño. Se pueden desarrollar guías y modelos de políticas para facilitar este proceso.
- Incluir protocolos de actuación y prevención: Las políticas internas deben detallar los procedimientos para prevenir la violencia y el acoso, incluyendo medidas de sensibilización, formación y mecanismos para identificar y evaluar los riesgos. También deben establecer pro-

toscolos claros para la recepción, investigación y resolución de las denuncias, garantizando la confidencialidad y el debido proceso.

- Incluir la participación de trabajadores en la elaboración de estas políticas: La participación activa de los trabajadores y sus representantes (sindicatos, comités de empresa) en la elaboración, implementación y seguimiento de las políticas anti acoso es crucial para asegurar su legitimidad y efectividad.

Formación y sensibilización:

- Implementar programas de capacitación obligatorios: Se deben diseñar e implementar programas de capacitación obligatorios dirigidos a todos los niveles de la organización (directivos, gerentes, supervisores, empleados) sobre qué constituye el acoso laboral y la violencia en el trabajo, sus consecuencias, las leyes y políticas aplicables, y los mecanismos de denuncia y apoyo disponibles.
- Crear campañas de sensibilización a nivel nacional: El gobierno, en colaboración con las organizaciones de empleadores y trabajadores, debe desarrollar campañas de sensibilización a nivel nacional para informar a los trabajadores sobre sus derechos, los recursos disponibles y la importancia de denunciar los incidentes de violencia y acoso. Estas campañas pueden utilizar diversos medios de comunicación y formatos para llegar a la mayor cantidad de personas posible.
- Promover la inclusión de temas de prevención en la formación educativa y profesional: Es importante integrar temas relacionados con el respeto, la igualdad y la prevención de la violencia y el acoso en los programas de educación básica, técnica y universitaria, así como en los programas de formación profesional.

Mecanismos de denuncia y seguimiento:

- Establecer canales de denuncia accesibles y seguros: Se deben habilitar diversos canales de denuncia que sean fácilmente accesibles para los trabajadores, garantizando la confidencialidad y la protección contra represalias. Estos canales pueden incluir líneas telefónicas gratuitas, plataformas en línea seguras, oficinas de atención especializadas dentro de las empresas o a nivel gubernamental.

- Implementar un sistema de seguimiento y evaluación de los casos reportados: Es fundamental establecer un sistema para el registro, seguimiento y evaluación de los casos de violencia y acoso reportados. Este sistema debe permitir analizar las tendencias, identificar áreas de riesgo y evaluar la efectividad de las políticas y los mecanismos implementados.
- Garantizar la justicia y la reparación: Los procedimientos de investigación y resolución de las denuncias deben ser justos, imparciales y oportunos. Se deben establecer mecanismos para garantizar la reparación integral de las víctimas, incluyendo medidas de apoyo psicológico, restitución, compensación y rehabilitación.

3. Monitoreo y evaluación

- Crear un comité de seguimiento: Se propone la creación de un comité de seguimiento a nivel nacional, con representación de los trabajadores, los empleadores y el gobierno, para supervisar la implementación del Convenio 190 y evaluar el progreso realizado.
- Realizar evaluaciones periódicas: Se deben llevar a cabo evaluaciones periódicas sobre la efectividad de las políticas y los programas implementados a nivel nacional y en las empresas. Estas evaluaciones deben basarse en indicadores claros y medibles, y sus resultados deben utilizarse para realizar ajustes y mejoras continuas.
- Recopilación y análisis de datos: Es crucial establecer sistemas para la recopilación y el análisis de datos sobre la prevalencia de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo peruano, lo que permitirá informar la formulación de políticas y la adopción de medidas más efectivas.

VII. CONCLUSIONES

La adecuación e implementación del Convenio 190 de la OIT en Perú representa una oportunidad histórica para transformar el mundo del trabajo y construir un entorno donde la violencia y el acoso no tengan cabida. Este proceso requiere un compromiso firme y sostenido por parte de todos los actores involucrados: el gobierno, a través de la promulgación y aplicación de leyes efectivas; los empleadores, mediante la adopción de políticas preventivas y la

creación de mecanismos de denuncia y apoyo; los trabajadores, a través de su participación activa en la promoción de una cultura de respeto y la denuncia de los incidentes; y la sociedad civil en general, mediante la sensibilización y la exigencia de un cambio.

La experiencia de países como Brasil ofrece lecciones valiosas sobre los desafíos y las estrategias exitosas en la implementación del Convenio 190.

El camino hacia un mundo del trabajo libre de violencia y acoso en Perú no estará exento de desafíos. Requerirá superar resistencias, asignar recursos adecuados y garantizar una coordinación efectiva entre las diferentes instituciones y actores. Sin embargo, los beneficios de lograr este objetivo son inmensurables.

Un entorno laboral seguro y respetuoso no solo protege la dignidad y el bienestar de los trabajadores, sino que también contribuye a aumentar la productividad, mejorar el clima laboral, reducir el ausentismo y fortalecer la reputación de las empresas y del país en su conjunto.

La implementación del Convenio 190 es una inversión en el capital humano del Perú y un paso firme hacia la construcción de una sociedad más justa e inclusiva. Al adoptar y aplicar las disposiciones de este convenio, el Perú se une a una creciente comunidad internacional comprometida con la erradicación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, reafirmando su compromiso con los derechos humanos laborales y el desarrollo sostenible. Es hora de actuar con determinación y visión para hacer realidad el derecho de cada trabajador peruano a un entorno laboral donde se sienta seguro, valorado y respetado. El futuro del trabajo en Perú depende de este compromiso.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

OIT. (2019). *C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190)*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

OIT. (10 de junio de 2019). *R206 - Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206)*. Obtenido de NORMLEX: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NO RMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

Resolución de la CIT (2018): 107ª Conferencia Internacional del Trabajo (CIT)

Ley n° 14.457 (2022) Ley que crea el Programa de empleo de mujeres.

CLT (Consolidación de las Leyes del Trabajo). (1943). Brasil

MUNDO DEL TRABAJO Y SECTOR INFORMAL: A PROPÓSITO DEL CONVENIO OIT 190

ESTELA OSPINA SALINAS*

Abogada. Maestrías en Derecho del Trabajo en la USMP y Prevención de Riesgos Laborales en UPM.

* Abogada. Maestrías en Derecho del Trabajo en la USMP y Prevención de Riesgos Laborales en UPM. Doctorado (e) Gestión de Empresas en UNMSM. Docente en PUCP y UNMSM. Equipo de THANI Asociación Mujeres protegiendo el trabajo saludable. CÓDIGO RENACYT: P0012836.

I. MUNDO DEL TRABAJO

Desde la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el mundo del trabajo no ha dejado de evolucionar. En 2015, la OIT reflexionó sobre los cambios en el “mundo del trabajo”. Hizo un balance desde finales de la Segunda Guerra Mundial hasta principios de la década de 1970. Señala que se podía identificar “la relación de trabajo convencional, con el empleo continuo, estable y a tiempo completo con un empleador identificable, era la norma, al menos en los países industrializados, y la piedra angular de la normativa de empleo”. Fueron los tiempos de la posguerra y se “registró en todo el mundo un fuerte crecimiento de la producción y la productividad y una mejora general del nivel de vida de los trabajadores y sus familias”. Posteriormente, este Informe sitúa a finales de la década de los 80 del Siglo XX el desencadenamiento de transformaciones y cambios de fondo en el mundo del trabajo. Señala como una de sus expresiones la disminución de la afiliación sindical, el debilitamiento de la influencia de la “negociación colectiva como instrumento de regulación”. Sostiene que, en países en desarrollo, como el Perú, “una gran proporción de la fuerza de trabajo está constituida por trabajadores independientes o por asalariados de la economía informal”.¹

El estudio del 2017 de la OIT² marca algunas tendencias especialmente relevantes para la sociedad contemporánea, a manera de logros se mencionan: la creación de empleo favorable, aunque ligeramente inferior a la tasa de crecimiento demográfico, el aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral, la disminución del número de trabajadores pobres³, las mejoras en

1 OIT. (2015) “Protección de los trabajadores en un mundo del trabajo en transformación”. (Ginebra: OIT), Conferencia Internacional del Trabajo, 104.^a reunión, 2015. pág. 4 y ss. En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_358293.pdf

2 OIT. (2017). Op. Cit.

3 Esta afirmación se sostiene en el Informe de la referencia, que se publicó en el 2017. Etapa pre Covid19. Uno de los impactos más severos que tuvo la pandemia de la Covid19 fue un incremento elevado de la pobreza sin precedentes en las últimas décadas, el incremento acelerado de la desigualdad y una creciente pérdida del empleo formal. Se reporta un retroceso de más 20 años en

la seguridad y la salud en el trabajo, el progreso en los principios y derechos fundamentales en el trabajo a partir de una mayor ratificación de los convenios fundamentales de la OIT y el aumento de la incidencia de los mecanismos de fijación de salarios formales. El Informe bajo comentario, constataba que en el mundo del trabajo el nivel de desempleo continúa siendo elevado y la fuerza de trabajo mundial mantiene un incremento; ambos aspectos se sitúan como los retos. El Informe bajo comentario, identificó las desigualdades estructurales de género en el trabajo, que se concretan en las brechas salariales (20% menos para mujeres); la sobrerrepresentación femenina en empleos informales y precarios (como trabajo del hogar); y, la carga desproporcionada de trabajo no remunerado (2.6 veces más horas que los hombres en cuidados). También se mencionó el impacto diferenciado de la tecnología, con el riesgo de que la automatización y la digitalización profundicen desigualdades; los sesgos algorítmicos y los crecientes mecanismos de discriminación; la creciente brecha digital (solo 15% de acceso a internet en mujeres rurales de países emergentes) y baja participación femenina en carreras de los campos de la Ciencia, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas (STEM, en inglés y que son menores al <30%); entre otros problemas⁴.

En el reciente Manual de la OIT se preguntan expresamente ¿qué es el mundo del trabajo?⁵. Y se responden, con una mención expresa al artículo 2º del C190 Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190)⁶. Sobre el mundo del trabajo señala lo siguiente:

estos indicadores, sin el establecimiento de compromisos empresariales ni estatales, de un Pacto Social, para revertir esta situación. Ver: CEPAL. Panorama Social de América Latina (2020). En: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/500c9ce1b11e49d999a3b3f371332f70/content>

- 4 OIT. (2017) “Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”. (Ginebra: OIT), Resulta especialmente relevante el Capítulo I. “Una instantánea global: Grandes tendencias y el mundo del trabajo”. En la cual se avanza con este enfoque de mundo del trabajo.
- 5 OIT. (2023). Training Manual For Policy Development and Programme Implementation Addressing Genderbased Violence and Sexual Harassment in the Workplace in Zimbabwe. OIT. Harare, OIT.
- 6 OIT. (2019). C190 Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190). En: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C190. Cabe resaltar que este Convenio fue ratificado por el Perú el 08 junio 2022.

“1. El presente Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.

2. Este Convenio se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal

Si bien el citado Convenio aborda la materia específica de violencia y acoso, lo relevante es que extiende los alcances normativos de esta norma internacional a sectores laborales más allá de los trabajadores asalariados, incluye a: “las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo.”...Además, sostiene que el Convenio “se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales”. Por tanto, cuando se emplea el concepto de “mundo del trabajo” se refiere al conjunto de actividades y relaciones laborales que existen en la sociedad. Incluye todas las ocupaciones y empleos que las personas realizan personalmente. Así como las instituciones y estructuras que regulan y organizan estas actividades. En el Siglo XXI, el mundo del trabajo abarca toda la gama de industrias, sectores y profesiones. Se encuentra en constante evolución debido a los avances tecnológicos, los cambios económicos, el cambio climático y las transformaciones sociales, como las olas migratorias.

Cabe mencionar que la OIT ha desempeñado un papel crucial en la promoción del concepto de “Trabajo Decente”⁷ como parte integral del mundo laboral. La relación entre el mundo del trabajo y el trabajo decente se basa en los principios y objetivos establecidos por la OIT para garantizar condiciones laborales justas y dignas en todo el mundo. A continuación, se precisan algunos puntos de la relación entre trabajo decente y mundo del trabajo:

La OIT define el “trabajo decente” como un concepto que “sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para todos, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”.⁸

como informal, en zonas urbanas o rurales.”

7 Un texto didáctico sobre el concepto de Trabajo Decente de la OIT es el siguiente: OIT. (2013). “El Trabajo Decente: la concepción de la OIT y su adopción como estrategia de desarrollo en Argentina”. En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/americas/rolima/ilobuenos_aires/documents/publication/wcms_224513.pdf

8 OIT. Trabajo decente. En: <https://www.ilo.org/global/topics/decentwork/langes/index.htm>

La OIT ha desarrollado una Agenda del Trabajo Decente que aborda cuatro pilares fundamentales: creación de empleo, protección social, diálogo social y normas laborales; con un eje transversal relacionado con el enfoque de género. Esta agenda de la OIT se integró con la “Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)” en el ODS 8 que lleva por título: “Trabajo Decente y Desarrollo Económico”⁹. La OIT trabaja con los gobiernos, empleadores y trabajadores para desarrollar políticas y prácticas laborales justas que promuevan la equidad, la seguridad y la prosperidad para todos los trabajadores.¹⁰

De otra parte, la OIT identificó grandes tendencias e implicaciones para el futuro del trabajo, principalmente señaló: la tecnología, la demografía, la globalización y el cambio climático; como los impulsores de cambios en el mundo del trabajo.¹¹ Se presentan algunas de estas tendencias, como la tecnología. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) como la inteligencia artificial, la automatización, el aprendizaje automático y la analítica de datos han llevado a una transformación digital en diversas industrias y tiene un impacto severo en el mundo del trabajo.¹² Modifica sustancialmente la forma en que se realizan las tareas y ha creado nuevas oportunidades, pero también ha llevado a la obsolescencia y pérdida de ciertos trabajos tradicionales. En el Perú, uno de los impactos de la pandemia de la Covid 19 fue el proceso de digitalización de los procesos productivos y de servicios, tanto en el sector privado como en el público. Las videoconferencias, la colaboración en línea y las herramientas de gestión de proyectos han cambiado la forma en que las personas trabajan y desarrollan sus tareas. Puede permitir un mayor equilibrio entre el trabajo y la vida personal. Pero también, se presentan riesgos severos para la dinámica personal y familiar.¹³ Otro cambio relevante es el mundo del trabajo es el empleo de las plataformas digitales por parte de las empresas y las aplicaciones

9 OIT. TRABAJO DECENTE Y LA AGENDA 2030 DE DESARROLLO SOSTENIBLE. En: https://ilo.primo.exlibrisgroup.com/discovery/delivery/41ILO_INST:41ILO_V2/1246588950002676

10 OIT. Acerca de la OIT. En: <https://www.ilo.org/global/abouttheilo/langes/index.htm>

11 OIT. (2017) Op. Cit. Capítulo II. Identifica los principales ejes para los cambios en el mundo del trabajo. En algunos casos, otros autores subrayan que se constituyen en vectores de modificaciones no solo cuantitativas sino cualitativas, que inclusive afectarán no solo al trabajo sino al ser humano que trabaje con la Inteligencia Artificial, por ejemplo.

12 Granados Ferreira, J. (2022). Análisis de la inteligencia artificial en las relaciones laborales. *Revista CES Derecho*, 13(1), 111132.

13 Ferradas Caramés, Carmen (2022). Nuevos tiempos en la prevención de riesgos laborales: la salud laboral de los teletrabajadores. *Revista de Derecho Social*, 97, 205234. Editorial Bomarzo

que han dado lugar a nuevas formas de empleo. Las personas pueden acceder a oportunidades laborales de manera más flexible, pero esto también ha planteado preguntas sobre la seguridad laboral, los beneficios y la protección social para los trabajadores en estos modelos.¹⁴

La Inteligencia Artificial (IA) ha permitido la automatización de tareas repetitivas en diversos sectores, lo que ha aumentado la eficiencia, pero también ha generado la pérdida de empleos en ciertas áreas¹⁵. Un ejemplo, en el Perú, la consultora Goldman Sachs estableció que un 20% de empleos podrían perderse si la inteligencia artificial se implementa en todo su potencial.¹⁶ La implementación de la IA ha planteado desafíos éticos y sociales, como la toma de decisiones algorítmica, la privacidad, la discriminación algorítmica y la necesidad de regulaciones adecuadas; entre otras que afectan el mundo del trabajo. Otro ejemplo, la falta de transparencia en los algoritmos de inteligencia artificial y el sesgo algorítmico pueden resultar en decisiones automáticas que perpetúan o amplifican desigualdades existentes, como el sesgo de género o racial. Es importante tener en cuenta que estos cambios varían según la industria, la región y otros factores. Otro aspecto que va a tener especial incidencia en los cambios en el mundo del trabajo va a ser la implementación de la tecnología 5G. Ofrece velocidades de datos significativamente más rápidas y un mayor ancho de banda en comparación con las generaciones anteriores. Esto facilita la transmisión y descarga rápida de grandes archivos, lo que es beneficioso para las personas que trabajan y que dependen de la transferencia rápida de datos, como diseñadores, ingenieros y otros especialistas. La 5G proporciona una conectividad más confiable y mejorada, incluso en áreas densamente pobladas. Esto facilita el teletrabajo, la colaboración en línea y el acceso a sistemas y aplicaciones empresariales desde diversas ubicaciones. Facilita el acceso al Internet de las cosas, al permitir una mayor interconexión de dispositivos y sensores, lo que permite la recopilación y el intercambio eficiente de datos. Esto puede ser especialmente beneficioso en entornos industriales y de fabricación. Pero, podría afectar el derecho a la intimidad, a la protección de datos personales; entre otros.

14 Canessa Montejo, Miguel (2023). La Protección jurídica de los prestadores de servicios en Plataformas digitales. En: Derecho del Trabajo. Actualidad y proyección. Ensayos desde la pospandemia, 55112. Editorial Asociación Civil Derecho y Sociedad.

15 BernaNetwork (2023, sept.) Estas son las ventajas de la aplicar la inteligencia artificial en las empresas. En: <https://www.bernanetwork.com/inteligenciaartificialenlasempresas>

16 La República (5 abril 2023) “Un 20% de trabajos podrían perderse en Perú debido al avance de la inteligencia artificial”. Lima.

Los diferentes análisis prospectivos establecen que el cambio climático tendrá impactos significativos en el mundo del trabajo. Estos impactos se manifiestan de diversas maneras y afectan a diferentes sectores de la economía. Se han identificado sectores económicos con mayor vulnerabilidad o susceptibilidad a los impactos del cambio climático. Por ejemplo, la agricultura, la pesca, la silvicultura y el turismo son especialmente vulnerables a eventos climáticos extremos, cambios en los patrones de temperatura y precipitación, y la pérdida de biodiversidad. En el Perú, estos impactos empezaron a afectar a la agricultura del surandino desde el 2020. El cambio climático impacta negativamente la infraestructura crítica, como carreteras, puentes, puertos y aeropuertos. Esto puede afectar la logística y el transporte, lo que a su vez impacta en la distribución de bienes y servicios, generando cambios en la demanda de empleo en esos sectores.

Las condiciones climáticas extremas pueden afectar la salud y la seguridad de las y los trabajadores. El aumento de las temperaturas puede dar lugar a riesgos relacionados con el calor y su incremento, en ciertas industrias; la exposición de trabajadores de construcción civil, trabajadoras y trabajadores de la agroindustria, obreros municipales, trabajadores del comercio minorista o del sector informal; están siendo directamente afectados. Los eventos climáticos extremos generan un mayor peligro para las y los trabajadores en la agroexportación, la minería y otros sectores. El cambio climático puede interrumpir la cadena de suministro global, regional e incluso local debido a los diferentes eventos climáticos extremos, afectando a las empresas que dependen de la importación y exportación de bienes.

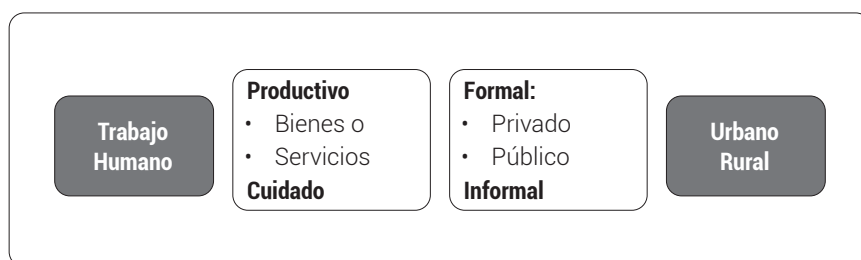
En los países del denominado Norte Global la creciente conciencia sobre el cambio climático ha llevado a la implementación de políticas y regulaciones más estrictas que relacionan el mundo del trabajo con la sostenibilidad ambiental. Sin embargo, en los países del Sur global como es el caso de Perú, la atención y la conciencia preventiva frente al impacto del cambio climático no se traducen en políticas y regulaciones más estrictas para las empresas, se mantienen criterios del siglo pasado. La transición hacia una economía baja en carbono puede generar una demanda creciente de habilidades en sectores como la energía renovable, la eficiencia energética y la gestión sostenible. Al mismo tiempo, ciertos trabajos en sectores intensivos en carbono se vienen afectando negativamente. Sin embargo, más o más temprano las empresas deberán adaptarse y mitigar los impactos del cambio climático en esos casos, pueden surgir oportunidades

de empleo en áreas como la consultoría ambiental, la ingeniería sostenible y la investigación en energías renovables.

II. ÁMBITO DE TUTELA DEL CONVENIO 190 DE LA OIT: PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL MUNDO DEL TRABAJO

En el capítulo anterior se mencionó el Convenio 190 sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo (2019) como clave en la definición de “mundo del trabajo”. Ello porque establece un marco de protección amplio e inclusivo, diseñado para abarcar a todas las personas que trabajan, independientemente de su situación contractual o sector urbano o rural o de la formalidad. Este Convenio establece un paradigma diferenciado con las definiciones clásicas de “trabajador o trabajadora”¹⁷, reconociendo la diversidad de relaciones laborales en el siglo XXI. Su ámbito subjetivo refleja la realidad de economías globalizadas, digitalizadas y precarizadas, asegurando que nadie quede excluido de la protección contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Se podría resumir que la tutela es el trabajo humano, sea el dedicado a la producción de bienes y de servicios y a la economía del cuidado; comprende el sector formal (tanto privado como público) y el informal. Conforme a la siguiente gráfica:

Gráfica No. 1: Ámbito subjetivo de tutela del Convenio OIT 190



Elaboración: propia

El ámbito subjetivo del citado Convenio¹⁸ se define de la siguiente manera:

17 Un texto clásico es el de Neves, Javier (2018). INTRODUCCIÓN AL DERECHO DEL TRABAJO. Cuarta Edición. Lima, PUCP

18 C190 Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190). Artículo 2 cuyo texto señala: 1. *El presente Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación,*

1. Sobre las personas protegidas

El Convenio 190 tutela a:

- a. Trabajadores y trabajadoras asalariadas de cualquier sector productivo, sean de bienes o de servicios¹⁹; o, de la economía del cuidado, como las trabajadoras del hogar, las cuidadoras. Incluye a quienes se encuentren en cualquier modalidad contractual²⁰, sean indeterminados, a plazo determinado, a tiempo parcial, bajo modalidades de intermediación laboral y tercerización de servicios. Se encuentren laborando en el sector privado²¹ o en el sector público; en el ámbito urbano como el rural.
- b. Personas que trabajan bajo cualquier modalidad contractual²², contratos indeterminados, modales a plazo determinado, a tiempo parcial, bajo modalidades de tercerización; entre otros.
- c. Trabajadores y trabajadoras de la economía informal²³ de cualquier sector productivo (sean de bienes o de servicios) o de la economía del cuidado
- d. Trabajadores y trabajadoras de las plataformas digitales²⁴ (riders, repartidores y otros)
- e. Personas en formación²⁵: modalidades formativas laborales como son aprendices, pasantes, estudiantes en programas de formación preprofesional, capacitación laboral juvenil, principalmente.

incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.

2. *Este Convenio se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales.* En: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3999810

19 Se recomienda la lectura de: VVAA. Derecho Individual del Trabajo. Análisis integral del régimen laboral privado (2024). Gaceta Jurídica. Lima. En especial los capítulos I y II.

20 Op, cit, Capítulo III

21 La obra citada se centra en el sector privado y generalmente, el urbano.

22 Op, cit, Capítulo VI.

23 Se profundizará a continuación sobre este sector, debido a su magnitud en la economía peruana.

24 Se recomienda la lectura de: Boza, Guillermo y Briones, Joaquín (2025) Trabajo mediante plataformas digitales en el Perú: precariedad, discriminación e inseguridad jurídica. PUCP. Lima.

25 VVAA. Derecho Individual del Trabajo. Análisis integral del régimen laboral privado (2024). Gaceta Jurídica. Lima. En especial el capítulo III.

- f. Trabajadores y trabajadoras despedidas
- g. Personas en proceso de contratación, incluye a quienes buscan empleo o las trabajadoras y trabajadores que se encuentran en período de prueba²⁶.
- h. Voluntarios y voluntarias²⁷ que prestan servicios sin remuneración.

Además, el Convenio bajo comentario enfatiza la protección contra la violencia de género, reconociendo que las mujeres, las personas de la comunidad LGBTQ+ y grupos históricamente marginados enfrentan riesgos específicos. En ese sentido, lo mencionado no constituye un listado cerrado o “*numerus clausus*”, sino una manera de ejemplificar el contenido del ámbito subjetivo del Convenio 190.

2. Sobre el ámbito de aplicación territorial

Cabe subrayar que si bien, en la medida que se trata de un Convenio ratificado por el Estado del Perú²⁸ se encuentra vigente en todo el territorio nacional. Sin embargo, el Convenio ha determinado en forma expresa determinados espacios y contextos, en la medida que la protección se extiende a situaciones relacionadas con el trabajo, incluyendo:

- Lugares laborales físicos, como las oficinas, fábricas, espacios públicos (trabajadores y trabajadoras de plataformas de reparto) y vehículos del centro de trabajo.
- Comunicaciones digitales, vincula al correo electrónico, las redes sociales o plataformas de mensajería vinculadas al trabajo.
- Eventos sociales o viajes laborales, tales como actividades, reuniones, conferencias o viajes de negocios.
- Trayectos al trabajo, como los desplazamientos desde y/o hacia el lugar de trabajo.
- Lugares laborales en los domicilios (trabajo doméstico, teletrabajo), la violencia doméstica cuando afecta el ámbito laboral.

26 Op, cit, Capítulo V.

27 Op, cit, Capítulo II

28 C190 Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190). Ratificado por Resolución Legislativa N° 31415 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de febrero del 2022.

De igual manera, lo señalado no constituye una lista cerrada como en lo mencionado anteriormente, sino una manera de ejemplificar el contenido del ámbito espacial de aplicación del Convenio 190²⁹.

Si bien el Convenio 190 bajo comentario tiene un ámbito de aplicación extenso en el mundo del trabajo, fuera el este se presentan las excepciones y los límites. El Convenio no protege las conductas aisladas sin impacto laboral. Por ejemplo, conflictos interpersonales personales no vinculados al trabajo o situaciones fuera del "mundo del trabajo" definido como pueden ser los casos de violencia en el ámbito puramente privado sin conexión laboral.

El Convenio 190 es el primer instrumento internacional vinculante (para los países miembro que lo ratifican) que reconoce el derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, incluyendo la violencia de género. Su aplicación abarca todos los sectores, formales e informales, y protege a las trabajadoras y trabajadores, sin considerar su situación contractual con el empleador.

III. SECTOR INFORMAL: UN RETO PARA LA VIGENCIA DEL CONVENIO 190 OIT

En la medida que el Convenio 190 establece como un ámbito de aplicación el sector informal, la reflexión se coloca en la dimensión de este sector en el Perú y en las posibles estrategias para su implementación, desde un enfoque Sur Sur.

1. Algunos datos

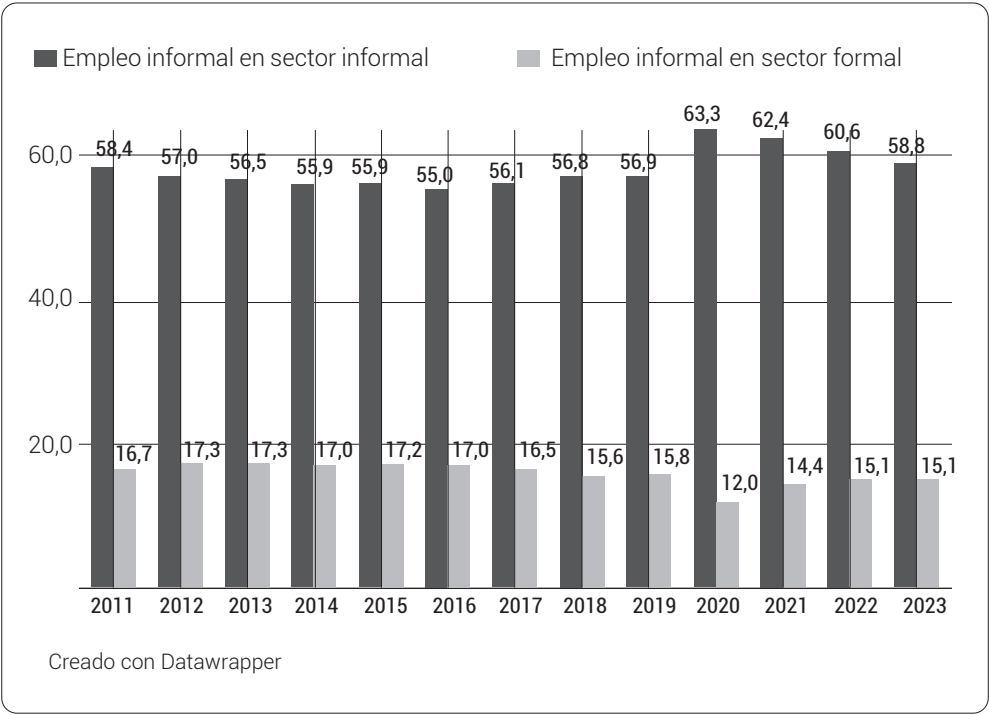
El 71.65% de la población ocupada en el Perú trabajó en el sector informal, en el año 2023³⁰. Si bien se aprecia en el Cuadro No. 1 una ligera disminución sobre el período de la pandemia. Desde un análisis prospectivo se estima que al 2030 el Perú llegaría con un 60% de informalidad y sigue siendo uno de los países con mayor informalidad en América Latina.

29 Yagüe, Sergio (2020) Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España. Valencia.

30 Observatorio CEPLAN (2025) Persistencia de la informalidad laboral y del empleo vulnerable. En: <https://observatorio.ceplan.gob.pe/ficha/t29>. (...) *"la composición del empleo informal, se observa que está compuesto mayormente por empleos informales en el sector informal (58,8 %) y en menor proporción los empleos informales en el sector formal (15,1 %). El comportamiento de estos indicadores no se muestra definido, ya que el empleo informal en el sector informal presentó una reducción de 3,4 puntos porcentuales en el periodo 2011 a 2016. No obstante, se observa un comportamiento ascendente en el periodo 2016 a 2020 con un incremento de 8,3 puntos porcentuales"*.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) en el Registro de Trabajadores en la Informalidad Laboral³¹ señala para el 2025 que se tiene 12'400,000 trabajadores en la informalidad (cabe destacar que el 39.9% señala como antecedente que trabajó en la formalidad) y los jóvenes entre los 18 a 29 años es un sector más vulnerable, representan 2'400,000. En este Registro del MTPE se establece que las mujeres alcanzan el 47,4% del total y los varones el 47.7% del 100%; lo cual señalaría un incremento de los varones en la informalidad. Mientras que la informalidad tendría rostro urbano (83.6%), siendo la informalidad rural del 12.7%. En Lima Metropolitana se concentran 4'395 millones de personas trabajando en la informalidad, siendo San Juan de Lurigancho el distrito con la mayor incidencia (450,500 trabajadores informales).

Cuadro No. 1: Empleo informal, en sector formal e informal



Elaboración: Ceplan a partir de la base de datos ENAHO

Fuente: Observatorio CEPLAN (2024)

31 MTPE (2025) Registro de Trabajadores en la Informalidad Laboral. En: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoIYmUzZDg5N2ltZjcyMi00MjU1LWI2NGUtOWI2MmZiM2VIMzY3IiwidCI6ImMwZTJmMGQzLTk3MDctNGRiZS1iYWWE3LWJjYzg3MGZjNTZhMCJ9>
La información se verificó con la actualización al 19 de mayo del 2025.

2. Mujeres en el Sector Informal

Principales sectores informales feminizados en el país:

- Comercio ambulante: Las trabajadoras tienen una mayor presencia en ventas callejeras y mercados no regulados, enfrentando riesgos como confiscación de mercancías y limitado acceso a la protección social.
- Trabajo del hogar: Se encuentra subregistrado e históricamente ha sido informal. Con la ratificación del C189 Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189), la aprobación de la Ley N°31047, Ley de las Trabajadoras y Trabajadores del Hogar y del Decreto Supremo N° 0092021TR; Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 31047, Ley de las Trabajadoras y Trabajadores del Hogar se propone una mayor formalización del trabajo del hogar y una regularización de los derechos laborales y de la seguridad social a la cual tienen derecho las trabajadoras del hogar.

Para ONU Mujeres³² en el mundo del trabajo actual, las trabajadoras se encuentran “sobrerrepresentadas en el empleo vulnerable e informal”. Desde un enfoque global se sostiene que el empleo de las mujeres se concentra en este sector (aproximadamente un 60%) y en los países de ingresos bajos, puede llegar hasta el 90%, según información de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³³.

Existen condiciones estructurales de violencia sobre las mujeres. Estas condiciones hacen posible que de cada diez mujeres, una viva en pobreza extrema; la mayoría de las trabajadoras informales no tienen o tienen un acceso muy limitado a la protección social; padecen mayor inseguridad alimentaria que los varones; sufren una limitada inclusión a sistemas de agua y saneamiento seguros; tampoco acceden a los servicios de crédito y financieros; y la brecha digital es otro factor agravante³⁴.

32 ONU Mujeres (2025) Datos y cifras: Empoderamiento económico. En: https://www.unwomen.org/es/quehacemos/empoderamientoeconomico/hechosycifras_edn14

33 OIT (2018) Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico (*tercera edición*). En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/dgreports/dcomm/documents/publication/wcms_635149.pdf

34 ONU Mujeres (2025). Op.cit.

ONU Mujeres señala otros factores que se encuentran en relación con el mundo del trabajo, específicamente³⁵. Como son marcos normativos que mantienen diferencias por género para ingresar a determinadas ocupaciones o para trabajar; lo que parece un criterio general es que las mujeres tienen una menor probabilidad de ingresar al mercado laboral que los varones; en el trabajo agrario las trabajadoras se encuentran en el trabajo informal, estacional o de temporada con remuneraciones bajas y sin seguridad social; en general, se constata la existencia de una brecha salarial entre trabajadoras y trabajadores en la economía informal.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para el 2019 estableció que “el costo económico para la economía mundial de las instituciones sociales discriminatorias y la violencia contra las mujeres asciende a unos 6 billones de dólares estadounidenses anuales”³⁶; esta violencia y acoso en el lugar de trabajo afecta a las mujeres con independencia de su estatus social, de sus ingresos, de su edad o del lugar o país.

En ese sentido, la violencia y el acoso en la economía informal tiene una dinámica más estructural que afecta a más del 60% de la población trabajadora en los países en desarrollo y más del 90% en los países pobres. Otra, vinculada al mundo del trabajo, en donde las trabajadoras del sector informal son las que reciben una mayor carga de violencia y acoso. El Perú, es uno de ellos. Lo cual plantea el reto de establecer mecanismos para la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en especial en el sector informal.

3. Propuestas desde el Sur global

México, Argentina y Chile son países del Sur y de América Latina que han ratificado el Convenio 190, bajo comentario. Se presentan algunos avances en la línea de incluir al sector informal y específicamente a las trabajadoras informales en el ámbito de aplicación del Convenio 190.

35 ONU Mujeres (2025). Op. cit.

36 OECD (2019) Social Institutions and Gender Index 2019 Report. En: https://www.oecdilibrary.org/development/sigi2019globalreport_bc56d212en

México³⁷ (Estados Unidos Mexicanos) tiene una fuerte presencia del sector informal³⁸. En el caso de la experiencia de la Ciudad de México, luego de ratificar el Convenio 190 se procedió a modificar la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia³⁹, reforzando medidas contra la violencia y acoso en empleos no regulados, mejorando los mecanismos de capacitación para las trabajadoras y ampliando el ámbito de aplicación de la citada Ley; entre otras mejoras. También se incentivó el uso de la NOM035STPS2018⁴⁰ (sobre riesgos psicosociales) para prevenir violencia laboral en los diferentes entornos laborales. Los Programas sociales: Acceso a pensiones para adultos mayores (6,200 pesos bimestrales) y apoyo a trabajadores informales en CDMX (3,300 pesos mensuales) son aspectos que inciden en la mejora de las condiciones de vida del sector de trabajadoras y trabajadores informales.

Sin embargo, aún está pendiente la armonización legislativa que implica la reforma de la Ley Federal del Trabajo y otras normas con la finalidad de alinearse al Convenio 190. Por ejemplo, la violencia laboral aún no se considera un riesgo de trabajo.

En Argentina⁴¹ se han implementado algunas políticas claves:

- Red Territorial de Violencia Laboral⁴²: Esta política del Ministerio establece un esfuerzo de articulación entre el sector público, el sector privado y el sector sindical (diálogo social). Un punto de partida cla-

37 México ratificó el Convenio 190 de la OIT el 6 de julio de 2022, entrando en vigor el 6 de julio de 2023

38 América Economía (2024, setiembre) Informalidad laboral en México cayó en el segundo trimestre, pero continúa en zonas rurales. “El sector informal en México representa 54.5% de la población ocupada (32.4 millones de personas), con mayor incidencia en sectores como agricultura (85.3%), construcción (78.3%) y trabajo doméstico remunerado (8.6% de mujeres)” En <https://www.americaeconomia.com/economia-y-mercados/informalidad-laboral-en-mexico-cayo-en-el-segundo-trimestre-pero-continua-en>

39 Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de la ciudad de México. Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 29 de enero de 2008. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 19 de febrero de 2024. En: https://paot.org.mx/centro/leyes/df/pdf/2024/LEY_ACCESO_MUJERES_VIDA_19_02_2024.pdf

40 Gobierno de México (2025) El objetivo de la Norma es establecer los elementos para identificar, analizar y prevenir los factores de riesgo psicosocial, así como para promover un entorno organizacional favorable en los centros de trabajo. En: <https://www.gob.mx/stps/nom035/articulos/preguntas-frecuentes-226297#:~:text=%C2%BFcu%C3%A1l%20es%20el%20alcance%20de,en%20los%20centros%20de%20trabajo.>

41 Argentina ratificó el Convenio 190 en febrero de 2021, entrando en vigor en febrero de 2022.

42 Ministerio de Trabajo (2023) Red Territorial de Violencia Laboral En: <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/violencialaboral/red-territorial-contra-la-violencia-laboral>

ve es la capacitación a funcionarios para atender casos de violencia en el mundo del trabajo en todo el país, incluyendo el sector informal.

- Observatorio sobre Violencia Laboral⁴³: es una instancia creada para definir herramientas institucionales que aborden integralmente situaciones de discriminación, y violencia laboral y de género en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Su finalidad es desarrollar acciones que emanan de la propia letra del Protocolo, orientadas (entre otras) a levantar información y datos de denuncias, con enfoque en grupos vulnerables (ej. trabajadoras del hogar y vendedoras ambulantes).
- Programa Qualitas 190⁴⁴: Procura el desarrollo, capacitación e incidencia en materia de prevención y erradicación de la violencia y el acoso laboral desde una mirada multidisciplinar. Desarrolla herramientas para empleadores informales, como protocolos contra el acoso en mercados y cooperativas.
- Inclusión en políticas: El Ministerio de Trabajo extendió la cobertura del Convenio 190 a relaciones laborales atípicas, como trabajadoras de casas particulares y recicladores urbanos⁴⁵. Se reciben denuncias desde la web: “Recibir asesoramiento sobre violencia laboral y denunciarla”⁴⁶ y se activa para sectores de trabajo informal.

En Chile⁴⁷ se aprobó la denominada Ley Karin⁴⁸ que modifica el Código del Trabajo para incluir protocolos contra el acoso laboral y sexual en todos los

43 CONICET (2025) Observatorio sobre Violencia Laboral. En: <https://patagonianorte.conicet.gov.ar/observatorio-de-violencia-laboral-y-de-genero/-:text=Observatorio%20de%20Violencia%20Laboral%20y%20de%20G%C3%A9nero%20%7C%20CONICET%20Patagoni&text=El%20Observatorio%20de%20Violencia%20Laboral,tem%C3%A1tica%20relativa%20a%20violencia%20laboral>.

44 Programa Qualitas 190 (2025) En: <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/violencialaboral/qualitas190>

45 Ministerio de Trabajo de Argentina (2024). El balance preliminar a diciembre del 2023 identificó un acceso limitado a denuncias (solo el 30% de trabajadores informales conocen la Oficina de Asesoramiento contra la Violencia Laboral y brechas geográficas (las zonas rurales y barrios populares tienen menor implementación de protocolos frente a las zonas urbanas)

46 Ministerio de Capital Humano/Trabajo, empleo y seguridad social de Argentina (2025) En: <https://www.argentina.gob.ar/servicio/recibir-asesoramiento-sobre-violencia-laboral-y-denunciarla>

47 Chile ratificó el Convenio 190 en junio de 2023, con entrada en vigor en junio de 2024 .

48 Guía para la aplicación de la Ley Karin (2024) En: <https://previsionsocial.gob.cl/wp-content/uploads/2024/08/GUIA-LEY-KARIN-06.08.24-POR-PAGINA-1.pdf>

sectores, incluyendo el informal. Entre las principales acciones que han adoptado en el sector informal se tienen:

- Fiscalización ampliada: La Dirección del Trabajo incluyó en 2024 equipos móviles para inspeccionar condiciones en ferias libres y trabajo en domicilios.
- Capacitaciones regionales: La OIT y el Ministerio de Agricultura realizaron talleres en zonas rurales para trabajadoras agrícolas temporeras
- Bonos por formalización laboral, como una buena práctica que se implementa desde el Ministerio de Desarrollo Social y Familia⁴⁹

Entre las propuestas a ser priorizadas se encuentran la protección a trabajadoras del hogar, trabajadoras agrarias y migrantes. Ello debido a que no existen protocolos específicos para estos sectores de trabajadoras informales, expuestas a acoso y explotación.

IV. CONCLUSIONES

La relación entre el mundo del trabajo y el trabajo decente bajo los enfoques de la OIT implica la promoción de condiciones laborales dignas, justas y seguras a través de normas internacionales del trabajo, la colaboración entre diferentes actores del mundo del trabajo y la sostenibilidad del medioambiente.

La OIT desempeña un papel fundamental en la construcción de un mundo del trabajo que respete y promueva los derechos y la dignidad de todos las y los trabajadores y se vincula con los esfuerzos de Naciones Unidas hacia la Agenda 2030, donde uno de los componentes claves es la sostenibilidad.

En el Siglo XXI, el C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) plantea nuevos retos para la tutela y la protección de todas las personas que trabajan, sean en el sector privado como en el público, en el ámbito rural como en el urbano, en la economía formal como en la informal; sin que resulte relevante la modalidad contractual con la cual se vinculen con la organización. Es el primer instrumento internacional vinculante (para los países miembro que lo ratifican) que reconoce el derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y

⁴⁹ Ministerio de Desarrollo Social y Familia (2025) En: <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/43868-bono-por-formalizacion-del-trabajo-~:text=El%20beneficio%20contempla%20un%20pago,consulta%20la%20fecha%20de%20pago>.

acoso, incluyendo la violencia de género; siendo el sector informal expresamente señalado como ámbito de aplicación.

En la revisión de la legislación y las prácticas nacionales de México, Argentina y Chile son tres países han avanzado en la implementación del Convenio 190 en el sector informal, pero persisten desafíos estructurales.

Hay experiencias exitosas que ameritan ser compartidas a nivel de los países del Sur Sur, en la medida que la presencia del sector informal es importante en la economía de estos países.

Las trabajadoras informales son las más vulnerables del sector y con mayores limitaciones para salir del círculo de la pobreza extrema.

V. ALGUNAS RECOMENDACIONES

Del análisis de la legislación y de las prácticas nacionales de México, Argentina, Chile y Perú se puede señalar que para abordar la violencia y el acoso laboral en el sector informal, se necesitan acciones integrales que incluyan:

- **Fortalecimiento de la formalización laboral.** Promover la formalización del empleo informal a través de políticas públicas y programas de apoyo económico, social, cultural y legal.
- **Creación de mecanismos de denuncia accesibles.** Establecer canales de denuncia seguros y confidenciales, tanto a nivel nacional como en las empresas y organizaciones del sector informal, que sean fáciles de acceder y comprender para las trabajadoras y trabajadores.
- **Mejora del acceso a la justicia laboral.** Simplificar los procesos legales administrativos y judiciales relacionados con la violencia y acoso laboral para facilitar el acceso a la justicia para las trabajadoras informales.
- **Sensibilización y capacitación.** Realizar campañas de sensibilización y capacitación sobre la violencia y acoso laboral, la prevención y el manejo de casos, dirigidas tanto a las trabajadoras como a los empleadores.
- **Enfoque en la salud integral, con énfasis en la salud mental.** Incorporar la salud mental en los programas de prevención y atención

a la violencia y acoso laboral, considerando los efectos de la precariedad laboral en la salud integral de las trabajadoras.

- **Eliminación de la discriminación y la desigualdad.** Implementar políticas y programas que promuevan la igualdad de género y la no discriminación en el sector informal, así como el respeto a la diversidad de género.

PONENCIAS LIBRES

CONSTRUYENDO ESPACIOS LABORALES SEGUROS Y LIBRES DE VIOLENCIA: DESAFÍOS Y PROPUESTAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO 190 DE LA OIT

MARÍA JOSÉ PAREDES VEREAU

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (2015) y MSc Gender, Policy and Inequalities por London School of Economics and Political Science (2023). Asociada Senior en Vinatea & Toyama. Especialista en temas de equidad de género, inclusión y diversidad en el trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado en 2019, representa un hito en la lucha contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Además de reconocer a nivel global que la violencia y el acoso constituyen una violación a los derechos humanos, se redefine la concepción de lo que constituye un entorno de trabajo seguro y digno. Este Convenio introduce una definición amplia y comprehensiva de la “violencia y acoso” en el mundo del trabajo e incluye, además, una dimensión crucial: la violencia y acoso por razón de género.

En un país como Perú, donde la violencia, y particularmente la violencia de género, es una realidad persistente y devastadora, la implementación del Convenio 190 no puede ser vista como una mera actualización normativa. La integración de la perspectiva de género en su aplicación es imperativa para abordar las profundas desigualdades que siguen afectando a miles de trabajadores y trabajadoras, particularmente en sectores informales y vulnerables. Ratificando este Convenio, Perú se compromete a respetar, promover y asegurar el derecho de toda persona a un espacio de trabajo libre de violencia y acoso, compromiso que exige una respuesta decidida para transformar los espacios laborales y evitar que se siga perpetuando la violencia y el acoso en todas sus formas.

Más allá de los compromisos formales, la verdadera tarea radica en la capacidad del Estado Peruano y de los actores laborales para traducir las promesas del Convenio 190 en cambios concretos y duraderos que incluya además una perspectiva de género para lograr así una implementación integral y viable de este Convenio. ¿Estamos preparados para abordar este desafío con la urgencia y profundidad que requiere? ¿Qué tan dispuestos estamos a confrontar las arraigadas estructuras de poder que perpetúan la violencia y el acoso en el trabajo?

Este artículo se propone explorar, desde una perspectiva crítica, las implicancias de la adecuación e implementación del Convenio 190 en el marco

normativo peruano, con especial énfasis en la integración de la perspectiva de género, ofreciendo además una propuesta viable para esta implementación.

El objetivo es entonces abrir un diálogo necesario y urgente sobre cómo la implementación del Convenio 190, a más de dos años de su entrada en vigencia, puede servirnos como una herramienta poderosa para confrontar la violencia de género en el ámbito laboral, contribuyendo a la creación de espacios de trabajo más seguros, inclusivos y equitativos. En un país donde las cifras de violencia de género son alarmantes, este artículo busca ser un catalizador para la acción, planteando la necesidad de una implementación que vaya más allá de lo legal y aborde de manera efectiva las raíces culturales y estructurales de la violencia en el trabajo.

II. ASPECTOS CONCEPTUALES

1. Definición de Violencia y Acoso en el Convenio 190 de la OIT

El Convenio 190 de la OIT representa un avance histórico en la protección de las y los trabajadores frente a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Aprobado por unanimidad en la Asamblea General del Centenario de la OIT (junio de 2019), supone un esfuerzo normativo internacional para combatir la problemática de violencia y acoso (Canessa, 2020). Así, por primera vez los países involucrados se han puesto de acuerdo sobre la importancia de crear espacios de trabajo libres de violencia (Sttico, 2022) y han concretado este acuerdo en definiciones universales y acciones que los Estados deberán implementar para tales efectos.

A través de este Convenio, se reconoce que la violencia y acoso en el trabajo califican como una vulneración directa a los derechos humanos, siendo además una amenaza para la igualdad de oportunidades y, como tal, incompatibles con el trabajo decente. De esta manera, el Convenio 190 nos ofrece un concepto único de violencia y acoso, de validez universal para los Estados que ratifiquen el mismo, sin perjuicio de que éstos puedan definir en sus propias legislaciones a la violencia y acoso como un concepto único o conceptos separados.

En ese sentido, como señala Velázquez (2019), es razonable considerar que el Convenio ha previsto un concepto mínimo (piso normativo) de violencia y acoso, pero dejando la posibilidad de que los Estados que lo ratifiquen puedan desarrollar en sus legislaciones conceptos diferenciados sobre las distintas for-

mas y manifestaciones considerando su contexto y circunstancias particulares (Velázquez, 2019).

De esta manera, el Convenio 190 define a la violencia y acoso en el literal a) de su artículo 1° como *“un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.”*

Como **primer elemento** a destacar es que se deja de lado el elemento de la intencionalidad de la persona que comete estos actos para elaborar una definición más objetiva. La atención se centra en la conducta o comportamiento en sí mismo y el daño o potencial daño que genere a la víctima, situando en un rol protagónico a la persona víctima de violencia o acoso y relegando a un plano secundario a la intencionalidad de quien ejerce este tipo de actos (Sttico, 2022). En otras palabras, en esta definición el elemento subjetivo de la intencionalidad deja de ser constitutivo o determinante para la calificación de esta conducta (Velázquez, 2019).

Este cambio de paradigma en la definición de violencia y acoso resulta de particular relevancia, considerando que la intencionalidad (o, en realidad, la falta de esta) de parte de la persona que comete este tipo de actos suele ser utilizada para justificar estos comportamientos, particularmente en los casos de violencia sexual o sexista.

La definición de violencia y acoso del Convenio 190 tiene además importantes **características que la distinguen de conceptualizaciones previas** (por ejemplo, el Acuerdo Marco Europeo sobre la violencia y acoso de 2007). El análisis y desarrollo de estas características resulta clave para los efectos del presente artículo:

- ***“Conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables”***: Se trata de un concepto único e integrador que no distingue entre diferentes tipos o formas de violencia y acoso, sino que engloba bajo una misma categoría a aquellas prácticas y comportamientos inaceptables que vulneran los derechos humanos y la dignidad de las personas en el mundo del trabajo. En esa línea, permite incluir en esta definición a

cualquier comportamiento o práctica actual o factible de ser considerada como violencia y acoso en el futuro.

- **“Ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida”**: No se exige que el comportamiento o la práctica se tenga que repetir para que califique como violencia o acoso. La gravedad de un solo acto de este tipo en espacios de trabajo que, recordemos, vulnera los derechos humanos, hace que se deba considerar como violencia o acoso y, como tal, prohibido por la normativa internacional.
- **“Que tengan por objeto, cause o sean susceptibles de causar”**: Se trata de actos cuya finalidad es generar este tipo de daños, más allá de si efectivamente el mismo se concreta. Estamos así ante comportamientos o conductas que buscan causar esto daños pero además aquellos que tengan la posibilidad de generarlos, más allá de la intención de la persona que los comete. Ello guarda relación con lo previamente señalado sobre la falta de intencionalidad en la definición de violencia y acoso.
- **“Un daño físico, psicológico, sexual o económico”**: Se reconocen cuatro tipo de daños causados por estos actos: el daño físico, relacionado con una lesión o afectación de tipo corporal (por ejemplo, golpear o herir a otra persona); el daño psicológico, que genera una afectación mental en las personas afectadas (por ejemplo, uso de lenguaje intimidante, insultos o amenazas contra una persona); el daño sexual, donde se vulnera la libertad sexual que comprende tanto daños físicos (por ejemplo, tocamientos indebidos), pero también daños psicológicos (por ejemplo, insinuaciones sexuales); y, daños económicos, que afectan el patrimonio de las personas (por ejemplo, impedir un ascenso y el consecuente incremento remunerativo o la brecha salarial entre hombres y mujeres).

Ahora bien, en la definición general de violencia y acoso, el Convenio 190 incluye también a la **violencia y acoso por razón de género**, concepto que es posteriormente regulado como una categoría específica. Así, en el literal b) del artículo 1° del Convenio se define a la violencia y acoso por razón de género como comportamientos o prácticas inaceptables: *“que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.”*

Vemos así que el Convenio establece una definición crucial de la violencia y acoso por razón de género, reconociendo que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo tienen una dimensión de género. Esta dimensión se encuentra arraigada en las desigualdades estructurales, los estereotipos de género, la discriminación y los abusos de poder que existen en la sociedad, especialmente aquellas dominadas por sistemas patriarcales que perpetúan esta dinámica, las cuales inevitablemente se reflejan en el ámbito laboral. Este tipo particular de violencia y acoso se puede manifestar de dos maneras principales:

- **Violencia y acoso dirigidos específicamente contra personas por razón de su sexo o género:** Estos actos incluyen cualquier comportamiento que busque intimidar, humillar o dañar a una persona precisamente por ser de género femenino (en la mayor parte de los casos) o masculino. Ello incluye también a aquellas personas que se identifican con géneros distintos a los asignados al nacer (transgénero) o las que no se identifican con ningún género (personas no binarias) y que pueden ser víctimas de acoso o violencia debido a su identidad de género.

Un ejemplo de este tipo de violencia y acoso sería una trabajadora que es víctima de humillaciones de parte de un superior alegando su poca capacidad de realizar ciertas labores por su condición de mujer.

- **Violencia y acoso que afectan desproporcionadamente a personas de un sexo o género determinado:** Este tipo de violencia y acoso no se dirige necesariamente a una persona por su género pero, debido a las desigualdades existentes, su impacto es mucho mayor en un género específico. Por ejemplo, la prohibición y sanción a teletrabajadores/as por realizar labores de tipo domésticas durante su jornada de trabajo, la cual termina afectando en mayor medida a las mujeres por tener a su cargo la mayor parte de estas labores.

De esta manera, la violencia y acoso por razón de género son reconocidas por el Convenio 190 como problemáticas que requieren atención y medidas preventivas específicas. Vemos así que este Convenio se encuentra impregnado en todo su contenido por una especial sensibilidad hacia las cuestiones de género (Velázquez, 2019). Por ello, el Convenio 190 establece la necesidad de adoptar un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo de la violencia y

el acoso por razón de género. Esto considerando la realidad de las diferencias de poder y las desigualdades de género que persisten en el mundo del trabajo, muchas de las cuales están profundamente enraizadas en sistemas patriarcales.

Por otro lado, el **ámbito de aplicación** de esta definición (prevista en el artículo 2° del Convenio) incluye tanto a los sectores públicos como privados y a todas las modalidades de trabajo, tanto formales como informales, incluyendo incluso a la etapa de postulación a un empleo. Asimismo, abarca además una amplia gama de situaciones en las que se puede presentar la violencia y el acoso, considerando tanto los espacios del trabajo como aquellos relacionados con el trabajo. De esta manera, se consideran los espacios físicos y virtuales, los, eventos sociales, alojamiento, entre otros. Todo ello guarda coherencia con la referencia que el Convenio hace del “mundo de trabajo”, abarcando todas las situaciones relacionadas con éste, y no al “trabajo” de manera delimitada.

Así, estamos ante un **Convenio que define a la violencia y acoso laboral en términos más amplios** que las conceptualizaciones previas de otros entes internacionales, ello con la evidente finalidad de proteger a todas las personas en el mundo del trabajo y en todos los ámbitos relacionados con éste (Sttico, 2022), más allá de las definiciones tradicionales o más delimitadas de este tipo de actos.

Habiendo repasado las definiciones del Convenio 190 y el cambio de paradigma que éstas conllevan, se evidencia el reto pero también la oportunidad que tiene el Perú en la adecuación de su legislación y sus políticas a este marco normativo internacional como consecuencia de la ratificación del Convenio. A continuación nos referiremos brevemente a la situación actual de Perú respecto a la violencia y acoso en el mundo del trabajo, lo cual nos permitirá luego poder identificar aspectos que requieren de una urgente regulación (o un mayor desarrollo de la existente) a fin de lograr una real y suficiente adecuación al Convenio 190 y los compromisos asumidos por Perú con su ratificación.

2. El contexto de la violencia y acoso en el mundo del trabajo en el Perú y los compromisos asumidos con la ratificación del Convenio 190

En el apartado previo, hemos revisado los conceptos clave y, en base a éstos, el nuevo enfoque que el Convenio 190 nos brinda respecto a la violencia y el acoso en los espacios de trabajo. Este Convenio, conjuntamente con su Recomendación 206, establece un marco jurídico y directrices para prevenir y

combatir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con especial atención en la dimensión de género. En este apartado, analizaremos el contexto laboral en el Perú, a fin de identificar los principales desafíos y oportunidades que plantea la ratificación e implementación de este Convenio en el país.

En el Perú, la violencia y el acoso en el trabajo son problemas persistentes y generalizados que afectan de manera desproporcionada a las mujeres y a los grupos vulnerables, como los/as trabajadores informales, los/as migrantes, los/as indígenas, las personas con discapacidad, las personas de la comunidad LGBTIQ+, entre otros. Estos grupos suelen enfrentarse a múltiples formas de discriminación y desigualdad que incrementan su exposición y riesgo a sufrir violencia y acoso en el trabajo, así como a tener menos acceso a la protección, la denuncia y la reparación.

Los datos disponibles sobre la magnitud y la naturaleza de la violencia y el acoso en el trabajo en el Perú lamentablemente son escasos y limitados, principalmente debido a la falta de una definición legal y también dada a la escasa investigación sobre el tema. Debido a ello, las pocas estadísticas con las que contamos se refieren únicamente a la violencia de tipo sexual y sexista en espacios de trabajo. Así, según las cifras del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, entre el 2019 y el 2024 se han registrado 4,083 casos de hostigamiento sexual en la Plataforma de Registro de Casos de Hostigamiento Sexual Laboral. De estos casos, el 91.43% de las presuntas víctimas son mujeres y el 91.23% de presuntos hostigadores son hombres.

Por otro lado, este tipo de violencia en el ámbito laboral afecta también a las personas miembros de la comunidad LGBTIQ+, discriminándolos en su acceso al mundo laboral. En efecto, según la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos (IPSOS, 2019), el 30% de las personas encuestadas consideró que el derecho al trabajo y a un salario digno es uno de los principales derechos humanos que no se respetan para personas de la comunidad LGBTIQ+. Además, el 37% manifestó tener poca o ninguna disposición para contratar a una persona trans en su organización. En esa línea, el Informe Final: Migración Internacional calificada de peruanas/os LGBTQ+ Discriminación y fuga de talentos (Más Igualdad Perú, 2021), reveló que el 30% de los encuestados estarían poco o nada dispuestos a contratar a una persona homosexual.

Vemos así que la violencia y el acoso en el trabajo son realidades cotidianas que vulneran los derechos humanos y laborales de trabajadores y trabajadoras

en el Perú, especialmente de las mujeres y de los grupos más desprotegidos. Asimismo, evidencian la necesidad de contar con una normativa específica y eficaz que prevenga, sancione y erradique este tipo de conductas, así como con mecanismos de protección, asistencia y reparación para las víctimas.

Estos estudios e informes contribuyen a visibilizar y comprender la problemática de la violencia y el acoso en el trabajo en el Perú para lograr, en base a éstos, identificar las acciones y medidas necesarias para enfrentarla desde una perspectiva de derechos humanos y de género. Sin embargo, se requiere de un mayor esfuerzo de investigación, sistematización y difusión de información sobre este tema, que permita contar con datos actualizados, desagregados y comparables, que orienten la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas efectivas y basadas en evidencia.

La ratificación del Convenio 190 OIT por parte del Perú, el 8 de junio de 2022, implica un compromiso político y jurídico de adecuar e implementar la normativa nacional a los estándares internacionales establecidos por este instrumento. Como obligación principal, y de las que se derivan las demás obligaciones, el Perú deberá respetar, promover y asegurar el disfrute de toda persona a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso (artículo 4°).

Para cumplir con este compromiso, el Perú debe realizar una serie de acciones legislativas, administrativas, institucionales y sociales, previstas en el Convenio y desarrolladas en su Recomendación. **¿Qué implica entonces este gran desafío para el Estado y las organizaciones de empleadores y trabajadores/as?** A continuación pasamos a mencionar las medidas principales que implican la adecuación e implementación de este Convenio en Perú:

- **Adaptación normativa:** Perú deberá adoptar una legislación específica sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo en la que se defina y prohíba estas conductas en concordancia con la definición del Convenio 190. Esta legislación deberá incluir la violencia y el acoso por razón de género y tener un enfoque inclusivo, integrado y donde se jerarquice la perspectiva de género. (artículo 4.2 y artículo 7 del Convenio).
- **Establecer medidas para prevenir y combatir la violencia y acoso:** En el marco de la referida adaptación normativa, Perú deberá implementar medidas concretas de prevención, protección, denuncia, sanción y reparación para las personas víctimas de violencia y acoso

en el mundo del trabajo, así como establecer las responsabilidades y obligaciones de los actores del mundo del trabajo, tanto públicos como privados (literales e), f) y h) del artículo 4.2 y artículo 4.3 del Convenio).

- **Establecer medidas efectivas para proteger de la violencia y el acoso a los grupos más vulnerables:** Identificar los sectores u ocupaciones y las modalidades de trabajo en los que las y los trabajadores y otras personas del mundo del trabajo están más expuestas a la violencia y acoso y adoptar medidas para proteger eficazmente a dichas personas.
- **Exigencia de acciones de parte de los empleadores para la prevención y sanción de la violencia y acoso:** En la legislación específica sobre violencia y acoso que Perú adopte se deberán incluir medidas que obligatoriamente deberán tomar los empleadores para prevenir la violencia y acoso en el mundo del trabajo, acordes con su grado de control organizacional. Entre estas medidas se encuentran (artículo 9 y literal b.i) del artículo 10 del Convenio):
 - Implementar una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso.
 - Identificar los peligros y riesgos asociados a la violencia y el acoso en la evaluación de los riesgos en el lugar de trabajo
 - Capacitar a las y los trabajadores sobre los peligros y riesgos de la violencia y acoso y las medidas de prevención y protección con las que cuentan.
 - Establecer un procedimiento para la presentación de quejas e investigación.
- **Implementar mecanismos para el control de la aplicación del Convenio y establecer vías efectivas de recurso y reparación para las víctimas de violencia y acoso:** Perú deberá establecer o reforzar los mecanismos de control de la aplicación, las vías de recurso y reparación y la asistencia para las víctimas de violencia y acoso en el mundo del trabajo, como los inspectores del trabajo, los tribunales, los servicios de asesoramiento, los servicios de emergencia, los centros de crisis, entre otros, y garantizar que cuenten con personal capacitado,

recursos adecuados y mandatos claros (artículo 10 del Convenio y artículos 14, 15, 16, 17, 19, 20 y 21 de la Recomendación).

III. ANÁLISIS NORMATIVO Y COMPARADO

1. Compatibilidad del Convenio 190 con la legislación peruana en materia de violencia y acoso

Conforme se adelantó en el apartado previo, la implementación efectiva del Convenio 190 de la OIT requiere una adecuación exhaustiva e las normas nacionales. Es clave destacar que, al ratificar este Convenio, los derechos establecidos en éste adquieren rango constitucional, al ser un tratado sobre derechos humanos (Neves, 2018). Este nivel de jerarquía normativa impone una obligación adicional para que la legislación peruana no solo se alinee con los principios del Convenio 190, sino que también refleje una coherencia interna que respalde y refuerce estos derechos. El Estado tiene así el deber de respetar, proteger y garantizar estos derechos, armonizando su ordenamiento jurídico interno con éste y evitar cualquier contradicción o vacío que pueda afectar su efectividad.

Pasaremos ahora a revisar la normativa peruana existente sobre violencia y acoso en el trabajo, para identificar brechas y oportunidades de mejora para una adecuada implementación del Convenio 190. Observamos que la legislación peruana presenta deficiencias significativas al no contar con una definición y regulación integral de la violencia y acoso, en el mundo del trabajo. No existe actualmente una definición específica de estos conceptos; en consecuencia, tampoco se regula su prohibición en nuestro ordenamiento. En efecto, conforme a lo señalado por Ospina (2024), revisando la normativa nacional no es posible encontrar un concepto único e integrador de violencia y acoso, siendo que esta categoría jurídica se incorpora en la legislación peruana a partir de la entrada en vigencia del Convenio 190.

Así, vemos que la legislación peruana en materia de acoso y violencia en el mundo del trabajo se había enfocado exclusivamente en la violencia de tipo sexual y sexista contra las y los trabajadores (hostigamiento sexual laboral). La **Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual**, Ley No. 27942 (promulgada en el 2003); y su Reglamento, Decreto Supremo No. 014- 2019-MIMP (promulgado en el 2019 y modificado en el 20219, se enfocan exclusivamente en el hostigamiento sexual laboral, dejando fuera otras formas de violencia y acoso que el Convenio 190 sí abarca.

Por otro lado, tenemos también la **Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar**, Ley No. 30364 (promulgada en el 2015 y modificada en el 202) y su Reglamento, Decreto Supremo No. 009-2016-MIMP (promulgado en el 2016 y modificado en el 2019) que si bien contiene definiciones de los tipos de violencia (física, psicológica, sexual y económica), así como referencias a los derechos laborales de las víctimas de violencia, limita su ámbito de aplicación a las mujeres e integrantes del grupo familiar.

Respecto de otros tipos de violencia en el mundo de trabajo, la regulación laboral actual es bastante escueta. Así, tenemos dentro de las causales de despido previstas en el artículo 25° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. 003-97-TR (en adelante, la “**LCPL**”) a “*los actos de violencia*” y “*faltamiento de palabra verbal o escrita*” contra “*personal jerárquico*” u “*otros trabajadores*”. Asimismo, en el artículo 30° de la LPCL se considera como acto de hostilidad a “*e) el **acto de violencia o el faltamiento de grave e palabra en agravio del trabajador o de su familia***” (Énfasis agregado).

Vemos así que la LPCL considera a los actos de violencia en el lugar de trabajo o con ocasión de este como una causal de despido y un acto de hostilidad, estableciendo la posibilidad de despedir legalmente al trabajador que los cometa, en el primer caso, y que el trabajador víctima se pueda dar por despedido y solicitar el pago de la indemnización por despido arbitrario, en el segundo caso. Sin embargo, esta normativa no incluye una definición específica violencia, ni tampoco de acoso, así como tampoco los mecanismos para prevenir, sancionar y reparar a las y los trabajadores que sean víctimas de este tipo de actos. Esta regulación incluye solo a las y los trabajadores, limitando su ámbito de aplicación a otros grupos relacionados con el mundo del trabajo considerados en el Convenio 190.

En base a lo señalado, vemos que **actualmente Perú no cuenta con normativa laboral, ni de ningún otro ámbito, que se ajuste a los compromisos asumidos con la ratificación del Convenio 190 de la OIT** ni las acciones concretas que estos conllevan (mencionados en el apartado 2.2). Nuestra normativa se centra únicamente en la violencia de tipo sexual y sexista, desarrollando respecto de otros tipos de violencia solo acciones reactivas, sin una definición específica y sin acciones concretas para su prevención y sanción.

Incluso, la definición de hostigamiento sexual tiene un ámbito menor de aplicación que la violencia y acoso de tipo sexual prevista en el Convenio 190, limitándose solo a los actos cometidos en el trabajo o con ocasión de este.

En síntesis, es posible afirmar que la legislación peruana carece de una definición clara y completa de los conceptos de violencia y acoso en el entorno laboral, especialmente en lo que respecta a conductas violentas que podrían generar daño y a la consideración de las dinámicas de poder y las relaciones que emergen en dicho ámbito. Además, la normativa vigente no aborda adecuadamente el impacto desproporcionado que la violencia laboral tiene sobre determinados grupos de personas (Sttico, 2022). Alinear la legislación peruana con las disposiciones del Convenio 190 constituye así un desafío prioritario para el país.

Sttico (2022) señala que una adecuada implementación del Convenio 190 pasa por implementar modificaciones en la legislación nacional sobre violencia laboral en función a los nuevos parámetros previstos en el Convenio 190. A pesar de ciertos avances en la normativa peruana, aún existen importantes oportunidades de mejora y desafíos en la regulación y adecuación del marco legal para cumplir plenamente con las exigencias del Convenio 190.

De manera previa a presentar las propuestas concretas, consideramos relevante revisar qué están haciendo otros países de la región que ratificaron el Convenio 190 para lograr (o buscar) una implementación suficiente y efectiva del mismo.

2. ¿Qué están haciendo en otros países de la región?

a) Uruguay: Pionero en la ratificación del Convenio 190

Uruguay fue el primer país en ratificar el Convenio 190 en diciembre de 2019, y desde entonces, ha buscado implementar políticas alineadas con sus principios. En 2022, se presentó el Proyecto de Ley “Ambiente de Trabajo Libre de Violencia y Acoso”, que abarca tanto el sector público como privado. Este proyecto extiende la definición de violencia y acoso, incluyendo actos que deterioren el ambiente laboral y establece responsabilidades para empleadores y el Estado, como la evaluación de riesgos psicosociales y la indemnización por daño moral a las víctimas. Sin embargo, a la fecha, el proyecto sigue pendiente en el Parlamento. Uruguay cuenta solo con la Ley No. 18561 sobre acoso sexual

(Díaz, 2023). El país ha dado pasos importantes, pero la falta de una normativa integral dificulta la plena implementación del Convenio.

b) Chile: La Ley Karin y las expectativas que trae en la lucha contra la violencia y el acoso laboral

Chile ratificó el Convenio 190 en 2023 y promulgó la Ley No. 21.643, conocida como “Ley Karin”, en respuesta a un caso de acoso laboral que culminó en tragedia (Gobierno de Chile, 2023).

Esta ley modifica el Código de Trabajo, imponiendo a los empleadores la obligación de contar con protocolos de prevención de acoso y violencia, además de medidas para capacitar a sus trabajadores. Con un claro enfoque de género, la ley amplía la protección a situaciones generadas por terceros fuera de la relación laboral. Aunque se reconoce el avance que representa la Ley Karin, su efectividad dependerá de la implementación práctica de los protocolos y del monitoreo adecuado. El éxito a largo plazo radica en que estas normativas promuevan culturas laborales preventivas.

c) Argentina: Avances y desafíos en la implementación del Convenio 190

Argentina ratificó el Convenio 190 el 23 de febrero de 2020, entrando en vigor en febrero de 2021. El país ha mostrado avances notables en la promoción de un entorno laboral libre de violencia y acoso, con un enfoque claro en la perspectiva de género. Bajo la Iniciativa “Spotlight”, respaldada por las Naciones Unidas y la Unión Europea, Argentina ha desarrollado investigaciones y recursos para apoyar la implementación efectiva del Convenio 190. (Transforma, 2022). En septiembre de 2021, el Ministerio de Trabajo lanzó el Programa Qualitas para proporcionar herramientas al sector empleador para prevenir y abordar la violencia y el acoso laboral (IndustriALL, 2022).

Sin embargo, Argentina aún no cuenta con una ley que defina la violencia y el acoso laboral conforme a los términos del Convenio 190. La normativa vigente no aborda integralmente estos temas ni establece medidas específicas para su prevención y sanción. La definición actual se encuentra en la Resolución No. 17 5/2007 del Ministerio de Trabajo, que presenta un marco conceptual más restringido (Ate Diversa, 2021). Además, la Ley No. 26.485 aborda la violencia laboral solo contra mujeres, excluyendo a otras identidades sexuales y

varones. En conclusión, aunque Argentina ha desarrollado programas y recursos importantes, persisten desafíos legislativos significativos para implementar plenamente el Convenio 190.

IV. PROPUESTA PARA LA ADECUACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO 190 EN EL PERÚ

La implementación del Convenio 190 en Perú requiere una revisión profunda de la normativa interna, la creación de mecanismos efectivos de investigación y reparación, y el fortalecimiento de las políticas públicas y de las instituciones encargadas de prevenir y sancionar la violencia y acoso en el ámbito laboral. A continuación, se presentan propuestas de las medidas principales que permitirían una adecuada adecuación e implementación del Convenio en el país:

1. Adecuación de la normativa interna

Es fundamental que la legislación peruana evolucione para abordar de manera más integral la violencia y el acoso en el trabajo. Así, se deberá adoptar una legislación específica en la que se definan y prohíban estas conductas en concordancia con la definición del Convenio 190. Esta legislación deberá incluir la violencia y el acoso por razón de género y tener un enfoque inclusivo, integrado y donde se jerarquice la perspectiva de género. Asimismo, se deberá establecer expresamente el derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso y la prohibición expresa de este tipo de actos.

Actualmente, la normativa solo contempla actos de hostilidad laboral y hostigamiento sexual de manera limitada, sin una definición amplia ni mecanismos efectivos de investigación y sanción. El Convenio 190 ofrece una base sólida que debe ser incorporada en la legislación nacional mediante una ley específica que defina la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluyéndolos como faltas laborales graves.

En esa línea, este nuevo marco normativo debería considerar un ámbito de aplicación que abarque a todos/as los/as trabajadores, incluidos aquellos en modalidades formativas, trabajadores/as informales, postulantes y terceros que interactúan en el entorno laboral. También es vital que se implementen mecanismos específicos de protección y procedimientos claros para la investigación y sanción de las denuncias de violencia y acoso, similares a los que existen para el

hostigamiento sexual. Además, los empleadores deben tener la obligación legal de implementar protocolos claros para prevenir y sancionar estas conductas.

Consideramos que lo antes mencionado deberá concretarse a través de una nueva norma (como el Proyecto de Ley en Uruguay), donde se establezcan estas definiciones y se prevea además que, en lo referido a hostigamiento sexual laboral, se mantendrá vigente la normativa actual en todo lo que no se oponga a la nueva legislación. Asimismo, en línea con lo que ocurrió en Chile, esta ley deberá modificar la normativa laboral que actualmente regula (aunque de forma escueta) los supuestos de violencia y acoso laboral, ampliando su definición y refiriendo a dicha norma cualquier vacío actual. En esa línea, se deberán establecer las infracciones laborales específicas respecto a la violencia y acoso en el mundo del trabajo que deban ser fiscalizadas por la Autoridad Inspectiva (SUNAFIL).

Cabe tener en cuenta que el Convenio 190, al ser ratificado por Perú y actualmente vigente, tiene carácter constitucional. Por tanto, si bien existe la necesidad de adaptar una ley específica que aborde su problemática y medidas, las disposiciones de este Convenio son aplicables en Perú respecto a contenidos que no requieran desarrollos legislativo y aplica como principio de interpretación de nuestra normativa.

2. Vías específicas de investigación y reparación desde el Estado

Es indispensable que el Estado brinde mecanismos eficaces, seguros y confidenciales de investigación, reparación y vías de apoyo para aquellos casos en los que los empleadores no implementen las medidas necesarias o para las y los trabajadores en situación de informalidad. Estos mecanismos podrían ser gestionados por SUNAFIL o la Autoridad Judicial Laboral, y deberán ser de fácil acceso para proporcionar a las y los trabajadores una vía directa para presentar denuncias y obtener reparaciones adecuadas. Estas medidas reforzarían el acceso a la justicia y garantizarían una respuesta estatal frente a la violencia y acoso en el trabajo.

3. Obligaciones específicas para empleadores y apoyo de organizaciones sindicales

Los empleadores tienen la responsabilidad de proteger a sus trabajadores del acoso y la violencia en el trabajo. Para ello, deben estar obligados a desarrollar

políticas internas que prevengan estas conductas, estableciendo protocolos específicos que incluyan una definición amplia y accesible del “lugar de trabajo”, y medidas claras para la prevención, investigación y sanción de actos de violencia y acoso. Estas políticas deben estar alineadas con los estándares del Convenio 190.

En esa línea, los empleadores deberán tener también entre sus obligaciones la identificación de los peligros y riesgos asociados a la violencia y acoso en el lugar de trabajo, considerando los mismos en las matrices que actualmente manejan y difunden de forma obligatoria. Recordemos que entre los tipos de violencia se considera también a la violencia psicológica, la cual conlleva a riesgos psicosociales en el lugar de trabajo. En ese sentido, será clave también una adecuada formación y capacitación a las y los trabajadores en la prevención y sanción de la violencia y acoso laboral desde un enfoque integrado, inclusivo y que tenga en cuenta un enfoque de género.

Asimismo, las organizaciones sindicales pueden desempeñar un rol crucial respecto a estas políticas, participando con el empleador y brindando propuestas para su elaboración, así como en la supervisión del adecuado cumplimiento de las mismas. Por otro lado, deberían incorporar cláusulas en las negociaciones colectivas que promuevan un ambiente de trabajo libre de violencia. Los sindicatos también deberían tener la capacidad de denunciar incumplimientos y proponer mejoras en los protocolos de prevención.

4. Reducción de la brecha en el trabajo de cuidados y creación de un sistema integral

Uno de los mayores desafíos normativos en Perú radica en la falta de regulación que contemple de manera efectiva el impacto que tiene el trabajo de cuidados, predominantemente realizado por mujeres, en su participación en el ámbito laboral. Esta desigualdad las expone de manera desproporcionada a situaciones de violencia y acoso en el trabajo, ya que su vulnerabilidad se ve exacerbada por la falta de herramientas de prevención y protección sólidas.

Actualmente, las mujeres dedican significativamente más tiempo que los hombres a labores de cuidado no remunerado, al destinar 7.5 horas a estas labores versus 3.7 de los hombres (IEP, 2021). Ello limita lógicamente su acceso a oportunidades laborales en condiciones de igualdad y refuerza su posición de desventaja en el mundo del trabajo. Esta situación es particularmente grave en

el contexto de violencia y acoso, ya que muchas mujeres, al tener cargas adicionales en sus hogares, no cuentan con los recursos o el tiempo necesarios para denunciar estos abusos o acceder a sistemas de protección adecuados.

La creación de un sistema integral de cuidados sería una medida clave para reducir esta brecha y promover una mayor igualdad en el acceso y permanencia en el empleo. Dicho sistema permitiría una redistribución más equitativa del trabajo de cuidados entre hombres y mujeres, y garantizaría que las mujeres puedan participar plenamente en el mercado laboral sin estar expuestas a situaciones de vulnerabilidad exacerbada. Este enfoque integral proporcionaría una red de protección que no solo beneficiaría a las mujeres, sino también a otros grupos en situación de desprotección alcanzados por el Convenio 190, como personas con responsabilidades familiares u otros/as trabajadores/as en situación de precariedad.

Implementar un sistema de cuidados no solo reduciría la desigualdad de género en el trabajo, sino que fortalecería las herramientas de prevención y protección frente a la violencia y el acoso laboral, contribuyendo a un entorno laboral más seguro e inclusivo.

5. Fortalecimiento de los mecanismos de control institucional

El control de las obligaciones establecidas para los empleadores y las instituciones públicas es un aspecto clave en la implementación efectiva del Convenio. SUNAFIL debe adoptar una postura proactiva, realizando operativos a nivel nacional para verificar el cumplimiento de las normativas de prevención y sanción de la violencia y el acoso laboral. Ello a fin de posibilitar la detección de indicios y violencia de acoso en el mundo del trabajo que no lleguen a ser denunciados por las y los trabajadores involucrados/as.

Por su parte, los jueces laborales deben recibir capacitación adecuada para gestionar denuncias relacionadas con este tipo de conductas y resolver casos de despidos o sanciones laborales que involucren a trabajadores acusados de cometer actos de violencia o acoso. Asimismo, se debería establecer la obligación de contar con especialistas en violencia y acoso en los juzgados laborales. Una coordinación interinstitucional efectiva entre SUNAFIL, el Ministerio de Trabajo y otras entidades públicas es crucial para erradicar estas conductas en el ámbito laboral.

6. Políticas públicas integrales y transversales para la erradicación de la violencia y el acoso laboral

El Estado debe adoptar políticas públicas que promuevan la sensibilización sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo a nivel nacional. Estas políticas pueden incluir campañas de concientización, similares a las que existen sobre el acoso sexual en el transporte público, que eduquen a la ciudadanía sobre las distintas formas de violencia y acoso en el trabajo, sus manifestaciones y cómo denunciarlas. El Ministerio de Trabajo y SUNAFIL también podrían organizar talleres, capacitaciones y eventos para empleadores y trabajadores, brindando orientación sobre cómo prevenir y sancionar estas conductas mediante la creación de protocolos internos efectivos.

Para lograr un adecuado diseño de estas políticas públicas, consideramos clave que se prevea la consulta con las organizaciones representativas de las y los empleadores y de las y los trabajadores. En esa línea, se podrían establecer también observatorios gubernamentales que permitan lograr una mirada integral de los sectores más expuestos al violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

En conclusión, la implementación efectiva del Convenio 190 en Perú debe tener un enfoque integral, que combine una adaptación normativa adecuada, mecanismos claros de investigación y reparación, y políticas públicas sostenibles. Un elemento crucial en todas estas medidas es el enfoque de género, dado que las mujeres y las personas con orientaciones e identidades de género diversas son quienes mayormente sufren de violencia y acoso laboral. La implementación del Convenio no solo ayudará a reducir estos abusos, sino que también contribuirá a la construcción de entornos laborales más justos y equitativos.

Estas acciones, entre otras, son necesarias para lograr una implementación integral y efectiva del Convenio 190 OIT en el Perú, que contribuya a la protección y promoción de los derechos humanos y laborales de las y los trabajadores y las trabajadoras, así como al desarrollo económico y social del país. Sin embargo, estas acciones no son suficientes si no se acompañan de un cambio cultural y social que cuestione y transforme las normas, valores y actitudes que toleran, justifican y perpetúan la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, especialmente por razón de género.

Por ello, se requiere de un compromiso ético y político de todos los actores del mundo del trabajo, así como de la ciudadanía en general, para construir una

sociedad más justa, igualitaria y democrática, donde la violencia y el acoso en el trabajo sean inaceptables e incompatibles con el trabajo decente.

V. CONCLUSIONES

Conforme a lo desarrollado, el Convenio 190 de la OIT marca un hito en la lucha contra la violencia y el acoso en el trabajo, reconociéndolos como violaciones de derechos humanos. Su ratificación en Perú exige una implementación integral que considere las particularidades del contexto peruano, donde la violencia de género es prevalente.

La experiencia comparada con otros países de la región que han ratificado el Convenio 190 (Uruguay, Chile y Argentina) nos permite examinar los avances y desafíos que han enfrentado estos países en la adecuación en implementación de este instrumento, permitiendo identificar acciones concretas que también serán requeridas en Perú y oportunidades de mejora respecto a las mismas.

De esta manera, vemos que la legislación peruana actual es insuficiente para abordar la violencia y el acoso laboral. Se evidencia así la falta de una legislación específica y coherente que incluya una definición amplia de estos actos y su prohibición expresa, que sea aplicable a todas las modalidades de trabajo (incluidos trabajadores/as informales y postulantes) y que cuente con mecanismos claros de prevención, sanción y reparación.

A partir de esta brecha identificada, se proponen medidas concretas para lograr una adecuada implementación del Convenio 190 en Perú, que incluyen: la adaptación de la normativa interna, la creación de vías específicas de investigación y reparación desde el Estado, la imposición de obligaciones específicas para los empleadores y el apoyo de las organizaciones sindicales, la reducción de la brecha en el trabajo de cuidados y la creación de un sistema integral, el fortalecimiento de los mecanismos de control institucional y el desarrollo de políticas públicas integrales y transversales para la erradicación de la violencia y acoso laboral.

En conclusión, la implementación efectiva del Convenio 190 en Perú requiere de un enfoque integral, que combine una reforma jurídica, mecanismos efectivos de prevención y sanción, y políticas públicas sostenibles, con un claro enfoque de género, que contribuyan a la protección y promoción de los derechos humanos y laborales de las y los trabajadores, así como al desarrollo económico y social del país

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATE Diversa. (2021). *Desafíos para la implementación del Convenio 190 en Argentina: Informe de consultoría*. <https://atediversa.ar/desafios-para-la-implementacion-del-convenio-190-en-argentina-oit-informe-de-consultoria/>
- Biblioteca Nacional del Congreso Nacional de Chile. (2024). *Ley 21643. Modifica el Código de Trabajo y otros cuerpos legales en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral sexual o de violencia en el trabajo*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1200096>
- Canessa, M. F. (2020). Violencia en el trabajo y hostigamiento sexual: aspectos sustantivos. *IX Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 73-74). <https://www.sptss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/IX-Congreso-Nacional-full-73-104.pdf>
- Díaz, P. (2023). ¿Qué califica como acoso laboral en la legislación uruguaya y cómo denunciarlo? *El País*. <https://www.elpais.com.uy/negocios/finanzas/que-califica-como-acoso-laboral-en-la-legislacion-uruguaya-y-como-denunciarlo>
- Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones (IMPO). (2009). *Ley No. 18561. Ley de acoso sexual. Prevención y sanción en el ámbito laboral y en las relaciones docente-alumno*. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18561-2009>
- Fundación Friedrich Ebert. (2021). *Más igualdad Perú Informe Final: Migración Internacional calificada de peruanas/os LGBTQ+ Discriminación y fuga de talentos*. https://www.masigualdad.pe/_files/ugd/4aec54_0c9076de39fb485d9ec1589854b9c624.pdf?index=true
- Gobierno de Chile. (2023, septiembre 1). *Hoy entra en vigencia: ¿En qué consiste la Ley Karin?* <https://www.gob.cl/noticias/hoy-entra-en-vigencia-en-que-consiste-ley-karin/#:~:text=La%20Ley%20Karin%20busca%20garantizaren%20contra%20de%20este%20objetivo>
- IndustriALL Global Union & Transforma. (2023). *Violencia de género en el espacio laboral y el Convenio 190 de la OIT en América Latina y el Caribe: Reporte de investigación*. <https://shorturl.at/otfma>
- Instituto de Estudios Peruanos. (2021). *Representaciones sobre el trabajo de cuidado en el Perú*. <https://shorturl.at/EwQ40>
- IPSOS. (2019). *II Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2019*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1611180/3.-Informe-completo-de-la-II-Encuesta-Nacional-de-Derechos-Humanos.pdf.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Convenio sobre la violencia y el acoso, 190*. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

- Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Recomendación sobre la violencia y el acoso*, 206. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206
- Ospina, E. (2024). Convenio 190 OIT: Retos a casi un año de su vigencia en el Perú. *Laborem*, 62. <https://laborem.sptss.org.pe/index.php/laborem/article/view/62>
- Parlamento del Uruguay. (n.d.). Ficha del asunto 156841: Proyecto de ley. <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/156841>
- Sticco, G., & Villanueva, C. (2022). *La violencia laboral en Argentina en el marco del Convenio 190 de la OIT. Entre el trabajo informal y los desafíos de la implementación*. Friedrich-Ebert-Stiftung GROW FESminismos. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/19762.pdf>
- Sticco, G., & Villanueva, C. (2022). *La violencia laboral en el Perú en el marco del Convenio 190 de la OIT. Entre la incertidumbre política y la baja participación social*. Friedrich-Ebert-Stiftung GROW FESminismos. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/19756.pdf>
- Velázquez, M. P. (2019). El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1244. <https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1244>

LA PRUEBA DEL RIESGO PSICOSOCIAL: HOSTIGAMIENTO SEXUAL

IORELLA PIA PEYRONE VILLACORTA*

Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Especialista en Litigios Laborales, Seguridad y Salud en el Trabajo y Recursos Humanos. Cuenta con experiencia docente. Es Asociada Fundadora de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas. Es Gerente Senior en Ernst & Young Perú (EY).

* Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la PUCP. Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Gerente Senior en EY Perú. Asociada Fundadora de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas. Mi especial agradecimiento a Luisa Castillo Linares por su valiosa perspectiva en la discusión del problema planteado en este trabajo.

I. PREÁMBULO

El objeto del presente trabajo versa sobre el derecho de probar de un riesgo psicosocial, esto es, el hostigamiento sexual de la presunta víctima; en el contexto en el que solo se cuenta con el testimonio de esta para acreditar la conducta ilícita y la persona supuestamente hostigadora impugna el despido, decisión que fue aplicada como sanción disciplinaria por parte del empleador.

Según el Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP¹, el hostigamiento sexual es un riesgo psicosocial que amenaza la dignidad e integridad de las personas en tanto puede generar un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o afectar la actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole de la persona hostigada. Además, se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, este comportamiento además puede configurar una falta grave laboral conforme a lo dispuesto en el literal i) del artículo 25 del TUO del Decreto Legislativo 728 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral², aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, a partir de lo cual se podría justificar el despido de la persona calificada como hostigadora, previo procedimiento disciplinario.

En adición a ello, conforme al artículo 14.2 del Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP³, está regulado que un Comité de intervención frente al

1 “Artículo 6: (...) es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige. Esta conducta puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o afectar la actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole de la víctima, aunque no necesariamente se requiere de dichas consecuencias”

2 “(...) i) El hostigamiento sexual cometido por los representantes del empleador o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como el cometido por un trabajador cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo.”

3 “(...) 14.2 En las instituciones con veinte (20) o más trabajadores/as, estudiantes o personal en general, se garantiza la existencia de un Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual, el cual recibe las quejas o denuncias, dicta medidas de protección, investiga, emite recomendaciones de sanción y otras medidas adicionales para evitar nuevos casos de hostigamiento sexual, o realiza el seguimiento de los casos, según corresponda, de acuerdo a lo previsto en los capítulos específicos para cada ámbito. El Comité está compuesto por representantes de la institución y de los/las tra-

hostigamiento sexual (en adelante, el Comité) se instaure dentro de la organización empleadora para llevar a cabo un primer procedimiento administrativo mediante el cual se realizan las investigaciones sobre la conducta ilegal y se emita una opinión; para que posteriormente, en otro procedimiento administrativo, el empleador pueda valorar dicha investigación y determinar si corresponde sancionar o no a la persona supuestamente hostigadora y se determine el tipo de sanción a aplicar, de ser el caso.

Asimismo, si la persona supuestamente hostigadora es sancionada disciplinariamente por el empleador, ésta podrá impugnar dicha decisión ante el órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto en el artículo II del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo⁴.

En este documento se analiza sobre el derecho a probar, que es un derecho fundamental, específicamente cómo se puede probar la existencia del hostigamiento sexual en un proceso laboral en el que la persona calificada como supuesta hostigadora es sancionada con el despido (la sanción más grave) por su empleador y éste impugna dicha decisión ante el órgano jurisdiccional, alegando que se produjo un despido incausado o fraudulento (Informe sobre la Casación Laboral N° 16940-2017 AREQUIPA, 2021)⁵ y solicitando la reincorporación al puesto de trabajo.

Este trabajo se justifica debido a que, por un lado, es claro que cualquier persona dentro de la jurisdicción del Estado peruano, tiene derecho a probar

bajadores/as, estudiantes o personal en general, en la misma proporción y garantizando la paridad de género.”

4 “Artículo II.- Ámbito de la justicia laboral

Corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa; están excluidas las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo.”

5 La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 27 prevé que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, mediante el cual el Estado busca proteger adecuadamente a cualquier trabajador en el terreno de la extinción de su relación laboral. (...) debido a diversos criterios jurisprudenciales nuestro ordenamiento ha ido retornando a un esquema de estabilidad laboral absoluta, (...) Es así que, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la sentencia emitida en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC (Caso Fetratel vs. Telefónica), (...) señaló que existe la posibilidad de la tutela restitutoria (reposición) si el trabajador acude a la vía constitucional del amparo invocando el despido incausado que en términos de lo regulado por el TUO equivaldría a una modalidad del despido arbitrario. (...) Instaura una nueva categorización, sumando a las ya existentes una tercera denominada “despido fraudulento”, a raíz del EXP. 976- 2001-AA/TC Caso Eusebio Llanos Huasco (...).”

sus declaraciones; no obstante, lo cierto es que en la práctica suelen generarse escenarios en los que aún cuando la persona presente su declaración testimonial sobre la conducta del riesgo psicosocial, al ser la única prueba que existe, la valoración de este testimonio suele ser complejo y controvertido dentro de un proceso ordinario laboral en el que solo participan como partes el ex trabajador sancionado con el despido (supuesta persona hostigadora) y el empleador de éste quien es el empleador de la presunta víctima de este riesgo psicosocial.

En adición a ello, en el proceso laboral se propone, admite, actúa y valora la declaración de la supuesta víctima del hostigamiento sexual como medio de prueba que ha sido generado por una persona que no es parte del proceso (la presunta víctima) para que, posteriormente, se emita una sentencia debidamente motivada sobre la existencia o no de un despido y reposición (pretensión de la parte demandante) derivado de un acto de hostigamiento sexual.

Siendo ello así, resulta importante y necesario analizar sobre el derecho fundamental de probar de la víctima, bajo el escenario antes expuesto, más aún si tenemos en consideración que, la declaración de una persona ante un contexto de este riesgo psicosocial de violencia (hostigamiento sexual) está sujeta a diversos problemas de la memoria y, desde una óptica científica, puede no ser fiable (inexacta), inclusive sin tener la intensión de cometer errores. Aunado a ello, se precisa que la norma que regula el hostigamiento sexual en las relaciones de trabajo no ha contemplado un plazo determinado como límite para que una persona denuncie dicho comportamiento, motivo por el cual, pueden transcurrir incluso años desde la comisión del hecho hasta la fecha de la denuncia, tiempo que puede influenciar negativamente en la fiabilidad de la prueba.

Asimismo, es relevante este trabajo debido a que en nuestro ordenamiento jurídico se prohíbe expresamente la “revictimización” de la persona que fue objeto de hostigamiento sexual; de modo que para algunos operadores de justicia no sería posible que la prueba del testimonio o denuncia de la presunta víctima de este riesgo psicosocial se constate con la declaración oral de dicha persona dentro del proceso laboral, inclusive cuando la víctima tenga la voluntad de acudir.

Finalmente, resulta de especial importancia la problemática planteada en este trabajo considerando que hace mas de dos años el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) fue ratificado por la Resolución Legislativa N° 31415 que aprobó el Convenio sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, en cuyo literal d) del

artículo 9 establece que el país, en la medida que sea razonable y factible, deberá: “d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas en relación con la aplicación de la política mencionada en el apartado a) del presente artículo.”

En atención a lo expuesto, en este trabajo busco plantear algunas iniciativas legislativas que podrían permitir una valoración probatoria que se ajuste a nuestro sistema de jurídico vigente y superar las dificultades antes citadas en aplicación de los principios y garantías previstas en el Convenio 190 de la OIT.

II. LA PRUEBA

1. Consideraciones previas

Es importante recordar que el Perú es un Estado Democrático de Derecho, conforme ha sido reconocido en el artículo 3 de nuestra Constitución, lo cual implica que se respetan los derechos de las personas humanas y que estas a su vez respetan las normas por las que el Estado se rige; más aún si consideramos que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Desde la concepción constitucionalista se concibe que las personas, quienes se encuentran dentro de la jurisdicción del Estado, tienen derecho, entre otros, a la dignidad, al debido proceso y, dentro de este a probar sus alegaciones.

De acuerdo con García, “la condición y calidad de ser una “persona humana” es supra e intangible. La dignidad que se desprende de su ser, es común a todos los miembros de la especie sin excepción alguna. La dignidad no se pierde como derecho, aún a pesar de la acreditación de una conducta personal que derivase en la infracción de los atributos de los otros. Esta acompaña la vida del ser humano, por encima de los comportamientos deleznablez asumidos en la sociedad.” (GARCIA, 2018)

Al respecto, cabe precisar que la persona humana no pierde el derecho ni se minimiza cuando éste se encuentra dentro de una relación laboral. De modo que, se enfatiza la necesidad de respetar y garantizar el derecho de los trabajadores a prestar sus servicios dentro del marco de bienestar y salud, lo

cual incluye la cero tolerancia de cualquier tipo de violencia, como es el caso del hostigamiento sexual.

Así se concluye que el derecho a la dignidad es inalienable incluso cuando la persona se encuentra dentro de un vínculo laboral, conforme ha sido reconocido por el Convenio No. 190 de la Organización Internacional de Trabajo, el cual forma parte de los tratados sobre derechos humanos, en el que se ha previsto que los empleadores tienen la obligación de garantizar espacios saludables y libres de violencia (como aquella derivada del hostigamiento sexual) en el trabajo.

Bajo esa línea argumentativa, desde la concepción constitucionalista, se cuenta con el resguardo y la promoción de la dignidad que impone que el Estado y la sociedad traten a cada ser humano como tal. Así contamos con las reglas preventivas, a través de ellas se encauzan las actividades del Estado y la sociedad en pro de la adopción de medidas a precisar, prever, impedir, evitar y eludir actos y hechos que puedan poner en peligro la defensa o promoción de la dignidad. Dentro de las reglas correctivas que el Estado prevé para garantizar la dignidad de la persona humana, se encauzan las actividades del Estado y de la sociedad en pro de la adopción de medidas destinadas a rectificar, subsanar o sancionar actos y hechos que afecten la defensa o promoción de la dignidad. (GARCIA, 2018).

Así, tenemos que, previamente a la ratificación de la Resolución Legislativa N° 31415 que aprobó el Convenio sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, nuestro sistema jurídico ya había previsto: i) desde una perspectiva preventiva de este tipo de conductas, la regulación de la Resolución Ministerial N° 375- 2008-TR, Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico⁶, Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo⁷, su Reglamento⁸, y ratificado por el Decreto

6 “(...) Factores de riesgo psicosociales (...) 3.7. “aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el bienestar o a la salud (física, psíquica y social) del trabajador, así como al desarrollo del trabajo.”

7 “Artículo 56°. Exposición en zonas de riesgo El empleador prevé que la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores”

8 “Artículo 103°. - De conformidad con el artículo 56 de la Ley, se considera que existe exposición a los riesgos psicosociales cuando se perjudica la salud de los trabajadores, causando estrés y, a largo plazo, una serie de sintomatologías clínicas como enfermedades cardiovasculares, respiratorias, inmunitarias, gastrointestinales, dermatológicas, endocrinológicas, músculo esqueléticas, menta-

Supremo N° 014-2019-MIM, específicamente en su Capítulo I (evaluación y diagnóstico, capacitaciones, difusión de los canales de queja o denuncia) y además, ii) acciones reactivas a este tipo de riesgo psicosocial, la investigación y sanción con el Capítulo II del Decreto Supremo N° 014-2019-MIM, mediante el cual se exige que el empleador realice una serie de acciones ante la denuncia formulada, a fin de que se rectifiquen y se sancionen los actos de hostigamiento sexual, de corresponder.

De modo que, podemos afirmar que la dignidad de la persona humana en el ámbito de trabajo es respetada y se encuentra garantizada por nuestra Constitución, asimismo, se encuentra también refrendada por nuestro ordenamiento jurídico.

Recordemos que de acuerdo al Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP⁹, el hostigamiento sexual es un riesgo psicosocial que amenaza la dignidad e integridad de las personas en tanto puede generar un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o afectar la actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole de la persona hostigada. Además, se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige.

Así, en el caso que una persona considere que ha sido objeto de actos de hostigamiento sexual, tiene el derecho de presentar su denuncia ante el empleador, y como cada alegación debe ser probada dentro del procedimiento de investigación ante el Comité, corresponderá a la supuesta víctima demostrar que dicha conducta se produjo, en ejercicio pleno del derecho fundamental al debido proceso, conforme ha sido reconocido en el literal g) del artículo 4 del Decreto Supremo N° 014-2019-MIM que regula el *“Principio del debido procedimiento: Los/as participantes en los procedimientos iniciados al amparo de la presente norma, gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende, el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho en un plazo razonable y todos*

les, entre otras. La sintomatología clínica debe sustentarse en un certificado médico emitido por centros médicos o profesionales médicos debidamente calificados.”

9 “Artículo 6: (...) es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige. Esta conducta puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o afectar la actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole de la víctima, aunque no necesariamente se requiere de dichas consecuencias”

aquellos atributos derivados de su contenido esencial.” Ello se encuentra acorde con lo indicado por el Tribunal Constitucional peruano, quien ha establecido que el derecho a la prueba forma parte del contenido esencial del derecho constitucional al debido proceso¹⁰.

Morello sostiene que en el derecho de la prueba se brinda una crucial importancia a la garantía de la defensa en juicio y que es incontrastable que la prueba constituye una de las espinas dorsales del derecho procesal. Así en la “búsqueda de la verdad objetiva, que debe recabar al máximo (hasta donde se pueda sin colisionar con otros valores superiores) las cargas de parte y su cooperación funcional para el resultado de la justicia; de ello depende del fin valioso de la jurisdicción. Que no puede quedar conformada negativamente con una producción formalmente impecable pero intrínsecamente divorciada de las circunstancias que tienen que comprobarse en la causa para que el derecho que las rija se acompañe con el norte de la misión judicial, que es hacer justicia (...)” (MORELLO, 1991).

Para analizar el derecho a probar en un escenario en el que no existen más pruebas que el testimonio o declaración de la presunta víctima del riesgo psicosocial, -hostigamiento sexual en el contexto laboral-, ante un proceso laboral en el que la persona presuntamente hostigadora cuestiona el despido y en el que la víctima no forma parte de dicho proceso judicial, la persona supuestamente hostigada no está en el derecho ni en la obligación de probar el acto de hostigamiento sexual, sino más bien será el empleador quien asuma esa responsabilidad en tanto fue este quien concluyó que sí existió tal conducta de parte del extrabajador, la cual generó la citada medida sancionadora.

Bajo ese escenario, somos de la opinión que la presunta víctima de este riesgo psicosocial aun cuando no esté en la obligación de probar el hostigamiento sexual en el proceso laboral antes citado, podría participar en dicho proceso de acuerdo a lo previsto en el artículo 98 del Código Procesal Civil¹¹, de aplicación

10 STC 010-2002-AI/TC. “ (...) 148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú. El derecho a “interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, como se enuncia en el literal “f”, numeral 2), del artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.”

11 “Artículo 98.- Intervención litisconsorcial: Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial

supletoria al proceso laboral, en tanto que, la eventual reposición (reincorporación al puesto de trabajo) de la persona hostigadora generaría un ambiente hostil y degradante a la supuesta víctima, como por ejemplo, temor ante represalias, baja productividad, ser excluida por sus compañeros de trabajo, se estigmatice como mentirosa, conflictiva, se lesionen las relaciones interpersonales con el personal del centro laboral, etc. De tal forma también se garantizaría el respeto de su dignidad sin caer en la revictimización.

Bajo esa línea argumentativa; por ejemplo, la persona hostigada podría autorizar o brindar su consentimiento para que se admita como prueba la pericia psicológica¹². La doctrina sostiene que “todo derecho, todo poder legalmente protegido -como el que ejercen los jueces en sus sentencias examinando y evaluando la prueba practicada-es concedido con vista a una cierta finalidad; el detonador de ese derecho tiene un poder de apreciación con relación a la manera de ejercerlo (en miras de llegar a la certeza o, mejor verdad jurídica objetiva). Empero, ningún derecho se puede ejercer en una forma irrazonable, pues lo que es irrazonable no es derecho” (MORELLO, 1991).

De modo que, la participación de la víctima en el proceso podría contribuir para que el órgano judicial cuente con mayores elementos de prueba para adoptar su decisión sobre la existencia o no de hostigamiento sexual por el que fue sancionado el demandante (persona presuntamente hostigadora y sancionada por el empleador).

2. Perspectiva científica

Dentro de la cultura jurídica aún existe el pensamiento de que el juez tiene la capacidad de advertir si una persona miente o dice la verdad en función a sus actitudes y comportamientos (nerviosismo, tartamudeo, seguridad, mirada, sonrisa, etc.). Lo cual desde la perspectiva científica, esto es, desde la psicología

a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta. Esta intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia.”

- 12 Sentencia emitida en el Expediente N° 15937-2018-0-1801-JR-LA-01 en el que la Séptima Sala Laboral de Lima, concluyó que al no existir ningún consentimiento expreso de la víctima quien no forma parte del proceso, no se permite revisar el resultado del informe psicológico realizado.

del testimonio, no es exacto en tanto lo que se busca es el análisis y la valoración detallada y coherente de la credibilidad¹³ del testimonio.

De modo que, se puede concluir que, desde el punto de vista científico de la memoria de la víctima, al haber estado sometida a una situación de estrés y violencia es posible que esta cometa “errores” en su declaración.

Recordemos que el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que el Juez tiene la obligación de motivar en su sentencia la valoración de la prueba. Además, el máximo intérprete de la Constitución ha reconocido expresamente que, en nuestro ordenamiento jurídico la prueba se rige por el sistema de libre valoración razonada sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado o tarifa legal¹⁴.

Es así que, ante el escenario que analizamos en el que se cuenta con la declaración de la presunta víctima como única prueba del hostigamiento sexual, me inclino a considerar que la regulación actual no permite una valoración racional de la prueba en tanto que los medios procesales no son idóneos para realmente cumplir su función epistémica, ya que como señala Taruffo, será necesario entre otros, que se profundice en el interrogatorio sobre los hechos a fin de evitar las deformaciones que este puede sufrir, estableciendo para ello que las reglas del proceso contemplen el método más adecuado posible para efectuar el interrogatorio y permitir así verificar si el testigo del hostigamiento sexual (la víctima) dice o no la verdad (TARUFFO M. , 2018).

En suma, soy de la opinión que se hace necesario que se establezcan reglas adecuadas y razonables para que se actúe el testimonio o declaración de la supuesta víctima ante el Comité, considerando por ejemplo, los estándares de la psicología del testimonio a fin de garantizar que ante un eventual proceso judicial se cuente con un medio de prueba idóneo y suficiente para acreditar

13 Si la información es confiable también es creíble. No obstante, la credibilidad de la información no siempre garantiza su fiabilidad.

14 STC 1934-2003-HC/TC, fundamento 1: “Con respecto a la afectación del debido proceso por insuficiencia probatoria, este Colegiado considera que, si bien es cierto que el derecho a la prueba constituye un elemento implícito del debido proceso, y la presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a una actividad probatoria suficiente que desvirtúe el estado de inocencia del que goza todo imputado, también lo es que en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de la libre valoración razonada. En virtud de ello es que el juzgador tiene libertad para evaluar los medios probatorios sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado.”

o no la existencia de un acto de hostigamiento sexual y, una eventual sanción como es el caso del despido.

Asimismo, importa recordar que, las normas vigentes no establecen un plazo determinado para la presentación de la denuncia de un acto de hostigamiento sexual en el trabajo, lo cual puede generar que transcurra un largo tiempo (inclusive años) desde la fecha en la que efectivamente se produjo el hecho ilegal hasta que en sede judicial (previos procedimientos de investigación ante el Comité y disciplinario) se valore la declaración de la víctima como prueba del hecho que se cuestiona a fin de determinar su existencia y a partir de ello, la validez del despido (incausado o fraudulento) y su reposición al puesto de trabajo, lo cual podría generar mayores “errores sinceros” de parte de la supuesta víctima.

En tal sentido, planteo como propuesta que el legislador establezca que la declaración de la víctima tendrá un determinado margen de fiabilidad dependiendo de las circunstancias específicas, como es el caso del tiempo transcurrido entre la fecha en la que se produjo el hecho del hostigamiento sexual y la presentación de la denuncia ante el Comité o ante su empleador. Para ello, sugiero que se soporte en la psicología como ciencia competente en dicha materia.

Para tales efectos, sería relevante que se establezca que la declaración tanto de la presunta víctima de hostigamiento sexual como de la supuesta persona hostigadora, incluya un anexo en el que contenga la conclusión sobre la fiabilidad o verosimilitud o no, de la declaración analizada y verificada por una Comisión conformada por profesionales especialistas en psicología (podría ser parte del servicio de seguridad y salud en el trabajo del empleador o uno externo) sin incluir información personal de éstos (garantía del derecho a la intimidad y confidencialidad). Lo cual podría permitir que en un eventual proceso laboral de impugnación del despido, el juzgador cuente con la fiabilidad de la prueba suficiente para emitir la sentencia ajustada al sistema jurídico y a los hechos del caso en estricta aplicación del actual sistema de valoración de la prueba: Libre valoración razonada.

3. La prohibición de la “revictimización”

El Decreto Supremo N° 0014-2019-MIMP, establece en el literal l) del artículo 4, el principio de no revictimización, mediante el cual se prevé que las autoridades y personas involucradas en el proceso de investigación deben adoptar

todas las medidas necesarias en el marco de la Constitución Política del Perú y los Tratados Internacionales para evitar que la víctima de hostigamiento sexual sea revictimizada. Asimismo, el artículo 15 de la misma norma se precisa que: *“La actuación de los medios probatorios no puede exponer a la presunta víctima a situaciones de revictimización, como la declaración reiterativa de los hechos, careos o cuestionamientos a su conducta o su vida personal, confrontaciones con los/las presuntas/os hostigadores/as, entre otros. Los/las miembros de los órganos que intervienen en el procedimiento evitan cualquier acto que, de manera directa o indirecta, disuada a la víctima de presentar una queja o denuncia y de continuar con el procedimiento”*.

El derecho a la no revictimización se expresa en la proscripción definitiva de procedimientos lesivos a la dignidad de la víctima, en cualquiera de sus manifestaciones concretas, por parte de quienes están llamados a brindar de protección y asistencia a las víctimas; es decir, por aquellos llamados a su tutela y reparación (MOSCOSO, 2018). Del mismo modo, se debe tener en cuenta la no revictimización del Estado y de los privados de respetar el proceso de las investigaciones de los hechos del riesgo psicosocial.

De modo que, nos encontramos ante una norma jurídica de naturaleza prohibitiva e imperativa que no permite que la víctima pueda ser llamada como testigo en un proceso laboral como el que analizamos, situación que limita la posibilidad del juzgador de confirmar la declaración de la víctima aplicando el principio de inmediatez reconocido en la Ley Procesal del Trabajo. Siendo ello así, el administrador de justicia se verá obligado a proponer (de oficio), admitir, actuar y valorar medios de prueba que puedan confirmar los hechos relatados por la persona supuestamente hostigada, a fin de emitir una sentencia debidamente motivada, o en su defecto habrá quienes opten por declarar que ante la sola declaración de la víctima no es posible determinar la existencia de un acto de hostigamiento sexual como en la sentencia de primera instancia correspondiente al Expediente N° 8090-2020-0-1801-JR-LA-84:

“5.4.f) Entonces, en atención a todo lo expuesto, la judicatura advierte que al demandante se le despidió por en función a pruebas subjetivas, basadas en dichos y/o declaraciones, sin existir medios probatorios que de manera objetiva acrediten los hechos denunciados, por tanto se advierte que se configura el despido fraudulento, ya que se le ha imputado al demandante hechos que no configuran hostigamiento sexual laboral, en tanto no se ha presentado de modo contundente y objetivo ninguna de las manifestaciones como tal, esto es, promesas de un trato preferente a cambio de favores sexuales, amenazas

contra la víctima exigiendo ciertas conductas, insinuaciones, proposiciones, gestos, exhibiciones con connotación sexual o sexista¹⁵ humillantes contra la víctima, acercamientos, roces, tocamientos de orden sexual, trato ofensivo u hostil por rechazo de la víctima, según lo establecido en el artículo 4 de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual modificado por el D.Leg 14102; por tanto se trataría de hechos inexistentes o imaginarios.” (el énfasis es mío)

Igualmente, encontramos una sentencia en materia penal, específicamente sobre violación sexual en la que la Sala Penal concluye que *“la no revictimización de la agraviada no constituye un principio absoluto y, por tanto, no puede estar por encima del derecho constitucional a la presunción de inocencia; existiendo circunstancias, por tanto, en que resulta necesaria la ampliación de la declaración primigenia o, incluso, el examen de la víctima en juicio oral”*¹⁵.

En oposición al criterio de esta última sentencia, la Séptima Sala Laboral de Lima concluyó que: *“De la declaración de la víctima, puede ser prueba suficiente que permite derribar la presunción de inocencia, más aún si de autos no se advierte que existan relaciones entre la agraviada y el demandante basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza; pues el actor en todo momento ha indicado que todo siempre fue estrictamente laboral, así como de las declaraciones de la propia Sra. [Z] y [X], afirman que observaron a la Srta. [Y] llorando, alterada y nerviosa el mismo día que les cuenta sobre lo sucedido en el taxi [*]; por lo expuesto se concluye que el despido del que ha sido objeto el actor está debidamente justificado (...).”*¹⁶

De lo expuesto, aunado con la problemática descrita previamente, podemos concluir que aun es necesario que se planteen desde el puesto de vista legislativo una metodología adecuada que permita a los juzgadores valorar las declaraciones de las víctimas de hostigamiento sexual, sin cometer arbitrariedades.

En adición a ello, es necesario que se capacite sobre esta problemática a los operadores de la administración de justicia dentro del Estado Democrático de Derecho.

15 Recurso de nulidad N° 3303-2015, LIMA, emitida por la Sala Penal Superior.

16 Expediente N° 15937-2018 emitida por la Séptima Sala Laboral de Lima.

Finalmente, considero que los operadores jurídicos también debiéramos aportar con análisis que contribuyan al acceso de justicia ante los escenarios planteados en este trabajo.

III. CONCLUSIONES

En el marco de un Estado Democrático de Derecho y desde la concepción constitucionalista, dentro de las reglas correctivas que el Estado prevé para garantizar la dignidad de la persona humana, se encauza las actividades del Estado y la sociedad en pro de la adopción de medidas destinadas a rectificar, subsanar o sancionar actos y hechos que afecten la defensa o promoción de la dignidad, lo que se plasma en el procedimiento de investigación y sanción de un acto de hostigamiento sexual, riesgo psicosocial que está regulado en nuestro ordenamiento jurídico-laboral máxime si recientemente se ratificó el Convenio 190 de la OIT.

Cuando una persona supuestamente hostigadora es sancionada por el empleador con el despido y presenta una demanda laboral solicitando la reposición al puesto de trabajo por haber existido un despido incausado o fraudulento, es función del juzgador analizar (admitir y valorar) entre otros, la declaración de la víctima como medio de prueba a fin de emitir en su oportunidad una sentencia acorde a ley.

En los procesos laborales en los cuales se impugna el despido y cuando el único medio de prueba que acreditaría el riesgo psicosocial del hostigamiento sexual es la declaración de la víctima, algunos juzgadores encuentran dificultades al valorar dicho medio de prueba.

Bajo ese escenario, considero que la víctima aun cuando no esté en la obligación de probar el hostigamiento sexual en el proceso laboral antes citado, podría participar en dicho proceso de acuerdo a lo previsto en el artículo 98 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al proceso laboral, en tanto que, la eventual reposición (reincorporación al puesto de trabajo) de la presunta persona hostigadora generaría un ambiente hostil y degradante a la supuesta víctima. De tal forma también se garantizaría el respeto de su dignidad sin caer en la revictimización.

Por lo expuesto, las soluciones que planteo son de orden legislativa, para que se establezca que la declaración de la víctima tendrá un determinado margen

de fiabilidad dependiendo de las circunstancias del caso concreto, considerando, por ejemplo, el tiempo transcurrido entre la fecha del hostigamiento sexual y la presentación de la denuncia ante el Comité o ante su empleador. Para ello, sugiero que se soporte en la psicología como ciencia competente en dicha materia.

Asimismo, que se establezca que la declaración tanto de la presunta víctima de hostigamiento sexual como de la persona hostigadora, incluya un anexo en el que contenga la conclusión sobre la fiabilidad o verosimilitud o no, de la declaración analizada.

Por todo lo expuesto, considero que es necesario que se regule específicamente sobre la actuación y valoración de la prueba de la declaración de la víctima del riesgo psicosocial del hostigamiento sexual a fin de que los juzgadores tengan una hoja de ruta clara para emitir la sentencia que corresponda siendo coherente con nuestro sistema de valoración probatorio y acorde con nuestros principios constitucionales y al Convenio 190 OIT.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro, Luis. Evaluación histórica y dogmática de la concepción formal a la sustancial.
- Bullard, Alfredo. “El árbitro es un animal racional: Apuntes sobre psicología, neurociencia y arbitraje”. *Análisis Psicológico del Derecho*. Themis. 2018. Lima.
- De la Jara, José María y otros. “El Mono vengativo: Evolución biológica, ira y derecho”. *Análisis Psicológico del Derecho*. Themis. 2018. Lima.
- De la Vega, Daniel. Tu palabra no es suficiente: notas sobre la aplicación de la perspectiva de género en el proceso laboral peruano, *Laborem* 27.
- García, Víctor. La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Revista Derecho & Sociedad*, N° 51, Octubre 2018.
- Loftus, Elizabeth; Doyle, James M., y Dysart, Jennifer E. (2013). *Eyewitness testimony*. Civil and Criminal, 5a. ed., San Francisco: Lexis Nexis.
- Luna Salas F. (2019). Técnicas neurocientíficas como medio de prueba pericial. *Revista Prolegómenos*, 22(44), pp. 143-154. <https://doi.org/10.18359/prole.4160>
- Luna Salas, F. (2018). El mito del cientificismo en la valoración de la prueba científica. *JURÍDICAS CUC*, vol. 14, no. 1, pp. 119-144. <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.6>
- Manzanero, A. (2010a). Hitos de la historia de la psicología del testimonio en la escena internacional. *Boletín de Psicología*, No. 100, pp. 89-104. <https://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N100-6.pdf>

- Morello, Augusto. La Prueba tendencias modernas. Editora Platense Abeledo Perrot. La Plata Argentina. 1991.
- Moscoso, R., Correa, J. & Orellana, G. (2018). El derecho constitucional a la no revictimización de las mujeres en el Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 10(4), 60-68. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202018000400060
- Macera, Diana. Tesis de grado. PUCP. Disponible en: MACERA_GUTIÉRREZ_DIANA_LETIZIA.pdf (pucp.edu.pe)
- Ospina, Estela. Convenio 190 OIT: Retos a casi un año de su vigencia en el Perú. Laborem. Disponible en: Convenio 190 OIT: Retos a casi un año de su vigencia en Perú | Laborem (spdtss.org.pe)
- Priori, Giovanni. El Proceso y la tutela de los derechos. Fondo Editorial Pucp.
- Prado, Rafael y Zegarra, Francisco. ¿El juez conoce el Derecho? Algunos aspectos controversiales con relación a la aplicación del principio de iura novit curia en el proceso civil. *Ius et veritas*. Disponible en: Vista de ¿El juez conoce el Derecho? Algunos a efectos controversiales con relación a la aplicación del principio de iura novit curia en el proceso civil (pucp.edu.pe)
- Protocolo de Administración de Justicia con enfoque de género del Poder Judicial. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ccccbf8049bc75a1b28ef69026c349a4/Cartilla+Protocolo+Asministracion+de+Justicia+con+Enfoque+de+Genero+en+el+PJ.pdf?MOD=AJPERES>
- Quiroga, Anibal. Homenaje a Fernando de Tranzegnies Granda. Pp 689.
- Vicente y Caravantes, J. (1856). Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de enjuiciamiento, Madrid: Impr. de Gaspar y Roig editores.

GESTIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL PERÚ: UN ANÁLISIS A SU REGULACIÓN, CONCEPTO Y POSIBLES MEDIDAS

TRINIDAD CASTRO RAMOS

Abogada titulada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
Apoyo en el curso de "Seguridad y Salud en el Trabajo" del Programa
de Segunda Especialidad en Derecho al Trabajo y Seguridad Social de
la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociada en Vinatea
& Toyama.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, los riesgos psicosociales han emergido como una preocupación central para la salud y el bienestar de los trabajadores. Estos riesgos, que abarcan tanto factores de la organización como personales, no solo afectan la salud mental y física de los trabajadores, sino que también impactan negativamente en la productividad y el ambiente laboral. En el Perú, la regulación de estos riesgos no establece claramente la identificación y gestión de los agentes psicosociales en el entorno laboral.

Si bien existen proyectos normativos y metodologías por parte del Ministerio de Salud, persisten desafíos significativos en la implementación efectiva de medidas preventivas. Considerando lo anterior, más la rápida evolución tecnológica y las nuevas formas de trabajo, se cuentan con retos adicionales. En efecto, la digitalización, el empleo precario y la globalización han intensificado problemas como la sobrecarga laboral y, con ello, el aislamiento social, el síndrome de burnout y el tecnoestrés.

En este contexto, es crucial que las empresas adopten medidas para gestionar los riesgos psicosociales. La implementación de programas de bienestar, la promoción de un ambiente laboral positivo y el uso de tecnologías para aliviar la carga laboral son algunas de las estrategias que pueden marcar una diferencia significativa. De igual forma, la negociación colectiva puede desempeñar un rol importante en la creación de políticas específicas que aborden problemas concretos y promuevan un equilibrio saludable entre el trabajo y la vida personal.

Este artículo explora la regulación peruana sobre los riesgos psicosociales, cómo entender esta figura, los desafíos actuales y las posibles opciones que podrían tener las empresas frente a esta figura. A través del análisis de la normativa vigente, las metodologías recomendadas, la disgregación de elementos para entender su concepción y las medidas adoptadas por las empresas en otros países, se busca proporcionar una visión comprensiva y actualizada sobre los riesgos psicosociales.

II. LA REGULACIÓN PERUANA SOBRE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES, PROYECTOS DE LEY Y METODOLOGÍAS RECOMENDADAS

En el Perú, se mencionan los riesgos psicosociales en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley No. 29783 (en adelante, “LSST”), y su Reglamento. En el artículo 56 de la LSST, se señala que el empleador debe asegurarse de que la exposición a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales presentes en el lugar de trabajo no cause daño a la salud de los empleados. También, el artículo 65 de la norma citada dispone que las evaluaciones del plan integral de prevención de riesgos deben considerar los agentes mencionados que puedan afectar la capacidad reproductiva de los trabajadores.

En cuanto al reglamento, se cuenta con una referencia en el literal c) del artículo 33. En concreto, se establece que, el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, “SGSST”) contempla los registros de monitoreo de agentes físicos, químicos, biológicos, psicosociales y factores de riesgo disergonómico. Asimismo, el literal e) del artículo 77 dispone la consideración de los resultados de las evaluaciones de los factores psicosociales en la elaboración o actualización de la identificación de peligros, evaluación de riesgos y determinación de controles (en adelante, “IPERC”).

Por su parte, el artículo 103 de la norma reglamentaria señala que las evaluaciones de los riesgos para la salud comprenden agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales. Lo anterior en el marco de la vigilancia a la salud realizada por el empleador a sus trabajadores. Se señala que los resultados obtenidos y las acciones de mejora propuestas deben ser presentados al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o al Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Sin perjuicio de que la LSST y su reglamento son las únicas disposiciones vinculantes con mención a esta figura, en tanto la Seguridad y Salud en el Trabajo se enfrenta a los nuevos desafíos de la sobrecarga laboral por la globalización, empleo precario y digitalización, el Perú cuenta con una propuesta legislativa. En esta se dispusieron los Proyectos de Ley No. 1735 y No. 2135, a fin de insertar en la LSST la identificación y gestión de riesgos psicosociales (artículo 56-A), las pausas activas (artículo 78-A), y la atención psicológica y capacitación en gestión del estrés laboral (artículo 78-B).

Se resalta el artículo 78-B, en tanto se propone lo siguiente: (i) el empleador deberá asegurar el derecho de los trabajadores a recibir atención psicológica para

preservar su salud mental y afrontar el estrés laboral, (ii) el empleador podrá optar por contratar a un psicólogo para brindar esta atención o proporcionar canales para acceder a servicios de atención, (iii) trabajadores recibirían por lo menos dos jornadas de capacitación anuales. Estas medidas estarían relacionadas con la gestión del estrés laboral, siendo parte del programa anual de capacitación.

A pesar de que el Pleno del Congreso en Perú aprobó la cuestión previa del texto alternativo de los Proyectos de Ley No. 1735 y No. 2135, que buscan modificar la LSST, fueron remitidos a la Comisión de Salud y Población para un examen más detallado. El congresista que solicitó tal evaluación argumentó que el proyecto normativo requería el análisis de la Comisión de Salud y Población en lugar de la Comisión de Trabajo, ya que abordaba temas que competen a un ente técnico diferente.

Ahora bien, existen metodologías recomendadas para la identificación de riesgos psicosociales. Si bien estas no son vinculantes, para efectos de la presente investigación, conviene mencionarlas. Primero, el “Cuestionario para la de Identificación y Evaluación de Riesgos Psicosociales en los Lugares de Trabajo”¹, elaborado por el Ministerio de Salud y aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, “CONSSAT”). Con ello, la evaluación de los riesgos psicosociales se lleva a cabo de manera cuantitativa y en varias etapas.

El cuestionario toma de 15 a 20 minutos en completarse, recomendando la participación total de los trabajadores o un muestreo representativo, y en el cual la confidencialidad de las respuestas es un aspecto crucial. El cuestionario abarca dimensiones como carga de trabajo, desarrollo de competencias, liderazgo, condiciones físicas, autonomía, balance trabajo/familia y soporte social. Con los puntajes obtenidos, se podrá realizar una clasificación del riesgo en “bajo”, “medio” y “alto”, facilitando la intervención efectiva por parte de profesionales de salud laboral.

Segundo, la “Metodología peruana para la identificación y evaluación de los riesgos psicosociales laborales”², versión del Cuestionario Psicosocial de

1 Publicado por medio de “Informes y publicaciones” de la página del Ministerio de Salud (enlace: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/informes-publicaciones/5650129-cuestionario-de-identificacion-y-evaluacion-de-riesgos-psicosociales-en-los-lugares-de-trabajo>).

2 Publicado por medio de “Salud Ocupacional” de la página del Ministerio de Salud (enlace: <https://www.gob.pe/54514-censopas-copsoq-metodologia-peruana-para-la-identificacion-y-evaluacion-de-los-riesgos-psicosociales-laborales>).

Copenhague (por sus siglas en inglés, “COPSOQ”) adaptada por el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (en adelante, “CENSOPAS”). Se trata de una plataforma de libre acceso que permite observar la evolución de los riesgos psicosociales laborales en el país desde diciembre de 2022 en adelante.

Para su aplicación, es necesario aprobar un curso que otorga el permiso para utilizar tanto la metodología como la plataforma web asociada. Esta segunda metodología cuenta con dos (2) versiones: una breve para empresas con menos de 25 trabajadores y otra para empresas con 25 o más trabajadores. El nivel de riesgo se determina subiendo las encuestas a la plataforma web, dado que las fórmulas para calcular los niveles de riesgo no han sido divulgadas.

Ambas metodologías tienen ventajas, pero es fundamental que cada empresa, junto con su profesional de Seguridad y Salud en el Trabajo, elija la metodología más adecuada a su situación. Sin perjuicio de cuestionar la falta de norma vinculante respecto a este punto, se sugiere tomar en cuenta la validación de la metodología, el cálculo del nivel de riesgo y la existencia de un manual de uso para su correcta aplicación e intervención.

Sin duda, existe dificultad para legislar en función de las tendencias tecnológicas, dado que estas avanzan a un ritmo más rápido, lo que hace que sea un desafío desarrollar marcos legales efectivos para abordar los riesgos psicosociales (Correa y Quintero, 2020, p. 99). En el caso peruano, si bien puede haber disposiciones vinculantes (principalmente, la LSST y su reglamento), no se cuenta con un mayor desarrollo sobre las obligaciones específicas del empleador para su mitigación.

III. ¿CÓMO DEFINIR LOS RIESGOS PSICOSOCIALES?

1. Punto de partida: “Factores de la Organización y “Factores Personales”

El impacto de los riesgos psicosociales en el ámbito laboral no es un concepto novedoso, pero sí constituye una de las áreas con mayor potencial de desarrollo dentro de disciplinas como la Seguridad y Salud en el Trabajo, así como el derecho laboral. Este avance constante en el ámbito regulador y de la investigación ha llevado a un análisis más profundo de las intervenciones que pueden influir tanto en la salud y bienestar de los trabajadores como en la manera en que entendemos el trabajo (Correa y Quintero, 2020, 97).

Ante ello, se resalta que la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “OIT”) y la Organización Mundial de la Salud (en adelante, “OMS”) han conceptualizado los “Factores Psicosociales”. Según estas entidades, esta figura se basa en dos (2) tipos de factores. Por un lado, los “Factores de la Organización”, los cuales refieren a las interacciones que ocurren entre el trabajo, el entorno laboral, la satisfacción en el trabajo y las condiciones organizacionales. Por el otro lado, los “Factores Personales”, los cuales aluden a las capacidades, necesidades, cultura y situación personal de los trabajadores fuera del entorno laboral (González, 2008).

En esa línea, de acuerdo con González, entre los “Factores de la Organización”, se cuentan con las siguientes siete (7) variables: la carga mental, el control en la toma de decisiones, el contenido del trabajo, la supervisión-participación, la definición de rol, el interés por el trabajador y las relaciones personales (2008). Según Coral, entre los “Factores Personales” se encuentran seis (6) variables, tales como la personalidad, la edad, la motivación, la formación, la actitud y la aptitud (2014, p. 20-21).

En primer lugar, los “Factores de la Organización” están relacionados con la manera en que se estructura y gestiona el trabajo dentro de una organización. Al respecto, la OIT reafirma la premisa de que estos factores conforman los “Factores Psicosociales” al señalar que las interacciones entre el trabajo, su medio ambiente y las condiciones de la organización son parte de su definición (Aldrete et al, 2016, p. 9). A continuación, en línea de lo señalado por los autores citados, se expone el siguiente cuadro con las variables, una breve explicación y una posible incidencia.

Factores de la Organización		
Variable	Explicación	Incidencia
Carga mental	Esfuerzo cognitivo para cumplir con las tareas laborales. Esto incluye la cantidad de información que debe procesar, la complejidad de las tareas y el tiempo disponible para realizarlas.	Estrés, fatiga y errores en el trabajo, mientras que una carga mental adecuada puede mejorar la eficiencia y la satisfacción laboral.
Control en la toma de decisiones	Grado de autonomía que tiene un trabajador para tomar decisiones relacionadas con su trabajo. Esto incluye la capacidad de influir en cómo se realizan las tareas y en los métodos utilizados.	Un mayor control en la toma de decisiones puede aumentar la motivación y el compromiso del trabajador, mientras que una falta de control puede generar frustración y desmotivación.

Factores de la Organización		
Variable	Explicación	Incidencia
Contenido del trabajo	Características intrínsecas de las tareas laborales, como la variedad, la significancia, la identidad de la tarea y la retroalimentación	Puede aumentar la satisfacción laboral y el sentido de logro, mientras que un contenido monótono o poco significativo puede llevar al aburrimiento y desinterés.
Supervisión – Participación	Abarca la calidad de la supervisión y el grado de participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa. Incluye aspectos como el apoyo del supervisor, la claridad en las instrucciones y la oportunidad de participar en reuniones y decisiones.	Una buena supervisión y una alta participación pueden mejorar la moral y el rendimiento del trabajador, mientras que una supervisión deficiente y una baja participación pueden generar insatisfacción y conflictos.
Definición de rol	Claridad con la que se definen las responsabilidades y expectativas del trabajador dentro de la organización. Incluye la comprensión de las tareas, los objetivos y las relaciones jerárquicas.	Una definición clara del rol puede reducir la ambigüedad y el estrés, mientras que una definición poco clara puede llevar a confusión, conflictos y baja productividad.
Interés por el trabajador	Este factor mide el grado en que la organización muestra preocupación por el bienestar físico y emocional de sus empleados. Incluye políticas de salud y seguridad, programas de bienestar y apoyo emocional.	Un alto interés por el trabajador puede mejorar la lealtad y el compromiso, mientras que una falta de interés puede resultar en alta rotación y baja moral.
Relaciones personales	Calidad de las interacciones entre los trabajadores, incluyendo aspectos como el compañerismo, el apoyo mutuo y la comunicación efectiva.	Buenas relaciones personales pueden fomentar un ambiente laboral positivo y colaborativo, mientras que relaciones conflictivas pueden generar estrés y afectar negativamente el clima laboral.

En segundo lugar, los “Factores Personales”, punto más relacionado con la psicología del ser humano, versará en el estudio del trabajador y ya no del entorno de trabajo. Estos son características individuales que pueden influir en la manera en que una persona percibe y responde a su entorno social y, por tanto, laboral (Coral, 2014, p. 20). Para un mayor detalle, al igual que con los otros factores, se expone el siguiente cuadro con las variables, una breve explicación y una posible incidencia.

Factores Personales		
Variable	Explicación	Incidencia
Personalidad	Para estos efectos, conjunto de características psicológicas que determinan los patrones de pensamiento, sentimiento y comportamiento de un individuo. La personalidad trasciende en cómo una persona interactúa con el mundo y cómo se percibe a sí misma y a los demás.	Con relación al desempeño individual, los niveles de responsabilidad, extroversión, apertura a la experiencia. Desde la dinámica del equipo, la compatibilidad entre los miembros, los conflictos y el liderazgo. Respecto a la satisfacción laboral, el ajuste de la persona-puesto, el ambiente de trabajo, la adaptabilidad y la proactividad.
Edad	La edad puede influir en diversos factores de manera tanto positiva como negativa. Por ejemplo, una persona mayor puede tener más experiencia, lo que le permite enfrentar situaciones con mayor facilidad. Sin embargo, la disminución de la capacidad física puede ser un obstáculo para realizar actividades que requieren esfuerzo físico.	Mayor experiencia y sabiduría, mejor toma de decisiones basada en experiencias pasadas. En contraste, también se contaría con reducción de la capacidad física y posible resistencia al cambio o nuevas tecnologías.
Motivación	Fuerza que impulsa a una persona a realizar una acción específica para alcanzar un objetivo determinado, basado en una necesidad identificada.	Ante una alta Motivación, se mejora el rendimiento, aumenta la productividad y fomenta la creatividad e innovación. La baja motivación puede llevar a la procrastinación, baja productividad y desinterés en las tareas asignadas.
Formación	Incluye las capacidades, conocimientos y experiencias adquiridas que los trabajadores pueden utilizar para asegurarse de que las demandas de su puesto no superen sus habilidades.	Mejora la competencia laboral, facilita la resolución de problemas y aumenta la eficiencia. La falta de formación puede resultar en errores, baja calidad del trabajo y falta de confianza en la ejecución de tareas.
Actitud	Forma en que una persona reacciona ante una situación específica. Está formada por los valores, experiencias y vivencias de la persona, que influyen en su manera de responder.	Fomenta un ambiente de trabajo saludable, mejora las relaciones interpersonales y aumenta la resiliencia ante desafíos. En contraste, puede generar conflictos, reducir la moral del equipo y afectar negativamente el clima laboral
Aptitud	Conjunto de cualidades innatas que se desarrollan y evolucionan con la experiencia y el aprendizaje, permitiendo a una persona realizar una actividad física o mental con mayor o menor eficacia.	Mejora el desempeño en tareas específicas, facilita el aprendizaje de nuevas habilidades y aumenta la confianza en las propias capacidades. En contraste, una baja aptitud puede limitar el rendimiento y el aprendizaje, y generar inseguridad en la ejecución de tareas.

Por lo expuesto, los “Factores Psicosociales” serán un punto de encuentro de los dos (2) anteriores factores en mención, siendo pasibles de interacciones que pueden afectar la salud, el desempeño y la satisfacción en el trabajo. Precisamente, la probabilidad de que suceda esta afectación resulta ser la razón de ser de los riesgos psicosociales (materia de investigación). Habiendo interiorizado los “Factores de la Organización” y los “Factores Personales”, corresponde explicar los “Factores psicosociales”.

2. “Factores Psicosociales” y “Riesgos Psicosociales”

Antes de referirnos al tema del presente ítem, se debe tener clara la diferencia entre riesgo y peligro. Según la definición de peligro del glosario de términos del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley No. 29783, Decreto Supremo No. 005-2012-TR (en adelante, “RLSST”), este es la característica o condición inherente de algo que puede causar daño. Por ejemplo, una fuente o situación con el potencial de causar efectos adversos sería un producto químico tóxico o un trabajo en las alturas.

De igual manera, la misma regulación establece que se deberá entender por riesgo la probabilidad de que un peligro se manifieste bajo ciertas circunstancias y cause daños a las personas, al equipo o al medio ambiente. Es decir, el riesgo es la probabilidad de que el peligro cause daño en una situación específica. Por ejemplo, el riesgo de envenenamiento por un producto químico tóxico o el riesgo a caídas por el trabajo en las alturas.

Teniendo en cuenta lo anterior, existen diferencias entre los “Factores Psicosociales” y los “Riesgos Psicosociales”. Aunque el contraste entre estos no es siempre evidente, lo primero es descriptivo y lo segundo suele relacionarse a situaciones que presentan una alta probabilidad de afectar gravemente la salud física, social o mental de los trabajadores. Por ejemplo, la violencia y agresión en el trabajo, el acoso tanto laboral como sexual, el estrés crónico en el ámbito laboral, el síndrome de burnout o agotamiento profesional, y la inseguridad contractual (Moreno, 2011, p. 8).

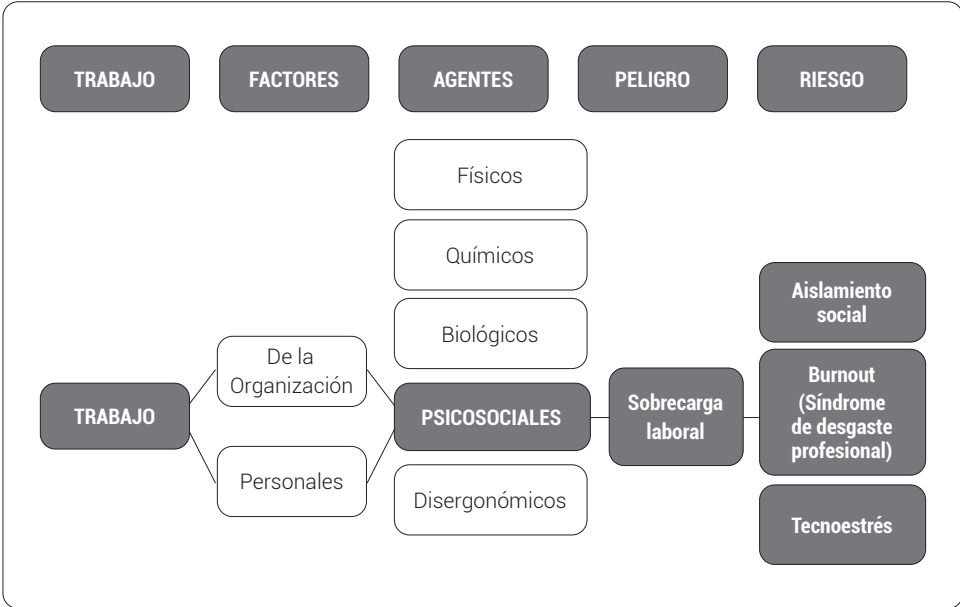
En ese orden de ideas, la OIT define los riesgos psicosociales como las interacciones que se producen entre el entorno laboral, el contenido del trabajo, las condiciones organizativas y las capacidades, necesidades, cultura y factores personales de los trabajadores (Correa y Quintero, 2020, p. 96). Sin embargo,

por su concepción genérica, enfatizamos la definición que brinda la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, “EU-OSHA”), la cual atiende el marco de la era digital.

Este se define como cualquier riesgo laboral que es nuevo o ha aumentado con el tiempo. Además, este riesgo puede ser causado por nuevos procesos, tecnologías, tipos de lugares de trabajo o cambios en el ámbito organizacional o social. Además, un riesgo existente se puede tomar en cuenta como nuevo, debido a los cambios en la percepción pública o social (EU-OSHA, 2010). Por ejemplo, el estrés o el acoso, o los nuevos conocimientos científicos que permiten clasificar un problema previamente identificado como un riesgo.

Así, la definición de la EU-OSHA resulta ser, para efectos del presente artículo, la más enfocada. Los nuevos retos de la era digital (entre estas, la intensidad laboral, los niveles de estrés y la falta de gestión de la conciliación entre la vida personal y profesional) se ven intensificadas por la globalización, el empleo precario y la digitalización. En esa línea, la prevención de riesgos psicosociales resulta fundamental para garantizar la seguridad, salud y bienestar de los trabajadores, siempre y cuando atienda este dinamismo constante por el avance tecnológico y la automatización de tareas.

Caso contrario, se podría exponer más a los trabajadores a los riesgos psicosociales, tales como el aislamiento social, síndrome de desgaste profesional (burnout) y tecnoestrés, derivados de la sobrecarga laboral como peligro. Precisamente, estas afectaciones delimitadas serán las que se desarrollarán en el siguiente acápite del artículo. Para una comprensión más profunda del desglose de terminologías, a continuación, se expone el siguiente esquema con la ubicación de las figuras estudiadas.



Nota. Elaboración propia.

En síntesis, se destaca la importancia de distinguir entre “Factores Psicosociales” (punto de encuentro de los “Factores de la organización” y los “Factores Personales”) y los “Riesgos Psicosociales”. Es importante resaltar que estos últimos se refieren a situaciones con alta probabilidad de afectar gravemente la salud de los trabajadores. La prevención de estos riesgos es esencial para garantizar la seguridad y bienestar de los trabajadores, adaptándose continuamente a los avances tecnológicos y cambios organizacionales.

IV. AISLAMIENTO SOCIAL, BURNOUT Y TECNOESTRÉS COMO EFECTOS DE LA SOBRECARGA LABORAL

Según Raffo y otros autores, un informe de la OIT y la OMS, basado en numerosos estudios, identifica una serie de factores psicosociales presentes en el entorno laboral que pueden tener efectos negativos sobre la salud. Entre estos factores se encuentran: el mal uso de habilidades, la sobrecarga laboral, la falta de control, conflictos de autoridad, desigualdades salariales, inseguridad en el empleo, problemas en las relaciones laborales, trabajo por turnos y la exposición a peligros físicos (2013, p. 75).

Entre estas múltiples situaciones con potencial afectación a la salud de los trabajadores, se elegirá el relativo a la sobrecarga laboral. En efecto, por las pro-

fundas transformaciones económicas, tecnológicas, sociales y demográficas, se ha generado un aumento de servicios más especializado y, por tanto, con mayor demanda de tiempo. Como resultado de estas transformaciones, se cuenta con la sobrecarga laboral: situación en la que una persona tiene más trabajo del que puede manejar adecuadamente en el tiempo disponible (Domínguez-Rodríguez et al, 2017).

Ahora bien, considerando la sobrecarga laboral como un peligro latente -más aún por la era digital actual-, esta puede desencadenar o agravar el aislamiento social, el burnout (síndrome de desgaste profesional) y el tecnoestrés. Todos estos factores están interrelacionados y se influyen mutuamente, creando un ciclo que puede ser difícil de romper sin intervención y apoyo adecuados. Para un mayor análisis, a continuación, disgregamos cada una de estas posibles afectaciones.

El aislamiento social, agravado por la pandemia y, actualmente, por el teletrabajo, se entiende como la sensación de soledad y desconexión que experimentan los trabajadores al no interactuar con otras personas del entorno laboral. En palabras de Igartua, esta figura puede tener un impacto considerable en la salud mental, ya que el ser humano necesita la compañía de otros para su desarrollo. Inclusive, fuera del contexto laboral (2021, p. 186). Si bien las consecuencias del aislamiento no se pueden medir con estándares objetivos y precisos, se puede afirmar que esta figura requiere la implementación de métodos específicos para su evaluación y control.

También, el burnout o síndrome de desgaste profesional hace referencia a actitudes negativas hacia el trabajo y las personas relacionadas con él, tales como pesimismo, apatía, falta de motivación, baja implicación laboral, irritabilidad hacia los destinatarios del trabajo, y una preocupación excesiva por el confort y bienestar laboral. Además, el burnout es un síndrome tridimensional que afecta a profesionales en contacto con otras personas, en las siguientes dimensiones: agotamiento emocional, despersonalización y falta de realización personal (Rivera et al, 2019).

Como última afectación, se cuenta con el tecnoestrés. De acuerdo con Agra, esta es una figura con concepto de amplio alcance y características imprecisas. Por lo tanto, todas sus facetas deben ser consideradas en la gestión preventiva (2018, p. 170). Tomando en cuenta ello, el tecnoestrés será una enfermedad

de adaptación provocada por la incapacidad para manejar de manera saludable las nuevas tecnologías informáticas (Igartua, 2021, p. 184).

Esta figura es causada por la falta de conexión, problemas con la red o con aplicaciones y programas, el temor a estar desinformado o desconectado, la infoxicación y situaciones similares. En el contexto específico que estamos tratando, los mayores riesgos estarán asociados con la conexión continua o el uso excesivo e indiscriminado de las nuevas tecnologías. A criterio de la investigación, se considera que esta afectación puede desarrollarse más en trabajadores con mayor edad, quienes probablemente no estén familiarizados con el uso de las tecnologías de la información.

Sin perjuicio de lo señalado, se debe destacar también que, algunas organizaciones ya están aprovechando estos avances tecnológicos para aliviar la sobrecarga laboral y, con ello, disminuir sus afectaciones (Correa y Quintero, 2020, p. 108). Por ejemplo, la implementación de inteligencia artificial para apoyar a los empleados en situaciones mecánicas que puede mejorar su desempeño y eficiencia, la creación de programas de recreación e interacción humana, entre otras medidas que se detallarán en el siguiente apartado.

V. ALGUNAS OPCIONES PARA ABORDAR LOS RIESGOS PSICOSOCIALES POR PARTE DE LAS EMPRESAS

La manera en la que los riesgos psicosociales son gestionados a nivel empresarial, de forma directa o indirecta, revela que no están adecuadamente cubiertos por los mecanismos y políticas vigentes (Correa y Quintero, 2020, p. 101). En efecto, mientras más tiempo pase, más difícil será adaptar la normativa para abordar las deficiencias en la regulación de esta área. Por lo tanto, es necesario una estrategia más coordinada, ya que la regulación por sí sola no parece ser un enfoque lo suficientemente efectivo.

Tomando en cuenta el peligro y los riesgos psicosociales específicos del ítem anterior, para abordar la sobrecarga laboral, se pueden implementar medidas como la mejora de la gestión del tiempo, delegar responsabilidades y tareas a otros empleados, establecer límites en el uso del teléfono, y entrenar técnicas de resolución de problemas (Domínguez-Rodríguez et al, 2017). De igual manera, se pueden implementar programas en los reglamentos internos de trabajo para garantizar que los trabajadores no enfrenten riesgos psicosociales (Sáenz y Terán, 2022).

No obstante, de cara a un país con diferentes realidades, se considera pertinente que se tomen medidas por medio de la negociación colectiva. Si bien existe un marco legislativo general, resulta crucial la creación de regulaciones específicas o adaptadas a la prestación de servicios que aborden problemas concretos. Así, la negociación colectiva puede servir para establecer políticas para la gestión del equilibrio entre el trabajo y la vida personal, la programación de capacitaciones para el uso de tecnologías, el uso de la inteligencia artificial para facilitar tareas, entre otras medidas (De Stefano, 2019).

Ello sin menoscabo de que el empleador, por su propia cuenta, adopte medidas específicas para asegurar el cumplimiento de un horario de trabajo, que incluyan la obligación de abstención y, si es necesario, la implementación de bloqueos automáticos (Igartua, 2021, p. 194). Además, se pueden utilizar sistemas para el cumplimiento de horarios eficientes o de resultados, adaptados a las características del sector o la empresa, así como a las nuevas modalidades de trabajo. Sin embargo, por la generación de nuevas funciones -cada vez, más especializadas-, es probable que estas medidas no sean suficientes.

Es esencial, entonces, una estrategia coordinada que complemente la regulación con medidas prácticas, como la mejora en la gestión del tiempo y la delegación de tareas. La negociación colectiva puede ser clave para crear regulaciones específicas que aborden problemas concretos, como el equilibrio entre trabajo y vida personal, y el uso de tecnologías. Ello sin perjuicio de que, los empleadores adopten medidas específicas para evitar la sobrecarga laboral y prevenir riesgos psicosociales.

VI. CONCLUSIONES

En mérito de los ítems desarrollados, se llegaron a los siguientes hallazgos:

- La normativa vigente en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo menciona la necesidad de evaluar y gestionar los riesgos psicosociales en el lugar de trabajo. Sin embargo, ello no es suficiente para su prevención, lo que ha llevado a la propuesta de modificaciones a la LSST para la identificación y gestión de riesgos psicosociales, y atención psicológica.
- El Ministerio de Salud cuenta con dos (2) metodologías para la identificación y evaluación de riesgos psicosociales: el “Cuestionario para la Identificación y Evaluación de Riesgos Psicosociales en los Lu-

gares de Trabajo” y la “Metodología peruana para la identificación y evaluación de los riesgos psicosociales laborales”. Ambas ofrecen herramientas cuantitativas y cualitativas; sin embargo, ninguna es vinculante y, por tanto, no podría ser materia de fiscalización.

- Para entender los riesgos psicosociales, se debe considerar que los factores psicosociales se dividen en “Factores de la Organización” y “Factores Personales”. Los primeros incluyen variables como la carga mental, el control en la toma de decisiones y las relaciones personales, mientras que los segundos abarcan la personalidad, la edad y la motivación. Con ello, los riesgos psicosociales se refieren a situaciones con probabilidad de afectar gravemente la salud de los trabajadores.
- La prevención de riesgos psicosociales es esencial para garantizar la seguridad y bienestar de los trabajadores, especialmente en un contexto de constante avance tecnológico y cambios organizacionales. La identificación y gestión adecuada de estos riesgos pueden mitigar efectos negativos como el aislamiento social, el burnout y el tecnoestrés. Adaptarse a las nuevas realidades laborales, mediante metodologías validadas y estrategias coordinadas, es fundamental para enfrentar los desafíos que presentan los factores psicosociales en el entorno laboral moderno.
- Finalmente, entre las medidas para adaptarse a tales retos, se encuentra que las empresas gestionen los riesgos psicosociales, a través de la mejora de la gestión del tiempo, delegar responsabilidades, y establecer límites en el uso de medios tecnológicos. A su vez, la negociación colectiva puede ser clave para crear regulaciones específicas que aborden problemas concretos, como el equilibrio entre trabajo y vida personal y el uso de tecnologías.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agra Viforcós, B. (2018), “Riesgos laborales en la industria y el trabajo 4.0”, en García Novoa, César; Santiago Iglesias, Diana (Dtores.), *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Navarra, 609-631.
- Aldrete Rodríguez, M. et al. (2016). Factores psicosociales y estrés en personal de enfermería de un hospital público de tercer nivel de atención. *Revista de Salud Pública y Nutrición*. 15 (3), 8-15.

- Andrés Pueyo, A. (2008). La personalidad. Barcelona, Editorial UOC. ISBN 9788497887328
- Coral Alegre, M. (2014). Análisis, evaluación y propuesta de controles de riesgos ergonómicos y psicosociales en una empresa de reparación de motores eléctricos. [Tesis para optar el título de Ingenio Industrial, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, M. G. (2020). Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10). Universidad Carlos III de Madrid, 95-109.
- De Stefano, V. (2019) “Negotiating the Algorithm”: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection.
- Domínguez-Rodríguez, I., Prieto-Cabras, V. y Barraca-Mairal, J. (2017). Un estudio de caso de trastorno adaptativo con ansiedad por situación de sobrecarga laboral. *Clínica y Salud*, 28(3), 139-146. <https://dx.doi.org/10.1016/j.clysa.2017.05.003>
- González Maestre, D. (2008). Ergonomía y psicología. Quinta edición. Madrid: Fundación Confemetal.
- Igartua Miró, M. (2021). Teletrabajo y riesgos psicosociales: La imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 3, 175-212.
- Moreno Jiménez, B. (2011). Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 57(Supl. 1), 4-19. <https://dx.doi.org/10.4321/S0465-546X2011000500002>
- Raffo Lecca, E., Ráez Guevara, L. y Cachay Boza, O. (2013). Producción y gestión de riesgos psicosociales. *Revista de la Facultad de Ingeniería Industrial*, 16(2), 70-79.
- Rivera Guerrero, Á., Ortiz Zambrano, R., Miranda Torres, M. y Navarrete Freire, P. (2019). Factores de riesgo asociados al síndrome de desgaste profesional (Burnout). *Revista Digital De Postgrado*, 8(2): e163.
- Sáenz Segovia, M. y Terán Pintado, A. (2022). Cómo se relaciona la sobrecarga laboral, con la aparición de síntomas músculo esqueléticos en trabajadores de la construcción durante el periodo setiembre – noviembre 2022. [Tesis de maestría en Seguridad y Salud Ocupacional de la Universidad Central del Ecuador].

PROPUESTAS PARA IMPLEMENTAR LA POLÍTICA RELATIVA A LA VIOLENCIA Y EL ACOSO LABORAL: A PROPÓSITO DE LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9 DEL CONVENIO N.º 190 DE LA OIT

WILLIAM QUISPE LOVATON

Abogado por la Universidad Andina del Cusco. Magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Senior de consultoría laboral en Ernst & Young - EY Perú. Docente de las asignaturas de derecho individual del trabajo y derecho colectivo del trabajo en la Universidad Continental, sede Cusco.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo a información estadística publicada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) al término de los años 2022 y 2023 se registraron 1032 y 1464 casos de hostigamiento sexual a nivel nacional, respectivamente. Estos datos permiten identificar un incremento significativo en la cantidad de denuncias de hostigamiento sexual registradas durante los dos (02) últimos años.

Si bien estas cifras reflejan la necesidad de seguir garantizando las medidas de prevención y sanción del hostigamiento sexual que regula la Ley No. 27942 y su reglamento, advertimos que existen otras manifestaciones de violencia y acoso en el trabajo (distintas al hostigamiento sexual) frente a las cuales también se deben adoptar medidas de prevención.

Este hecho adquiere relevancia si se considera que a partir del 8 de junio del 2023 se encuentra en vigor en nuestro país el Convenio No. 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, norma que define estas conductas de manera amplia y además enfatiza los daños a nivel físico, psicológico, sexual o económico causadas por ellas.

Destacamos la importancia de esta norma internacional toda vez que establece obligaciones específicas para prevenir la violencia y acoso laboral, las cuales deben ser observadas no solo por los países que ratificaron este convenio sino también por los empleadores, al ser encargados directos de la gestión de seguridad y salud en el trabajo.

En efecto, el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT exige el deber de implementar medidas legislativas a través de las cuales se exija a los empleadores adoptar y aplicar una política relativa a la violencia y el acoso laboral en consulta con los trabajadores y sus representantes, lo cual nos invita a verificar el cumplimiento de esta obligación a nivel regional y nacional.

A nivel regional identificamos que Chile es el país que tiene mayores avances frente a la implementación de esta obligación, tal es así que a partir del 1 de agosto del 2024 entró en vigencia la Ley No. 21.643 conocida como “Ley Karin” la cual honra a una funcionaria pública del sector salud quien lamentablemente se suicidó el año 2019 por conductas constantes de acoso laboral que sufría en su centro de trabajo.

Se debe tener en cuenta que mediante la “Ley Karin” se busca garantizar espacios laborales seguros y libres de acoso; para lo cual, entre otras medidas se estableció la obligación que tienen los empleadores de implementar políticas y prácticas orientadas a la prevención de riesgos psicosociales, así como la promoción de la salud mental y el bienestar de los trabajadores.

De otro lado, identificamos que a nivel nacional no existe una norma mediante la cual se exija a los empleadores adoptar y aplicar una política relativa a la violencia y el acoso de acuerdo a los estándares exigidos por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT. No obstante, en la medida que este ya se encuentra en vigor, es necesario adoptar medidas que garanticen el cumplimiento de esa obligación.

Por tanto, a través del presente artículo identificaremos el alcance de las conductas de violencia y acoso laboral que busca erradicar esta norma internacional. A partir de ello, analizaremos en qué consiste la obligación de adoptar y aplicar la política relativa a la violencia y el acoso laboral de acuerdo al artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT, y el contenido que se debería observar para su implementación.

Adicionalmente, identificaremos las principales modificaciones que se deberían realizar sobre nuestra legislación nacional para que se adecue a los estándares establecidos por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT. Finalmente, formularemos tres (03) propuestas para que los empleadores puedan implementar una política relativa a la violencia y el acoso laboral.

II. LAS CONDUCTAS DE VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL DE ACUERDO AL CONVENIO N.º 190 DE LA OIT

Conforme se mencionó en la introducción de este artículo, uno de los aspectos más relevantes del Convenio No. 190 de la OIT es la definición de los términos “violencia y acoso” en el contexto de las relaciones laborales. En

efecto, a través de esta norma se estableció que ambos términos corresponden a una sola expresión, la cual se emplea para designar a:

Un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género (Artículo 1, literal a).

A fin de comprender que comportamientos califican como violencia y acoso es oportuno disgregar los elementos de esta definición. En primer lugar, advertimos que de acuerdo al Informe V (2) de la Conferencia Internacional del Trabajo No. 107 de la OIT sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo ambos términos comprenden “comportamientos y prácticas inaceptables, o amenazas de tales comportamientos y prácticas” (2018, p. 106).

Si bien el convenio no precisa de manera específica qué comportamientos o prácticas se consideran no admitidos o inaceptables, para su comprensión es relevante tener en cuenta la opinión de Mangarelli para quien los comportamientos inaceptables son aquellos que potencialmente “lesionan bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, como la dignidad de la persona” (2021, p. 250).

En segundo lugar, se establece que la violencia y acoso en el mundo del trabajo comprende comportamientos que pueden manifestarse “una sola vez o de manera repetida” definición que resulta adecuada ya que nos permite interpretar que la reincidencia de la conducta no es relevante para calificar un acto de violencia y acoso laboral.

En tercer lugar, se establece que la violencia y acoso en el mundo del trabajo comprende comportamientos que “tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género” lo cual nos permite comprender que el convenio flexibiliza el elemento de resultado.

En efecto, a partir de dicha precisión se advierte que para la configuración de la violencia y acoso laboral no se exige la materialización de daño concreto en la integridad física, psicológica, sexual o económica de la víctima, sino únicamente el riesgo potencial y relevante de que ese daño eventualmente pueda materializarse.

Adicionalmente, identificamos que el Convenio No. 190 de la OIT también regula una definición específica de la violencia y acoso por razón de género, precisando que estas configuran conductas dirigidas “contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual” (Artículo 1, literal b).

En atención a estas precisiones, se advierte que esta norma internacional establece una definición amplia de las conductas de violencia y acoso laboral; por lo que, su configuración no se limita a las conductas de hostigamiento sexual (actualmente definidas por la legislación laboral) sino que abarca diversas formas de violencia y acoso, tales como el acoso moral (mobbing) o el ciberacoso laboral, entre otros.

Ahora bien, pese a que el Convenio No. 190 de la OIT regula una definición expresa de violencia y acoso laboral, se debe tener en cuenta que el artículo 7 de esta norma establece que los países que lo ratificaron tienen el deber de adoptar una ley específica mediante la cual se defina y prohíba estas conductas, incluida violencia y acoso laboral por razón de género.

Para tal efecto, esta norma internacional precisa que “la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados” (Artículo 1, numeral 2). En el caso de Chile, identificamos que se optó por esta última alternativa, tal es así que la “Ley Karin” establece una definición diferenciada para referirse al acoso sexual, el acoso laboral y la violencia en el trabajo.

A diferencia de ello, analizando el caso peruano advertimos que en la actualidad no existe una norma jurídica interna mediante la cual se defina y prohíba expresamente las conductas violencia y acoso laboral en sentido general, opinión que es ratificada por Molero, quien afirma lo siguiente:

Actualmente la legislación laboral no hace referencia expresa al acoso psicológico en el trabajo. El Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral al tratar la hostilidad laboral menciona algunos actos que podrían formar parte de un proceso de mobbing y el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo considera los factores psicosociales como riesgos del trabajo. No obstante, ninguno de estos instrumentos brinda información sobre qué es el acoso psicológico, sus manifestaciones ni sus potenciales efectos. Tampoco establecen la adopción de medidas o políticas de prevención dentro de la organización que estén realmente orientadas a riesgos distintos a los físicos (2008, pp. 355-356).

Sin embargo, mientras no se implemente en Perú una ley que defina y prohíba expresamente las conductas de violencia y acoso laboral, opinamos que sería válido aplicar la definición establecida por el artículo 1 Convenio No. 190 de la OIT en la medida que esta norma internacional ya se encuentra en vigor en nuestro país; por lo que, sus alcances tienen carácter vinculante.

En tal sentido, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de la violencia y acoso laboral exigidas al Estado y a los empleadores peruanos se deberá tener en cuenta la definición de violencia y acoso laboral, así como la definición de violencia y acoso laboral por razón de género establecidos por esta norma internacional.

Como consecuencia de ello, en el siguiente apartado analizaremos el alcance de la obligación consistente en adoptar y aplicar la política relativa a la violencia y el acoso laboral de acuerdo al artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT e identificaremos los aspectos que debería considerar un empleador para determinar su contenido específico.

III. EL DEBER DE ADOPTAR Y APLICAR LA POLÍTICA RELATIVA A LA VIOLENCIA Y EL ACOSO LABORAL DE ACUERDO AL CONVENIO N.º 190 DE LA OIT

De acuerdo a la Real Academia Española el término “política” comprende las “orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado” (RAE, Actualización 2023). Bajo esta concepción general, la política del lugar de trabajo podría ser definida como un instrumento de gestión interna a través de la cual se establecen directrices específicas sobre la prevención de la violencia y acoso en el trabajo.

Cabe destacar que esta definición sería acorde con aquella que identifica a los protocolos anti acoso laboral, los cuales constituyen lineamientos elaborados “preferentemente a través de la negociación, que recogen procedimientos específicos de actuación para prevenir y castigar el acoso que tenga lugar en ella, creando sistemas autónomos de resolución interna de conflictos” (Maneiro & Miranda, 2011, p. 65)

En este orden de ideas, identificamos que el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT establece la obligación de adoptar medidas legislativas a nivel nacional mediante las cuales se exija a los empleadores adoptar y aplicar

una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso laboral, de acuerdo a los siguientes términos:

Todo Miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible: (...)

- a) adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso (Artículo 9, literal a).

Consideramos importante analizar el contenido de esta obligación, ya que en virtud de ella no solo se exige a los empleadores elaborar una política para la prevención de la violencia y el acoso laboral, sino garantizar que esta política efectivamente sea aplicada cuando se configuren estas conductas; por lo que, el empleador necesariamente deberá asumir un rol activo a través de la adopción de medidas preventivas específicas.

No se debe perder de vista que para implementar la política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso laboral también se requiere que los trabajadores y sus representantes asuman un rol activo, toda vez que su participación mediante consulta configura un requisito indispensable para que dicha política sea adoptada y aplicada.

De otro lado, es oportuno destacar que para cumplir la obligación establecida por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT los empleadores necesariamente deberán incluir la prevención de las conductas de violencia y acoso por razón de género, al adoptar y aplicar la política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso laboral.

Por otra parte, si bien esta norma no establece de manera expresa cual sería el contenido que debe observar la política relativa a la violencia y el acoso laboral, consideramos que este aspecto específico (contenido) podría ser regulado a través de una norma jurídica nacional.

Sin perjuicio de ello, consideramos que esta acción no sería indispensable para determinar el contenido de la política relativa a la violencia y el acoso laboral, ya que para tal efecto los empleadores podrían tomar como parámetro de referencia la disposición No. 7 de la Recomendación No. 206 de la OIT sobre violencia y acoso, la cual precisa que este instrumento de gestión interna debe:

- a) afirmar que la violencia y el acoso no serán tolerados;
- b) establecer programas de prevención de la violencia y el acoso, si procede, con objetivos medibles;
- c) definir los derechos y las obligaciones de los trabajadores y del empleador;
- d) contener información sobre los procedimientos de presentación de quejas e investigación;
- e) prever que todas las comunicaciones internas y externas relacionadas con incidentes de violencia y acoso se tengan debidamente en consideración y se adopten las medidas que correspondan;
- f) definir el derecho de las personas a la privacidad y la confidencialidad, como se establece en el artículo 10, c), del Convenio, manteniendo un equilibrio con el derecho de los trabajadores a estar informados de todos los riesgos, y
- g) incluir medidas de protección de los denunciantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias (Disposición No. 7).

Como se puede advertir la Recomendación No. 206 de la OIT enfatiza que los empleadores deben adoptar una política de tolerancia cero frente a toda conducta de violencia y acoso laboral. A partir de ello, se advierte que esta recomendación no solo se incluye disposiciones a nivel declarativo, sino que además precisa medidas específicas de prevención.

En efecto, esta recomendación destaca el deber de implementar programas de prevención frente a la violencia y el acoso laboral los cuales deben incluir objetivos medibles, disposición que resulta relevante ya que permite identificar la necesidad de adoptar acciones de control para verificar si los objetivos propuestos por los programadas de prevención frente las conductas de violencia y acoso laboral efectivamente son cumplidos por el empleador.

Asimismo, se precisa que los empleadores al tener conocimiento de conductas de violencia y acoso laboral deben adoptar medidas de protección a favor de las personas que son víctimas de esas conductas, e incluso a favor de quienes denuncien o sean testigos de aquellas, lo cual permite advertir que el empleador

debe asumir un rol activo para garantizar la prevención de conductas de violencia y acoso en el centro de trabajo.

De otro lado, si bien la política del lugar de trabajo relativa a la violencia y acoso laboral debe ser adoptada por el empleador previa consulta con los trabajadores y sus representantes, este hecho no implica que su contenido sea definido de manera discrecional por aquél, ya que debe adoptar medidas específicas para prevenir las conductas de violencia y acoso, incluidas aquellas que son ejecutadas por razón de género.

Por tanto, si bien la Recomendación No. 206 de la OIT propiamente no tiene efectos vinculantes, resultaría conveniente que los empleadores peruanos al adoptar la política del lugar de trabajo relativa a la violencia y acoso laboral consideren el contenido regulado por esta recomendación, acción que garantizaría la observancia de una debida diligencia en la prevención de este tipo de conductas.

Esta opinión coincide con la que brinda Molina, para quien la política del lugar de trabajo: i) Resulta de vital importancia toda vez que permite generalizar en un procedimiento preventivo práctico a todo tipo de empleador, así como a toda forma de violencia y acoso en el trabajo y ii) No debe ser limitada a una regulación programática contenida en un protocolo de gestión, sino que debe ser un instrumento para exigir una cualificación especial del deber de diligencia en la gestión eficaz de riesgos psicosociales (2019, p. 435).

A nivel regional, identificamos que esta acción de diligencia eficaz fue adoptada por Chile, tal es así que la Ley Karin no solamente regula un procedimiento para canalizar las denuncias de violencia y acoso en el trabajo, sino que además establece obligaciones a cargo de los empleadores, tales como adoptar medidas de protección para eliminar o atenuar los riesgos derivados de aquellas, e incluso la facultad de despedir al trabajador(a) agresor en caso la gravedad de su conducta lo justifique.

Si bien este supuesto no se replica en nuestro país, es importante destacar que mediante Ley No. 30947, Ley de Salud Mental y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 007-2020-SA (en adelante, Reglamento de la Ley de Salud Mental) se establecieron obligaciones para proteger la salud mental de trabajadores, entre ellas, el deber de adoptar una norma organizacional para prevenir el acoso laboral y sexual.

Por tanto, corresponde analizar el alcance de esta obligación y además, identificar las principales modificaciones que se podría realizar sobre nuestra legislación nacional con la finalidad de que esta se adecue a los estándares regulados por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT.

IV. EL DEBER DE ADOPTAR UNA NORMA ORGANIZACIONAL PARA PREVENIR EL ACOSO LABORAL Y SEXUAL DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN NACIONAL

En el ámbito nacional, identificamos que mediante Ley No. 30947, Ley de Salud Mental se regularon obligaciones a nivel nacional para “garantizar el acceso a los servicios, la promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud mental, como condiciones para el pleno ejercicio del derecho a la salud y el bienestar de la persona, la familia y la comunidad” (Artículo 1, numeral 1.1.)

Cabe precisar que esta norma enfatiza su aplicación en el ámbito preventivo de la salud mental. A partir de ello, el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Salud Mental, establece que las obligaciones para prevenir la salud mental deben ser observadas de manera general, ya sea en el ámbito del sector público o en el ámbito del sector privado.

De manera específica, en el ámbito de las relaciones laborales el artículo 14 (numerales 14.1 y 14.2) del Reglamento de la Ley de Salud Mental establece que las instituciones públicas y privadas en general (sea que desarrollan o no atenciones de salud mental) deben adoptar medidas preventivas como parte del monitoreo de las condiciones de trabajo en salud mental.

Como consecuencia de ello, el numeral 14.1.2 de esta norma establece de manera expresa que una de estas medidas preventivas consiste en la promoción del clima organizacional, a partir de lo cual se incluye la obligación de implementar una norma organizacional que tenga como finalidad prevenir el acoso laboral y sexual, tal como se detalla a continuación:

Promoción del clima organizacional al más alto nivel institucional: (...)

c. Norma organizacional para prevenir el acoso laboral y sexual, de obligatorio conocimiento y aplicación, que integre las disposiciones correspondientes de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP o normativa vigente. (Artículo 14, numeral 14.1.2., literal c)

Como se puede advertir, la norma organizacional para prevenir el acoso laboral y sexual debe ser de obligatorio conocimiento y aplicación, esta exigencia supone que su contenido necesariamente sea informado a los trabajadores y además que sea efectivamente aplicada cuando se configuren conductas de acoso laboral y hostigamiento sexual.

Asimismo, se exige que esta norma organizacional integre disposiciones establecidas por la legislación vigente en materia de hostigamiento sexual o de ser el caso, la normativa vigente que resulte aplicable. Esta precisión es relevante, ya que permite identificar la necesidad de integrar no solo normas jurídicas vinculadas al hostigamiento sexual, sino también aquellas vinculadas al acoso laboral en términos generales.

De este modo, en la medida que el Convenio No. 190 de la OIT actualmente se encuentra en vigor en Perú, opinamos que la norma organizacional exigida por el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Salud Mental también deberá integrar la definición de violencia y acoso laboral, así las medidas de prevención que se garantizan frente a estas conductas.

Por otra parte, si bien la norma organizacional para prevenir el acoso laboral y sexual constituye un instrumento que permite garantizar la prevención de conductas de acoso laboral, destacamos que ella no cumple los estándares exigidos por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT para implementar la política relativa a la violencia y acoso laboral.

En efecto, a diferencia de la norma organizacional para prevenir el acoso laboral y sexual (regulada por el Reglamento de la Ley de Salud Mental) la política relativa a la violencia y acoso laboral (regulada por el Convenio No. 190 de la OIT) necesariamente debe ser adoptada previa consulta con los trabajadores y sus representantes, y además ser aplicada frente conductas de violencia y acoso por razón género.

Por tanto, opinamos que sería útil realizar modificaciones al Reglamento de la Ley de Salud Mental a fin de que esta norma se adecue a los estándares de prevención exigidos por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT. De manera concreta, consideramos que el Reglamento de la Ley de Salud Mental debe incluir disposiciones a través de las cuales se establezca la obligación de:

- a) Garantizar la participación de los trabajadores y sus representantes para elaborar la norma organizacional para prevenir el acoso laboral

y sexual. Es decir, no solo se debe exigir que la norma organizacional sea comunicada a los trabajadores, sino que también se debe garantizar que ellos participen de manera efectiva en su implementación.

Destacamos la necesidad de incluir esta obligación debido a que los trabajadores y sus representantes son quienes tienen conocimiento directo de las conductas de violencia y acoso que eventualmente ocurren en el centro de trabajo; por lo que, su participación permitiría identificar las situaciones en las que principalmente se encuentran expuestos a este tipo de conductas.

Se debe tener en cuenta que la participación de los trabajadores y sus representantes formalizada mediante la consulta correspondiente podría adoptarse a través de reuniones periódicas sostenidas con el empleador o sus representantes, reuniones de capacitación en materia de violencia y acoso laboral, canales de atención implementados por el empleador, etc.

- b) Enfatizar la aplicación de la norma organizacional para prevenir el acoso laboral y sexual frente a conductas de violencia y acoso laboral por razón de género. Esta obligación se justifica debido a que el Convenio No. 190 de la OIT define y destaca de manera específica la protección que se debe garantizar frente a este tipo de conductas.

Adicionalmente consideramos que incluir esta obligación sería conveniente para garantizar que el empleador, al ser responsable del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, adopte el enfoque de género al implementar el proceso de identificación de peligros y evaluación de riesgos conforme lo exige el artículo 66 de la Ley No. 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Ahora bien, al margen de estas modificaciones, formulamos tres (03) propuestas para que los empleadores puedan implementar la política del lugar de trabajo relativa a la violencia y acoso laboral de acuerdo a los estándares exigidos por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT.

V. PROPUESTAS PARA IMPLEMENTAR LA POLÍTICA RELATIVA A LA VIOLENCIA Y EL ACOSO LABORAL

1. Ampliar el ámbito de aplicación de las políticas de prevención y sanción del hostigamiento sexual:

Como se mencionó oportunamente, el Convenio No. 190 de la OIT establece una definición amplia de las conductas de violencia y acoso laboral, la cual comprende conductas de hostigamiento sexual (actualmente definidas por la legislación laboral vigente) e incluso otras formas de violencia y acoso en el trabajo, tales como el acoso moral o el ciberacoso laboral.

A partir de ello, identificamos que el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual aprobado mediante Decreto Supremo No. 014-2019-MIMP establece la obligación de contar con políticas internas para prevenir y sancionar el hostigamiento sexual, las cuales deben estar reguladas en directivas, reglamentos internos u otros documentos de gestión interna.

Destacamos la importancia de esta obligación, debido a que a través de las políticas mencionadas los empleadores tienen la obligación de informar los canales para la presentación de quejas o denuncias, regular el procedimiento de investigación y sanción del hostigamiento sexual, así como los plazos que se deben observar al investigar y sancionar estas conductas.

Como consecuencia de ello, consideramos que una propuesta para implementar la política del lugar de trabajo relativa a la violencia y acoso laboral consiste en que los empleadores modifiquen sus políticas para prevenir y sancionar el hostigamiento sexual, con la finalidad de incluir en su ámbito de aplicación la atención de conductas de violencia y acoso laboral distintas al hostigamiento sexual.

Un aspecto favorable de adoptar esta propuesta se configura en la posibilidad que tendría el empleador de garantizar medidas específicas de prevención, tales como, el otorgamiento de canales de atención médica y psicológica, así como medidas de protección también resulten extensivas a conductas de violencia y acoso laboral distintas al hostigamiento sexual.

De igual modo, otro aspecto favorable de esta propuesta se configura en la posibilidad de garantizar que la investigación y sanción de conductas de violencia

y acoso laboral en general sea encargada a órganos independientes y en la posibilidad de brindar protección a toda persona que trabaja (independientemente de su situación contractual) conforme lo exige el artículo 2 del Convenio No. 190 de la OIT.

Sin embargo, un aspecto desfavorable de esta propuesta se configura en la medida que su adopción sería exigible a empleadores que cuenten con veinte (20) o más servidores/as, trabajadores/as, estudiantes o personal en general en su centro de trabajo; por lo que, tendría límites para su implementación por empleadores que no cumplan estas características.

Finalmente, se debe considerar que la propuesta de ampliar el ámbito de aplicación de las políticas de prevención y sanción del hostigamiento sexual a otras manifestaciones de violencia y acoso laboral exigiría que esa decisión sea adoptada previa consulta con los trabajadores, conforme lo exige el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT.

2. Implementar una política específica para prevenir y sancionar la violencia y acoso laboral:

Considerando que el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Salud Mental establece la obligación de implementar una norma organizacional que tenga como finalidad prevenir el acoso laboral y sexual, opinamos que a partir de esta norma organizacional se podría implementar una política específica para prevenir la violencia y acoso laboral conforme lo exige el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT.

Cabe destacar que esta obligación resulta exigible a todo empleador, al margen de la cantidad de trabajadores que contrate; por lo que, esta segunda propuesta –a diferencia de la primera– no tendría límites para su implementación por empleadores que tengan menos de veinte (20) trabajadores o prestadores de servicios en general en el centro de trabajo.

De igual modo, la adopción de una política para la prevención de la violencia y acoso laboral sería favorable en la medida que el empleador podría adoptar medidas específicas para prevenir conductas de violencia y acoso en el trabajo que no tengan naturaleza o connotación sexual o sexista, tales como capacitaciones y medidas de protección especial frente a conductas de acoso laboral en general.

No se debe perder de vista que en el caso de empresas transnacionales, la adopción de una política específica para prevenir conductas de violencia y acoso laboral sería eficaz, ya que garantizaría la protección de sus trabajadores de manera global, es decir, al margen de la legislación aplicable al ámbito geográfico en el que ellos prestan servicios.

Adicionalmente, consideramos que adopción de una política específica para prevenir conductas de violencia y acoso laboral sería eficaz para prevenir estas conductas ya que tendrían carácter vinculante. En efecto, como precisa Mangarelli desde el momento en que el empleador notifica a los trabajadores estas políticas, asume un compromiso vinculante, frente al cual estos últimos pueden exigir su cumplimiento (2021, p. 220).

Es importante mencionar que actualmente en el ámbito nacional e internacional existen casos de empleadores que ya implementaron políticas específicas para prevenir conductas de acoso laboral en general, a través de su regulación en protocolos, reglamentos y códigos de conducta. A manera de referencia, identificamos los siguientes:

Cuadro No. 1

Norma organizacional	Detalle
Reglamento interno de trabajo de PROMSEX (Empresa nacional)	Se prohíbe cualquier forma de acoso laboral a cualquier trabajador/a de la institución (Artículo 13, literal b).
Reglamento interno de trabajo de Hidroeléctrica ITUANGO (Empresa colombiana)	Se define el acoso laboral y se regula un procedimiento interno de prevención frente al acoso laboral, en el cual se garantiza confidencialidad y reserva (Artículos 38 y 54).
Código de uso de redes sociales del Grupo Banco Sabadell (Empresa española)	Se precisan recomendaciones básicas para el uso eficiente de redes sociales. Entre ellas, asumir responsabilidad por el contenido de publicaciones.
Código general de conducta del Grupo Santander (Empresa transnacional)	Se precisa una política institucional a través de la cual, el empleador no admite ninguna forma de acoso. Asimismo, se considera la seguridad y salud laboral como criterio fundamental para lograr un entorno de trabajo seguro.
Código de buena conducta de GAP INC (Empresa transnacional)	Se precisa que una política institucional a través de la cual, el empleador no admite ninguna forma de violencia y acoso en el trabajo en el trabajo. Asimismo, se define el procedimiento como se comunica estas conductas al empleador.

Fuente: Normas organizacionales de ámbito nacional e internacional.

Se debe tener en cuenta que incluso en la política específica para prevenir conductas de violencia y acoso laboral se podrían incorporar disposiciones que regulen las consecuencias que asumirían los trabajadores frente a un incumplimiento de las obligaciones relacionadas a la prevención de la violencia y el acoso laboral, hecho que además permitiría justificar la aplicación de medidas disciplinarias, de ser el caso.

Sin perjuicio de ello, es necesario considerar que para implementar una política de prevención y sanción de violencia y acoso laboral se debería: i) Realizar una consulta con los trabajadores y sus representantes y ii) Enfatizar su aplicación frente a conductas de violencia y acoso laboral por razón de género, acciones que permitirían adecuar su contenido a los estándares exigidos por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT.

3. Incorporar en convenios colectivos la obligación de prevenir y sancionar la violencia y acoso laboral:

Si bien a nivel normativo se exige que la prevención de la violencia y el acoso laboral se regulen en normas organizacionales, opinamos que no existe impedimento para que esta materia sea objeto de negociación colectiva en la medida que permitiría mejorar las condiciones de trabajo hecho que tendría incidencia positiva en el bienestar e incluso en la productividad de los trabajadores.

Es importante destacar que esta propuesta sería efectiva para la prevención de la violencia y el acoso laboral ya que de incorporarse esta materia en un convenio colectivo, el empleador y los trabajadores asumirían obligaciones de carácter vinculante de conformidad al artículo 42 del Decreto Supremo No. 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

En virtud de ello, esta propuesta sería beneficiosa ya que no solo garantizaría que el empleador realice una consulta con los trabajadores y sus representantes, conforme lo exige el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT, sino que además brindaría la posibilidad de que mediante un acuerdo de partes se aprueben obligaciones mutuas para prevenir la violencia y el acoso laboral.

No se debe perder de vista que la propuesta de incluir obligaciones relacionadas a la prevención de la violencia y el acoso laboral mediante convenios

colectivos fue implementada en España. A manera de referencia, identificamos los siguientes convenios colectivos vigentes:

Cuadro No. 2

Empleador	Vigencia	Detalle
Fundación Musical Ciudad de Oviedo (Oviedo Filarmonía)	1 de enero del 2019 al 1 de enero del 2025	Se establecen medidas de prevención específicas, tales como: i) La obligación del empleador consistente en establecer planes de formación sobre acoso laboral y ii) La obligación de los trabajadores de colaborar en garantizar un entorno laboral exento de conductas que pudieran ser constitutivas de acoso (Artículo 52)
Centros, entidades y servicios de atención a personas con discapacidad de la comunidad valenciana	1 de enero del 2020 al 31 de diciembre del 2025	Se establecen medidas de prevención específicas a cargo del empleador, tales como: i) Prevenir y no tolerar el acoso laboral, ii) Garantizar la inmunidad de las víctimas y los testigos, iii) Identificar el órgano responsable de atender quejas o denuncias y iv) Informar los derechos de los trabajadores (Artículo 82).
Empresas de Transporte de Personas Enfermas y Accidentadas en Ambulancia de Andalucía	1 enero del 2020 al 31 de diciembre del 2025	Se define el acoso laboral. Asimismo, se precisa que para evitar esta conducta, se acordará la aplicación de medidas preventivas inspiradas en criterios de ética, honestidad, y profesionalidad. Para tal efecto, se establece que la investigación de las conductas de acoso laboral se encontrará a cargo de la empresa, con el apoyo del Comité de Seguridad y Salud (Artículo 40)

Fuente: Registro y depósito de convenios colectivos (REGCON) del gobierno de España.

Como se puede advertir los convenios colectivos citados regulan obligaciones mediante las cuales: i) Se prohíbe y define los alcances de acoso laboral, ii) Se establece un procedimiento de prevención específico frente a estas conductas y iii) Se exige un rol participativo de los trabajadores y sus representantes en la identificación y evaluación del acoso laboral.

En virtud de ello, ratificamos que los convenios colectivos constituyen instrumentos idóneos que permitirían garantizar la prevención de la violencia y el acoso laboral, ya que a partir de estos, los trabajadores podrían exigir al empleador cumplir su deber de diligencia para evitar y/o brindar protección frente a estas conductas y como consecuencia de ello, también asumir obligaciones y un rol activo para dicho propósito.

Sin embargo, identificamos una dificultad operativa para adoptar esta propuesta toda vez que en la práctica no es usual abordar en convenios colectivos medidas de prevención en seguridad y salud en el trabajo, ni obligaciones a cargo de los trabajadores en dicha materia; por lo que, esta propuesta podría ser evaluada en centros de trabajo en los que exista una cultura participativa en la prevención de riesgos laborales.

En consecuencia, corresponderá a cada empleador identificar las medidas que actualmente aplica para prevenir la violencia y el acoso laboral, analizar la cultura participativa de los trabajadores y sus representantes en la prevención de riesgos laborales, así como sus posibilidades operativas en términos de razonabilidad y factibilidad con la finalidad de adoptar alguna de las tres (03) propuestas mencionadas.

VI. CONCLUSIONES

1. Para adoptar y aplicar la política relativa a la violencia y el acoso laboral exigida por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT los empleadores deberán tener en cuenta la definición de la violencia y acoso laboral, así como la definición de violencia y acoso laboral por razón de género establecidas por esta norma internacional.
2. Para implementar la política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso laboral es necesario garantizar la participación de los trabajadores y sus representantes a través de la consulta. Asimismo, para determinar el contenido de esta política es viable tomar como parámetro de referencia la disposición No. 7 de la Recomendación No. 206 de la OIT sobre violencia y acoso.
3. La norma organizacional para prevenir el acoso laboral y sexual regulada el artículo 14 (numeral 14.1.2) del Reglamento de la Ley de Salud Mental no cumple los estándares de prevención exigidos por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT, los cuales tienen como finalidad implementar la política relativa a la violencia y acoso laboral, hecho que justifica su eventual modificación.
4. Para implementar la política del lugar de trabajo relativa a la violencia y acoso laboral de acuerdo a los estándares exigidos por el artículo 9 (literal a) del Convenio No. 190 de la OIT los empleadores po-

drían optar por: i) Ampliar el ámbito de aplicación de las políticas de prevención y sanción del hostigamiento sexual, ii) Implementar una política específica para prevenir y sancionar la violencia y acoso laboral o iii) Incorporar en convenios colectivos obligaciones preventivas sobre dicha materia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Maneiro, Y. y Miranda, J. M. (2011). Las obligaciones de la empresa en materia de acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo: Los protocolos antiacoso. En M.T. Velasco (Ed.), *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras* (2.^a ed., pp. 65-92). Tecnos.
- Mangarelli, C. (2021). *Acoso y violencia en el trabajo. Enfoque jurídico* (2.^a ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Molero, M. (2008). El acoso psicológico (mobbing) en la legislación laboral peruana: El desarrollo de un concepto. *IUS ET VERITAS*, 18 (36), 340-365.
- Molina, C. (2019). *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*. Wolters Kluwer.
- Organización Internacional del Trabajo (2018). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (2)*. https://idwfed.org/es/recursos/acabar-con-la-violencia-y-el-acoso-en-el-mundo-del-trabajo/@@display-file/attachment_1
- Real Academia Española. (s.f.). <https://dle.rae.es/pol%C3%ADtico>
- Registro y depósito de convenios colectivos (REGCON) del gobierno de España. (s.f.). <https://expinterweb.mitramiss.gob.es/regcon/pub/buscadorTextosEstatal>

SEGUNDO TEMA

**Nuevas formas de trabajo
y riesgos psicosociales asociados.
Efectos de la sobrecarga laboral:
Jornada de trabajo y desconexión
digital**

PONENCIAS OFICIALES

NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y RIESGOS PSICOSOCIALES ASOCIADOS

MG. LISETTE MAPELLI ARBOLEDA

Psicóloga. Magister en Psicología con mención en Psicoterapia Psicoanalítica (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Programa Especializado en Seguridad, Salud y Bienestar en el trabajo (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas). Diplomado en Salud Mental en el Contexto Laboral (Universidad El Bosque – Colombia). Miembro de la Sociedad Peruana de Salud Ocupacional (SOPESO). Docente de posgrado (Universidad de San Martín de Porres, Universidad Peruana Cayetano Heredia).

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo ha sido considerado siempre como un medio para solventar necesidades básicas, dejando de lado la importancia que tiene en la satisfacción de necesidades más elevadas como el bienestar y la realización personal. Usualmente asociamos únicamente al trabajo con la responsabilidad que viene con la vida adulta, y dejamos de lado la dimensión que representa uno de los pilares de calidad de vida, es decir, hallar en la actividad laboral un medio para el desarrollo de habilidades, el crecimiento personal y la posibilidad de contribuir de manera productiva a nuestra sociedad,

La Constitución Política del Perú establece en el artículo 22° que el trabajo es un deber y un derecho base del bienestar social, considerándolo también un medio de realización personal (Constitución Política del Perú, 1993). Bajo esta premisa, todos los peruanos contaríamos con la protección del Estado para desarrollarnos laboralmente en un entorno seguro y saludable que promueva y garantice el bienestar y que constituya una fuente de crecimiento y satisfacción. Asimismo, la Ley N°29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en el principio de prevención, puntualiza que los empleadores deben “garantizar el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores”, teniendo en cuenta todos los factores que podrían constituir un riesgo, asegurando su evaluación y prevención. En cumplimiento de esta Ley, los empleadores deben asegurar las condiciones laborales que garanticen la salud física y mental de los trabajadores, proporcionando ambientes de trabajo seguros y saludables para todos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) se refiere al trabajo saludable como “aquel en el que los trabajadores y jefes colaboran en un proceso de mejora continua para promover y proteger la salud, seguridad y bienestar de los trabajadores y la sustentabilidad del ambiente de trabajo” (OMS, 2010). Desde esta perspectiva, generar y mantener un entorno laboral que promueva la salud, la seguridad y el bienestar no solo es competencia de los empleadores, sino que

involucra también a los trabajadores como agentes directos de su propia calidad de vida laboral.

Cuando hablamos de calidad de vida laboral, no podemos dejar de asociarla con la salud mental. La prevención de riesgos laborales tiende a enfocarse en el monitoreo e intervención sobre aquellos factores de riesgo que afectan la salud física, pero aún no se ha llegado a comprender la importancia de atender los riesgos de naturaleza psicosocial. A pesar de que en nuestro país la Ley N°29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en el artículo 56° hace referencia a los agentes psicosociales como posibles de generar daño en la salud de los trabajadores, consideramos que es poco lo que se ha logrado en cuanto a concientización de las consecuencias negativas que tienen en la salud y el bienestar y, por lo tanto, en el desempeño laboral y en la productividad.

De acuerdo con nuestra experiencia profesional, podemos observar que en temas de salud mental nuestro país aún tiene mucho camino por recorrer. Existe poca comprensión de la salud en su sentido amplio, a nivel biopsicosocial, limitándose a entenderla como la ausencia de enfermedades físicas. En el campo laboral, se hace aún más evidente esta falta de concientización, que a su vez impide que los planes de prevención y control de riesgos psicosociales se elaboren con la efectividad necesaria para garantizar la salud mental en los entornos de trabajo. Esta situación conlleva a que los empleadores limiten su responsabilidad al cumplimiento de las normativas sin llegar a trascender en cambios organizativos que promuevan de manera sostenida el bienestar psicológico de los trabajadores.

En este contexto de falta de sensibilización y falta de información sobre la prevención de los riesgos psicosociales laborales, nos vemos ante una situación nueva que amplía el campo de acción de la salud ocupacional y a la vez constituye un nuevo reto: el teletrabajo. En nuestro país, el trabajo remoto, propuesto como una medida de urgencia frente a la pandemia COVID19, surgió con la necesidad de proteger a la población vulnerable frente a la pandemia, llevando a trabajar desde casa a personas que podían no estar preparadas a nivel de conocimientos ni a nivel de recursos psicológicos para desempeñarse eficazmente en esta modalidad. El proceso de cambio pudo haber significado para muchos trabajadores un gran esfuerzo, agravado por el contexto de inestabilidad e incertidumbre en el que todos nos encontrábamos. Sin embargo, gracias a la capacidad de adaptación que tenemos como seres humanos, en la actualidad el trabajo remoto ha dado

paso al teletrabajo. La Ley N° 315721 Ley del Teletrabajo, lo define como “una modalidad especial de prestación de labores, de condición regular o habitual”. Se caracteriza por el desempeño subordinado de aquellas sin presencia física del trabajador o servidor civil en el centro de trabajo, con la que mantiene vínculo laboral. Se realiza a través de la utilización de las plataformas y tecnologías digitales” (Ley N° 315721 Ley del Teletrabajo, 2022). Esta Ley y su Reglamento (Decreto Supremo N° 002-2023-TR) establecen las especificaciones de esta modalidad, así como los deberes y derechos del empleador y del trabajador que realiza esta actividad.

El teletrabajo constituye entonces una modalidad de trabajo relativamente nueva en nuestro país, pero con creciente aceptación y adecuación en las empresas y organizaciones. En una nota de prensa de marzo de 2023, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo informó que, a noviembre del 2022, 227347 trabajadores estaban registrados como teletrabajadores, lo que representa que 12766 empresas por lo menos contaban con un teletrabajador (Mendoza, 2023). Esta realidad nos permite proyectar que la cifra de teletrabajadores irá en aumento a medida que las empresas fomenten esta modalidad de trabajo desde la perspectiva de reducción de gastos, sin descuidar el análisis que garantice la productividad laboral. Por otro lado, tenemos la situación de aquellas empresas que, en el tránsito del trabajo remoto, motivado por la pandemia, a la presencialidad, encontraron en la unión del teletrabajo y el trabajo presencial una fórmula efectiva, es así como aparece la modalidad de trabajo “mixta”, combinando días de trabajo presencial con días de trabajo desde casa.

Frente a esta situación no podemos dejar de cuestionarnos con preocupación de qué manera los empleadores pueden vigilar y garantizar la salud y seguridad de los trabajadores que no se encuentran de manera presencial en las instalaciones de la empresa. Reconociendo que la salud ocupacional tiene aún muchos desafíos y obstáculos en nuestra sociedad (escasa cultura de prevención, falta de interiorización de la importancia de la calidad de vida laboral y su relación con el desempeño, estigmatización de la salud mental, entre otros), es evidente que el teletrabajo ha encendido la alarma en la necesidad de impulsar la importancia de la salud y la seguridad en el trabajo más allá del perímetro de las empresas.

II. SALUD, CALIDAD DE VIDA LABORAL Y TELETRABAJO

Las organizaciones saludables son aquellas que colocan la salud, la seguridad y el bienestar de sus trabajadores como ejes principales de su gestión. El enfoque de la promoción de la salud en el lugar de trabajo iniciado por la OMS está orientado hacia generar entornos saludables y supone un giro en la dirección de recursos humanos, pasando de considerar la salud psicosocial de los empleados como un medio para conseguir otros fines a considerarla como un fin en sí misma, como un valor estratégico central en los objetivos empresariales. (Salanova, 2009).

La salud laboral está relacionada estrechamente con la calidad de vida laboral. Podemos hablar de calidad de vida laboral cuando el trabajador encuentra el equilibrio entre la satisfacción de sus necesidades individuales y lo que la empresa le brinda en términos de retribución económica, participación, autonomía y crecimiento profesional. A nivel objetivo, la calidad de vida laboral se relaciona con factores objetivos del puesto de trabajo (ambiente físico, seguridad contractual, recursos, etc.) y a nivel subjetivo se basa en las experiencias laborales y en la percepción que el trabajador tiene de estas experiencias en función a las expectativas que tiene frente a su trabajo, como por ejemplo las oportunidades de desarrollo, el clima organizacional, el apoyo social, el reconocimiento, entre otros factores. (Patlán, 2016).

En esta línea podemos encontrar aspectos del teletrabajo que podrían constituir un obstáculo para el logro de la calidad de vida laboral. Partiendo de una falta de concientización con relación a la prevención en salud, el teletrabajador podría colocar por encima del bienestar la necesidad de trabajar, restando importancia, por ejemplo, a contar con un ambiente adecuado para el desarrollo de sus tareas en casa o limitando su interacción con el equipo de trabajo al uso de la tecnología y perdiendo así la oportunidad de un feedback social que aliente mejoras en su desempeño. Por otro lado, la falta de supervisión directa podría disminuir el sentido del trabajo y repercutir en la calidad de su desempeño. De esta manera, el teletrabajo podría representar menor cuidado hacia la identificación y control de los factores de riesgo y, a la vez, una disminución en la motivación y el compromiso hacia el trabajo.

En el teletrabajo, el empleador se mantiene más distante del proceso, centrándose en los resultados. Es por eso por lo que aquellas condiciones que podrían afectar la salud y la calidad de vida laboral deberán ser identificadas en

primer lugar por el mismo teletrabajador. Su nivel de participación con relación al cuidado de su salud y su seguridad aumenta y con ello su responsabilidad en alcanzar y mantener un nivel óptimo en cuanto a la calidad de vida laboral.

La dimensión subjetiva de la calidad de vida laboral se enfoca en el bienestar psicológico como el resultado de la apreciación y valoración positiva o negativa de las experiencias laborales desde una perspectiva individual. En este sentido, el aislamiento físico que supone el teletrabajo podría afectar directamente la expectativa de conexión afectiva que el teletrabajador puede tener como una de sus motivaciones laborales. La disminución del contacto social directo puede mermar la identificación con la empresa y generar el debilitamiento del sentido de equipo y de pertenencia. La falta de satisfacción de la necesidad de afecto y de pertenencia (la integración con el grupo laboral e identificación con la organización) y de la necesidad de estimación (reconocimiento y sentido de importancia en el trabajo) afectarían el sentimiento de realización personal y disminuirían la calidad de vida en el trabajo (Olivares y Gonzales, 2014).

Es necesario mencionar que, así como el teletrabajador pasa a ser el principal agente con relación a la identificación de peligros y riesgos en su lugar de trabajo, se hace evidente que a nivel personal deberá potenciar habilidades y destrezas para optimizar su desempeño sin dejar de lado el cuidado de su salud. Dentro de estas habilidades podemos mencionar la automotivación y la autodisciplina. Un teletrabajador puede verse tentado a alterar sus hábitos de sueño y de alimentación en vista que no tiene una regulación estricta de sus horarios, sea por responder a una sobrecarga de trabajo o, por el contrario, por tener periodos de menor carga laboral que podrían disminuir la dedicación a las tareas asignadas. Por otro lado, la organización, planificación y uso efectivo del tiempo, son habilidades necesarias en el teletrabajo. La percepción del tiempo es subjetiva e individual y, en temas de trabajo, se relaciona con la percepción de la propia eficacia y rendimiento. El teletrabajador sabrá que debe completar las tareas asignadas en el tiempo establecido, pero, al no contar con la supervisión directa del proceso de parte de sus jefes inmediatos, recae sobre él la responsabilidad de hacer que la ecuación tiempo – esfuerzo – ritmo de trabajo sea la más efectiva. Una deficiente organización del tiempo unida a una baja autodisciplina podría generar premura en la entrega de resultados, presión laboral y estrés.

Otro aspecto que podría afectar la calidad de vida laboral y la salud en el teletrabajo tiene relación con el clima interpersonal y la solución de conflictos.

La disminución del contacto cara a cara hace necesario que el teletrabajador potencie sus habilidades de comunicación escrita, siendo este medio muchas veces el único contacto que tiene con sus compañeros de trabajo. La inteligencia emocional, la asertividad y valores como la tolerancia y el respeto pueden resultar fácilmente esquivados cuando la interacción se hace a través de medios digitales. La presencialidad nos obliga a manejar el lenguaje verbal en coherencia con el lenguaje no verbal y genera la necesidad de un mayor autocontrol al enfrentar desacuerdos o situaciones tensas; sin embargo, la comunicación escrita no necesariamente cumple esta condición. El teletrabajador tendrá que desarrollar la capacidad para que la claridad de los mensajes escritos (correos electrónicos, mensajería instantánea) esté garantizada, evitando malentendidos que afectarían las relaciones interpersonales en el grupo de trabajo. En este mismo sentido, el uso de plataformas de reunión virtual (Zoom, Meet, Teams, etc.) puede generar inseguridad en algunos teletrabajadores optando por desactivar la opción de video, con lo que disminuye el interés en una conexión más directa con los compañeros de trabajo y abre la posibilidad de no decodificar el mensaje de manera correcta ante la falta del componente no verbal en la comunicación. Todas estas variaciones en la forma de conectarse a través de la comunicación con los compañeros de trabajo pueden generar mayores dificultades al momento de solucionar conflictos y afectar así el sentido de equipo y la iniciativa para la interacción social en el teletrabajo.

Desde el punto de vista de la salud y de la calidad de vida laboral vemos entonces que el teletrabajo puede tener ventajas y desventajas. Una de las ventajas es el ahorro de tiempo en cuanto al desplazamiento al lugar de trabajo. Es evidente que movilizarse de la casa al trabajo en ciudades con caos vehicular es uno de los factores extralaborales que afectan física y emocionalmente a los trabajadores. El teletrabajador se exonera de este desgaste a la vez que puede optimizar el tiempo que ahorra haciendo labores domésticas o familiares. Por otro lado, trabajar desde casa implica una sensación de seguridad mayor, que se pierde al salir a la calle ante los problemas de inseguridad ciudadana que enfrentamos a diario. La comodidad de estar en casa es también una ventaja que puede repercutir en el estado de ánimo y la actitud hacia el trabajo. Sin embargo, esta comodidad tiene como desventaja la posibilidad que el teletrabajador recurra a formas poco ergonómicas de trabajo, como trabajar desde la cama, un sofá o en mobiliario inadecuado, lo que traería como consecuencias afectaciones musculoesqueléticas debido a las malas posturas.

La autonomía en cuanto a la forma en que se realiza el trabajo, al ritmo y a la distribución del tiempo puede permitir al teletrabajador conciliar de una manera óptima la vida familiar y laboral, pero esta ventaja se convierte en desventaja cuando existe, por un lado, una distribución inadecuada de la carga de trabajo de parte de la empresa y, por otro lado, una baja autodisciplina de parte del teletrabajador. Otro factor que puede agravar esta situación y colocar a la autonomía como un aspecto negativo en el teletrabajo podría estar relacionado a las responsabilidades domésticas y familiares que se cruzan o se superponen con mayor evidencia cuando el trabajo se realiza desde casa.

Otra ventaja del teletrabajo es el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs) que permiten conectividad en tiempo real y agilizan los procesos; sin embargo, el uso de TICs, que es inherente al teletrabajo, se convierte en una desventaja cuando el teletrabajador no se encuentra capacitado para dominarlas o no se siente seguro con su uso. Por ejemplo, los docentes que utilizan plataformas virtuales pueden sentirse inseguros cuando la brecha generacional es mayor y su competencia en TICs es menor a la de sus alumnos.

Como podemos observar, el teletrabajo no puede estar ajeno a la evaluación e identificación de factores que pueden afectar la calidad de vida y la salud, pero debemos entender que en este objetivo están involucrados en igual medida tanto el empleador como el teletrabajador. Por un lado, el empleador tiene la obligación de garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable ofreciendo a los trabajadores la información, capacitación y vigilancia que requieren para promover la salud y la seguridad; pero por otro lado, los trabajadores y en especial los teletrabajadores deben reconocerse a sí mismos como los principales agentes en el cuidado de su salud, previniendo los factores de riesgo que están asociados al teletrabajo independientemente de las tareas que realizan.

III. FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIAL EN EL TELETRABAJO

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) propone la definición de los factores psicosociales en el trabajo en los siguientes términos:

Los factores psicosociales en el trabajo consisten en interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, puede influir en la salud, en el rendimiento y en la satisfacción en el trabajo. (Comité Mixto OIT/OMS, 1984).

Entender esta definición es importante para asegurar una mejor comprensión del aspecto psicosocial del trabajo. Como se menciona en la definición estamos hablando de una interacción que involucra por un lado a la empresa, sus características y condiciones de trabajo y, por otro lado, al trabajador y sus percepciones hacia el trabajo y el entorno en que lo realiza.

Los factores psicosociales son neutros, es decir, son condiciones relacionadas al trabajo y percibidas por los trabajadores. Cuando esta percepción de las condiciones de trabajo es negativa, es decir, cuando el trabajador las percibe como insuficientes, inadecuadas o adversas, es cuando aquel factor psicosocial pierde su calidad de neutral y se convierte en un factor psicosocial de riesgo.

Los factores psicosociales de riesgo son aquellos que representan un riesgo para la salud, entendiéndose como riesgo, la probabilidad que generen consecuencias negativas en la salud y el bienestar de los trabajadores. (Mateo, 2013).

Los diferentes grupos ocupacionales en relación con las tareas que realizan pueden presentar diferentes factores de riesgo. Así como por ejemplo un operario de maquinaria pesada está expuesto a factores de riesgo físico diferentes a los que se expone un asistente administrativo, de la misma forma, los factores de riesgo psicosocial pueden presentarse de manera inherente a algunos puestos de trabajo. La bibliografía al respecto es amplia, así como la clasificación de los factores de riesgo en dimensiones para facilitar su análisis puede variar de un autor a otro. De manera general podríamos hacer una clasificación de los factores de riesgo en cuatro dimensiones: relacionados a la organización del trabajo, relacionados al puesto, relacionados a la tarea y relacionados al trabajador.

Tomando en cuenta la clasificación de Cox y Griffiths (1996, como se citó en Mateo, 2013), con relación a las características de la organización del trabajo podríamos considerar factores de riesgo como la mala comunicación interna, el liderazgo, la falta de definición de tareas u objetivos organizacionales, la distribución del trabajo y la asignación de tareas. En cuanto a los factores de riesgo relacionados al puesto de trabajo podríamos mencionar los horarios inflexibles o imprevisibles, las jornadas largas, la baja participación en la toma de decisiones, el ambiente de trabajo disergonómico, la ambigüedad de rol, el conflicto de rol, las escasas oportunidades de promoción, aislamiento físico o social y la falta de apoyo de compañeros, la inseguridad contractual o la temporalidad del puesto. Entre los factores de riesgo relacionados a la tarea, podríamos encontrar sobrecar-

ga y ritmo elevado de trabajo, falta de variedad en el trabajo, tareas sin sentido, bajo uso de habilidades, relación intensa con proveedores, clientes o usuarios.

Los factores de riesgo relacionados al trabajador implican un análisis más profundo, ya que involucran aspectos demográficos (sexo, edad, condición familiar), aspectos físicos y conductuales (estado de salud, hábitos de alimentación, calidad de sueño), aspectos de formación (capacitación, experiencia laboral) y aspectos psicológicos (personalidad, recursos de afrontamiento, expectativas, percepciones, estado emocional). Es por eso por lo que la valoración de los factores psicosociales laborales puede variar de un trabajador a otro en la medida que se encuentra influenciada por su subjetividad e individualidad.

Como hemos mencionado, algunos factores de riesgo son inherentes a los puestos o tareas específicos. Por ejemplo, un operario de producción es probable que tenga el factor de riesgo monotonía de la tarea presente en su valoración del trabajo; del mismo modo que un brigadista de respuesta a emergencias puede observar el factor exigencias emocionales elevadas como parte de su labor. Lo que vamos a plantear a continuación es un análisis de los factores de riesgo asociados al teletrabajo específicamente, independientemente del puesto o de las tareas que el teletrabajador realiza.

1. El conflicto vida familiar y trabajo

Como habíamos mencionado anteriormente, el teletrabajo desde su concepción presenta la posibilidad de trabajar desde casa y tener así más tiempo para participar de las actividades domésticas y familiares en simultáneo con el trabajo. Lamentablemente no se puede garantizar este equilibrio de manera general para todos los teletrabajadores.

La conciliación trabajo – familia depende en primer lugar de una adecuada distribución del tiempo. El teletrabajo puede generar líneas muy débiles en cuanto a la separación del espacio familiar del espacio laboral, no solo en el sentido físico del espacio sino en el aspecto psicológico también. Hacer un alto en las tareas laborales para hacerse cargo de una tarea doméstica puede significar un inconveniente al momento de planificar y distribuir el tiempo.

Por otro lado, la dinámica familiar, es decir, los roles asignados a cada miembro de la familia, la edad, las condiciones de salud en el hogar, los estilos de interacción y de comunicación, pueden influenciar en la actitud que el tele-

trabajador desarrolla hacia el trabajo. La presencia de niños, de adultos mayores o de personas que requieren cuidado impiden una diferenciación más regular de las horas de trabajo y del tiempo destinado a las responsabilidades en la casa.

La teoría del rol (Mateo, 2013) alude a que las personas desempeñan diferentes roles que van unidos a diferentes expectativas. Cuando estos roles se conjugan en un solo espacio o tiempo, se hace más difícil cumplir con las expectativas de todos ellos a la vez. Podemos ver una situación de este tipo en el teletrabajo, por ejemplo cuando una mamá debe atender a un hijo pequeño que reclama su atención a la vez que debe cumplir con una tarea asignada. El conflicto se daría ante la posibilidad de ser una “mala mamá” por priorizar ser una “buena trabajadora” o viceversa.

Greenhaus y Beutell (1985, como se citó en Mateo, 2013) proponen una interesante clasificación de las fuentes de conflicto trabajo familia, diferenciando cuatro: conflicto basado en el tiempo, cuando el tiempo destinado a uno de los roles impide cumplir con otro; conflicto basado en la tensión, cuando el desempeño de un rol genera tensión o malestar y este afecta el comportamiento en otros roles; conflicto basado en la conducta, cuando un rol requiere mostrar una actitud o comportamiento incoherente con la actitud que debería mostrarse en otro rol; y conflicto basado en la energía, cuando el esfuerzo que requiere el desempeño de un rol disminuye la energía que requiere el desempeño de otro.

En esta perspectiva, lograr el equilibrio vida familiar – vida laboral en el teletrabajo no solo requiere de una óptima capacidad de organización, sino además de un estado mental que permita alternar roles en un mismo espacio sin afectación del estado de ánimo, la disposición hacia el trabajo y la armonía familiar.

2. Las exigencias emocionales

Como se ha mencionado en el apartado anterior, el teletrabajo exige la necesidad de conciliar de manera efectiva y en simultáneo las demandas familiares y laborales. Las situaciones del hogar repercuten en tiempo real en la actitud hacia las responsabilidades del trabajo, del mismo modo que las demandas del trabajo afectan la predisposición para responder a las tareas domésticas y familiares. Partiendo de este enfoque, es lógico entender que el teletrabajador deberá desarrollar mejores habilidades para la gestión de sus emociones y que estas no obstaculicen el desempeño laboral.

Imaginemos una situación donde un teletrabajador tiene niños pequeños en casa que demandan permanente atención. Las situaciones comunes de la crianza pueden significar alteraciones en la estabilidad anímica del teletrabajador, como, por ejemplo, atender una rabieta, solucionar un conflicto entre ellos o simplemente responder la demanda de atención afectiva que todo niño dirige hacia sus padres. Pasar de un rol a otro puede significar un esfuerzo mayor, sobre todo en puestos donde el tipo de tareas requiere concentración sostenida y en aquellas donde la estabilidad emocional es necesaria para el manejo de situaciones de mayor presión.

En el trabajo presencial se hace evidente que un trabajador distraído o preocupado estará más sensible a cometer errores en sus tareas, aumentar la probabilidad de generar accidentes o disminuir la calidad de su desempeño. En el teletrabajo se mantiene esta misma situación, excepto que las fuentes de preocupación o de tensión están cercanas al teletrabajador, por lo que se hace aún más difícil la gestión de dichas preocupaciones y tensiones.

Las exigencias emocionales en el teletrabajo estarían también presentes en aquellos trabajos donde las tareas requieren contacto con otras personas, como por ejemplo los teleoperadores, los ejecutivos de ventas, el personal de call center de atención al cliente, los docentes en modalidad virtual. Este tipo de tareas, además del manejo de las propias emociones, requiere que el trabajador que las realiza deberá tomar distancia de las emociones del usuario o clientes, evitando verse afectado por ellas. Las situaciones intensas derivadas del trabajo pueden generar una mayor carga emocional en el teletrabajador, considerando la ausencia del refuerzo presencial positivo del grupo en momentos de mayor tensión.

3. Los obstáculos para la desconexión digital

En nuestro país, La Ley N° 31572, Ley del Teletrabajo, establece el derecho a la desconexión digital para contribuir al equilibrio trabajo – vida familiar. La desconexión digital permite al teletrabajador respetar el término de su jornada laboral diaria y lo exonera de responder comunicaciones o atender demandas del trabajo, salvo en circunstancias de fuerza mayor. Por otro lado, el empleador estaría obligado a respetar los horarios de descanso y de tiempo libre, evitando solicitar requerimientos fuera del horario de trabajo.

A pesar de este marco legal que, en teoría, debería contribuir al bienestar del teletrabajador, se hace difícil fiscalizar su cumplimiento. Si nos remontamos

a los años iniciales de la pandemia COVID19, la situación del trabajo remoto representó un cambio súbito de la forma de trabajar en medio de un contexto de incertidumbre y tensión. Trabajar desde casa implicó adaptarse a las condiciones de trabajo que incluían el uso de las TICs, para muchos trabajadores poco utilizadas hasta este entonces. En este entorno cambiante, las demandas laborales no permitieron la adecuación progresiva a la nueva forma de trabajo en relación con la distribución del tiempo. La premisa de que el teletrabajador al encontrarse trabajando en casa debería estar disponible 24/7 para atender temas laborales, significó un punto de partida equivocado.

Es probable que desde esos inicios la posibilidad de la desconexión digital del trabajador se instaló como un ideal poco realista. Sin embargo, a partir de la promulgación de la mencionada Ley y la atención al derecho a la desconexión digital, se espera que, en cumplimiento a ella, los empleadores hayan desarrollado un mejor control de las demandas de trabajo evitando que estas se presenten fuera del horario de trabajo.

No podemos dejar de mencionar el rol del propio teletrabajador en cuanto a ejercer su derecho a la desconexión digital. La relativa autonomía que el teletrabajador tiene respecto a sus tareas puede jugar en contra al momento de planificar sus actividades, lo cual generaría a su vez una mala distribución del tiempo y con ello la necesidad de dedicar horas extras de trabajo para completar los pendientes del día. Por otro lado, las actitudes de autoexigencia y la necesidad de control pueden llevar al teletrabajador a sentirse presionado o ansioso si no se mantiene conectado al trabajo. La autoexigencia parte del deseo de anticiparse a los hechos para evitar sobrecargas y con ello mantener un rendimiento alto (el caso de los teletrabajadores que optan por trabajar en fin de semana para evitar enfrentar en bloque los pendientes del lunes); mientras que la necesidad de control está relacionada con la vulnerabilidad ante el estrés que lleva al teletrabajador a experimentar ansiedad si es que no responde una comunicación del trabajo en tiempo real a pesar de encontrarse en su tiempo libre.

Como vemos, no es suficiente un marco legal que garantice la desconexión digital, sino es mucho más importante que el teletrabajador logre, por un lado, una gestión del tiempo efectiva y, por otro, que aprenda a manejar el estrés para disfrutar del tiempo libre sin sentimientos de ansiedad ni de culpa.

4. La disminución de la participación y la escasa supervisión

El teletrabajo representa una disminución del contacto interpersonal presencial y con ello puede existir también una disminución en la calidad de las relaciones laborales. En el trabajo presencial, la interacción cara a cara llega a ser inevitable, lo que puede promover incluso la comunicación directa ante problemas, imprevistos o conflictos; sin embargo, en el teletrabajo, esta atención a las situaciones interpersonales puede pasar a segundo plano o en algunos casos evitarse en su totalidad.

Las plataformas de comunicación online no resultarían suficientes para garantizar relaciones interpersonales participativas y gratificantes entre teletrabajadores. De este modo, habilidades sociales tales como la escucha activa, la empatía, la solución de conflictos entre otras se podrían ir debilitando. El medio social laboral del teletrabajador puede quedar reducido a conexiones online, llamadas telefónicas, correos o mensajes instantáneos, lo que puede llevarlo a disminuir no solo sus habilidades relacionales sino también su interés e involucramiento en el equipo de trabajo.

Por otro lado, las relaciones con los jefes y la necesidad de supervisión directa son factores que también se pueden ver afectados con el teletrabajo. La supervisión distante o intermitente y poco efectiva de los teletrabajadores podría generar la falta de feedback oportuno y con ello el teletrabajador no podría tener una retroalimentación efectiva de su desempeño. En esta línea, la calidad del desempeño dependería en gran medida de sus estándares de rendimiento personal, su autodisciplina y su responsabilidad hacia el trabajo.

Si ejercer un liderazgo efectivo en el trabajo presencial constituye un reto, este reto se magnifica en el teletrabajo más aún. Los jefes deberán hallar formas de comunicación para trasladar mensajes que motiven el logro de objetivos y que mantengan el compromiso y la participación activa en el grupo de trabajo, a la vez que deberán estar dispuestos a afrontar desacuerdos y conflictos oportunamente, aun cuando estos se evidencien a través de reuniones online o comunicaciones escritas.

Aquellos teletrabajadores que, por sus características de personalidad, tienen más facilidad para la interacción presencial que para la comunicación escrita o viceversa, pueden encontrar en el teletrabajo mayor insatisfacción frente a los cambios en cuanto a la participación y la supervisión. Asimismo, los

teletrabajadores que encuentran mayor fuente de motivación en la interacción presencial para mantener el interés hacia el cumplimiento de tareas podrían sentir que la necesidad de contacto interpersonal no está siendo satisfecha debido a la modalidad de trabajo en la que se encuentran, lo cual podría disminuir su satisfacción laboral.

5. La carga mental

Sebastian y Del Hoyo (2004) plantean el concepto de carga mental como “el conjunto de requerimientos mentales, cognitivos o intelectuales a los que se ve sometido el trabajador a lo largo de su jornada laboral, es decir, nivel de actividad mental o de esfuerzo intelectual necesario para desarrollar el trabajo” (p.6).

En este sentido, el nivel de carga mental estará determinado por dos aspectos: por un lado, las demandas intrínsecas de la tarea a realizar, como por ejemplo la necesidad de manejar mucha información, la exigencia cognitiva para procesarla y el tiempo destinado a este fin; y por otro lado, las características del trabajador, es decir, su experiencia, sus habilidades, sus conocimientos y la percepción de sus propias competencias (Díaz, 2013). El desequilibrio de estos dos componentes puede suscitar el aumento del esfuerzo cognitivo para responder a la tarea y con ello generar efectos negativos en la salud.

Como se ha mencionado anteriormente, el teletrabajo implica autodisciplina, automotivación y una adecuada organización del tiempo. Un teletrabajador que no pone en práctica estas habilidades podría estar expuesto a la acumulación de tareas y cuando estas tareas tienen exigencias cognitivas altas, significaría un aumento de la carga mental.

Díaz (2013) menciona algunos factores que podrían generar mayor carga mental y que podemos ubicar con facilidad en el terreno del teletrabajo.

- i) Las exigencias cognitivas que se relacionan con la complejidad de las tareas podrían ser mayores si es que no se tiene la supervisión directa que indique al teletrabajador formas de realizar su trabajo de manera eficiente mediante procesos estandarizados que agilicen el trabajo. El teletrabajador carente de este entrenamiento podría optar por métodos de trabajo que sobrecarguen las tareas de pasos prescindibles, generando mayor carga mental.

- ii) Las condiciones temporales de trabajo se refieren al ritmo de trabajo necesario para cumplir las tareas dentro de los plazos establecidos. En el teletrabajo, partiendo de la autonomía sobre el trabajo, una planificación de las tareas poco efectiva podría llevar al teletrabajador a alterar sus horarios de trabajo y de descanso o a generar momentos de prisa para completar los pendientes asignados.
- iii) El contenido del puesto también puede ser un factor de riesgo en el teletrabajo relacionado con la carga mental. El grado de autonomía y de responsabilidad tienden a ser proporcionales, por lo que la autonomía que otorga el teletrabajo en algunos puestos va de la mano con un aumento en la responsabilidad de las acciones y decisiones que competen al trabajo. Asimismo, en puestos que requieren toma de decisiones a partir del manejo de información extensa o variable, se hace más evidente cómo la responsabilidad puede aumentar el nivel de carga mental.
- iv) Las características individuales sirven de moduladores de la carga mental en la medida en que intervienen en la percepción del nivel de esfuerzo mental que se requiere para determinada tarea, cómo el trabajador evalúa esas exigencias y de qué manera afronta la situación. En el teletrabajo, como ya hemos mencionado, la exposición a factores que pueden interrumpir la concentración en las tareas podría llegar a afectar la percepción de las demandas laborales, generándose un desequilibrio entre la complejidad de la tarea y la confianza del teletrabajador en sus propias competencias.
- v) Las condiciones físicas del lugar de trabajo pueden afectar la disposición para realizar tareas que requieren esfuerzo mental. No contar con un espacio adecuado y confortable para realizar el teletrabajo podría generar incomodidad, fatiga y desgano, lo cual podría afectar las habilidades cognitivas de atención, concentración, percepción y análisis de información, aumentando el nivel de esfuerzo mental.

De acuerdo con lo mencionado, podemos comprender que en el teletrabajo se pueden presentar condiciones que alterarían la percepción hacia las exigencias laborales y, a la vez, la disposición y la autoconfianza para responder a ellas, influyendo en la presencia de la carga mental como un factor de riesgo.

IV. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL TELETRABAJO

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que “los riesgos psicosociales son aquellas características de las condiciones de trabajo que afectan a la salud de las personas a través de mecanismos psicológicos y fisiológicos a los que se llama estrés” (OIT, 2013).

Mateo (2013) señala que “los riesgos psicosociales no son condiciones de la organización, como los factores psicosociales, sino que se trata de situaciones o estados del organismo reales con una alta probabilidad de dañar la salud de los trabajadores de forma importante” (p.40). Este autor también hace referencia al estrés como principal riesgo psicosocial, pero lo asocia además con otros riesgos como el síndrome de burnout y el acoso laboral.

En nuestro país, en el artículo 103 del Decreto Supremo N° 005-2012-TR, Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se menciona que “existe exposición a riesgos psicosociales cuando se perjudica la salud de los trabajadores, causando estrés y, a largo plazo, una serie de sintomatologías clínicas como enfermedades cardiovasculares, respiratorias, inmunitarias, gastrointestinales, dermatológicas, endocrinológicas, músculo esqueléticas, mentales, entre otras”.

La bibliografía sobre los riesgos psicosociales hace referencia al efecto negativo que tienen en la salud; sin embargo, en nuestro país, la prevención y control de riesgos psicosociales es un aspecto de la salud laboral que aún se encuentra en vías de crecimiento.

1. El estrés

El estrés puede considerarse como el principal riesgo psicosocial derivado de los factores de riesgo psicosocial en el trabajo. Como ya hemos venido mencionando, los factores de riesgo psicosocial presentes en el entorno laboral cobran un matiz diferente en el teletrabajo y con ello las fuentes activadoras de estrés pueden requerir un análisis desde otra perspectiva.

Lazarus y Folkman (1984, como se citó en Gil Monte, 2019) definieron al estrés como “aquella relación particular entre la persona y el ambiente que se valora por parte del individuo como excesivo o que va más allá de sus recursos haciendo peligrar su bienestar” (p.35). Entendido de esta manera, el estrés es una activación física y psicológica que se presenta cuando la persona interpreta

una demanda como superior a sus recursos de afrontamiento. En este sentido, el estrés no proviene del ambiente sino de la forma en que cada persona afronta las situaciones.

La vulnerabilidad al estrés, es decir, por qué una misma situación puede activar mayor o menor grado de estrés en las personas, tiene componentes psicológicos, físicos y sociales. La personalidad, los patrones de comportamiento, los estilos de afrontamiento, los hábitos de vida, el estado de salud y las redes de apoyo social influyen de manera significativa en la experiencia del estrés. Asimismo, el locus de control, entendido como percepción de la capacidad para comprender y controlar las situaciones, puede aumentar la vulnerabilidad al estrés cuando se sitúa en el exterior, es decir, cuando la persona atribuye la causa de los sucesos a factores externos a sí misma y por lo tanto los percibe fuera de su control. (Mateo, 2013).

Los modelos explicativos del estrés refieren principalmente a los desequilibrios entre factores. Uribe, (2016) hace un resumen de estos modelos.

- i) El modelo de ajuste persona-entorno de French, Rogers & Cobb, hace referencia a la relación entre recursos individuales y demandas del entorno.
- ii) El modelo demanda-control de Karasek plantea la relación entre las demandas y la autonomía para resolverlas, considerando que el nivel de control sobre ellas puede generar diferentes niveles de malestar. Según este modelo, la activación del estrés ya no estaría propuesta en relación con las demandas sino al control para hacerles frente.
- iii) El modelo de desequilibrio esfuerzo-recompensa de Siegrist señala que la percepción de realizar un esfuerzo elevado y de recibir bajo reconocimiento puede generar tensión. Según este modelo, las recompensas incluyen aspectos objetivos como el salario y aspectos subjetivos como el apoyo social, el respeto, el estatus profesional y la seguridad.

Las manifestaciones del estrés pueden agruparse en tres grupos: síntomas físicos, síntomas psicológicos emocionales y cognitivos y alteraciones conductuales. Entre los síntomas físicos podemos mencionar fatiga, dolores de cabeza, tensión muscular, problemas gastrointestinales, alteraciones en la frecuencia cardiaca, entre otros. Los síntomas emocionales se relacionan con labilidad, irritabilidad, mal humor, preocupación, intranquilidad, ansiedad y alteraciones

del estado de ánimo; mientras que los síntomas cognitivos tienen relación con los procesos mentales, en este sentido, el estrés puede afectar la concentración, la memoria, la toma de decisiones y el procesamiento mental. Por último, entre las alteraciones conductuales asociadas al estrés, podemos mencionar dificultades para conciliar el sueño, alteraciones en los hábitos alimenticios, consumo excesivo de alcohol, cigarros u otras sustancias.

En la modalidad del teletrabajo, los factores de riesgo psicosocial tales como el equilibrio vida laboral – vida familiar, las exigencias emocionales, las demandas del puesto en cuanto a autonomía, interacción social y la carga mental, pueden convertirse en fuentes activadoras de estrés. Si a eso le sumamos que los teletrabajadores requieren de habilidades y competencias especiales para adecuarse al uso de las TICs y para adaptarse a formas de interacción, participación y supervisión diferentes a las del trabajo presencial, estaríamos frente a la posibilidad de que este riesgo se presente.

El carácter subjetivo del estrés hace más complicada la intervención sobre él como un factor de riesgo psicosocial laboral. En la modalidad del teletrabajo, este alcance en cuanto a la prevención y al control del estrés se limita aún más, considerando que los empleadores no podrían tener influencia sobre los factores personales y familiares que podrían aumentar la vulnerabilidad ante el estrés en los teletrabajadores. Sin embargo, como la activación del estrés depende también de las demandas del trabajo, a nivel organizacional se podrían analizar las causas del por qué estas demandas pueden ser percibidas por los trabajadores como superiores a sus competencias con la finalidad de realizar los ajustes administrativos y procedimentales que sean necesarios.

Una variante del estrés en cuanto a la fuente que lo activa es el tecnoestrés. Este estado psicológico se relaciona con el uso de las TICs por el desajuste entre las demandas del trabajo y la disposición y dominio en el uso de las TICs (Salanova, 2009). Asimismo, el tecnoestrés puede dividirse en tres manifestaciones: la tecnoansiedad, referida a la inseguridad debida al poco dominio de la tecnología; la tecnofatiga, asociada al manejo cuantitativo y cualitativo de información utilizando la tecnología; y la tecnoadicción, que se produce por el uso constante de las TICs al punto de generar una dependencia nociva (Mateo, 2013).

Podríamos considerar que las tres modalidades de tecnoestrés tienen mayor posibilidad de presentarse en el teletrabajo, partiendo de que el recurso necesario para su realización es el uso continuo de las TICs.

2. El síndrome de burnout

El síndrome de burnout es una manifestación de estrés crónico que comprende tres componentes: el cansancio emocional, la despersonalización y el sentimiento de pérdida de la eficacia profesional. Según Maslach (1982, tal como se citó en Gil Monte, 2019), el síndrome de burnout empieza con la percepción de excesivas demandas laborales que van produciendo un distanciamiento emocional de las situaciones asociadas al trabajo como estrategia defensiva y termina generando una disminución del desempeño con sentimientos de desilusión e incompetencia.

En sus inicios, la propuesta teórica de este síndrome estaba orientada hacia aquellos puestos que implicaban el trabajo con personas, como por ejemplo los puestos de servicios y atención al cliente, el personal de salud, el personal penitenciario y el personal docente; sin embargo, la presencia de estrés crónico puede desencadenar en burnout independientemente del tipo de tareas que se realizan en el trabajo.

En el desarrollo del síndrome de burnout se pueden diferenciar diferentes etapas, entendiéndose como un proceso acumulativo y progresivo de deterioro psicológico y físico. (Mateo, 2013).

- i) Fase de entusiasmo: el trabajador enfrenta las demandas laborales motivado, percibiéndolas como retos a superar.
- ii) Fase de estancamiento: el trabajador percibe que el esfuerzo realizado no guarda equilibrio con las recompensas recibidas y empieza a experimentar insatisfacción hacia el trabajo.
- iii) Fase de frustración: el trabajador laboralmente insatisfecho empieza a cuestionarse el sentido del trabajo y su competencia para realizarlo.
- iv) Fase de apatía: el trabajador disminuye el compromiso laboral, evitando las tareas que requieren esfuerzo y distanciándose emocionalmente del desempeño en el trabajo, afectando la calidad de su trabajo.

Analizando la naturaleza del teletrabajo que requiere habilidades y competencias específicas, la influencia de factores externos al trabajo como el entorno ambiental y las condiciones familiares, sumado a las limitaciones del alcance de los empleadores para supervisar el rendimiento y garantizar la salud y la seguridad de los teletrabajadores, podemos concluir que el síndrome del burnout puede

estar presente en esta modalidad con todos los efectos negativos que tiene sobre el bienestar y sobre la calidad del desempeño laboral.

3. El síndrome de boreout

El síndrome de boreout está referido al sentimiento de aburrimiento motivado por el trabajo. Vendría a ser el opuesto al síndrome de burnout y contempla tres componentes: la infraexigencia, que se presenta cuando el trabajador siente que las demandas laborales están por debajo de sus competencias; el desinterés, que se asocia con la pérdida del sentido del trabajo; y el aburrimiento, que se genera por el sentimiento de vacío, desánimo y desorientación en su labor (Rothlin y Werder, 2011).

Las causas de este síndrome pueden ser múltiples, por ejemplo, la influencia de una mala elección vocacional que lleve al trabajador a desempeñarse en un campo ajeno a su interés, la falta de oportunidades de aprendizaje y la carencia de retos en el trabajo, llevando las tareas a un estado de monotonía, y la falta de satisfacción de necesidades subjetivas en el trabajo, como la necesidad de afecto, de reconocimiento y de pertenencia.

En el teletrabajo, la autonomía podría constituir un factor de riesgo asociado al síndrome de boreout. En la medida que el teletrabajador no mantenga un estándar de cumplimiento de las tareas asignadas sin necesidad de supervisión directa y sin tener la posibilidad de contrastar su rendimiento con el de los compañeros, podría disminuir su motivación hacia el trabajo. En este caso, la facilidad de disponer del tiempo puede afectar la autodisciplina y si a eso le sumamos un trabajo con tareas repetitivas, poco retadoras y con escasa posibilidad de potenciar el desarrollo profesional, es muy probable que el teletrabajador disminuya su interés y su compromiso laboral. Rothlin y Werder (2011) en este sentido, refieren que las tareas que pueden desarrollarse con relativa libertad pueden ser aplazadas y procrastinadas a medida que se va perdiendo la responsabilidad en su cumplimiento,

Estos autores también mencionan entre los síntomas del boreout un proceso de introversión a partir del cual el trabajador pierde el interés en comunicarse de manera activa con el equipo de trabajo, disminuyendo la iniciativa en la interacción. La disminución del contacto presencial que supone el teletrabajo haría que este síntoma se presente con sus implicancias en el cumplimiento de

metas, la atención a los problemas laborales y la identificación del teletrabajador con su trabajo y con la empresa.

4. El acoso laboral

El acoso laboral se entiende como acciones sistemáticas de hostilidad dirigidas por un trabajador o un grupo de trabajadores hacia otro y que tienen la intención de afectar la dignidad o su integridad física o psicológica de la víctima. Algunas modalidades de acoso laboral son las acciones contra la reputación y la dignidad, acciones contra la posibilidad de ejercer bien el trabajo, acciones contra la libre comunicación y acciones de inequidad o discriminación. Las situaciones de acoso laboral pueden ir aumentando en intensidad y frecuencia hasta generar tal afectación emocional que lleve a la víctima a renunciar a su trabajo. Los síntomas que experimenta la víctima de acoso laboral abarcan manifestaciones de estrés, síntomas psicosomáticos, ansiedad, cuadros depresivos y un deterioro progresivo de su autoestima que podría generar efectos negativos en su desenvolvimiento social. (Mateo, 2013).

Los teletrabajadores no están libres de sufrir acoso laboral. La modalidad del ciberacoso hace referencia al uso de las TICs con fines de hostigar a la víctima. La disminución del contacto presencial puede significar para la víctima menores oportunidades para afrontar de manera asertiva y directa las situaciones de acoso.

Por otro lado, una de las formas de acoso mencionadas por Gil Monte (2014) es ejercer contra la persona una presión indebida o arbitraria. Si esto lo analizamos en el campo del teletrabajo, podríamos asociarlo con la sobrecarga de trabajo y la presión del cumplimiento que, en estos casos, se extiende a la demanda de resultados no como parte de una gestión efectiva del trabajo, sino como una forma de ejercer control sobre el teletrabajador. De esta manera, la desconexión digital del teletrabajador estaría en riesgo y se abre la posibilidad de alterar el equilibrio trabajo – familia, los hábitos de sueño y de descanso y de desarrollar síntomas de estrés.

V. CONCLUSIONES

- i) Existe un marco normativo que determina los deberes y derechos de empleadores y trabajadores en cuanto a la salud y seguridad en el trabajo; sin embargo, aún existen carencias en cuanto a la sensibili-

zación e importancia que las empresas deben otorgar en materia de prevención de factores de riesgo y riesgos psicosociales laborales.

- ii) La modalidad del teletrabajo no está libre de presentar factores de riesgo psicosocial, a la vez que el alcance de las empresas para velar por la salud y seguridad de los trabajadores en esta modalidad se vuelve limitado en la medida que es más difícil supervisar, prevenir y controlar las condiciones en las que se realiza el teletrabajo.
- iii) El estrés se presenta como el riesgo psicosocial laboral más frecuente con consecuencias negativas sobre la salud y el desempeño en el trabajo. Las condiciones del teletrabajo pueden añadir factores de riesgo referidos al desarrollo de las tareas, a las influencias del entorno familiar y a las actitudes y comportamientos del trabajador, generando factores estresores que se mantienen presentes durante la realización del trabajo.
- iv) Frente a las limitaciones de la vigilancia e intervención en relación con la prevención y control de riesgos psicosociales en el teletrabajo por parte de los empleadores, se hace necesario potenciar actitudes positivas hacia la promoción de la salud en los mismos teletrabajadores, situándolos como principales agentes en el mantenimiento de su salud y en el logro de una buena calidad de vida laboral.

VI. REFERENCIAS

- Arévalo Vela, J. (2024). *El teletrabajo en el Perú*. Revista De Derecho Procesal Del Trabajo, 7(9), 181-209. <https://doi.org/10.47308/rdpt.v7i9.958>
- Confederación de empresarios de Málaga. (2013) *Guía de prevención de riesgos psicosociales en el trabajo*. CEM.
- D.S. N° 005-2012-TR Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. 01 de noviembre de 2016. <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/normas-legales/462577-005-2012-tr>
- Díaz D., Hernández, E. y Rolo, G. (2013). *Carga mental de trabajo*. Editorial Síntesis.
- Gil- Monte, P. (2014). *Manual de psicopsicología aplicada al trabajo y a la prevención de riesgos laborales*. Ediciones Pirámide.
- Gil-Monte, P. (2019). *Prevención y tratamiento del síndrome de quemarse por el trabajo (burnout): Programa de intervención*. Ediciones Pirámide.

- Ley N° 29783 Ley de Salud y Seguridad en el trabajo. 20 de agosto de 2011. <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/462576-29783>
- Ley N° 31572 Ley del Teletrabajo. 11 de setiembre de 2022. <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/3460247-31572>
- Mateo, P. (2013). *Control del estrés laboral*. FC Editorial Fundación Confemetal.
- Mendoza, L. (2023). *Análisis de los factores de riesgo psicosocial en el teletrabajo y sus efectos en la salud del teletrabajador*. MTPE Boletín informativo laboral N.º 144 <https://www2.trabajo.gob.pe/el-ministerio-2/sector-trabajo/direccion-general-de-trabajo/boletines/boletines-2023/boletin-no-144/>
- Olivares, S., y Gonzales, M. (2014) *Psicología del trabajo*. Grupo Editorial Patria.
- OIT-OMS (1984). *Factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención. Informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre Medicina del Trabajo, novena reunión Ginebra, 18-24 de septiembre de 1984* <https://www.factorpsicosociales.com/wp-content/uploads/2019/02/FPS-OIT-OMS.pdf>
- OIT (2013). *La organización del trabajo y los riesgos psicosociales: una mirada de género*. <https://www.ilo.org/es/publications/la-organizacion-del-trabajo-y-los-riesgos-psicosociales-una-mirada-de>
- OMS (2010) *Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y Modelo de la OMS Contextualización, Prácticas y Literatura de Apoyo* https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/44466/9789243500249_spa.pdf
- Patlán, J. (2016). *Calidad de vida en el trabajo* Editorial El Manual Moderno.
- Puntriano Rosas, C. (2024). *La seguridad y salud en el teletrabajo en el Perú*. Laborem, 22(29), PP.59–79. <https://doi.org/10.56932/laborem.22.29.3>
- Rothlin, P. y Werder P. (2011). *El nuevo síndrome laboral Boreout: Recupera la motivación*. Editorial De Bolsillo.
- Salanova, M.(2009). *Psicología de la salud ocupacional*. Ediciones Pirámide.
- Sebastián, O. y Del Hoyo, M. (2004). *La carga mental en el trabajo*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo Madrid.
- Uribe, J. (2016). *Psicología del trabajo. Un entorno de factores psicosociales saludables para la productividad* Editorial El Manual Moderno.

NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y RIESGOS PSICOSOCIALES: DESAFÍOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

IVÁN BLUME MOORE* **

Abogado por la Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad
Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

* Socio del Estudio Cuatrecasas Gonçalves Pereira Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada - Cuatrecasas Gonçalves Per. Master of Industrial and Labor Relations (MPS), Cornell University. Abogado por la Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

** Agradezco muy especialmente los valiosos comentarios de Ralph Salas y Luciana Muñoz al presente documento.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TIC) ha transformado profundamente la manera como trabajamos hoy. El Perú no es ajeno a estos cambios y, en este contexto, el teletrabajo ha adquirido un protagonismo indiscutible en los últimos años, junto con otras nuevas formas de trabajo que han hecho su aparición, las cuales se caracterizan por el uso intensivo de plataformas digitales o la presencia de trabajadores en distintas partes del mundo, conocidos como nómadas digitales.

Los constantes cambios de las TIC plantean diferentes retos jurídicos y tecnológicos en el ámbito laboral. Estas nuevas formas de trabajo, que permiten al trabajador realizar sus labores sin la necesidad de acudir al centro de labores y con una menor fiscalización, han traído consigo nuevos desafíos, uno de ellos evitar la aparición o intensificación de riesgos psicosociales.

En el presente artículo, nos proponemos abordar esta problemática. En la primera sección, definiremos lo que se entiende por nuevas formas de trabajo. En la segunda, analizaremos la relación que existe entre estas formas de trabajo y la intensificación de riesgos psicosociales, tales como el estrés, la fatiga, la depresión, entre otros. En la tercera sección, nos ocuparemos, principalmente, de las respuestas que el derecho laboral ha ofrecido para prevenir o mitigar estos riesgos. Entre estas respuestas destacan el derecho a la desconexión digital, las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, y la atención de los riesgos psicosociales por medio del seguro regular de EsSalud. Finalmente, en la última sección, presentaremos algunas conclusiones y recomendaciones para evitar estos riesgos psicosociales.

II. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

En las últimas décadas, la tecnología ha transformado profundamente las relaciones laborales. Desde la automatización de tareas rutinarias hasta la creación de nuevas formas de comunicación y colaboración, el impacto de la tecnología

en el ámbito laboral es incuestionable. Esta transformación ha afectado no solo la manera en que se realizan las tareas diarias, sino que también ha redefinido las expectativas y las dinámicas entre empleadores y trabajadores. Este cambio en la tecnología impacta en (i) la forma de trabajo, (ii) la organización del trabajo, (iii) la gestión de recursos humanos y, (iv) en la cultura empresarial (Pedrola, 2017, p. 108).

Con respecto a la forma de trabajo, la tecnología permite que el trabajador pueda laborar fuera del centro de labores. Estas nuevas formas de trabajo tienden a centrarse en los resultados más que en la presencia física del trabajador. Este puede desempeñar sus funciones desde cualquier lugar y ser remunerado por los resultados obtenidos, lo cual ha dado lugar a una mayor flexibilidad y autonomía en la gestión del tiempo y las responsabilidades laborales (Pedrola, 2017, p. 121).

Principalmente, con la pandemia se aceleró la adopción de nuevas modalidades de trabajo, las cuales permitieron garantizar la continuidad operativa dentro de ese contexto (OIT, 2020, p.1). Entre estas modalidades, la más destacada es el teletrabajo, la cual no solo implica trabajar desde casa mediante un computador con conexión a Internet, sino que se caracteriza por “el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones –como teléfonos inteligentes, tabletas, computadoras portátiles y de escritorio– para trabajar fuera de las instalaciones del empleador” (OIT, 2020, p.1).

En otras palabras, con la regulación de esta modalidad de trabajo, se permite hacer uso de diferentes medios digitales para continuar realizando labores sin la necesidad de estar ubicados en un espacio específico.

En el Perú, el teletrabajo se encontraba regulado desde el 5 de junio de 2013 mediante la Ley No. 30036, siendo su reglamento, el Decreto Supremo No. 017-2015-TR, publicado el 3 de noviembre de 2015. Esta regulación no tuvo un impacto significativo en el manejo de las relaciones laborales; sin embargo, la pandemia de COVID-19 obligó a que las empresas y trabajadores se adapten a las nuevas medidas de distanciamiento social. En dichas circunstancias, desde el 15 de marzo de 2020, surge el “trabajo remoto” a partir del Decreto de Urgencia No. 026-2020, incorporando como una de las principales novedades la posibilidad que el trabajador pueda proporcionar los equipos y medios informáticos de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía u otros) para la prestación de los servicios.

Con la culminación del estado de emergencia sanitaria finaliza la vigencia del “trabajo remoto”; sin embargo, la Ley No. 31572, Ley del Teletrabajo y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo No. 002-2023-TR buscan adaptar las normas del teletrabajo para fomentar su uso y adaptarlo a un mercado global cada vez más competitivo, lo que ha generado que se continúe usando esta modalidad. Muestra de ello es que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) registró un promedio de 2 mil teletrabajadores en el año 2019 en el sector privado (MTPE, 2022, p. 15), mientras que, durante el primer trimestre del año 2024, se ha registrado a 194 mil teletrabajadores (MTPE, 2024, p. 17).

En el contexto de nuestro marco legal, el teletrabajo es definido como una modalidad especial de prestación de labores, de condición regular o habitual. Esta se determina por el trabajo subordinado sin la presencia física del trabajador, mediante el uso de plataformas y tecnologías digitales. Con esta regulación se han establecido expresamente distintos aspectos para que se pueda desarrollar el trabajo respetando los derechos y obligaciones de los trabajadores.

El teletrabajo puede ser total o parcial, siendo común que algunas empresas implementen sistemas conocidos como “híbridos”. Esta flexibilidad permite a las empresas adaptarse a las necesidades individuales de sus empleados, mejorando así la satisfacción y la retención del talento. El teletrabajo parcial es valorado por las empresas debido a sus múltiples ventajas, como la posibilidad de contratar talento a nivel mundial, la reducción de gastos relacionados con el uso y mantenimiento de oficinas y la disminución del tiempo de transporte al trabajo, así como la reducción de la huella de carbono. Además, este modelo híbrido puede contribuir a una mejor conciliación entre la vida laboral y personal, permitiendo a los trabajadores gestionar su tiempo de manera más eficiente y equilibrada.

No obstante, también se está adoptando, aunque en menor medida, esquemas de teletrabajo total, lo que brinda a los trabajadores un mayor grado de flexibilidad para llevar a cabo sus tareas. Esta modalidad les permite, incluso, desempeñar sus funciones desde otros países, alejados del centro de trabajo. A estos profesionales se les conoce como “nómadas digitales”.

Los nómadas digitales son individuos que, gracias al uso de la tecnología, pueden trabajar de manera remota desde cualquier lugar del mundo y trasladarse, según sus intereses y necesidades (Chiriboga, Delgado y Zambrano, 2023, p. 70). Esta modalidad también es conocida como el teletrabajo internacional,

que permite la prestación de servicios a distancia mediante las tecnologías de la información y desde un país elegido por el trabajador, diferente a aquel donde se encuentra establecida la empresa. Esta tendencia ha cobrado relevancia en los últimos años, ya que la tecnología ha avanzado al punto de permitir una conectividad constante y eficiente, facilitando la comunicación y la colaboración a distancia. La posibilidad de trabajar desde cualquier lugar, ha llevado a muchos profesionales a adoptar un estilo de vida diferente, en el que pueden combinar el trabajo con la exploración de nuevas culturas y lugares.

Considerando esta tendencia, distintos países han implementado visas específicas para facilitar el ingreso de profesionales por un periodo de tiempo determinado. Recientemente, en Perú, en noviembre de 2023, mediante el Decreto Legislativo No. 1582, se aprobó un nuevo tipo de calidad migratoria que permite a extranjeros ejercer sus labores, cuya relación laboral se genera en el extranjero con una empresa no domiciliada en Perú, por un plazo de un año, con posibilidad de prórroga. Hasta la fecha, se encuentra pendiente su reglamentación.

Al mismo tiempo, las empresas han implementado políticas internas para trabajar desde cualquier lugar o *work from anywhere*, con la finalidad que los trabajadores puedan ejecutar sus funciones desde cualquier ubicación geográfica, sin limitarse a un espacio físico en específico. Dichas políticas pueden ser un factor determinante en la atracción y retención de talento, ya que los profesionales valoran la posibilidad de trabajar en entornos que se ajusten a sus necesidades y estilos de vida. Desde una perspectiva organizacional, estas políticas también benefician al empleador, en la medida que pueden conllevar una reducción de costos operativos, al disminuir la necesidad de espacios físicos de trabajo y los gastos asociados a los mismos.

Asimismo, con el avance de la tecnología, ha surgido un debate sobre si las personas que trabajan desde plataformas virtuales forman parte de estas nuevas formas de trabajo. En relación con este tema, la OIT clasifica a estos trabajadores en dos categorías: aquellos que son contratados directamente por las plataformas digitales y aquellos que utilizan estas aplicaciones para ofrecer sus servicios de manera autónoma. Los integrantes de este último grupo son conocidos como trabajadores independientes y, por lo tanto, no mantienen una relación laboral con la plataforma (OIT, 2021, p. 100).

Este grupo de trabajadores se distingue por prestar sus servicios en horarios flexibles que ellos mismos determinan, utilizando sus propias herramientas y equipos de trabajo. La remuneración que reciben proviene directamente de los clientes que utilizan la plataforma para acceder a sus servicios. De esa manera, al no presentar los elementos básicos de subordinación, se les clasifica como trabajadores independientes (Alburquerque, 2024, p. 221). La flexibilidad y autonomía que caracterizan a estos trabajadores les permite gestionar su tiempo y recursos de manera más libre, aunque también enfrentan los desafíos comunes a los trabajadores independientes como el acceso a la pensión.

Algunos autores, como Boza y Briones, cuestionan la calificación general de estas personas como trabajadores independientes. Por ello, sugieren que se debe analizar cada caso concreto para determinar si el trabajo realizado puede ser calificado como un contrato de trabajo (2021, p. 49).

Luego de haber efectuado la descripción del panorama de las nuevas formas de trabajo, nos enfocaremos, principalmente, en identificar los riesgos psicosociales que surgen a partir del teletrabajo. Este enfoque es fundamental, ya que a pesar de los numerosos beneficios que el teletrabajo y otras formas de trabajo digital ofrecen, también presentan desafíos significativos en términos de salud mental y bienestar. Factores como el aislamiento social, la falta de separación entre la vida laboral y personal, y la presión por mantenerse constantemente conectado pueden tener un impacto negativo en los trabajadores.

A pesar de que las leyes que regulan el teletrabajo señalan expresamente que los teletrabajadores deben cumplir con la misma jornada que los trabajadores que realizan sus labores de manera presencial, en la práctica es común que en estas nuevas formas de trabajo la comunicación con el empleador se mantenga fuera de la jornada de trabajo (Alburquerque, 2024, p.219). Estas prácticas pueden generar una mayor sobrecarga de trabajo y dificultar que el trabajador se desconecte de sus labores.

Sobre este aspecto, se ha demostrado que es más frecuente que los teletrabajadores realicen horas extras. Específicamente, un 27% de los trabajadores señalaron que trabajaban en su tiempo libre para poder satisfacer las exigencias del trabajo. (OIT, 2020, p. 6). En esa línea, aunque se ha entendido que el teletrabajo permite la conciliación entre la vida laboral y la vida familiar, en realidad, también puede repercutir negativamente en el incremento de la jornada laboral.

De esa manera, las ventajas iniciales del teletrabajo, en realidad, puede terminar generando una desventaja en la vida laboral y familiar porque se difuminan ambos límites y genera mayor conflicto en ambos ámbitos del individuo (Blancas, 2021, p. 582). Esta ambigüedad puede llevar a un aumento del estrés y la fatiga, afectando no solo la productividad laboral sino también la calidad de vida del trabajador.

III. RIESGOS PSICOSOCIALES ASOCIADOS A LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

Los riesgos psicosociales han sido abordados por diversos organismos internacionales y estudios académicos desde el campo de la psicología. Por una parte, son definidos por la Oficina Internacional del Trabajo y la Organización Mundial de la Salud como “las interacciones entre el medioambiente de trabajo, el contenido del trabajo, las condiciones de organización y las capacidades, las necesidades y la cultura del trabajador, las consideraciones personales externas al trabajo que pueden, en función de las percepciones y la experiencia, tener influencia en la salud, el rendimiento en el trabajo y la satisfacción laboral” (OIT, 1986, p. 12).

Por otra parte, la Agencia Europea de la Seguridad y Salud en el Trabajo ha descrito a los riesgos psicosociales como aquellos aspectos que surgen de una mala concepción, organización, gestión del trabajo y de su entorno social que pueden causar daños psíquicos, sociales o físicos en la salud de los trabajadores (Agencia Europea de la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2014, p. 5).

Asimismo, los riesgos psicosociales varían de acuerdo con la modalidad en la que los trabajadores realicen sus funciones y la vida laboral está en constante cambio. Los límites entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso cada vez están menos claros (Comisión Europea de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, 2018, p. 6).

Bajo la normativa peruana, el artículo 3.7. de la Resolución Ministerial No. 375-2008-TR, Norma básica de ergonomía y procedimientos de evaluación de riesgo disergonómico, define a los factores de riesgos biopsicosociales como: “aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el bienestar o a la salud (física, psíquica y social) del trabajador, así como al desarrollo del trabajo.”

En tal virtud, los riesgos psicosociales (o los factores de riesgo biopsicosocial según la normativa peruana) abarcan una amplia gama de influencias que pueden impactar negativamente en los trabajadores. Estos incluyen aspectos como el entorno físico y social del lugar de trabajo, el tipo de tareas que se realizan, la responsabilidad asignada, la manera en que está estructurada la organización y las características personales de cada empleado, como su formación y sus expectativas. A lo que se debe añadir factores externos al trabajo, como problemas personales o familiares, también pueden jugar un papel importante. La forma en que cada individuo percibe y experimenta estas influencias puede determinar su efecto en su bienestar, su eficiencia en el trabajo y su grado de satisfacción con su empleo.

La repercusión de los riesgos psicosociales estará condicionada por la naturaleza del trabajo desempeñado. En relación con los riesgos psicosociales asociados al teletrabajo, se presentan desafíos únicos como la predominancia de la comunicación a través de medios tecnológicos y la fusión entre las tareas del hogar y las laborales. Además, la adecuación del espacio de trabajo y la supervisión de las tareas por parte del empleador son aspectos que pueden complicarse. En efecto, el espacio de trabajo no siempre es el óptimo, a lo que se añade la dificultad que tiene el empleador de supervisar la cantidad de tareas asignas y el tiempo que el trabajador destinará a ellas. Todos estos elementos pueden ocasionar efectos psicológicos negativos en el trabajador relacionados con el estrés, agotamiento y depresión.

Precisamente, en este contexto, es importante detenernos brevemente a analizar al estrés como respuesta emergente a estos cambios en el trabajo. En términos generales, para la OIT, en el entorno laboral, el estrés se define como la reacción física y emocional que surge cuando existe un desequilibrio entre las exigencias del trabajo y capacidades de una persona para afrontar dichas demandas. Así, este tipo de estrés se presenta cuando las exigencias laborales no se ajustan o superan las capacidad, recursos o necesidades del trabajador (2016, p.2).

Al respecto, si bien desde una perspectiva psicológica, se ha asociado el origen del estrés con determinadas características personales (factores de personalidad, capacidades cognitivas y físicas), otros estudios contemporáneos evidencian que el error humano es un factor desencadenante del estrés. La interacción entre personas y máquinas/tecnología no es fácil y, frecuentemente, es el elemento clave en la determinación del error humano (Moscoso, Martínez y Otero, 2022, p. 122).

El estrés puede ocasionar efectos adversos en distintos niveles: (i) emocional, manifestado en irritabilidad, ansiedad, problemas de sueño, (ii) cognitivo, reflejado en dificultades de concentración, memoria, percepción, y (iii) físico, presentado en los problemas musculares, cardiovasculares, hipertensión, entre otros. El caso del estrés laboral puede llegar a comprometer la seguridad y salud en el entorno del trabajo (Jiménez y León, 2010). Inclusive, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha estimado que cada año se pierden 12,000 millones de días de trabajo debido a la depresión y ansiedad que sufren los trabajadores (2022).

Un caso de estrés crónico laboral puede llegar a convertirse en *burnout*. Desde enero de 2022, la OMS ha reconocido el síndrome de *burnout* como enfermedad profesional, incluyéndolo entre las principales afectaciones a la salud mental dentro de su Clasificación Internacional de Enfermedades. Entre los síntomas que suelen generar destacan el agotamiento físico y mental, sentimiento de frustración en el trabajo, negatividad y falta de concentración para realizar labores, problemas de comunicación con los jefes y demás trabajadores, dolores de cabeza y problemas intestinales (OMS, 2022). Sin embargo, en el caso de Perú, no se ha incluido al *burnout* dentro del listado de enfermedades profesionales aprobado mediante la Resolución Ministerial No. 480-2008-MINSA.

En el Perú, según un estudio realizado por la Universidad ESAN en el año 2021, el 70% de trabajadores sufrieron de estrés laboral a causa de la pandemia y debido a la imposibilidad para adaptarse a las nuevas modalidades de trabajo (García y Yuli, 2023, p. 3). En otras palabras, hubo un incremento de estrés producto de los cambios que trajo consigo la pandemia, la cual se intensificó, pues muchas empresas del país —como es natural dado el contexto— no contaban con estrategias previstas para que sus trabajadores puedan adaptarse con mayor facilidad al teletrabajo.

Es común que se genere mayor nivel de estrés para los teletrabajadores, porque, aunque tienen la posibilidad de contar con trabajos más flexibles, también se les exige mayor organización propia y disponibilidad permanente, lo que hace que sea más difícil poner límites para disponer de su propio tiempo en su vida privada (Ahlers, 2016, p.103). Los teletrabajadores enfrentan mayores desafíos mentales para desempeñar sus labores como consecuencia de la sobrecarga laboral, el incremento de las horas de trabajo, la necesidad de realizar múltiples tareas al mismo tiempo o la dificultad de separar la vida personal del trabajo (Molina, 2021, p- 63).

Cabe precisar que, el estrés genera una disminución del rendimiento laboral, un incremento de la cantidad las inasistencias, impuntualidad, problemas disciplinarios, lo cual puede llegar hasta representar una amenaza a la salud de los trabajadores o generar accidentes. Además, los trabajadores que padecen estrés no son tan productivos ni creativos como podrían ser, afectando la calidad de sus resultados. Ahí radica la importancia de gestionar los riesgos psicosociales para combatir el estrés, lo cual permita al personal gozar de mayor seguridad y salud en el trabajo y buscar eficiencia en un esquema de mayor competitividad laboral a nivel mundial.

Las consecuencias del estrés tampoco son ajenas a las nuevas formas de trabajo que se caracterizaban por una menor presencia física del trabajador en el centro de labores y un menor grado de supervisión de la jornada de trabajo. De igual manera, los teletrabajadores afectados por estrés o *burnout* -cuando se convierte en estrés crónico- generarán deficientes resultados, serán más propensos a cometer errores, podrán manifestar un mayor grado de absentismo al no conectarse a las plataformas virtuales, y tendrán más probabilidades de desarrollar problemas de salud (dificultad para conciliar el sueño, trastornos de ansiedad, irritabilidad, hipertensión, enfermedades cardiovasculares, entre otros).

En el siguiente punto, analizaremos las herramientas que tiene a disposición el derecho laboral peruano para abordar los riesgos psicosociales en los nuevos esquemas de trabajo.

IV. RESPUESTAS BRINDADAS POR EL DERECHO DEL TRABAJO

Diversos organismos internacionales como la OMS y la OIT han recomendado que se implementen nuevas medidas para abordar los problemas de salud mental en el trabajo (OMS, 2022). En ese sentido, los empleadores, las organizaciones sindicales y los estados nacionales son actores trascendentales que deben combinar esfuerzos para lograr cambios en el tratamiento de los riesgos psicosociales.

A manera de ejemplo, el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva del año 2005 suscrito entre la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores, en su capítulo VII, reguló como objetivo prevenir, eliminar y reducir el problema del estrés laboral para mejorar las condiciones laborales.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta importante que el marco normativo nacional se adapte y busque aplicar estándares internacionales y buenas prácticas que nos permitan brindar una mejor protección a la salud mental en el trabajo, integrando medidas específicas que consideren las realidades y desafíos propios de nuestro país.

Dicho esto, el derecho del trabajo peruano ya contempla opciones para gestionar, reducir y eliminar los riesgos psicosociales en el contexto de las nuevas formas de trabajo. En la presente sección, abordaremos tres medidas específicas. La primera, se centra en el trabajador y la desconexión digital; la segunda tiene como protagonista al empleador en su rol de velar por la seguridad y salud en el teletrabajo; mientras que la tercera incumbe al Estado en su rol por fortalecer el seguro social de salud para garantizar un tratamiento médico óptimo para la población.

1. Derecho a la desconexión digital

Comenzaremos este apartado realizando una aproximación al emergente derecho a la desconexión digital, analizando las posibles causas de su cristalización.

La adopción masiva de herramientas digitales ha generado que se difumine la división entre la vida laboral, personal y familiar, en gran medida por la mayor disponibilidad del trabajador para estar conectado y por la menor supervisión que existe en un contexto virtual. En este contexto, el derecho a la desconexión digital surge como respuesta ante este problema y mitigar los riesgos psicosociales asociados con los cambios que trae consigo la tecnología.

De acuerdo con Boza y Briones, aunque existe un debate sobre si este derecho posee un contenido novedoso o si se desprende de otros derechos, se reconoce la importancia de su regulación específica debido a su finalidad instrumental. Este derecho permite articular y proteger otros derechos fundamentales, tales como el derecho a una jornada máxima de trabajo, al descanso, a la salud, a la intimidad personal y familiar, y a la conciliación familiar (2023, p.110).

Asimismo, según García, este derecho limita el poder de dirección que tiene el empleador, ya que le permite al trabajador restringir la oportunidad en la que puede recibir órdenes de trabajo, por lo que se encuentra asociado al derecho de resistencia (2022, p.63).

La desconexión digital se regula en el artículo 22° de la Ley No. 31572 (Ley del Teletrabajo) y en el artículo 24° del Decreto Supremo No. 002-2023-TR (Reglamento de la Ley del Teletrabajo), destacándose los siguientes aspectos:

- i) Consiste en apagar o desconectar los equipos o medios digitales, telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios.
- ii) Es un derecho del teletrabajador para disfrutar su tiempo libre y equilibrar la vida laboral, privada y familiar.
- iii) Es una obligación del empleador de respetar que el teletrabajador no responda comunicaciones, órdenes o requerimientos realizados durante este periodo, salvo que exista un motivo de fuerza mayor o circunstancias excepcionales.
- iv) Incluye las horas diarias de descanso fuera del horario de trabajo, el descanso semanal obligatorio, el período vacacional anual, las licencias por paternidad y maternidad, y las horas de lactancia, los permisos y licencias por accidentes o enfermedad, etc.
- v) Las autoridades competentes deben fiscalizar el cumplimiento del ejercicio del derecho a la desconexión digital por parte del teletrabajador.

Sin embargo, no todos los alcances y vertientes del derecho a la desconexión digital son pacíficos, pues existen asuntos controversiales. En efecto, uno de ellos es la aplicación de este derecho a los teletrabajadores que ocupan cargos de dirección y aquellos no sujetos a fiscalización inmediata, quienes deben tener un periodo de desconexión no menor de 12 horas continuas en un periodo de 24 horas. Cabe mencionar que esta regulación resulta discutible, ya que, en realidad, este tipo de trabajadores tiene la posibilidad de distribuir libremente su jornada laboral, por lo que no están sujetos a una jornada máxima, conforme al artículo 5° del Decreto Legislativo No. 854, Ley de Jornada, Horario y Trabajo en Sobretiempo.

Otro de ellos es la reciente modificación del artículo 21° de la Ley No. 31572 para establecer como obligación del teletrabajador no abandonar el lugar habitual de teletrabajo y realizar actividades particulares, salvo que se encuentren debidamente justificadas, bajo apercibimiento de iniciarse un procedimiento disciplinario. Existen posturas que consideran que esta obligación resultaría una amenaza a la flexibilidad que el teletrabajo ofrece. Sin embargo, nos pre-

guntamos si esta prohibición, en realidad, refleja una reacción emergente o una contrapartida al derecho de desconexión digital.

No obstante, el análisis de estas problemáticas, exceden largamente los alcances del presente artículo.

Es importante resaltar que el derecho a la desconexión digital tiene una doble vertiente: (i) es una garantía de efectividad del derecho al descanso y del derecho al debido respeto de la intimidad del trabajador, cuya utilidad puede exigirse en cualquier momento en que se sienta en peligro, sin necesidad de mediación legal ni tampoco convencional; y, (ii) convierte en irregular el ejercicio del poder directivo, aun mediante formatos tecnológicos avanzados, que se despliegue fuera del tiempo laboral, debiendo el empleador no sólo abstenerse de tales conductas, sino también de evaluar los riesgos psicosociales que puede generar en el trabajador el plus de carga digital, dentro y fuera del trabajo (Molina, 2017, p. 279).

De igual manera, de acuerdo con Boza y Briones, este derecho se manifiesta en dos momentos que eventualmente convergen: primero, el trabajador no debe ser perturbado durante sus tiempos de descanso; y, segundo, en caso de que dicha perturbación ocurra, el trabajador tiene el derecho de rechazar las órdenes del empleador durante ese periodo, sin ser susceptible de ninguna sanción por dicho rechazo (2023, p. 102).

El derecho a la desconexión digital y el goce oportuno de las vacaciones se encuentran estrechamente vinculados, por lo que sería recomendable garantizar que los teletrabajadores puedan gozar plenamente de estos derechos, estableciendo políticas internas que permitan un control y planificación adecuado.

Para garantizar la protección de este derecho, el inciso 29 del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo No. 019-2006-TR, establece que no respetar el derecho de los teletrabajadores a desconectarse digitalmente durante las horas que no correspondan a su jornada de trabajo constituye una infracción muy grave en materia de relaciones laborales. Esta disposición enfatiza la importancia de la desconexión digital, al garantizar su fiscalización por parte de la autoridad administrativa de trabajo, cuya inobservancia puede acarrear multas significativas, dependiendo de la cantidad de trabajadores afectados y del tamaño de empresa (microempresa, pequeña empresa y empresa que no es MYPE).

2. Obligaciones en materia de seguridad y salud en el teletrabajo

El artículo I del título preliminar de la Ley No. 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, regula el deber de prevención a cargo del empleador para garantizar los medios y condiciones que protejan la vida, salud y bienestar de los trabajadores y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores, siendo importante considerar factores sociales, laborales y biológicos. Bajo esa misma línea, el artículo 103° de la Ley No. 29783 ha previsto que los factores de riesgo para la salud abarcan a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales.

Asimismo, el artículo 103° del Decreto Supremo No. 005-2012-TR, Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, establece que la exposición a los riesgos psicosociales puede perjudicar la salud de los trabajadores, causando estrés, que a largo plazo puede convertirse en una serie de patologías clínicas como enfermedades cardiovasculares, respiratorias, inmunitarias, gastrointestinales, dermatológicas, endocrinológicas, musculoesqueléticas y mentales.

Por otro lado, el artículo 23° de la Ley N° 31572, Ley del Teletrabajo, dispone que las condiciones específicas de seguridad y salud en el teletrabajo se sujetarán a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su reglamento, en lo que corresponda. Lo particular son dos aspectos: (i) el teletrabajador puede contribuir en la identificación de peligros y evaluación de riesgos completando un formulario de autoevaluación aprobado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; y, (ii) se deben establecer capacitaciones que obligatoriamente consideren los descansos para la realización de pausas activas durante la jornada laboral.

El inciso 27.2 del artículo 27° del Decreto Supremo No. 002-2023-TR, Reglamento de la Ley de Teletrabajo, requiere que se evalúen los riesgos físicos, locativos, eléctricos, factores de riesgos ergonómicos y psicosociales en lugar del teletrabajo, conforme al Anexo 4 de la norma. Dicho anexo regula los lineamientos generales de seguridad y salud en el teletrabajo, siendo importante considerar las siguientes medidas para el control de los riesgos psicosociales:

- Mantener un horario de trabajo sin exceder las horas de la jornada laboral, evitando contactar a los trabajadores fuera de las horas del trabajo.

- Establecer canales de comunicación para designar las tareas y se mantenga el intercambio de información entre los miembros conformantes del equipo de trabajo.
- Considerar el monitoreo e identificación de los factores de riesgos psicosociales (por ejemplo, síntomas depresivos, aislamiento, agotamiento y ansiedad) a través de aplicaciones móviles y encuestas.

Ciertamente, las normas analizadas contienen medidas sucintas para combatir los riesgos psicosociales, pero existen tres instrumentos que permiten arrojar más luces sobre las acciones que podría implementar el empleador: (i) el Reglamento de la Ley de Salud Mental aprobada mediante Decreto Supremo No. 007-2020-SA; (ii) la Guía para la prevención y control de los factores de riesgos psicosociales en el trabajo; y, (iii) el Protocolo para la prevención y control de los factores de riesgos psicosociales en el trabajo.

En primer lugar, el artículo 14° del Decreto Supremo No. 007-2020-SA dispone medidas de promoción y prevención de la salud mental en el ámbito laboral para que se implementen los siguientes aspectos:

- i) Establecer un plan y programas continuos de cuidado personal que incluyan las siguientes actividades:
 - a. Promover nutrición y alimentación saludable.
 - b. Actividades físicas.
 - c. Actividades socioculturales y deportivas.
 - d. Gimnasia laboral y cuidados ergonómicos.
 - e. Acceso a servicios sociales y de salud.
 - f. Reconocimientos y logros que mejoren el bienestar y empoderen al personal.
 - g. Estrategias institucionales para el manejo y flexibilidad del tiempo, según necesidades temporales y de emergencias personales, contextualizadas a cada institución y/o territorio.
 - h. Promover el autocuidado, el buen trato y una vida libre de violencia.
 - i. Programas de abordaje del agotamiento profesional, que incluya detección, prevención, atención y monitoreo.

- j. Capacitación laboral en competencias socioemocionales.
- k. Seguimiento y evaluación de las actividades.
- ii) Elaborar manual o guía de buenas prácticas para la mejora del clima organizacional.
- iii) Desarrollar programas que incluyan medidas de identificación, evaluación, atención y protección ante el estrés laboral, malestar, desmotivación, desconfianza, agotamiento laboral, entre otros factores que afecten la salud mental de los trabajadores
- iv) Implementar medidas orientadas a conciliar y armonizar las responsabilidades familiares y el derecho al trabajo de las personas, especialmente aquellas que asumen el cuidado de familiares directos en situación de vulnerabilidad (niñas, niños, personas adultas mayores en estado de fragilidad o dependencia, personas con discapacidad y personas afectadas por problemas de salud).

En segundo lugar, la Guía para la prevención y control de los factores de riesgo psicosociales en el trabajo, publicada en el año 2024, contiene un mecanismo propuesto por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con los siguientes parámetros de acción:

i) Primera etapa: planificación

La gerencia debe autorizar el inicio de las actividades, siendo importante determinar los objetivos, los ejecutores (empleador, trabajadores, comité de seguridad y salud en el trabajo, servicio de seguridad y salud ocupacional, psicólogo ocupacional) y sus funciones.

ii) Segunda etapa: identificación y evaluación de los factores de riesgo psicosociales

Primero se requiere recopilar información a través de diversos mecanismos como estudios de clima laboral, obtener datos demográficos y características personales de los trabajadores, evaluar el ambiente de trabajo. Segundo, se debe seleccionar una metodología para su evaluación con la finalidad de medir el nivel de riesgo psicosocial que pueda afectar la salud de los trabajadores. Finalmente, se culmina con el análisis de la información para identificar los niveles de riesgo psicosocial en cada puesto de trabajo, área de trabajo o proceso pro-

ductivo, además que dicho análisis debe estar a cargo del psicólogo o profesional de la salud ocupacional.

iii) Tercera etapa: control de los factores de riesgo psicosocial en el trabajo

Implementar un plan de acción que contenga los controles acordados, siendo importante fijar los indicadores para evaluar su nivel de éxito. Dichas medidas se complementan con un sistema de evaluación externo o interno que retroalimente sobre las acciones y resultados. El Programa Anual de Seguridad y Salud en el Trabajo registra los mecanismos llevados a cabo por el empleador para atender los riesgos psicosociales.

En tercer lugar, el Protocolo para la prevención y control de los factores de riesgos psicosociales en el trabajo, aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo¹ en el año 2024. A pesar de que no es una norma vinculante, destacan las siguientes líneas de acción:

- i) Se propone un cuestionario, completado en forma anónima y confidencial, para la identificación y evaluación de los factores psicosociales en el lugar de trabajo en base a un estudio cuantitativo conformado por 44 preguntas que versan sobre la carga de trabajo, desarrollo de competencias, liderazgo, claridad del rol asignado, organización de trabajo, exigencias, soporte y apoyo, apartamiento, inclusión laboral, motivación en el trabajo, autonomía de trabajo, condiciones de trabajo, interfase laboral / familiar, seguridad, salud percibida y satisfacción con el trabajo.
- ii) Las respuestas al cuestionario tendrán un puntaje asignado para calificar la exposición a cada riesgo psicosocial en tres niveles (bajo, medio y alto). Los resultados serán divididos en función de cada área o proceso productivo de la organización empresarial, en la medida que sea posible.
- iii) Las medidas de intervención y control deberán estar a cargo del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o del Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo o del representante del empleador.

¹ Organismo tripartido conformado por representantes del Estado, empleadores y trabajadores,

Si bien estos avances son positivos, aún existen desafíos pendientes que permitan abordar integralmente los riesgos psicosociales en las nuevas modalidades de trabajo caracterizadas por el predominio de la virtualidad y tecnologías de la información.

En un contexto de teletrabajo, por ejemplo, los riesgos psicosociales podrían ser prevenidos y canalizados de manera más eficiente, a través de capacitaciones que promuevan actividades destinadas a reducir el estrés laboral, sin centrarlo solamente en las pausas activas, sino también incluyendo la comida saludable, deporte, organización del tiempo de trabajo, rediseñar el lugar de trabajo, competencias socioemocionales, entre otros. Las capacitaciones podrían realizarse al inicio del teletrabajo o cuando se introduzcan nuevas tecnologías, tal como lo dispone el artículo 27-A del Decreto Supremo No. 005-2012-TR, Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

En adición, se deberían incorporar los riesgos psicosociales en la matriz del IPERC (Identificación de Peligros y la Evaluación de Riesgos y Controles), promoviendo la participación de los trabajadores para identificar las situaciones que sean proclives a generar estrés en el teletrabajo y las medidas de control para prevenir y mitigar dichos riesgos.

Con relación al IPERC, se considera que el empleador debe elaborar una matriz que servirá de instrumento para evaluar los factores psicosociales relacionados al puesto de trabajo. En función de la matriz, el empleador también deberá elaborar un programa de trabajo que contenga, al menos, las medidas preventivas y correctivas a implementar, su plazo de ejecución y las obligaciones que le asisten al trabajador en su implementación (Espinoza y Estremadoyro, 2023, p. 239-240).

Por ejemplo, si el riesgo detectado en el IPERC es la carga de trabajo excesiva, las medidas deben dirigirse a reducir la carga de trabajo en lugar de mejorar el control del estrés. Otras intervenciones secundarias pueden ser cambios en el procedimiento y en la formación de los trabajadores. Las intervenciones terciarias minimizan los efectos de la exposición a peligros psicosociales mediante la gestión y el tratamiento de los síntomas de las enfermedades. Es esencial consultar y comunicar las conclusiones de la evaluación de los riesgos a todos los trabajadores para garantizar un compromiso efectivo de todas las partes (Comisión Europea de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, 2018, p. 12-13).

Otra medida que podrían implementar las empresas es elaborar políticas internas como un “Plan de Salud Emocional” que contengan canales de comunicación para que los teletrabajadores puedan expresarse, promover un ambiente de trabajo positivo y de apoyo, la provisión de talleres para el manejo del estrés, programas de asistencia al trabajador, brindar acceso a servicios de consejería, entre otros. Es crucial fomentar una cultura de apertura en el que los trabajadores se sientan cómodos de compartir sus preocupaciones y busquen ayuda sin temor a la estigmatización. La intervención oportuna en el manejo de los riesgos psicosociales es un componente vital para una labor de prevención adecuada.

Vale la pena enfatizar en la necesidad de actualizar la normativa laboral para cubrir los nuevos escenarios que van surgiendo por el cambio en las formas de trabajo que han impactado en la generación de riesgos psicosociales para que las medidas de protección en materia seguridad y salud en el trabajo sean realmente efectivas y así se garantice la salud mental del trabajador, lo cual, a su vez, repercutirá en un aumento de la productividad, competencia en el mercado laboral y reducción de las contingencias laborales.

Sobre este último punto, es importante considerar que una gestión adecuada de los riesgos psicosociales permitirá a los empleadores mitigar o eliminar contingencias, tales como multas, reclamos laborales por cese de actos de hostilidad o demandas por daños y perjuicios ante alguna posible afectación a la salud mental generada por el eventual incumplimiento de obligaciones laborales.

3. Atención de los riesgos psicosociales por medio del seguro regular de EsSalud

El Estado peruano también tiene una participación fundamental para garantizar una gestión integral de los riesgos psicosociales en las nuevas formas de trabajo desde un punto de vista del derecho previsional en salud. Los teletrabajadores deberían poder tutelar adecuadamente su derecho a la salud por medio de las prestaciones que otorgan los centros de establecimiento de EsSalud.

El derecho a la salud se encuentra regulado en el artículo 7° de la Constitución Política del Perú. Marcial Rubio comenta que este derecho tiene diversas dimensiones, todas fundamentales para su debida protección. La salud es individual, por ejemplo, cuando alguien contrae una enfermedad y debe recibir atención inmediata. La salud es familiar a fin de proteger a todos sus miembros por medio de la limpieza, aislamiento de contagios, entre otros. La

salud es social a través del control de epidemias, el cuidado de la disposición de desecho, etc. (2016, p. 59).

Asimismo, el artículo 11° de la Constitución Política del Perú ha previsto que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de sus entidades públicas, privadas o mixtas. Sobre este aspecto, el Estado peruano brinda la atención previsional a través de sus instituciones. Antes se contaba con el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), la cual fue sustituida por el Seguro Social de Salud (EsSalud), creada mediante la Ley No. 27056 desde 1999.

El marco constitucional permite justificar que el Estado peruano debe brindar una atención adecuada de los riesgos psicosociales, a través de prestaciones de salud en sus entidades públicas, lo cual se puede ver complementado con políticas nacionales que busquen mejorar los servicios destinados a la salud mental.

En el año 2016 se aprobó el Plan “cuidado de la salud mental en EsSalud 2016-2021” mediante la Resolución de Gerencia General No. 1151-GG-ESSALUD-2016, con la finalidad de mejorar el acceso, cobertura y calidad en los servicios para el cuidado integral y humanizado de la salud mental de la población asegurada a EsSalud. El numeral 8.3.2. de dicha resolución realiza un análisis de la relación entre la salud ocupacional y mental, considerándose importante atender los factores de riesgo psicosocial presentes en los puestos de trabajo, cultura de la organización, funciones laborales, relaciones interpersonales, diseño y contenido de tareas.

En esa misma línea, se emitió la Ley No. 30947, Ley de Salud Mental, que dispone que el Estado peruano debe garantizar la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en todo el territorio nacional, lo cual incluye intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación (artículo 7°). Asimismo, toda persona tiene derecho a acceder libremente a los servicios de salud mental públicos y privados (artículo 8°).

En dicho sentido, el seguro social de salud (EsSalud) se erige como un mecanismo para atender el estrés laboral crónico, depresión, ansiedad, entre otros diagnósticos originados por los riesgos psicosociales en las nuevas formas de trabajo. Dicho seguro brinda prestaciones para la recuperación de la salud, lo cual comprende la atención médica, medicinas, insumos médicos y servicios de rehabilitación.

No obstante, en la práctica los establecimientos de salud enfrentan una problemática significativa en cuanto a la disponibilidad de especialistas para atender a los trabajadores que tengan algún tipo de afectación psicológica. De ese modo, se presenta una brecha importante entre las necesidades de atención derivadas de los riesgos psicosociales y la capacidad de respuesta del sistema de salud nacional, lo que representa un desafío importante en la política pública del país.

De hecho, la Defensoría del Pueblo ha exhortado al Estado peruano para que priorice la política de salud mental en la agenda nacional mediante el establecimiento de metas e indicadores claros, estando pendiente de que el Ministerio de Salud emita la Política Pública de Salud Mental, el Plan de Salud Mental Intersectorial y el Plan Quinquenal, los cuales se encuentran en revisión desde el año 2020. Incluso, el principal documento de gestión que conduce la política de salud mental en el Perú es el “Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021”, sin que se haya cumplido con actualizar dicho documento (Defensoría del Pueblo, 2023).

Bajo tales consideraciones, el Estado peruano debe tener como objetivo prioritario actualizar los documentos del Ministerio de Salud relativos a la atención de la salud mental y destinar mayores recursos económicos a EsSalud para brindar una atención médica integral que permita garantizar un correcto tratamiento médico y recuperación de las personas que resulten afectadas en su salud por los riesgos psicosociales generados en las nuevas formas de trabajo.

V. CONCLUSIONES

Las nuevas formas de trabajo, aunque representan un avance en términos de flexibilidad y adaptación a las demandas del mercado global, también plantean desafíos significativos en la prevención de riesgos psicosociales.

A lo largo del artículo, hemos desarrollado cómo la evolución de la tecnología ha impactado especialmente en la forma en que se realiza el trabajo, permitiendo la prestación de servicios fuera del centro de labores mediante el uso de medios tecnológicos. De esta manera, a nivel mundial y, específicamente, en el Perú, el teletrabajo ha adquirido mayor relevancia.

Hemos identificado que estas nuevas formas de trabajo presentan desafíos únicos de en materia de riesgos psicosociales, principalmente enfocados en el

estrés, ansiedad, fatiga o depresión, debido a las dificultades separar la vida familiar y laboral, la difuminación de la jornada, así como la intensificación de la tecnología propia de este tipo de trabajo. En casos graves, esta situación puede exponer a los trabajadores al riesgo a estrés crónico o *burnout*.

En respuesta a estos desafíos, se han planteado diferentes medidas para gestionar y mitigar los riesgos psicosociales en este nuevo contexto: (i) la regulación del derecho a la desconexión digital, (ii) orientar medidas en base a las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, y (iii) atender correctamente las contingencias por medio del seguro regular de EsSalud.

Sin embargo, estas medidas aún pueden resultar insuficientes o inadecuadas para abordar la complejidad y diversidad de los riesgos psicosociales en las nuevas formas de trabajo, que requieren de una mayor adaptación y actualización de la normativa laboral y previsional, así como de una mayor coordinación y participación de los actores involucrados: empleadores, trabajadores, organizaciones sindicales y Estado. Ante esta situación, se recomienda lo siguiente:

- Generar campañas de sensibilización al interior de las empresas centradas en la importancia del derecho a la desconexión digital. Esto puede lograrse mediante la implementación de políticas específicas sobre desconexión digital, el envío de recordatorios periódicos sobre la importancia de respetar la jornada laboral de los teletrabajadores, y la capacitación tanto de jefes como de empleados en relación con este derecho.
- Promover la incorporación de los riesgos psicosociales en la matriz del IPERC y promover capacitaciones, otorgando un rol fundamental a los trabajadores para identificar las situaciones que sean proclives a generar estrés en el teletrabajo y las medidas de control para prevenir y mitigar dichos riesgos.
- Destinar mayores recursos económicos a EsSalud para brindar una atención médica integral que permita garantizar un correcto tratamiento médico y recuperación de las personas que resulten afectadas en su salud por los riesgos psicosociales generados en las nuevas formas de trabajo.
- Promover nuevos estudios e investigaciones que permitan conocer con mayor profundidad el impacto de las nuevas formas de trabajo en la salud mental de los trabajadores, así como las buenas prácticas

y experiencias exitosas para su gestión, a fin de otorgar mayores y mejores elementos para su adecuada. regulación.

Finalmente, es importante recordar que los trabajadores que experimentan bajos niveles de estrés tienden a ser más productivos y menos propensos en la comisión de errores. Al prevenir los riesgos psicosociales, las empresas pueden mejorar el rendimiento y la eficiencia de sus equipos. Asimismo, estas buenas prácticas reducen el ausentismo y la rotación del personal, lo que representa mayores oportunidades de mejorar la competitividad laboral entre las empresas. Así, en un ambiente de trabajo en el que se previenen los riesgos psicosociales se mejoran las condiciones laborales de los trabajadores y, además, se contribuye al éxito y sostenibilidad de la organización a largo plazo, sin perjuicio que también se pueda prevenir la imposición de multas y demandas laborales.

VI. REFERENCIAS

- Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (2014). *Psychosocial risks in Europe Prevalence and strategies for prevention*.
- Ahlers, E. (2016). El trabajo flexible y a distancia en el contexto de la digitalización y de la salud en el trabajo. Boletín Internacional de Investigación Sindical. Riesgos psicosociales, estrés y violencia en el mundo del trabajo. Organización Internacional del Trabajo.
- https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_553931.pdf
- Albuquerque, R. (2024). Nuevas formas de trabajo en el Siglo XXI y el reto de la inteligencia artificial. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 5(13), 213–227. <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/194>
- Boza, G. (2021). Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo prestado a través las plataformas digitales. *Laborem*. <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem24-04.pdf>
- Boza, G. y Briones J. (2023). Tiempo de desconectarse: reflexiones sobre un “nuevo” derecho con viejos contenidos. *Revista Latinoamericana De Derecho Social*, 1(37). <https://doi.org/10.22201/iiij.24487899e.2023.37.18541>
- Cedrola, G. (2017). El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (31), 103-123 <https://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2017/09/CEDROLA-SPREMOLLA-Gerardo-El-trabajo-en-la-era-digital.pdf>

- Chiriboga-Mendoza, F. R., Delgado-Mendoza, K. A. y Zambrano-Pilay, E. C. (2023). Nómadas digitales y trabajo remoto en Latinoamérica. *Revista Científica INGENIAR: Ingeniería, Tecnología e Investigación*. ISSN: 2737-6249., 6(11), 70-77. <https://journalingeniar.org/index.php/ingeniar/article/view/116>
- Comisión Europea de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión (2018). *Guía para evaluar la calidad de las evaluaciones de los riesgos y las medidas de gestión del riesgo con respecto a la prevención de los riesgos*.
- Defensoría del Pueblo (2023). *Salud mental no se prioriza en la agenda nacional*. Recuperado en su página web institucional: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-salud-mental-no-se-prioriza-en-la-agenda-nacional/>
- Espinoza J. y Estremadoyro R. (2023). Legislar para prevenir: seguridad y salud en el teletrabajo post Covid-19. *Foro Jurídico*, 20(21), 221-252.
- García A. (2022). La jornada laboral en el trabajo remoto y la desconexión digital. *Laborem*, 19(26), 53–74. <https://doi.org/10.56932/laborem.19.26.3>
- García I. y Yuli R. (2023). Relación entre la doble presencia, exigencias psicológicas en el trabajo y el síndrome de burnout, en trabajadores de una empresa concesionaria de alimentos durante el COVID-19, Lima – 2021. *Apuntes de Ciencia & Sociedad* 11(02).
- Jiménez, B. M., y León, C. B. (2010). Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas. Universidad Autónoma de Madrid. Citado en: *Procesos psicosociales aplicados a la prevención de riesgos laborales* (2022) p. 122.
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *Estrés en el trabajo: un reto colectivo* <https://webapps.ilo.org/public/libdoc/ilo/2016/490658.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella- Guía práctica*. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/publication/wcms_758007.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2021). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*. (Informe) https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_823119.pdf
- Organización Mundial de la Salud (2022). *La OMS y la OIT piden nuevas medidas para abordar los problemas de salud mental en el trabajo* (Comunicado de prensa)

- <https://www.who.int/es/news/item/28-09-2022-who-and-ilo-call-for-new-measures-to-tackle-mental-health-issues-at-work>
- Organización Mundial de la Salud (2022). La OMS reconoce el síndrome de burnout como enfermedad profesional.
- <https://www.grupo2000.es/la-oms-reconoce-el-sindrome-de-burnout-como-enfermedad-profesional/>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2022). *El perfil del trabajador en Perú en el periodo 2019-2022*.
- <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4022075/Reporte%20de%20teletrabajo.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2024). *Guía para la Prevención y Control de los Factores de Riesgo Psicosociales en el Trabajo*
- https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6780583/5874503-guia_factor_de_riesgos_psicosociales_en_el_trabajo.pdf
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2024). *Informe Trimestral del mercado laboral. Situación del Empleo en 2024-Trimestre I*.
- <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/informes-publicaciones/5783668-informe-trimestral-del-mercado-laboral-situacion-del-empleo-en-2024-trimestre-i>
- Molina, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales*, 138, p. 249 - 283.
- Molina, M. (2021). *Teletrabajo y los riesgos psicosociales en la salud de los trabajadores* [Tesis de Maestría, Universidad San Gregorio de Portoviejo]. Repositorio Institucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo
- Moscoso S, Martínez A y Otero I (2022). Selección personal orientada hacia la salud y prevención de riesgos laborales. En García A., Zuazua M. y Castaño A (Eds). *Procesos psicosociales aplicados a la prevención de riesgos laborales* (p. 99- 141).
- Rubio, M. (2016). *Para conocer la Constitución de 1993* (3° ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PONENCIAS LIBRES

DESAFÍOS DEL TELETRABAJO Y RIESGOS PSICOSOCIALES: LA LUCHA POR EL EQUILIBRIO ENTRE VIDA PERSONAL Y LABORAL

CINDY ARRIOLA SUPO*

Abogada con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad
Católica del Perú

* Abogada con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada Independiente en www.Laboralista.pe - Correo: c.arriolasupo@gmail.com.pe Celular: 951342863. ID <https://orcid.org/0009-0005-6568-6394>

I. INTRODUCCIÓN

Es un viernes por la tarde. Mientras tu mamá celebra su cumpleaños rodeada de amigas y familiares en el jardín de casa, te encuentras atrapado en un sinfín de correos electrónicos y tareas pendientes en tu oficina desde casa. La fiesta continúa y las risas resuenan a través de la puerta, pero tú estás inmerso en el trabajo, intentando cumplir con el flujo constante de notificaciones. No es hasta las 11 de la noche, que la fiesta llega a su fin, que te das cuenta de lo que has perdido: tiempo irrecuperable con tu familia. El trabajo ha invadido tu tiempo personal, transformando lo que debería ser un momento especial en una extensión interminable de tu jornada laboral.

Este no es un caso aislado de una persona en particular, muchos trabajadores experimentan esta misma desconexión en su vida diaria. A pesar de las promesas de flexibilidad que trae la era digital, mediante las nuevas formas de trabajo, como el teletrabajo o el trabajo híbrido, muchos se ven atrapados en reuniones virtuales de 9am a 6pm, lo que incrementa la tendencia hacia el estrés y la fatiga.

Aunque la evolución hacia modelos de trabajo más flexibles debería facilitar una mejor conciliación entre la vida laboral y personal, en la práctica, muchas personas enfrentan desafíos significativos, especialmente cuando no cuentan con una autonomía completa en el manejo del tiempo. Consideramos que la clave para lograr una verdadera flexibilidad radica en permitir a los trabajadores organizar su jornada laboral sin la constante presión de videollamadas y reuniones virtuales. Este enfoque no solo promueve una mayor autonomía, sino que también fomenta una mayor productividad al ofrecer a los trabajadores el espacio necesario para concentrarse y gestionar sus responsabilidades de manera más eficiente, reduciendo la sobrecarga laboral y mejorando la calidad de vida.

En Perú, al igual que en muchas otras regiones, el teletrabajo y la flexibilidad horaria se han vuelto cada vez más comunes, especialmente tras la pandemia de COVID-19. Lo que anteriormente era una opción para algunos se convirtió en una necesidad debido a las circunstancias extraordinarias que fueron propiciadas por el estado de emergencia. Esto hizo que la tecnología de comunicación y el

teletrabajo dejaran de ser simplemente alternativas y se impusieran como una solución obligatoria.

Durante el 2020, año en que comenzó la pandemia y el trabajo remoto en nuestro país, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE, 2020) informó que alrededor de 220,000 personas ya realizaban trabajo remoto en el Perú. Para el 2023, el MTPE reveló que todavía más de 200,000 personas estaban registradas como teletrabajadores en el Perú (MTPE, 2023). Cabe resaltar que si bien, muchas empresas han regresado a la presencialidad, todavía muchas otras han identificado que las nuevas formas de trabajo, con todos los retos que estas implican, es una modalidad que merece permanecer como parte de la funcionalidad corporativa.

Este paso de la modalidad presencial a la remota, aunque necesario, reveló numerosos desafíos, particularmente en términos de salud mental y bienestar. La necesidad de adaptar la prestación de servicios a nuevas condiciones ha puesto en evidencia problemas que afectan el bienestar de los trabajadores y sus actividades fuera del ámbito laboral.

Así, el año pasado, en octubre de 2023, a propósito del día de la salud mental, Ipsos Global realizó una encuesta en 31 países y afirmó que 7 de cada 10 peruanos se sintió estresado al punto de que tuvo la sensación de no poder lidiar con las cosas. Asimismo, se señaló que el 58% de nuestra población se sintió tan estresado al punto que no pudo ir a trabajar por un periodo.

Este panorama plantea interrogantes cruciales: ¿Cómo encontrar el equilibrio adecuado entre la vida personal y el trabajo en un entorno tan demandante? ¿Cuáles son los nuevos riesgos psicosociales que emergen en este contexto digitalizado? En ese sentido, en este artículo exploraremos estos desafíos en profundidad, analizando nuestra normativa laboral vigente en relación con los riesgos psicosociales vinculados a la sobrecarga laboral y el teletrabajo. Además, examinaremos otras jurisdicciones han abordado estos problemas mediante el derecho comparado y propondremos alternativas y estrategias para mitigar estos desafíos de esta era digital.

II. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO EN LA ACTUALIDAD

En las siguientes líneas exploraremos cómo surge y se definen las nuevas formas de trabajo, como el teletrabajo y el trabajo híbrido, especialmente a partir de la pandemia.

1. Teletrabajo

Como conocemos, aunque el teletrabajo experimentó un notable auge a partir del COVID-19, ya contaba con cierta presencia desde muchos años antes. De acuerdo a lo señalado por Uribe García (2016), el teletrabajo surgió en la década de los setenta, durante la crisis del petróleo, cuando se hizo evidente la necesidad de reducir los desplazamientos que implicaban el uso de combustibles derivados del petróleo.

En este panorama, otros autores establecen al teletrabajo como la realización de las responsabilidades laborales desde un lugar diferente al espacio físico de la empresa, siendo el hogar el lugar más común para llevar a cabo estas actividades. Esta modalidad permite a los empleados cumplir con sus funciones sin necesidad de desplazarse diariamente a la oficina (Smith & Jones, 2023).

Por su parte, la OIT define al teletrabajo como el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones –como teléfonos inteligentes, tabletas, computadoras portátiles y de escritorio– para trabajar fuera de las instalaciones del empleador (Eurofound & OIT 2019).

En este contexto, y bajo las referencias mencionadas anteriormente, en nuestro país se promulgó en el 2022, la Ley N° 31572, conocida como la Ley del Teletrabajo. Esta norma fue diseñada para regular y formalizar esta modalidad laboral, abordando nuevas realidades y necesidades emergentes que pueden presentar riesgos potenciales para la salud mental de los trabajadores. La ley impone ciertas obligaciones a los empleadores en relación con la seguridad y salud laboral, que incluyen: identificar los peligros, evaluar los riesgos y tomar las medidas correctivas necesarias para proteger a los teletrabajadores; comunicar y capacitar a los empleados sobre las normas de seguridad y salud aplicables en su entorno de trabajo; y garantizar el derecho a la desconexión digital, asegurando que durante este período el teletrabajador no esté obligado a responder a comunicaciones, órdenes o solicitudes, excepto en casos de fuerza mayor o circunstancias excepcionales.

No obstante, con la promulgación de la Ley N° 32102, se modificó de la ley del teletrabajo, prohibiendo realizar actividades particulares o salir sin permiso de la casa y que no cabe descuentos si no hay internet o energía eléctrica. Dichas modificaciones atentaría directamente contra la esencia de esta forma de trabajo; es decir, la flexibilidad y la regulación entre partes.

2. Trabajo híbrido

De acuerdo a algunos autores como Brown y Lee, el trabajo híbrido es un modelo que combina días de trabajo presencial en la oficina con jornadas de teletrabajo. Este formato ofrece a los empleados mayor flexibilidad al permitirles alternar entre ambos entornos según las necesidades de la empresa y su propio bienestar (Brown & Lee, 2022).

Al inicio de la pandemia, el trabajo remoto se implementó al 100% debido a las circunstancias. Sin embargo, con el paso de los años, muchas empresas en nuestro país comenzaron a decidir qué trabajadores podrían optar por un modelo híbrido y quiénes no. Es así que actualmente la mayoría de empresas opta por un panorama híbrido; es decir, dos o tres días en la empresa y dos o tres días en casa.

En suma, de acuerdo a lo mencionado, se puede advertir el trabajo híbrido es el modelo más utilizado en nuestra población, combinando la flexibilidad del trabajo remoto con la necesidad de la presencia en la oficina. No obstante, las modificaciones introducidas por la Ley N° 32102, como la prohibición de actividades personales sin permiso y la eliminación de descuentos por fallos de internet o energía, podrían afectar esta flexibilidad. Además, el entorno laboral del teletrabajo o híbrido puede intensificar factores de riesgos psicosociales.

III. PRINCIPALES RIESGOS PSICOSOCIALES Y SUS FACTORES EN EL ACTUAL ENTORNO LABORAL

1. Riesgos psicosociales

El equipo técnico de trabajo decente de la OIT para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana, en su hoja informativa denominada “*Género, salud y seguridad en el trabajo*”, ha señalado que “*los factores de riesgo psicosociales son aquellas características de las condiciones de trabajo que afectan a la salud de las personas a través de mecanismos psicológicos y fisiológicos a los que se llama estrés*”. (Organización Internacional del Trabajo [OIT], s.f.). De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS, los factores psicosociales se definen como aquellas condiciones presentes en una situación laboral que están directamente relacionadas con la organización del trabajo y su entorno social, así como con el contenido del trabajo y la realización de la tarea, y que pueden afectar el desarrollo del trabajo y la salud del trabajador (2023).

En este contexto, la hoja informativa emitida por la OIT señala que hay estudios especializados en salud y seguridad en el trabajo que identifican cinco grandes grupos de riesgos psicosociales. Estos riesgos están detallados en el cuadro siguiente (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2023):

Exceso de exigencias psicológicas del trabajo	Falta de control, influencia y desarrollo en el trabajo	Falta de apoyo social y de calidad de liderazgo	Escasas compensaciones del trabajo	Doble jornada o doble presencia
Cuando el trabajo es apresurado o restringe la expresión de opiniones y la toma de decisiones.	Cuando no hay autonomía en las tareas, el trabajo no utiliza nuestras habilidades, y no se puede ajustar el horario o los descansos.	Cuando se trabaja solo, sin apoyo ni información adecuada, y con tareas y tiempos mal definidos.	Cuando hay falta de respeto, inseguridad laboral, cambios forzados, trato injusto o violento, o salario muy bajo.	El trabajo doméstico y familiar puede dificultar la conciliación con el trabajo remunerado debido a la organización laboral.

Fuente: Elaboración propia basada en la información de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2023).

Como podemos ver, los riesgos psicosociales son condiciones laborales que pueden afectar la salud mental y física de los trabajadores derivados de la organización del trabajo, entorno social y demandas laborales.

2. Factores de riesgos psicosociales

Según lo indicado por la Oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina, aunque el teletrabajo puede reducir ciertos riesgos laborales tradicionales, como los accidentes en el trayecto, también puede provocar un aumento en enfermedades mentales debido a varios factores psicosociales. Estos incluyen altas cargas de trabajo, largas jornadas sin un control efectivo del tiempo, la percepción de estar siempre disponible, falta de desarrollo profesional y social, escasa autonomía, y la posibilidad de ciberacoso sin supervisión adecuada. Estas condiciones pueden impactar negativamente la salud mental de los empleados, desencadenando problemas como el agotamiento (*burnout*), el estrés laboral y la depresión (Bueno, 2020).

En el ámbito laboral, los riesgos psicosociales emergen de la interacción entre diversos factores relacionados con el trabajo y su organización, los cuales pueden tener efectos perjudiciales en la salud de los trabajadores, a corto y a largo plazo. Estos riesgos pueden surgir cuando hay un deterioro o disfunción en aspectos clave, tales como: a) las características de la tarea, que incluyen la

cantidad de trabajo, desarrollo de habilidades, monotonía, automatización, falta de autonomía, entre otros; b) las características de la organización, como la estructura jerárquica, canales de comunicación, estilos de liderazgo, y el desarrollo de carrera; c) las condiciones del empleo, que abarcan el diseño del lugar de trabajo, salarios y estabilidad laboral; y d) la organización del tiempo, considerando la duración de la jornada laboral, las pausas y los turnos de trabajo, entre otros elementos (Gil Monte, 2012).

Al respecto, algunos autores, como Cox, señalan que existen diez tipos de factores de riesgo psicosocial (características estresantes del trabajo), que se dividen en dos grupos: contenido del trabajo, relacionada a los factores de riesgo psicosocial vinculados con las condiciones y la organización del trabajo; y contexto del trabajo, que se refiere a los riesgos psicosociales en la organización del trabajo y las relaciones laborales. (Cox, 1993, y Cox y Griffiths, 2005).

Contenido del trabajo	
Carga del trabajo/ritmo de trabajo	Exceso o defecto de la carga de trabajo; falta de control sobre el ritmo; niveles elevados de presión en relación con el tiempo.
Diseño de las tareas	Falta de variedad o ciclos de trabajo cortos; trabajo fragmentado o sin sentido; subutilización de capacidades; gran incertidumbre.
Horario de trabajo	Trabajo en turnos; horarios inflexibles; horas impredecibles; horarios largos o que no permiten la vida social.
Entorno de trabajo y equipo de trabajo	Problemas relacionados con la fiabilidad, disponibilidad, adecuación y mantenimiento o reparación de equipos e instalaciones.
Contexto del trabajo	
Función y cultura organizativa	Comunicación pobre; bajos niveles de apoyo para la resolución de problemas y el desarrollo personal; falta de definición de los objetivos organizativos.
Papel en la organización	Ambigüedad y conflicto de funciones; responsabilidad por otras personas.
Desarrollo profesional	Estancamiento profesional e inseguridad; promoción excesiva o insuficiente; salarios bajos; inseguridad laboral; escaso valor social del trabajo.
Latitud de decisión/control	Baja participación en la toma de decisiones; falta de control sobre sus tareas (el control, particularmente en forma de participación, es también una cuestión contextual y organizativa más amplia).
Relaciones interpersonales en el trabajo	Aislamiento social o físico; escasa relación con los superiores, conflictos interpersonales, falta de apoyo social.
Conciliación de la vida laboral y personal	Conflicto entre las exigencias del trabajo y las del hogar; escaso apoyo en el hogar; problemas de dualidad de carreras.

Fuente: Cox y otros, 2000

Como vemos, el entorno laboral actual presenta diversos desafíos psicosociales que pueden afectar el bienestar de sus empleados. Entre estos desafíos, algunos factores destacan por su potencial para generar riesgos significativos, tales como el aislamiento social, la sobrecarga laboral, estrés continuo, síndrome de burnout y *mobbing*. Estos factores pueden contribuir a problemas psicosomáticos y emocionales graves si no se abordan adecuadamente. En las siguientes secciones, profundizaremos en cada uno de estos aspectos para entender mejor sus impactos.

a. Aislamiento social

Cacioppo y Patrick en su obra sobre la naturaleza humana y la necesidad social por conexión, explican que la soledad no es únicamente una experiencia emocional desagradable, sino que tiene consecuencias profundas y duraderas para el bienestar general. Asimismo, señalan que el aislamiento afecta tanto el funcionamiento psicológico como biológico de los individuos, elevando riesgos de diversas enfermedades y deteriorando la salud mental (Cacioppo & Patrick, 2008).

En este contexto nos preguntamos, pero ¿Por qué estaríamos aislados si estamos en constante comunicación virtual con nuestros compañeros de trabajo? Esta pregunta parece sencilla de responder desde una óptica práctica; sin embargo, algunos psicólogos señalan que las interacciones virtuales no siempre sustituyen de manera efectiva a las interacciones cara a cara. Holland y Sbarra (2023) destacan que las tecnologías no verbales contribuyen a un sentimiento de aislamiento social que no se puede mitigar completamente con medios digitales. Así, su estudio resalta cómo el teletrabajo puede llevar a cabo una desconexión emocional y una disminución en el apoyo social percibido.

Entonces, podemos advertir que a pesar que el teletrabajo intenta buscar la flexibilidad entre el trabajo y la vida personal, de llevarse este sin control o en exceso puede llevarnos a un extremo de aislamiento social y posteriormente el riesgo de padecer ciertas enfermedades. Este fenómeno de aislamiento puede amplificarse cuando los empleados están sujetos a otro factor: carga laboral excesiva.

b. Mayor carga de trabajo: sobrecarga laboral

Según Gil-Monte y García-Jueas (2008), así como Giménez (2010), la carga de trabajo tiene una doble dimensión: la cuantitativa, que se refiere a la cantidad de tareas que se deben realizar en un tiempo limitado, y la cualitativa, relacionada con la complejidad o dificultad de las funciones asignadas. Ambas dimensiones tienen un impacto en el trabajador. Por ejemplo, cuando el ritmo de trabajo se vuelve más intenso, los empleados experimentan menos tiempo para descansar entre actividades o recuperarse, lo que incrementa el agotamiento (Giménez, 2010).

La distinción que hace los autores mencionados es crucial para comprender cómo el exceso de trabajo puede provocar agotamiento no solo mental, sino físico. Así, cuando los empleados enfrentan un ritmo de trabajo más intenso y tienen menos tiempo para descansar o recuperarse, la fatiga se incrementa notablemente. Evidentemente este agotamiento incrementará cuando, además de las demandas laborales, los trabajadores deben gestionar responsabilidades familiares u otras obligaciones fuera del trabajo, lo que impide una recuperación total.

Al respecto, la OIT, en su hoja informativa, destaca que en muchos casos existe una doble jornada, la cual desencadena en una doble carga de trabajo y tiene un impacto en la salud del trabajador. Así, explica que la doble jornada es la necesidad de responder a las demandas del trabajo regular remunerado y del trabajo doméstico familiar o reproductivo. Así señala que este tipo de sobrecarga puede provocar una serie de problemas de salud, como fatiga, estrés crónico, entre otros. De la misma manera, advierte que hay investigaciones que han demostrado que la salud de las mujeres que combinan el trabajo remunerado con las tareas no remuneradas se deteriora aún más a medida que aumenta el número de hijos e hijas. La OIT señala que existe una exposición frecuente a riesgos similares en diversos contextos laborales, principalmente donde las mujeres están predominantemente empleadas, como en roles que implican cuidado y atención a la familia (Organización Internacional del Trabajo [OIT], s.f.).

Al respecto, debemos resaltar que el impacto de la sobrecarga laboral suele ser más pronunciado en las mujeres, más aún en la era digital. Pensemos en un caso no aislado, en donde una madre con hijos pequeños que realiza teletrabajo y no cuenta con mayor ayuda en casa. En este caso, ella no solo debe cumplir con sus responsabilidades laborales remuneradas, sino también ocuparse del cuidado de sus hijos y de las tareas del hogar. Mientras el padre trabaja fuera

de la casa, la madre intenta equilibrar sus obligaciones profesionales con la vida familiar, incrementando significativamente su carga de trabajo y estrés. Ante este panorama es necesario pensar en una mayor equidad en la distribución de responsabilidades familiares y domésticas, así como de políticas públicas de coresponsabilidad, generando y promoviendo la igualdad de género.

c. El estrés laboral

Teniendo en cuenta lo mencionado, la sobrecarga laboral y su mal manejo, tiene un impacto significativo sobre el ser humano: genera Estrés. En ese sentido, la OIT, define al estrés como *“un conjunto de reacciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y del comportamiento a ciertos aspectos negativos del contenido, la organización o del entorno de trabajo. Las personas experimentan estrés cuando sienten que existe un desequilibrio entre lo que se les exige y los recursos con que cuentan para satisfacer dichas exigencias.”* (Organización Internacional del Trabajo [OIT], s.f.).

Así, lo que básicamente señala la OIT es que el estrés es causado por un desequilibrio entre las exigencias percibidas y los recursos y capacidades percibidas de un individuo para hacer frente a dichas exigencias. Cabe resaltar que el estrés no es un trastorno a la salud, sino podría considerarse como un primer signo de una respuesta a un daño físico y emocional, una respuesta a uno o varios riesgos psicosociales.

Ante este panorama, distinguidos psicólogos realizaron un análisis sobre el impacto del trabajo remoto en el estrés y el agotamiento de los trabajadores. En este destacaron que la transición al teletrabajo ha incrementado el estrés debido a la combinación de demandas laborales excesivas y la ausencia de límites claros entre el trabajo y la vida personal. La investigación concluye que el aumento de estrés y el riesgo de agotamiento podrían ser principalmente por la presión constante para estar disponible y la dificultad de gestionar un entorno de trabajo en el hogar (Meyer y Allen, 2023).

Se puede apreciar que el problema del teletrabajo o el trabajo realizado fuera de la oficina (generalmente en el hogar) no radica en dónde se realiza este, sino en la falta de equilibrio y balance entre este y la vida personal. Esta falta de balance puede generar un nivel significativo de estrés laboral, que está estrechamente interrelacionado con el *burnout* y el *mobbing*. Ambos factores, a

su vez, afectan profundamente el bienestar y la salud mental de los trabajadores, recordando la importancia de gestionar adecuadamente el equilibrio entre trabajo y vida personal.

d. Síndrome de *burnout* y *mobbing*

Por un lado, el síndrome del *burnout* es descrito por Maslach y Leiter como una respuesta prolongada al estrés laboral que se manifiesta a través de tres dimensiones principales: agotamiento emocional, despersonalización y una reducción en la realización personal (2016). Al respecto, en el 2021, Paredes y Salazar (2021) realizaron un estudio exploratorio sobre el burnout en trabajadores de servicios de emergencia en Perú. Así, señalaron que se demostró que los empleados en ese sector experimentan niveles elevado de agotamiento emocional y estrés debido a la naturaleza intensiva y altamente demandante de su trabajo.

Si bien este estudio fue enfocado en un grupo de trabajadores, nos atreveríamos a decir que este mismo panorama sucede en diversos sectores donde el enfoque del trabajador va orientado a la producción laboral sin preocuparse o dejar de lado su vida personal. Así, por ejemplo, en muchas empresas, los trabajadores pasan el mayor tiempo de sus vidas trabajando antes de disfrutar un tiempo de ocio personal o con sus familias, llegando a un extremo que viven para trabajar.

Por otro lado, se define al *mobbing* como una forma de acoso laboral que se manifiesta a través de un comportamiento sistemático y hostil por parte de trabajadores hacia uno en específico. Este tipo de comportamiento puede incluir humillaciones, exclusión social y sabotaje, lo que genera un ambiente laboral nocivo y afecta negativamente la salud mental del empleado. Einarsen, Hoel, Zapf y Cooper (2011)

Se puede deducir que, ante una falta de un ambiente adecuado de trabajo, los trabajadores pueden sufrir un deterioro en su autoestima y confianza, lo que puede llevar a trastornos psicosomáticos. Ahora, si llevamos, este acoso en un plano de nuestra era actual, digital, en un ambiente de teletrabajo, afrontar este tipo de situaciones, tendrá un riesgo alto de incrementar la carga emocional y psicológica del trabajador, teniendo en cuenta que ya por el trabajo fuera de la oficina, se crea un ambiente de aislamiento social.

En todo este panorama, debemos resaltar que si bien la era de la tecnología y el trabajo a distancia ha generado un impacto positivo, también trae consigo

diversos retos, los cuales por parte de nuestra legislación han sido abordados en su mayoría a través de las obligaciones relacionadas a la seguridad y salud en el trabajo.

IV. OBLIGACIONES LEGALES RELACIONADAS A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

1. Derecho a la seguridad y salud en el trabajo

La normativa vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo, Ley N° 29783, Ley de seguridad y salud en el trabajo, agrupa en gran mayoría a las diversas obligaciones que se debe tener sobre la seguridad y salud en el trabajo. Así, si bien el empleador tiene obligaciones legales relacionadas a la prevención de riesgos, esta cultura debe estar enmarcada desde tres grandes frentes: Estado, trabajadores y empleador. El primero de ellos tiene un deber de fiscalización y control, actuando en el marco de sus competencias. Por parte de los colaboradores, deben participar activamente en el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, y finalmente, el empleador es el encargado de promover y cumplir el deber de prevención en el marco de las disposiciones normativas.

De acuerdo a lo establecido por la Ley, se señala que existe un deber de prevención por parte del empleador. Así, este último debe garantizar, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que no tienen vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Asimismo, este principio debe leerse en conjunto con el principio de responsabilidad, mediante el cual el empleador asume las implicancias económicas, legales y cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador.

En este marco normativo, la Ley señala en su artículo 56, la obligación que tiene el empleador sobre la prevención a la exposición a los trabajadores a los agentes psicosociales. Asimismo, en el artículo 103 de su Reglamento, se advierte que el empleador es responsable de realizar el análisis de los factores de riesgo encontrados a través de la matriz IPERC y monitoreos periódicos en relación a los resultados de la vigilancia de la salud colectiva de los trabajadores, con la finalidad de adoptar acciones de mejora eficaces para garantizar la salud de los trabajadores, y hacer seguimiento a su implementación.

Siguiendo esta misma línea, se manifiesta en el artículo 57 de la Ley, que el empleador debe actualizar la evaluación de riesgos una vez al año como mínimo o cuando cambien las condiciones de trabajo o se hayan producido daños a la salud y seguridad en el trabajo. Además, en las evaluaciones del plan integral de prevención de riesgos, se tiene en cuenta los factores de riesgo que puedan incidir en las funciones de procreación de los trabajadores; en particular, por la exposición a los agentes [...] psicosociales, con el fin de adoptar las medidas preventivas necesarias (Artículo 65, Ley 29783)

Cabe resaltar que, con el auge del teletrabajo, las empresas enfrentan nuevos retos, ya que deben prestar atención no solo a los factores relacionados con el entorno laboral, sino también a aquellos externos que puedan influir en la salud mental de los empleados. Por ejemplo, en varios países es controversial si la violencia doméstica, al darse en el mismo espacio donde se trabaja, podría considerarse un riesgo psicosocial inherente al teletrabajo. Este tipo de riesgos externos demanda un enfoque más amplio por parte de los empleadores, quienes deben garantizar que las condiciones de trabajo, incluso fuera de las instalaciones, no afecten negativamente el bienestar físico y mental de sus empleados.

2. Garantizar el respeto al derecho de desconexión digital

Como hemos visto a lo largo del presente artículo, se puede apreciar que el problema del teletrabajo o el trabajo realizado fuera de la oficina (generalmente en el hogar) no radica en dónde se realiza este, sino en la falta de equilibrio y balance entre este y la vida personal. En ese sentido, podríamos decir que el principal detonador podría ser el no manejo de la desconexión digital.

La desconexión digital se entiende como un derecho que restringe el uso de la tecnología para garantizar el respeto a los tiempos de descanso, permisos y vacaciones. Esto implica que, una vez finalizada la jornada laboral, el empleado no está obligado a responder llamadas, correos electrónicos o mensajes corporativos (Trujillo Pons, 2020).

Se argumenta que este “derecho” debe incluir al menos dos componentes: primero, el derecho del trabajador a desconectarse de las actividades laborales una vez finalizada la jornada o durante los períodos de descanso; y segundo, la posibilidad de negarse a realizar tareas en esas circunstancias sin enfrentar sanciones jurídicas por hacerlo (Rosenbaum Carli, 2020, p. 115).

Ahora, adicional a lo descrito anteriormente, en nuestra normativa vigente sobre el teletrabajo, Ley N° 31572 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 002- 2023 se regula sobre la desconexión digital. Así, por un lado, se reconoce el derecho del trabajador a la desconexión digital, y por otro, se determina la obligación del empleador de respetar el mismo. Asimismo, se advierte que en el acuerdo sobre el teletrabajo se debe establecer el horario de dicha desconexión. Se expresa adicionalmente que este derecho debe garantizar el goce de tiempo libre con motivo de un descanso, el cual incluye las horas diarias de descanso fuera del horario de trabajo o, el descanso semanal obligatorio, el periodo vacacional anual, las licencias por paternidad y maternidad, y las horas de lactancia, así como los permisos y las licencias por accidentes o enfermedad, y otros. La desconexión digital garantiza el disfrute del tiempo libre, el equilibrio entre la vida laboral, privada y familiar. En este escenario, el empleador debe garantizar que, en el periodo de desconexión, no esté obligado a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos que fueren emitidas, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales.

En este panorama, podemos advertir que el derecho a la desconexión digital expresado en la Ley de teletrabajo y su reglamento, cumplirían como garantía del derecho de descanso ya estipulo en normas previas y pensada para el trabajo regular en oficina. Hay que resaltar que, si bien se regula como un derecho de un trabajador, fuera de su jornada laboral (por ejemplo, apagar su celular corporativo, no revisar sus correos electrónicos corporativos, también se estipula como una obligación por parte del empleador a respetar dichos derechos. Creemos que, si bien puede leerse como una norma feliz, podríamos asegurar que, en la realidad peruana, estos derechos y obligaciones, en muchas ocasiones no son cumplidos (obviamente no nos referimos a casos aislados donde la imposición de trabajo en sobretiempo se debe realizar cuando exista un hecho fortuito o de fuerza mayor), a pesar que tenemos sancioanes por su incumplimiento (multas inspectivas). En ese sentido, consideramos que una de las razones principales para el incumplimiento tanto de las obligaciones por parte del empleador como de los derechos por parte de los trabajadores, se asocia más a la cultura de trabajo que tenemos en el Perú, donde trabajar más o realizar más horas, en muchas ocasiones, es “mejor visto” por la sociedad y directamente, por los empleadores.

V. DERECHO COMPARADO

Es oportuno compartir cómo otros países como Bélgica y Holanda manejan la desconexión digital y promueven el balance entre la vida profesional y persona.

En el caso de Bélgica, hace no mucho, se introdujo una ley que garantiza el derecho a la desconexión digital. Así, mediante esta, se permite a los empleados no estar disponibles fuera del horario laboral sin consecuencias negativas. Dicha ley es conocida como parte de la legislación que regula el equilibrio entre el trabajo y la vida personal. (Federal Public Service Employment, Labour and Social Dialogue, 2022). Así, la inspección de trabajo correspondiente, realiza auditorías y revisiones constantes para cumplir las disposiciones de la Ley.

Asimismo, las empresas están obligadas a desarrollar y comunicar políticas internas que respeten el derecho a la desconexión digital. Para ello, los empleadores deben capacitar a sus empleados y directivos para que puedan cumplir con lo establecido en la normativa, incluida la sensibilización sobre la importancia del equilibrio entre la vida y el trabajo. En este escenario, según un informe de Eurofound (2023) (Fundación Europea para la Mejora de las condiciones de vida y trabajo), Bélgica tiene una alta tasa de implementación de políticas de desconexión digital.

Ahora bien, por ejemplo, Países Bajos es conocido por promover un equilibrio positivo entre el trabajo y la vida personal a través de políticas laborales flexibles y buenas prácticas. Así, la Autoridad para la Condición Laboral (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2023) recomienda a las empresas que implementen medidas de flexibilidad laboral, como horarios flexibles y opciones de teletrabajo, para ayudar a los empleados a manejar mejor sus responsabilidades laborales y personales.

De acuerdo al informe mundial de la felicidad (World Happiness Report) del 2023, los Países Bajos se encuentran en la posición 6 en la clasificación global de la felicidad. Este informe publicado anualmente por las Naciones Unidas, evalúa la felicidad en función de varios factores, incluyendo el equilibrio entre el trabajo y la vida personal.

Podemos apreciar que, tanto en Bélgica como en Holanda, se reconoce cada vez más que la vida personal debe tener el mismo peso que el trabajo para asegurar un bienestar integral. Las políticas de desconexión y el enfoque en el equilibrio entre el trabajo y la vida personal reflejan un entendimiento creciente de que un empleado feliz y saludable es también un empleado más productivo.

Teniendo en cuenta lo mencionado a lo largo del presente artículo, es menester indicar qué medidas podríamos acatar, adicional a la que ya contamos normativamente, para prevenir riesgos y conocer qué beneficios podrían brindarnos. Para ello, luego de la revisión de documentos por parte de diferentes autores expuestas anteriormente, hemos realizado un cuadro con principales medidas.

VI. PROPUESTA DE MEDIDAS PARA PREVENIR RIESGOS PSICOSOCIALES

Medida	Descripción
Fomento del cuidado de la salud mental	Las empresas deberían considerar la incorporación de personal especializado en salud mental de manera permanente. Esto no solo permitiría a los trabajadores acudir en casos específicos, sino que también facilitaría un apoyo continuo y un seguimiento cercano de cada empleado.
Respeto de horarios de trabajo	Es importante que las empresas puedan no solo respetar sino promover el trabajo dentro del horario establecido, quizás con mayor planificación o incentivos de cumplimiento de tareas.
Fomento de recreación segura	Fomento y creación de actividades y espacios diseñados para el descanso y la interacción social, así reducir el estrés y el agotamiento, mejorando el bienestar emocional.
Revisión de ambiente de trabajo	Evaluación de las condiciones físicas y organizativas que se tienen por áreas, así será sencillo detectar y corregir factores que puedan causar estrés o malestar. Asimismo, sensibilizar la capacitación laboral en competencias socioemocionales.
Diagnóstico y monitoreo	Evaluación y reconocimiento de los riesgos psicosociales presentes en el entorno laboral mediante la aplicación de encuestas u otras herramientas de evaluación. Estas metodologías facilitan el conocimiento de la situación actual e identifican los riesgos potenciales que el empleador puede abordar de manera anticipada.
Fomento de políticas de bienestar	Esencial analizar y optimizar esquemas de trabajo flexible que promuevan un mejor balance entre la vida laboral y personal. Así como la implementación de programas que promuevan nutrición y alimentación saludable, como actividades físicas (individuales y grupales), fomento del autocuidado, el buen trato y una vida libre de violencia. Igualmente, establecer grupos de vigilancia anticorrupción y contra el hostigamiento sexual.

Creemos que la implementación de medidas que fomentan un balance saludable entre la vida laboral y personal, ofreciendo beneficios tanto para los empleados como las empresas. En primer lugar, podrían contribuir a una mejora significativa en la productividad, toda vez que los empleados disfrutarían de un mejor equilibrio y estarían más comprometidos y motivados, lo que se traduce en un rendimiento laboral superior. Asimismo, la flexibilidad laboral

ayuda a reducir la rotación del personal, ya que los empleados satisfechos con su entorno de trabajo son menos propensos a buscar otras oportunidades. Finalmente, fomentar un equilibrio entre trabajo y vida personal fortalece la cultura organizacional positiva, reforzando el bienestar general.

VII. CONCLUSIONES

- En la actualidad, si bien el teletrabajo y el trabajo híbrido han revolucionado esta era digital trayendo consigo muchos beneficios, también trajo con ellos diversos retos personales y colectivos. Así, su implementación en una manera desmedida puede llevar a un desbalance entre la vida laboral y personal, aumentando y generando estrés y aislamiento social.
- Los riesgos psicosociales como el síndrome de burnout, estrés y moobing, han incrementado de manera impactante en el contexto del teletrabajo. Así, en muchos casos, la falta de interacción física, y presión constante de mantener un rendimiento alto, pueden aumentar dichos problemas.
- Con la finalidad de enfrentar estos nuevos desafíos que nos trae la tecnología, es importante, no solo el cumplimiento de las reglas mínimas establecidas por nuestra legislación, sino que muchas veces es crucial adoptar políticas de bienestar que incluyan la promoción de una nutrición adecuada, actividad física y autocuidado. Además, es necesario que se fomente la salud mental en los espacios de trabajo.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bueno, C. (2020). *Teletrabajo y salud mental: Avances y desafíos más allá de la pandemia*. Blog de la Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS_757609/lang-es/index.htm
- Cacioppo, J. T., & Patrick, W. (2008). *Loneliness: Human nature and the need for social connection*. W.W. Norton & Company.
- Cox, T. 1993. Stress research and stress management: Putting theory to work. Sudbury (Reino Unido), HSE Books. —, y Griffiths, A. 2005. «The nature and measurement of work-related stress», en J. Wilson y N. Corlett (directores): *Evaluation of humanwork: A practical ergonomics methodology*. Boca Ratón (Estados Unidos), CRC Press.

- Einarsen, S., Hoel, H., Zapf, D., & Cooper, C. L. (2011). The concept of bullying and harassment at work: The European tradition. En *Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research, and Practice* (pp. 3-40).
- Eurofound & OIT. (2019). *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*. International Labour Organization. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/publication/wcms_758007.pdf
- Federal Public Service Employment, Labour and Social Dialogue. (2022). *The right to disconnect in Belgium*. <https://www.employment.belgium.be>
- Gil Monte, P. R. (2012). *Riesgos psicosociales en el trabajo y salud ocupacional*. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, 29(2), 238.
- Gil-Monte, P. R., & García-Juesas, J. A. (2008). *Factores psicosociales y organización del trabajo*.
- Giménez, C. (2010). *Impacto de la carga de trabajo en la salud ocupacional*.
- Holland, J. C., & Sbarra, D. A. (2023). *The limits of virtual interaction: How remote work impacts social connectedness and mental health*. *Journal of Occupational Health Psychology*, 28(2), 145-157.
- Ipsos Global. (2023, octubre). *Día de la salud mental 2023*. Ipsos. <https://www.ipsos.com/es-pe/dia-de-la-salud-mental-2023>
- Maslach, C., & Leiter, M. P. (2016). Burnout: A multi-dimensional perspective. En *Stress: Concepts, Cognition, Emotion, and Behavior* (pp. 103-111). Academic Press.
- Meyer, J. P., & Allen, N. J. (2023). *The impact of remote work on employee stress and burnout: A meta-analysis*. *Journal of Applied Psychology*, 108(5), 752-768.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. (2023). *Policies on flexible working and work-life balance*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2020). *Anuario estadístico 2020* https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2038301/Anuario_2020.pdf
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2023). *Anuario estadístico 2023*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6837513/5915177-anuario-estadistico_-2023.pdf?v=1724690405
- Moreno, A., García, P., Díaz, S., & Ramiro, C. (2005). *Estudios sobre factores psicosociales en el trabajo*.
- OIT/OMS. (1984). *Factores psicosociales en el trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención. Informe del comité mixto OIT/OMS sobre medicina del trabajo*. Ginebra, Suiza. Pp. 3.

- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2016). Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros. OIT. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531116.pdf (Consultado en octubre de 2020).
- Organización Internacional del Trabajo. (2023). *Salud mental en el trabajo*. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-at-work>
- Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). *Género, salud y seguridad en el trabajo: Hoja informativa*. <https://www.ilo.org/>
- Paredes, M., & Salazar, L. (2021). Burnout en trabajadores de servicios de emergencia en Perú: Un estudio exploratorio. *Revista de Salud y Trabajo*, 9(3), 215-226.
- Rosenbaum Carli, F. (2020). El “derecho” a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo. *Revista Derecho & Sociedad*, (53), 115.
- Trujillo Pons, F. (2020). *Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la “desconexión digital en el trabajo”*. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 11.
- Uribe García, S. C. (2016). El teletrabajo en Colombia. En *Lecciones de derecho laboral. Homenaje por los 130 años de la Universidad Externado de Colombia* (p. 169). Universidad Externado de Colombia.
- World Happiness Report. (2023). *World Happiness Report 2023*. <https://worldhappiness.report>

LA IRRUPCIÓN DE LA DIGITALIZACIÓN Y ROBOTIZACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES: NUEVAS FORMAS DE MATERIALIZACIÓN DEL PODER DE DIRECCIÓN Y UNA NECESARIA DELIMITACIÓN

MARIA GRAZZIA ESPINOZA SUÁREZ*

Asociada del área Procesal en Vinatea & Toyama. Abogada y Maestra
en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia
Universidad Católica del Perú

* Asociada del área Procesal en Vinatea & Toyama. Abogada y Maestra en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de docencia de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Correo: mgespinoza@pucp.pe Celular: 969-055-401.

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías están impactando las relaciones laborales, cuyos principales dos efectos son la tercerización de las economías más avanzadas, con la consecuente aparición de nuevas fórmulas de empleo (trabajo a tiempo parcial, teletrabajo, entre otros) y la externalización de los procesos productivos, que ha traído como consecuencia el resurgimiento de la subcontratación o la generalización del trabajo autónomo a través del empleo de plataformas digitales (Narvaez Turci, 2022, pág. 31).

Esta nueva era digital, cuyos avances y cambios tecnológicos, seguidas de transformaciones sociales han graficado escenarios sin precedentes han sentado las bases para que se hable ya de una “cuarta revolución industrial”. Es a que ahora, a diferencia de sus predecesoras, *“las tecnologías de la información constituyen pues, el eje del nuevo paradigma tecnológico, que ha venido pivoteando sobre tres medios básicos: la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones”* (Cabero Almenara, 1998).

Al respecto, la doctrina autorizada ha afirmado que las innovaciones tecnológicas surgidas con la aparición de internet se agrupan en dos categorías, a saber: (i) los recursos informáticos, aquellos que posibilitan el tratamiento y procesamiento de la información; y, (ii) los recursos telemáticos, aquellos dirigidos a la comunicación (Castells, 1995). Precisamente, los principales atributos de las tecnologías de la información son las siguientes (Cabero Almenara, 2001):

- a. La interactividad: gracias a su capacidad de interacción se puede intercambiar información entre el ordenador y el usuario, lo que facilita la adaptación de los recursos empleados a las necesidades individuales.
- b. La inmaterialidad de la información: una vez creada, procesada y comunicada gracias a las tecnologías de la información es posible su difusión a cualquier lugar y en cualquier momento.

- c. La instantaneidad de la información: posible gracias a la integración de la informática con redes de comunicación y la integración de la informática con las redes de comunicación.
- d. La interconectividad de las tecnologías de la información: mientras más interconexión exista entre dos o más tecnologías, mayor será la posibilidad de que se originen nuevos recursos tecnológicos.
- e. La digitalización de las tecnologías: la codificación digital de los archivos permite sus tratamientos sin fragmentarlos ni dañarlos, lo que permite su transmisión con altos parámetros de calidad.

En buena cuenta, el nuevo paradigma tecnológico está a disposición de cualquier persona que tenga un dispositivo habilitado para procesar datos y comunicarse. Hemos llegado a un punto que, *“el volumen de datos disponibles es tan inmenso que han surgido plataformas que ofrecen a las empresas servicios de big data¹ para que puedan gestionar con mayor eficacia y Competitividad los datos almacenados de forma remota”* (Narvaez Turci, 2022, pág. 35).

Sumado a que la globalización está propiciando una progresiva digitalización y robotización de los procesos productivos, de las relaciones laborales y de las relaciones sociales, tales como la cada vez más desarrolladas fórmulas de prestación de servicios a través de plataformas digitales y el uso también de creciente de robots dotados de inteligencia artificial diseñados para realizar cualquier tarea. Cabe preguntarnos: ¿las relaciones laborales, como las conocemos, se mantendrán incólumes?

Todo parece apuntar a que no. Esta *Revolución Industrial 4.0* se está extendiendo —a diferencia de las tres primeras— *“de manera universal, irrumpiendo sobre todas economías —sean más o menos desarrolladas—, sobre todos los sectores productivos —sean de cualquier tipo de producción de bienes o de toda clase de prestación de servicios—, ya sea en sectores económicos emergentes o en sectores de los denominados como “maduros”*” (Cruz Villalón, 2017, pág. 16).

La influencia de esta nueva economía digital y automatizada en las relaciones laborales es tan significativa que podría transformar el mundo del trabajo tal como lo conocemos hoy, impactando directamente en su regulación legal.

¹ Entendida como aquella tecnología destinada para *“descubrir patrones de comportamiento de las personas (clientes), predecir tendencias económicas o descubrir relaciones antes desconocidas entre variables que puedan abrir las puertas a la innovación”*. (Gil Gonzáles, 2016).

Por ello, es necesario ampliar las garantías del derecho social al trabajo en plataformas digitales y fortalecer la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en la llamada “empresa panóptica”.

II. LA EMPRESA PANÓPTICA Y NUEVAS FÓRMULAS DE TRABAJO

La necesaria adaptación del ordenamiento laboral a la *Cuarta Revolución Industrial* ha justificado una amplia serie de propuestas de modificación de esta disciplina. Impulsados, principalmente, por la influencia de la elevación de la competencia y cualificación, la aceleración del progreso técnico. Siendo inevitable, naturalmente, el surgimiento e implementación de nuevos modelos de organización del trabajo (Casas Baamonde, 1999, págs. 35-36).

La desintegración de la empresa vertical lleva más de cuatro décadas produciéndose. Las empresas, desde los años setenta, se embarcaron en una profunda modificación de su estructura interna a través de procesos de externalización productiva (redes empresariales, contratas, franquicias...) que han reducido su tamaño y el número de actividades que realizan internamente. A causa de la presión de los mercados de capital por reducir costes, riesgos y mejorar la adaptabilidad de la empresa a las circunstancias del mercado han reducido su estructura al mínimo posible (Todolí Signes, 2023, pág. 68).

En efecto, la explosión en potencia de computación, velocidad y memoria de los ordenadores, así como la creación de tecnología como los códigos de barras, los GPS, los sensores electrónicos, es lo que ha permitido el imparable proceso de la externalización de servicios (Weil, 2014).

Así pues, la principal función de los algoritmos en el trabajo es permitir la automatización de la dirección de las personas trabajadoras, entendida como el proceso de selección, evaluación, vigilancia y control, uso del poder disciplinario, fijación de horarios, distribución salarial y cualquier otra función inherente al poder empresarial dentro del contrato de trabajo. Ahora bien, esta función no tiene por qué quedar limitada al ámbito interno de la empresa (dirección de las propias personas trabajadoras solamente), sino que servirá también para que una empresa pueda automatizar la dirección y control de la fuerza de trabajo de otras empresas de su red (personas trabajadoras autónomas, contratistas, franquicias, etc.) (Todolí Signes, 2023).

De modo tal que las formas tradicionales de control empresarial, propias del modelo taylorista, ya no resulten eficaces para tal propósito y, por tanto, se

han agregado nuevas formas de control, que lejos de aminorar la jerarquía empresarial, la han acrecentado exponencialmente. Es ahí donde nace la necesidad de implementar un nuevo sistema de control apoyado en una vigilancia cuasi permanente sobre su fuerza laboral, por lo que se les atribuye la denominación de *empresas panópticas* que se caracterizan por el uso de tecnología para el acceso a las instalaciones por medio de datos biométricos, dispositivos de monitoreo o incluso programas de análisis de datos y control del tiempo efectivo de trabajo, entre otros.

Estas nuevas formas de control empresarial “*recuerdan al sistema organizativo del Panóptico, entendido como la vista ideal y perfecta, porque todo se ve, no visto y cuyo origen se encuentra en el ámbito penitenciario*²; *ideal distópico al que algunos centros de trabajo se van a acercar, para implementar las medidas que han estado proclamando, porque el control sobre los movimientos, actividades, conversaciones, etc., de cada empleado, en cada lugar, en todo momento, va a ser reflejado y registrado por el sistema implementado por su empleador*” (de Castro Mejuto, 2022, págs. 8-9).

III. NUEVOS MECANISMOS DE CONTROL EMPRESARIAL SOBRE LA FUERZA DE TRABAJO

En las últimas décadas, a esa forma tradicional de poder y control sobre los trabajadores, se han agregado nuevas formas de control, que lejos de aminorar la jerarquía empresarial, la han acrecentado exponencialmente. ¿En qué consisten estas nuevas tecnologías de poder empresarial? Por una parte, abarcan el control tecnológico-digital de la relación laboral, derivado del auge de las tecnologías de la información. Por otra parte, se encuentra el control emocional, reforzado por el ascenso de la “cultura de los valores empresariales” (Warde, 2007, pág. 47).

2 Jeremy Bentham, descontento con el sistema de prisión inglés, ideó uno nuevo. Sus ideas están plasmadas en uno de sus más famosos tratados, *El Panóptico*, el cual llegó a definir como “*un molino en el que triturar (metafóricamente) a los pícaros hasta hacerlos honestos*”. Ese punto central es la verdadera clave de todo el conjunto, ya que en ella se colocaría una sala o torre desde la que una persona o grupo de ellas pudiera controlar todo el perímetro. Había un detalle más en este novedoso diseño, y era que el vigilante de la torre podría ver a todos los reclusos, pero estos no podrían verlo a él. ¿Cuál es la razón de esto? Según el inglés, de esa manera, además de ahorrarse personal, se lograría generar en los presos una sensación de intensa paranoia, al no saber si sus movimientos estaban siendo controlados o no. Esto les obligaría a comportarse de la mejor manera posible, al no estar seguros de si su actitud podía costarles un severo castigo. Para mayor referencia: <https://filco.es/utilitarismo-filosofia-de-bentham/>

1. Las nuevas formas de control empresarial:

Los sistemas de control utilizados por las empresas para supervisar a sus empleados buscan medir el rendimiento laboral con el fin de planificar el trabajo de manera más eficiente para obtener beneficios o, en su caso, aplicar sanciones por incumplimiento del contrato laboral.

El avance de las nuevas tecnologías y los extraordinarios progresos en videovigilancia en las últimas décadas han hecho que los mecanismos de control empresarial sean cada vez más sofisticados, lo que puede llevar a una posible invasión de la privacidad de los trabajadores, representando un verdadero retroceso en sus derechos y libertades fundamentales. Otro aspecto importante por considerar es que la vigilancia mediante medios digitales ha provocado un aumento significativo en los niveles de estrés laboral de los empleados, generando insatisfacción en el trabajo e incluso un considerable incremento en el número de renunciadas³.

Surge así un conocido dilema respecto a cómo equilibrar la salvaguarda del derecho fundamental a la intimidad y privacidad de los trabajadores y el poder de dirección, legalmente reconocido. Si tuviésemos que preguntarnos cómo es que nace esta necesidad de parte de los empleadores, pues pareciese que la respuesta está en disuadir a quienes pretendan cometer prácticas que atenten contra la buena fe laboral. A continuación, citaremos las más habituales (Narvaez Turci, 2022, págs. 152-165):

- a. **Rastreo en los historiales de búsquedas realizadas en internet:** con el objetivo de poner límites a una posible pérdida de productividad, las empresas restringen el acceso a determinadas páginas web y estudian los historiales de navegación para comprobar si las búsquedas son las realmente necesarias según sus puestos de trabajo.
- b. **La colocación de un dispositivo de localización por vía satélite en los vehículos de la empresa:** con los actuales medios de geolocaliza-

3 El informe llevado a cabo por el *National Work Right Institute* nos ha dado preocupantes cifras. Las estadísticas arrojan que, 2 de cada 3 trabajadores son controlados con métodos electrónicos de vigilancia; situación que ha conllevado a un aumento considerable de los niveles de estrés (Institute, 2004, pág. 2).

Tan es así que, en otro estudio llevado a cabo por *Bell Canada*, se afirma que el 55% de los teleoperadores sufrieron un aumento de sus niveles de estrés como consecuencia de las técnicas de monitoreo impartidas por sus empleadores, lo que les provocó problemas físicos (DiTecco, Cwittco, Arsenault, & André, 1992).

ción digital, los empleadores pueden conocer en cualquier momento la localización geográfica del vehículo y, por tanto, del trabajador que lo conduce. Herramienta que le permitirá conocer al empleador si la ruta empleada es la más adecuada o no; además de identificar a aquellos trabajadores que incumplan con sus roles⁴.

En España, es posible su implementación siempre que se ajuste en base a dos principios: limitación de la finalidad y minimización de datos. En efecto, los Tribunales españoles avalan este sistema localización por GPS en vehículos siempre y cuando el trabajador está informado de su finalidad, así como la utilización que hará el empleador con los datos obtenidos⁵.

- c. **Control sobre el correo electrónico:** para ello se suele incluir en el contrato de trabajo cláusulas en las que el trabajador autoriza a la empresa a controlar y supervisar cuando crea conveniente los correos electrónicos enviados y recibidos desde los equipos proporcionados por su empleador.

Siendo que, en estos casos, pueda quedar afectado el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido a favor de toda persona, el Tribunal Constitucional español ha dejado por sentado que en determinadas circunstancias no puede considerar como vulneradora del derecho una intervención que ajuste su actuación a un *“suficiente canon de razonabilidad”*⁶ y cuando exista una *“expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico”*⁷.

- d. **Acceso a las redes sociales de los trabajadores:** durante los procesos de selección, se ha tornado una práctica común que las empresas lleven a cabo búsquedas de perfiles en redes sociales para saber si son aptos para determinados puestos de trabajo o, si durante la relación laboral, sus trabajadores vienen expresando algún tipo de comentario en contra de la empresa (Mitjans Perelló, 2009, pág. 125).

4 A modo de ejemplo, tenemos que la empresa Amazon ha instalado pulseras localizadoras vía GPS a sus repartidoras (Vidal López, 2018).

5 En dicho sentido se han pronunciado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 260/2014 del 21 de marzo de 2014, así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 1937/2017.

6 Sentencia 241/2012 de fecha 17 de diciembre de 2012.

7 Sentencia 170/2013 del 7 de octubre de 2013 del Tribunal Constitucional español.

Como se ha advertido, la materialización en las redes sociales del derecho a la libertad de expresión por parte de los trabajadores podría entrar en conflicto con la libertad de empresa o con el derecho al honor de los representantes de ésta. Por ende, en España, se ha legitimado la potestad del empleador de supervisar las redes sociales de sus trabajadores y también se ha avalado la adopción de severas medidas disciplinarias, imponiéndose como parámetro la aplicación del principio de proporcionalidad para el análisis y sanción de dichos casos⁸.

- e. **El registro de las conversaciones telefónicas:** al amparo del cual, los empleadores, para proteger sus intereses —y en algunos casos de sus clientes— guardan un registro de las llamadas realizadas por sus trabajadores efectuadas por los terminales de propiedad de la empresa. Aunque con el surgimiento de los *smartphones* ya no solo les es posible grabar las conversaciones, sino que además serán titulares de cualquier información que se almacene en la memoria del teléfono móvil.

Al respecto, en la experiencia española, se analizó el caso donde un casino instaló micrófonos que permitieron grabar las conversaciones de sus trabajadores con sus clientes, en el cual se determinó que la celebración de un contrato de trabajo “*no puede implicar, en modo alguno, la privación de tales derechos [derecho a la intimidad y dignidad humana] para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas*”, concluyendo que la captación de comentarios privados, tanto de los clientes como de sus trabajadores, eran por completo ajenos al interés del empleador e irrelevantes desde la perspectiva del control de las obligaciones laborales⁹.

- f. **La monitorización de las pulsaciones efectuadas por el trabajador (también llamado *keylogging*):** la revisión de las pulsaciones de las teclas permite al empleador conocer si se cubren las expectativas

8 A modo de referencia invocamos la Sentencia 1736-2017 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía del 8 de junio de 2017; así como la Sentencia 187/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura del 23 de marzo de 2017.

9 Sentencia 98/2000 del Tribunal Constitucional de España del 10 de abril de 2000. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4082>
Similar interpretación se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo 5215/2014 del 20 de noviembre de 2014.

del puesto de trabajo o, en su defecto, si el trabajador ha permanecido mucho tiempo sin cumplir con sus labores por las que fue contratado. Llegando incluso a saberse, con exactitud, qué es lo que se está escribiendo, lo que podría incluir contraseñas y hasta información personal.

A la fecha, pese a tratarse de un controversial recurso, su empleo ha sido de utilidad como medio probatorio en un proceso disciplinario (Tascón López, 2007).

- g. **La instalación de cámaras de videovigilancia:** con la instalación de un sistema de grabación en tiempo real y que perdure en un repositorio, el empleador puede controlar el desarrollo de las labores de sus trabajadores.

Pareciera que esta herramienta de control atentaría contra la protección de datos y la intimidad personal de los trabajadores. Al respecto, efectivamente, se atentará contra el derecho a la protección de datos personales siempre que la utilización de videovigilancia no sea consentida ni previamente informada para determinado propósito por parte de los trabajadores¹⁰.

Posteriormente, fue matizada en el hecho de ser admisible la grabación cuando únicamente tenga por objeto probar ilícitos y siempre que no se capten imágenes de forma fija sino de forma puntual, concluyéndose así que no cabría una lesión contra el derecho a la intimidad personal¹¹.

- h. **La instalación de sistemas de control biométrico:** como ocurre, por ejemplo, con los controles de asistencia con huella dactilar, siendo sumamente eficiente para determinar el absentismo laboral.

Su implementación estará permitida siempre que el trabajador brinde su consentimiento explícito y el tratamiento de los datos personales (biométricos) obtenidos sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de los derechos específicos del responsable del tratamiento.

10 Sentencia 29/2013 del Tribunal Constitucional español del 11 de febrero de 2013. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-2712

11 Sentencia 39/2016 del Tribunal Constitucional español del 3 de marzo de 2016. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-3405

2. Actualización de los límites al poder de dirección:

Para lograr esto, es imprescindible contar con un marco normativo y ético adecuado, el cual ya ha sido definido con la Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales de fecha 15 de diciembre de 2022, cuyo eje central es: “(...) *promover una vía para la transformación digital, poniendo a las personas al centro, (...) reafirmando los derechos humanos universales y beneficiando a todas las personas, empresas y la sociedad en su conjunto*”. Como mecanismos inmediatos, tenemos los siguientes:

a. El derecho fundamental a la intimidad personal como límite al poder digital de vigilancia y control:

Conforme lo venimos sosteniendo, con la implementación de estos nuevos medios de control digitales, el empleador no solo puede fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, sino que puede llegar a “*monitorizar milimétricamente el rendimiento de las personas trabajadoras, vigilar su comportamiento fuera del horario de trabajo y obtener pruebas gráficas de las posibles faltas laborales sobre las que fundamentar, en el ejercicio de su poder de disciplinario, las medidas sancionadoras, incluyendo el despido, que estime necesario imponer a sus empleados*” (Narvaez Turci, 2022, pág. 166).

Pues bien, como cualquier otro poder jurídico, el poder de dirección presenta limitaciones, entre estas, el no atentar contra la dignidad humana que goza todo trabajador, sin excepción. Por ende, procederemos con listar las principales limitaciones a esta facultad del empleador, las mismas que sirven como salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores:

i. Respetto a la intimidad personal y familiar: derecho consagrado en el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Sobre el particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desarrolló este importante concepto de “vida social privada” en el caso *Bărbulescu versus Rumania* del 5 de septiembre de 2017¹², en el que se reconocería, precisamente, la vulneración

12 Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Barbulescu%20c.%20Ruman%C3%ADa.pdf>

del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de los trabajadores de la empresa debido al hecho de haber monitorizado sus comunicaciones de correo electrónico.

En esta importante sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fijó unos estándares mínimos que habrán de ser tenidos en cuenta tanto por el legislador como por los órganos jurisdiccionales para que la vigilancia de los correos electrónicos y el control mediante videovigilancia sean legítimos. Estas fueron:

- La obligación de informar previamente a los trabajadores sobre las medidas de vigilancia de las comunicaciones electrónicas adoptadas por el empleador.
- La necesidad de que esa información sea clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión.
- El deber de justificar adecuadamente la necesidad de las medidas de seguimiento adoptadas por el empleador, ponderando si la finalidad pudiese ser alcanzada con otros medios menos intrusivos.
- La obligación de limitar el alcance de las medidas de control, tanto en lo que respecta a la duración del control y al número de personas que tendrán acceso a los resultados de la vigilancia efectuada.
- La necesidad de hacer un examen de proporcionalidad para limitar las injerencias al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que pondere sobre las consecuencias de la supervisión para el trabajador con relación a los intereses de la empresa.

ii. Razonabilidad y proporcionalidad en la medida:

En torno al último punto citado, conviene traer a colación otro importante caso donde, casualmente, se puso a prueba el criterio antes comentado, este fue el caso *López Ribalda y otros versus España*.

En dicho caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante sentencia de fecha 9 de enero de 2018 resolvió un caso donde se había implementado una cámara oculta para investigar

unos robos que venían ocurriendo en un supermercado. Vetando el despliegue del empleador debido a que no se apreciaba una razonabilidad ni proporcionalidad en la medida de videovigilancia, vulnerándose así el derecho a la intimidad personal de las cajas despedidas.

No obstante, dicho criterio no quedó estático en el tiempo, pues el 17 de octubre de 2019 la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicando que, apelando a los principios recogidos en el caso *Bărbulescu*, estableció que: *“estos deben aplicarse teniendo en cuenta la especificidad de las relaciones laborales y el desarrollo de las nuevas tecnologías, que pueden permitir la adopción de medidas cada vez más intrusivas en la vida privada de los empleados”*¹³.

De lo expuesto, se puede extraer que, siempre que exista una “sospecha razonable” de que se está cometiendo una falta grave y las pérdidas identificadas sean de considerable magnitud, resultará viable recurrir a la videovigilancia, tanto de cámaras visibles como ocultas.

b. La desconexión digital como medida de salvaguarda del derecho fundamental a la salud:

La progresiva digitalización del sistema productivo no solo ha puesto en manos del empleador unas poderosas herramientas de vigilancia y control que pueden llegar a suponer una violación de los derechos fundamentales de los trabajadores, sino que también ha posibilitado una permanente conectividad los trabajadores que, de no adoptarse medidas correctoras, podría implicar una vulneración del derecho humano a la salud (Narvaez Turci, 2022, pág. 173).

En efecto, una de las más significativas características de la sociedad digital es la sustancial difuminación de los límites entre el trabajo remunerado y la vida privada que está provocando, especialmente, en las plataformas de trabajo *online* (Messenger, 2018, pág. 24).

Por consiguiente, la desconexión digital aparece, como una medida indispensable para atenuar los efectos nocivos que puede ocasionar esta *hiperconectividad laboral*, caracterizada por la prolongación excesiva de

13 Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20L%C3%B3pez%20Ribalda%20c.%20Espa%C3%B1a.pdf>

las jornadas de trabajo y la falta de descanso, entre los que conviene destacar: enfermedades cardiovasculares, infecciones crónicas, trastornos gastrointestinales, problemas musculoesqueléticos, ansiedad, depresión, mayor propensión a la accidentalidad laboral y unas mayores tasas de mortalidad (Lozano Lares, 2020, págs. 313-314).

La desconexión digital permitirá garantizar el descanso de las personas trabajadoras una vez concluida la jornada laboral, además de posibilitar la conciliación de la vida personal y el trabajo; sin disminuir su tiempo de ocio e incluso respetar su derecho a la intimidad puesto que también se inmiscuye en la vida privada de sus trabajadores si el empleador continúa comunicándose con estos fuera de su jornada laboral (Narvaez Turci, 2022, pág. 175).

De lo expuesto, se puede concluir que, como en otras oportunidades, se tratará de actualizar la función compensadora y legitimadora que cumple el ordenamiento laboral para llevarla a territorios fronterizos a su esfera de actuación tradicional, las cuales son: (i) la función integradora; (ii) el equilibrio estructural entre la libertad de empresa y el poder del empleador por un lado, y la protección o tutela del trabajo asalariado por otro; y, (iii) el empleo del aparato institucional y las soluciones normativas de las que se sirve el ordenamiento laboral para la realización de la racionalización en el marco de las limitaciones y contrapesos (Palomeque López, 2011, págs. 46-47).

IV. MEJORA EN LAS GARANTÍAS EN FAVOR DE LOS TRABAJADORES PARA LA DELIMITACIÓN DEL PODER DE DIRECCIÓN

Si bien la Constitución Política del Perú ha fijado las bases para la delimitación del poder de dirección del empleador, resulta necesario hacer una actualización a la regulación contemplada en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR¹⁴, donde se desarrolle adecuadamente el derecho a la desconexión digital, así como fijar los límites del empleador y las garantías de los trabajadores cuando vean afectados este derecho en las múltiples manifestaciones que hemos desarrollado previamente.

¹⁴ Postulamos lo anterior pues consideramos que esta protección no debe agotarse en los teletrabajadores, sino a los trabajadores de la actividad privada en general pues, en su gran mayoría, emplean herramientas que les permiten estar conectados con sus responsabilidades laborales, sean o no otorgadas por su empleador.

De igual forma, es imprescindible que la Ley 29733 – Ley de Protección de Datos Personal refuerce su regulación y protección frente a la irrupción de las nuevas tecnologías. Principalmente porque hemos demostrado que, la presencia de la digitalización acompañada del empleo de herramientas desmedidas de control empresarial atenta contra el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú.

Por su parte, la Ley 29783 – Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, “LSST”) es una normativa enfocada en prevenir los riesgos laborales y actualmente es bastante sólida. Sin embargo, su correcta implementación requiere una evaluación y mejora continua mediante revisiones periódicas.

De lo expuesto, consideramos que la existencia de esta normativa preventiva por sí sola no garantiza el cumplimiento estricto ni el adecuado desarrollo del derecho a la desconexión digital, ni salud de los trabajadores afectada por la *hiperconectividad laboral*. Para que sea efectiva, es necesario complementarla con otros mecanismos que promuevan su aplicación en el entorno laboral, tal como se detalla a continuación:

1. **Fiscalización laboral repotenciada:** es necesario reforzar la capacidad de la actuación inspectora para adaptar su contenido a la complejidad asociada a las nuevas formas de trabajo y el uso de las tecnologías, como son la inteligencia artificial o la gestión algorítmica en procesos de selección y gestión del capital humano, así como los abusos que pudieran originarse en el desempeño y rendimiento de las personas trabajadoras, en particular en ámbitos como los call centers, almacenes, trabajo en oficinas o en industrias de producción, y los sesgos de género presentes en ellos.

Sin duda, lo deseable sería que el Estado concrete la dotación de herramientas y recursos humanos y financieros hasta alcanzar la ratio de un inspector por cada diez mil personas (recomendada por parte de la OIT)¹⁵. En nuestro país, contamos con menos de mil inspectores a nivel nacional¹⁶.

15 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La economía informal y el trabajo decente: una guía de recursos sobre políticas, apoyando la transición hacia la formalidad. Ginebra: OIT, 2013. Véase también ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Fundamentals of labour administration. Ginebra: OIT, 2010.

16 Información obtenida del Informe Anual 2021 de la SUNAFIL, en la cual se detalla que, se cuen-

Un buen acercamiento sobre este punto es el ejercicio del poder sancionador no económico de este organismo, a través de iniciativas tales como dar publicidad a las sanciones por infracciones graves y muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, o la creación de un registro de empresas sancionadas.

2. **Negociación Colectiva:** permitirá la inclusión de cláusulas tipo en los convenios colectivos. Estas cláusulas pueden ser ajustadas para adaptarse a la realidad específica de cada empresa o sector, así como a los cambios en las condiciones de trabajo o en el entorno laboral.

Si bien nuestro derecho sindical aun es incipiente, principalmente, por su predominante atomización (entiéndase, negociación colectiva a nivel empresarial e infra empresarial), estimamos propicio comentar los siguientes ejemplos:

- a. **Convenio Colectivo entre la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) y los sindicatos CC.OO. de Construcción y Servicios y UGT-FICA:** aprobado por Resolución del 21 de septiembre de 2017: se reconoció la *“necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral”*; de modo tal que, salvo opere fuerza mayor o algún suceso excepcional, AXA autoriza a sus trabajadores a *“no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”*¹⁷.
- b. **XVI Convenio Colectivo de la ONCE:** celebrado el 8 de enero de 2018, por medio del cual se incorporó un Plan de Igualdad en el que las partes valoran *“la denominada “desconexión digital” aplicada a herramientas de índole tecnológica e informática, como teléfonos y tablets con conexión de datos y ordenadores portátiles”*¹⁸.
- c. **VII Convenio Colectivo de Repsol:** firmado el 17 de julio de 2018 contempló, igualmente, la implementación de unos *“principios del derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo”*, en

ta con un total de 761 personas como personal inspectivo, entiéndase: supervisores inspectores, inspectores de trabajo e inspectores auxiliares. Consultado en: <https://www.gob.pe/institucion/sunafil/informes-publicaciones/4580895-informe-anual-de-inspeccion-del-trabajo-2021>

17 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-10951>

18 Disponible en: <https://club.once.es/afiliados/noticias/instrumental-documentos-de-apoyo-imagenes-documentos-y-sonido/archivo-de-documentos/xvi-convenio-colectivo-de-la-once-y-su-personal/view>

el marco de una adecuada gestión del principio de conciliación de vida privada y vida profesional¹⁹.

3. **Administración Pública:** exigir a las empresas que deseen contratar con el Estado el cumplimiento de ciertos requisitos, establecidos en las cláusulas sociales sobre prevención de riesgos laborales. Además, existen mecanismos para excluir a empresas y empleadores que hayan cometido infracciones graves o muy graves en materia de prevención de riesgos laborales de los procesos de licitación, contratación y concesión de ayudas públicas.
4. **Servicios Públicos:** la mejora de aquellos dedicados a la prevención de riesgos laborales en las regiones mediante una inversión continua en recursos humanos y financieros públicos, con el objetivo de promover la mejora de las condiciones de trabajo y elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.
5. **Sistemas de incentivos:** inspirado en el sistema “*bonus-bonus*” y “*bonus-malus*” implementado en Francia, Alemania y España, los cuales se caracterizan por (Luque Parra & Ginès i Fabrellas, 2015):
 - a. Sistema de cotización por contingencias laborales basado en los índices de siniestralidad laboral de la empresa individualmente considerada (modelo francés);
 - b. Sistema a de devolución de una parte de las cotizaciones a la Seguridad Social de aquellas empresas con índices bajos de siniestralidad laboral (modelo español);
 - c. Sistema de bonus-malus se encuentra determinada por Mutuas de Accidentes de Trabajo y Aseguradoras para el Sector Público, que cuentan con la capacidad para autorregular dicho sistema a través de sus estatutos (modelo alemán).

Bajo un esquema u otro, lo relevante es que todos prevén un sistema de cotización a la Seguridad Social basado en el índice de siniestralidad laboral empresarial. Rescatándose que, en Francia se han fijado hasta tres modos para fijar el tipo/tarifa en función a la planilla total de la empresa²⁰; mientras que,

19 Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10049

20 De esta forma: (i) las empresas con menos de 20 trabajadores disponen de un sistema de tarificación “colectiva” —en atención al número de accidentes acaecidos en el sector de actividad—, (ii) las empresas entre 20 y 149 trabajadores disponen de un sistema de tarificación “mixto” y (iii) las em-

en España, el número de trabajadores resulta relevante para establecer los requerimientos para beneficiarse del sistema de incentivos por reducidos niveles de siniestralidad laboral.

Entre los principales atractivos del sistema de incentivos comentado cabría destacar que las empresas (privadas y públicas) beneficiarias serían aquellas que²¹:

- i. Acrediten haber realizado inversiones en instalaciones, procesos o equipos en materia de prevención de riesgos que contribuyan a la mitigación o supresión de riesgos;
- ii. Haber cotizado a la Seguridad Social un volumen de cuotas por contingencias profesionales superior a un valor económico que resulte proporcional y razonable en función al número de trabajadores y al tipo de actividad (riesgosa o no riesgosa).
- iii. No superar los índices de siniestralidad general y siniestralidad extrema establecidos en una norma especial.
- iv. No presentar deudas en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones de cotización de la Seguridad Social, incluso si presenta baja siniestralidad.
- v. No haber sido sancionada con resolución firme en vía administrativa por la comisión de faltas graves o muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo y/o de seguridad social.
- vi. Acreditar el cumplimiento de los requisitos básicos en prevención de riesgos laborales, la cual debe encausarse mediante una declaración jurada sobre actividades preventivas y sobre la existencia de representación de los trabajadores en materia de prevención.
- vii. Demostrar el desarrollo o la realización de, al menos, dos de las siguientes acciones: incorporar a la planilla de recursos preventivos propios o internos o ampliación de los recursos propios existentes; realizar auditorías externas del sistema preventivo; implementar planes de movilidad vial para prevenir los accidentes de trabajo en misión y los accidentes in itinere; evidenciar la disminución del porcentaje de trabajadores expuestos a riesgo de enfermedad profesional; y,

presas de 150 o más trabajadores de un sistema de tarificación individual –calculado íntegramente sobre la base del valor del riesgo propio de cada centro de trabajo.

21 Inspirado en el Real Decreto 404/2010, desarrollado por la Orden TIN/1448/2010.

contar con un certificado de calidad de la organización y funcionamiento del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa, expedido por empresa u organismo con acreditación internacional o validado por el Estado.

De lo expuesto, queda manifiesto que, con su implementación, las empresas tienen incentivos a invertir en prevención de riesgos laborales, reducir la siniestralidad y, así, recuperar parte de las cotizaciones por contingencias laborales en materia de seguridad y salud en el trabajo. Esto significa un beneficio directo e inmediato para el empleador que favorecerá, igualmente, a los trabajadores (Luque Parra, La reformulación del sistema “Bonus-Bonus” vs. “Bonus-Malus”. Estudio comparado sobre un sistema de incentivación de la prevención de riesgos laborales., 2015).

V. CONCLUSIONES

1. La legislación laboral peruana necesita adaptarse a la cuarta revolución digital y sus implicaciones en las relaciones laborales, superando su visión clásica fordista.
2. Asimismo, y en tanto se supere dicha ausencia de regulación, los jueces laborales jugarán un papel protagónico para la solución de controversias en torno a la revolución digital y su irrupción en las relaciones laborales.
3. La constante evolución de los medios de control empresarial plantea desafíos significativos para los derechos y libertades de los trabajadores, acercándose a un modelo organizativo Panóptico.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Cabero Almenara, J. (1998). Impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas. En M. Lorenzo Delgado, J. A. Ortega Carrillo, & T. Sola Martínez, *Enfoques en la organización y dirección de instituciones educativas formales y no formales: actas de las II Jornadas Andaluza sobre Organización y Dirección de Centros Educativos* (págs. 197-206).
- Cabero Almenara, J. (2001). *Tecnología Educativa. Diseño y educación de medios en la enseñanza*. Barcelona: Paidós.
- Casas Baamonde, M. E. (1999). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Castells, M. (1995). *La ciudad informacional: tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas*. Madrid: Alianza Editorial.
- Cruz Villalón, J. (2017). Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. *Temas Laborales. Revista anadaluz de trabajo y bienestar social*(138), 13-47.
- de Castro Mejuto, L. F. (2022). Technology in labour relations and the employer's power. *Dereito: revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2(31), 1-10. Obtenido de <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/7798/12682>
- DiTecco, D., Cwitco, G., Arsenault, A., & André, M. (1992). Operator stress and monitoring practices. En *Applied Ergonomics* (Issue 1 ed., Vol. Volume 23, págs. 29-34). Obtenido de [https://doi.org/10.1016/0003-6870\(92\)90007-I](https://doi.org/10.1016/0003-6870(92)90007-I)
- Gil Gonzáles, E. (2016). *Big Data, privacidad y protección de datos*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).
- Institute, N. W. (2004). *National Workrights Institute*. Obtenido de https://www.workrights.org/images/issue_PDFs/NWI_EM_Report.pdf
- Lozano Lares, F. (2020). Tiempo de trabajo y derechos digitales. En S. (. Gonzáles Ortega, *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (págs. 1-437). Andalucía: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Obtenido de <https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/portalcarylcarlportalportlets/documentos?nombre=942a6257-9c56-4ba2-aa31-19cb60dafac1.pdf>
- Luque Parra, M. (2015). *La reformulación del sistema “Bonus-Bonus” vs. “Bonus-Malus”. Estudio comparado sobre un sistema de incentivación de la prevención de riesgos laborales*. Barcelona: Confederación Española de Organizaciones Empresariales.
- Luque Parra, M., & Ginès i Fabrellas, A. (2015). Social Security Incentives and Prevention of Occupational Hazards: Bonus-Bonus and Bonus-Malus Scheme Conclusions. *IUSLabor*, 3, 1-15.
- Messenger, J. (2018). *Working time and the future of work*. Geneva: International Labour Organization. Obtenido de <https://www.ilo.org/publications/working-time-and-future-work>
- Mitjans Perelló, E. (2009). Impacto de las redes sociales en el derecho a la protección de datos personales. En *Anuario de la Facultad de Derecho* (Vol. 2, págs. 107-129). Alcalá: Universidad de Alcalá.
- Narvaez Turci, G. (2022). *El impacto social de la robotización y diigitalización del mercado de trabajo*. Málaga: Laborum Ediciones.
- Palomeque López, M. C. (2011). *Derecho del Trabajo e Ideología*. Madrid: Tecnos.

- Tascón López, R. (2007). El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica. *Arazandi Social*.
- Todoí Signes, A. (2023). *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*. Aranzadi.
- Todoí Signes, A. (2023). La dirección algorítmica de las redes empresariales: plataformas digitales, inteligencia artificial y descentralización productiva. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*(476), 65-91. Obtenido de <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/19235/18867>
- Vidal López, P. (2018). *Legal Today. Por y para profesionales del Derecho*. Obtenido de <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/black-mirror-ya-esta-aqui-o-nuevas-formas-de-control-laboral-2018-03-23/>
- Warde, I. (2007). Estados Unidos y la religión del trabajo. *Le Monde Diplomatique*, 3(32).
- Weil, D. (2014). The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It. *Harvard University Press*, 89(3). Obtenido de <https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.1086/683098>.

APUNTES SOBRE LA IMPACTOS PSICOSOCIALES EN LAS RELACIONES LABORALES EN EL PERÚ

MIGUEL ALEJANDRO ARENAZA VÁSQUEZ*

Abogado por la Universidad Privada del Norte (Trujillo, Perú). Discente de la Maestría de Derecho Laboral y Procesal Laboral en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Asociado en Valdez & Abogados.

* Abogado por la Universidad Privada del Norte (Trujillo, Perú). Discente de la Maestría de Derecho Laboral y Procesal Laboral en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Asociado en Valdez & Abogados. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4565-6770>. Correo electrónico: miguelarenaza@outlook.com.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma surge como consecuencia de la evolución de la sociedad, pues, antes de su génesis, previo y durante el surgimiento de la industria, existieron: jornadas de trabajo extenuantes, la no contemplación de descanso, el ínfimo pago, el desarrollo de trabajo en ambientes insalubres, la explotación de mujeres y niños, etc. Tal situación generó que su consolidación transite en lo que el profesor Boza (2014) denominó etapas del Derecho de Trabajo, clasificándolas de la siguiente manera i) la prohibición, periodo que destaca por la represión sindical por parte del Estado; ii) la tolerancia, fase en el que cesan las sanciones a las organizaciones sindicales; y, iii) el reconocimiento, fase en el que dada la intervención del Estado se fueron reconociendo algunos derechos, tales como: la jornada de trabajo, el goce de remuneración y la prevención y reacción frente a accidentes de trabajo.

A partir de la importancia que fue tomando esta disciplina jurídica es que con la suscripción del Tratado de Versalles en el año 1919 así como los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos en general y derechos laborales en específico se garantizó la protección de los derechos de las personas que trabajan dependientemente que hasta ese momento se fueron reconociendo, pero también se empezaron a tomar acciones para contrarrestar los problemas laborales que fueron surgiendo, debido a que existen nuevas formas de trabajo, ya sea como consecuencia de alguna modalidad de prestar servicios y/o a partir del uso propio de la tecnología de la información y comunicación.

Es así como en la actualidad podemos afirmar que, dada la evolución a la que empezamos haciendo referencia, el trabajo o la forma de trabajar en muchas partes del mundo no se asemejan en nada a lo que ocurría hace cien años, con ello, por un lado, la fase del reconocimiento de derechos laborales se viene prolongando hasta la actualidad y, por otro, los problemas laborales persisten.

En ese sentido, siendo que estas nuevas formas de trabajo aunadas o no con la tradicional forma de prestar servicio generan la necesidad de contar con

un marco jurídico que delimite los derechos a proteger, los cuales no se limitan a los tradicionales derechos que fraguaron el inicio del Derecho del Trabajo, sino a otros que, en virtud de la aludida evolución, nos encontramos regulando, aplicando y, en menor o mayor medida, profundizando su desarrollo, tal como el derecho a la desconexión digital, la dignidad y el derecho a la salud en sus distintas manifestaciones como la salud mental, pues la persona que trabaja de manera subordinada se encuentra propensa a sufrir lo que desde la medicina del trabajo se denomina riesgos psicosociales asociados al trabajo, lo que debiese ser evitado en aras de garantizar un trabajo digno.

Consecuentemente, ante el actual desarrollo de las relaciones laborales penetradas por el uso de las tecnologías de la información y comunicación, el objetivo del presente artículo se centra en poder determinar cómo se viene aplicando la regulación respecto a los centros de rehabilitación laboral como consecuencia de los riesgos psicosociales en el Perú, debido a que es una categoría dentro de las relaciones laborales no abordada en el ámbito académico laboral; por lo que, su desarrollo surge a partir de algunas incógnitas, las cuales podrían ceñirse desde las más básicas enfocadas a su marco jurídico, pero también desde un punto de vista complejo como lo es el social, es decir como se viene aplicando, si existe información estadística entorno a su avance y/o cuales son las medidas para sociabilizar este aspecto no solo en la sociedad en general, sino en las personas que prestan servicios de manera dependiente.

Finalmente, queda claro que el abordaje del presente estudio se encuentra dentro del enfoque de la investigación socio jurídica, en tanto que la recopilación de información no se limitó a un aspecto normativo y dogmático, sino también a la recolección de información estadística, todo ello con la finalidad que los resultados expuestos sirvan como parámetros para garantizar el acceso a los centros de rehabilitación laboral por parte de las personas que sufren riesgos psicosociales con ocasión del trabajo. De esa forma, la presente investigación se compone de las siguientes secciones: gira en torno a describir la situación actual de las relaciones laborales en nuestro país y a analizar la regulación del derecho a la salud mental laboral en nuestro país, para finalmente exponer las conclusiones.

II. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL PERÚ

1. Tránsito del trabajo presencial a las nuevas formas de trabajo a partir del uso de las tecnologías de la información y comunicación

Indudablemente las relaciones laborales se encuentran vinculadas con la tecnología, es más los orígenes del Derecho del Trabajo se vincula con revoluciones industriales que implicaron un avance y uso de la tecnología; es así como resulta válido afirmar que la irrupción tecnológica no fue similar en todos los países, pues en aquellos desarrollados tal situación obedeció a su adelanto científico y en otros países como el nuestro, la tecnología es una consecuencia directa de la globalización (Arenaza, 2022).

De esa forma, respecto al uso de la tecnología a nivel internacional, se tiene que a través del Informe Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro de la OIT (2018) figura una información consistente a los años 2001 y 2016, en donde se advierte como aumentó de manera constante la suscripción de planes de teléfono celular en la sociedad, así como del servicio de internet.

De ahí que de las figuras insertadas podemos concluir que efectivamente en todo el mundo existió un crecimiento tanto del uso de teléfonos celulares como del internet; entonces, sería poco probable que desde el 2016 a la actualidad los indicadores se reduzcan, toda vez que cada vez son más necesarias en la vida, dado que según Ávila (2012) son:

Conjunto de herramientas, soportes y canales desarrollados y sustentados por las tecnologías (telecomunicaciones, informática, programas, computadores e internet) que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de informaciones, en forma de voz, imágenes y datos, contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética a fin de mejorar la calidad de vida de las personas. (p. 222-223)

En virtud de tal importancia de la tecnología de la información y comunicación en nuestra sociedad, se emitió el Decreto Supremo Nro. 066-2011-PCM, de fecha 27 de julio del año 2011, en el cual se aprobó el Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú - La Agenda Digital Peruana 2.0 y que de alguna manera viene siendo una regulación sostenida, tal como se advierte del Decreto Supremo Nro. 237-2019-EF que contiene el Plan Nacional de Competitividad y Productividad para el periodo 2019 al 2030 y en donde

el 46% de las medidas son de transformación digital. Lo cual resulta necesario debido a que según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2024) en los primeros trimestres de los años 2019, 2020, 2021, 2022, 2023 y 2024 existió un aumento constante de la población peruana que cuenta y usa una tecnología de la información y comunicación en su hogar.

Tabla 1
Porcentaje de uso de las tecnologías de la información y comunicación

Años	Trimestre Enero – Febrero - Marzo					
	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Porcentaje del uso de tecnologías de la información y comunicación	93,1%	94,7%	94,8%	95,1%	95,8%	96%

Nota: Elaboración propia tomada del Instituto Nacional de Estadística e Informática (2024)

Ahora, cabe precisar que si bien es cierto la tecnología de la información y comunicación se encontraron presentes en la realidad laboral de todos los países, en el Perú su utilización se reguló en el año 2013 cuando se emitió la Ley del Teletrabajo a través de la Ley Nro. 30036, de fecha 05 de junio del año 2013 y su reglamento Decreto Supremo Nro. 009-2015-TR, de fecha 02 de noviembre del año 2015 (actualmente derogadas por la Ley Nro. 31572 Ley del Teletrabajo y su reglamento Decreto Supremo 002-2023-TR). Modalidad de prestación de servicios a distancia que según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2015) era poco conocida por las empresas del sector privado y las que la conocían afirmaban que no se adecuaba a su negocio, esto se contrasta con la información publicada en diario Gestión (2018) en la que compartió el informe “Beneficios Laborales” de la consultora Mercer Perú y Marsh, en donde se estimó que solo el 22% de las empresas peruanas permitían el teletrabajo en el año 2018; no obstante, existe una ausencia de estudios que den cuenta sobre el porcentaje y/o aplicación del teletrabajo en el sector público.

Asimismo, de manera paralela a la vigencia del teletrabajo, se autorizó el uso de la tecnología de la información y comunicación en la documentación laboral mediante el Decreto Legislativo Nro. 1310, de fecha 29 de diciembre del año 2016.

Sin embargo, no existe dudas que el inicio de la pandemia por Covid-19 (coronavirus) generó una necesaria adecuación en el desarrollo del trabajo, lo cual podríamos afirmar constituyó el punto álgido en la consolidación del tránsito de la modalidad de prestar servicios presencial a nuevas formas de prestar servicios

mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación, debido a que la dificultad en aplicar las normas sobre teletrabajo hizo necesario la emisión del Decreto de Urgencia Nro. 026-2020, de fecha 15 de marzo del año 2020, la cual reguló el trabajo remoto y que se complementó con el Decreto de Urgencia Nro. 029-2020 y reglamentó con el Decreto Supremo Nro. 10-2020-TR.

2. Las nuevas formas de prestar servicios a partir de la masificación del uso de las tecnologías de la información y comunicación

Conforme lo manifiesta el profesor Jesús Cruz Villalón efectivamente los cambios de la tecnología se suscitan en distintos frentes, tal es así que surgen en la robotización de los procesos productivos en la industria, en la prestación de servicios, en la inmersión de la inteligencia artificial en el trabajo, etc. (Cruz, 2017).

En ese sentido, como indica Fernández (2017) las tecnologías de la información y comunicación permitieron el surgimiento de nuevos trabajos como los *call centers*, jugadores profesionales de videojuegos, desarrolladores de softwares, aplicaciones para teléfonos inteligentes, etc; sin embargo:

Persisten profesiones tradicionales en donde las TIC con la ayuda del Internet cumplen un rol de complemento para la realización de su actividad, como se manifiesta en el uso de: **(i) Aplicaciones de mensajería instantánea y comunicación:** WhatsApp, Telegram, Viber, Messenger, Hangouts, Line, Google Allo, Google Meet, Microsoft Teams, Zoom, Skype, RingCentral Meetings, BlueJeans, Intermedia AnyMeeting, Lifesize o Zoho; **(ii) Servicios de proveedores de correo electrónico:** Outlook, Gmail, Yahoo, Hotmail; y, **(iii) Servicios de vigilancia:** Cámaras de videovigilancia y GPS, utilizados para fiscalizar y verificar la ubicación exacta de los trabajadores cuando estos realizan desplazamientos fuera del centro de trabajo. (Arenaza, 2022, pp.35)

Asimismo, la situación fáctica del uso de la tecnología de la información y comunicación está generando nuevas formas de prestar servicios dependientes, las cuales son en su mayoría son una amalgama de las modalidades de prestar servicios (presencial, distancia¹ o híbrida) junto con algunos términos con presencia en las relaciones laborales, tal es así que las podemos conceptualizar de la siguiente manera: **i) a partir de la flexibilización laboral**, se permite trabajar en

1 Dentro de las cuales están incluidas las subcategorías que la conforman: teletrabajo y trabajo a domicilio.

función de conseguir objetivos y otorgar a la persona que trabaja la posibilidad de establecer sus propios horarios de trabajo de manera presencial en la unidad empresarial y/o haciendo uso de alguna modalidad del trabajo a distancia; **ii) *las modalidades de trabajo a distancia en sí mismas***; **iii) *aquellas modalidades que emergen del anglicismo***, en donde podemos encontrar submodalidades: *workation* en el cual la persona que presta servicios lo puede hacer haciendo uso de alguna modalidad de trabajo a distancia, pero bajo la premisa que están de vacaciones; *coworking*, una popular forma de trabajar en donde se comparten los ambientes entre personas de la misma y/o diferente unidad empresarial; y, *smart working*, el cual está referido a la posibilidad de que la persona que trabaja escoja su horario y lugar de trabajo.

No obstante, se debe indicar que la pandemia por coronavirus generó la profundización de estas nuevas formas de prestar servicios dependientes, pero que antes de ella y durante su vigencia fueron emergiendo nuevos modelos de negocios como consecuencia de la digitalización de la sociedad. Tal como lo constituyen las denominadas plataformas digitales, las cuales según el profesor Canessa (2021) se dividen en aquellas dedicadas a actividades mercantiles de bienes y servicios y las que ofrecen prestaciones de servicios, es así como el profesor Boza (2021) refiere que las segundas se pueden diferenciar en función de los requerimientos de actividades técnico-profesionales mediante una plataforma o de servicios puramente en donde la plataforma es el medio para dicha solicitud.

Tal diferenciación permite la clasificación de plataformas digitales para la externalización de tareas *online*, las cuales implican asesorías en un campo profesional y/o técnico específico; y, las plataformas digitales *offline* vinculadas al requerimiento de servicios de transporte de pasajeros y/o mercadería, etc., las mismas que en algunos países vía decisión jurisdiccional y/o legislativa son consideradas relaciones de trabajo, lo cual es un claro ejemplo de lo mencionado al inicio de este trabajo cuando se mencionó que en la actualidad la etapa de reconocimiento de derechos laborales se viene prolongando.

3. Impactos por el uso de las tecnologías de la información y comunicación en los derechos de las personas dependientes

Claramente todos los trabajos bajo la protección del Derecho del Trabajo vienen siendo en mayor o menor medida influenciados por las tecnologías de

la información y comunicación, debido a que constituyen un canalizador del poder de dirección del empleador, pues como refiere Arenaza (2022)

desde la irrupción de las TIC en las relaciones laborales lo que antes se podía comunicar o supervisar de manera presencial en el centro de trabajo ahora mediante las TIC se puede realizar en cualquier momento y lugar sin la necesidad de la presencia física de las partes de la relación de trabajo. Lo que se condice con los estudios académicos relativos a su análisis, tanto de manera general en lo que respecta a la manifestación del poder de dirección mediante las TIC (Sánchez-Rodas, 2017), como de manera específica respecto a las comunicaciones subordinadas mediante el WhatsApp (Cervilla, 2017) o sobre las nuevas formas de vigilancia y control empresarial que proporcionan las TIC como lo señala Villalba (2016). (p. 38)

De esa manera, una situación que refleja la colisiones en las relaciones de trabajo como consecuencias del uso de las tecnologías de la información y comunicación es que en nuestro país se buscó limitar su uso en cuanto a la vigilancia y control por parte del empleador a través de proyectos legislativos² debido a pronunciamientos jurisdiccionales³ que suscitaron también a nivel internacional con el Caso Bărbulescu contra Rumania⁴.

Por otro lado, estos hechos originaron que organismos como la Eurofound y OIT (2019a) arribaran a la conclusión de que las tecnologías de la información y comunicación viabilizan la posibilidad de mejorar la organización de una empresa, pero que posibilita trabajar en cualquier momento y lugar, ante lo cual se tendría que aplicar mecanismos para garantizar los límites máximos de las horas de trabajo, tal como lo constituye la implementación del derecho a la desconexión digital (OIT, 2019b).

Consecuentemente, algunos países fueron implementando medidas para la mitigación de los impactos de las tecnologías de la información y comunicación, por ejemplo, en Corea del Sur las ordenes de trabajo enviadas por tecnologías de la información y comunicación están prohibidas (Molina, 2017a), una medida que en occidente se propagó a partir de la regulación francesa del derecho a la

2 Proyecto de Ley Nro. 2604/2013-CR, de fecha 03 de setiembre del año 2013, y el Proyecto de Ley Nro. 3329/2013-CR, de fecha 01 de abril del año 2014.

3 Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 1058-2004-AA/TC, del 18 de agosto del año 2004.

4 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Bărbulescu contra Rumanía (Demanda Nro. 61496/08), de fecha 05 de setiembre del año 2017.

desconexión digital, la misma que se fue replicando en otros países como España, Argentina, Chile, Uruguay, Perú (desde la regulación del trabajo remoto y ahora como la modificación del teletrabajo⁵) y que según el profesor Biurrun (2018) tiene por finalidad:

Evitar los abusos empresariales una vez finalizada la jornada laboral, en los que los trabajadores se ven obligados a seguir conectados a través de sus teléfonos, correos electrónicos, etc. Continuando de una forma -normalmente no remunerada- su tiempo de trabajo contestando llamadas y mensajes. Sin obviar lo que se supone la falta de descanso y las incidencias de la convivencia familiar. (p. 22)

Con lo cual queda claro que el desarrollo de la relación de trabajo bajo cualquier modalidad (tradicional o no) se ve inmersa dentro de un constante uso de las tecnologías de la información y comunicación ya sea para el desarrollo propio de las obligaciones laborales por parte de la persona que trabaja o como un canalizador del poder de dirección del empleador, esto no solamente incide en una institución jurídica propia del Derecho del Trabajo como lo es la jornada laboral que según Molina (2017b) su protección resulta clave para lograr un equilibrio con otros derechos laborales específicos como el descanso, que como expone De Diego (como se citó en López, 2018) tiene funciones: biológicas, reposo y recuperación; patológicas, evitar enfermedades y contribuir en las relaciones familiares y sociales; esparcimiento, deportivo, cultural y recreativo; y, educación, capacitación profesional o personal.

Sin embargo, tal protección del tiempo de trabajo también implica resguardar derechos laborales inespecíficos como el derecho al disfrute del tiempo libre, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar y, finalmente, el derecho que permite prestar servicios y efectivizar los ya mencionados: el derecho a la salud, pues como refiere el profesor Lastra (1997)

La medicina del trabajo repite, con insistencia, que el trabajo continuo puede ser perjudicial para la salud del trabajador, puede ocasionar un decaimiento y agotamiento de sus energías físicas e intelectuales y, con ello, un menor rendimiento y disminución de la producción, siendo el rendimiento inversamente

5 Solo aplicable a esta modalidad de prestación de servicios subordinados.

proporcional a la duración de la jornada laborable, además del peligro que representa el cansancio natural que puede producir accidentes de trabajo. (p. 424)

Asimismo, López (como se citó en Arenaza, 2022) indica que existen consecuencias negativas del uso de las TIC en el trabajo al estrés, tecnoestrés y el síndrome de burnout o llamado también el síndrome del trabajador quemado. Sin embargo, adicionalmente, podemos afirmar que los perjuicios en la salud de la persona que trabaja tendrán dos ámbitos afectaciones físicas y psíquicas (o psicosociales), dada la existencia de complicaciones ergonómicas, tecno-ansiedad, tecnofobia, tecno-fatiga (Aleman, 2017).

III. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL COMO PARTE DEL DERECHO A LA SALUD EN EL PERÚ

La Real Academia Española atribuye que el término ‘salud’ implica una condición física y psíquica en que se encuentra un organismo en un momento determinado, es decir que cuando se hace referencia al derecho a la salud de la persona necesariamente abarcará un ámbito físico y psíquico. Con lo cual la salud mental implica según la Ley Nro. 30947 – Ley de Salud Mental (2019)

el proceso dinámico de bienestar, producto de la interrelación entre el entorno y el despliegue de las diversas capacidades humanas, tanto de los individuos como de los grupos y colectivos que forman la sociedad. Incluye la presencia de conflictos en la vida de las personas, así como la posibilidad de afrontarlos de manera constructiva. Implica el proceso de búsqueda de sentido y armonía, que se encuentra íntimamente ligado a la capacidad de autocuidado, empatía y confianza que se pone en juego en la relación con las demás personas, así como con el reconocimiento de la condición, propia y ajena, de ser sujeto de derechos. (p. 5)

En ese entendido nuestro ordenamiento jurídico fijó como un principio constitucional el derecho a la integridad psíquica y física de toda persona a través del numeral 1 del artículo 2, la misma que se complementa con el artículo 7 que prescribe el derecho a la salud, que se importa al ámbito de las relaciones laborales como parte de los derechos inespecíficos de la persona que trabaja dependientemente y que en virtud tanto del artículo 23 de la carta magna como de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no pueden ser limitados, caso contrario se atentaría contra su dignidad.

Es así como en función del literal a) del artículo 6 de la Ley Nro. 26790 – Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud se establece que respecto de las personas dependientes sus empleadores deben declarar y pagar al Seguro Social de Salud el 9% de su remuneración (Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, 2006), con lo cual generada su aportación son susceptibles de poder exigir las prestaciones que tal entidad proporciona, tales como las de prevención, promoción y atención de la salud. Por otro lado, en función justamente de garantizar condiciones de trabajo dignas que garanticen una vida saludable tanto física como mentalmente es que el año 2011 se emitió la Ley Nro. 29783 - Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, con la finalidad de mitigar los riesgos laborales imponiendo al empleador el deber de prevención de estos.

Ahora, ante lo expuesto anteriormente, queda claro que el escenario en el cual se desarrollan las relaciones laborales debido al uso de las tecnologías de la información y comunicación cambió radicalmente desde la pandemia por coronavirus, lo cual generó la protección de la salud laboral de profesiones concretas: personal de salud dada su constante cercanía con personas contagiadas que hizo necesario ya no solo preocuparse por su posible contagio por coronavirus, sino también por los riesgos psicosociales como el estrés que generaba la obligación de atender una gran cantidad de personas infectadas, con lo cual se emitió la Guía Técnica para el cuidado de la salud mental del personal de la salud en el contexto del COVID-19⁶.

No obstante, si bien la regulación y/o preocupación entorno a la salud mental laboral tomó relevancia con la pandemia por coronavirus, existen estudios que advertían su presencia en las relaciones laborales, tal como lo refiere Bhattacharjee (2024) quien hace mención que en el año 1967 un grupo de investigadores en el Reino Unido comenzó a dar seguimiento a cerca de 18 000 funcionarios públicos de un rango de edad entre 40 y 64 años, los resultados fueron que los empleados de menor jerarquía laboral presentaban una tasa de mortalidad más alta y a una edad más temprana que los trabajadores que cumplían un rol jerárquicamente superior; asimismo, en un estudio de seguimiento a poco más de 10 000 funcionarios se identificó una posible causa: los funcionarios de menor rango tendían a tener una menor influencia en la toma de decisiones y ello aparentemente generó un estrés y afectó su salud.

6 Aprobada mediante Resolución Ministerial Nro. 180-2020-MINSA.

1. Situación actual del derecho a la salud mental en las relaciones laborales del Perú

Como indican Gómez y Juárez (2021) para el año 2007 no existían estudios ni un marco normativo respecto a factores de riesgo psicosocial en Latinoamérica y que pese al crecimiento económico de la región concurrían deficiencias respecto a las condiciones de trabajo, pues los indicadores de calidad de empleo arrojaban cifras que reflejaban la prolongación de las jornadas laborales siendo Perú líder con más del 50% de su fuerza laboral prestando servicio por más de 48 horas semanales; sin embargo, desde ese entonces para la actualidad existen intentos de regular los aspectos vinculados a los riesgos psicosociales del estrés, pero también de la organización del trabajo.

De esa manera, se tiene que mencionar que el Perú es uno de los pocos países en Latinoamérica que cuenta con un marco político y jurídico entorno a la salud mental, el mismo que dicho sea de paso cuenta con un enfoque comunitario, tal es así que muestra de ello es que a partir del año 2019 se cuenta con la Ley 30947 – Ley de Salud Mental que tienen como una de sus finalidades garantizar el acceso a servicios de salud y medicamentos de los usuarios que lo necesiten y se complementa con los planes que deberían ser emitidos por el Ministerio de Salud⁷; de esa manera, como parte de los derechos a los servicios de salud mental se concibe la rehabilitación psicosocial o laboral y establece como parte de las reformas de atención en salud mental la creación de centros de rehabilitación psicosocial y sociolaboral, los cuales constituyen servicios médicos de apoyo ambulatorios con la finalidad de recuperar la autonomía personal y social en el ámbito laboral u ocupacional, y facilitar la reinserción o reinserción laboral.

Tal es así que incluso en el Decreto Supremo Nro. 007-2020-SA que constituye el reglamento de la Ley de Salud Mental, indica que existe la obligación de generar la promoción y prevención de salud mental en los ámbitos laborales a través de entre otros: **i)** la gestión de un plan de programas continuos de cuidado personal; **ii)** la promoción del clima organizacional (aquí se adhiere la protección contra el acoso laboral); **iii)** se debe incluir medidas para identificar,

⁷ Se debe precisar que según la Nota de Prensa Nro. 563/OCII/DP/2023 para el año 2023 solo se contaba con el Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021 ante lo cual se instaba al Ministerio de Salud cumpla con aprobar los documentos de gestión y articulación de políticas desde el año 2020.

evaluar, atender y proteger el estrés laboral, malestar, desmotivación, desconfianza, agotamiento laboral y otros que afecte la salud mental del trabajador.

Así pues, esto último se condice con lo regulado en la Resolución Ministerial Nro. 375-2008-TR que aprueba la Norma básica de ergonomía y de procedimiento de evaluación de riesgo disergonómico, en donde hace alusión a los factores de riesgos biopsicosociales, los cuales son aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el bienestar o a la salud (física, psíquica y social) del trabajador, así como al desarrollo del trabajo.

Cabe indicar que si bien en nuestro país la Ley Nro. 29783 - Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su reglamento contenido en el Decreto Supremo Nro. 005-2012-TR, así como la Decisión Andina Nro. 584 – Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo establecen la obligación de prevenir riesgos psicosociales como parte los Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo⁸ resultan aplicables para tan solo 3,986,804 personas⁹ que prestan servicios dependientemente y que se encuentran registrados en las planillas de sus empleadores (Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo, 2024).

Pero que no contaba con un instrumento válido y fiable, por lo que, la ausencia de un sistema de riesgos psicosociales laborales generó la necesidad de que el Instituto Nacional de Salud a través del Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (CENSOPAS) luego de un riguroso estudio emitiera un plan nacional para aplicar y manejar un método estándar.

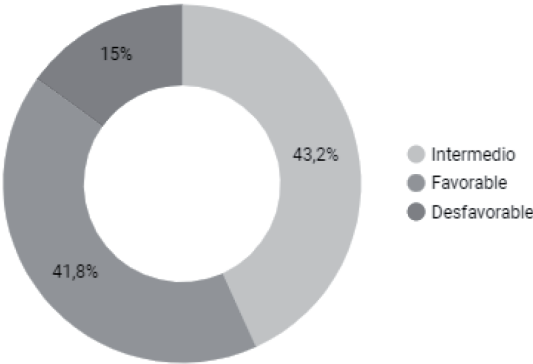
Es así como se emite el método CENSOPAS-COPSOQ que dentro de 06 grupos engloba dimensiones respecto a los factores psicosociales, tal como: exigencias psicológicas del trabajo, conflicto, trabajo-familia, control sobre el trabajo, apoyo social y calidad de liderazgo, esfuerzo-recompensa y capital social. De ahí que en el Informe emitido por Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (2023) da cuenta que desde noviembre del año 2022 a noviembre del año 2023 se capacitó a un total de 602 profesionales quienes pueden acceder y aplicar el método indicado para determinar si una empresa cuenta o no con factores psicosociales, tal es así que desde su

8 Su incumplimiento puede ser sancionado por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral; sin embargo, no se halló información en su último informe anual del año 2021.

9 Cifra actualizada a mayo del año 2024.

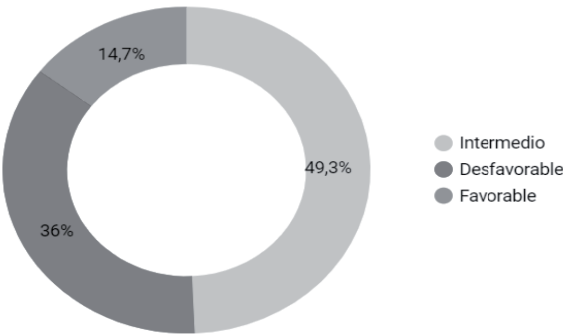
aplicación se han encuestado a un total de 50,805 trabajadores, arrojando los siguientes resultados respecto a la dimensión exigencias psicológicas del trabajo y control sobre el trabajo:

Exigencias psicológicas en el trabajo



Nota: CENSOPAS-COPSOQ (2024)

Control sobre el Trabajo



Nota: CENSOPAS-COPSOQ (2024)

Siendo que la muestra de dicho informe no representa ni el 5% del total de personas que prestan servicios subordinadamente no es factible proporcionar conclusiones; sin embargo, todo ello refleja el compromiso del Estado peruano en poder garantizar de alguna manera la identificación de riesgos psicosociales con ocasión de trabajo.

Ahora, cabe indicar que la normativa aludida determina que los problemas de salud mental comprenden: i) problemas psicosocial, dificultad generada por la alteración de la estructura y dinámica de las relaciones entre las personas o entre estas y su ambiente; y, ii) Trastorno mental y del comportamiento, condición mórbida que sobreviene en una determinada persona, afectando en intensidades variables el funcionamiento de la mente y del comportamiento, el organismo, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o permanente. Los trastornos mentales a que se refiere la presente ley se encuentran contemplados en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud.

De esa forma, al remitirnos a dicha clasificación el único trastorno laboral reconocido es el QD85 Síndrome de desgaste ocupacional como parte de los Problemas asociados con el empleo o el desempleo, el cual según el portal Forbes (2023) según el estudio elaborado por el portal Bumeran, un 78% de los peruanos afirmó experimentar este síndrome en el año 2023; sin embargo, pese a que la doctrina laboral se consideran otros tantos trastornos laborales no se encuentran reconocidos, nos referimos concretamente al *workaholic*, la misma que se caracteriza por mimetizarse de manera casi compulsiva con el trabajo, y, de la sisifemia, vinculado con el intento de cumplir objetivos laborales que dada la carga laboral no se terminan.

Finalmente, se hace referencia a tales trastornos laborales, debido a que los organismos internacionales, tanto la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) hacen una llamado para adoptar medidas contra los problemas de salud mental en el entorno laboral (Organización Mundial de la Salud, 2022), lo cual en nuestro país si bien cuentan con una regulación específica a partir de la Ley de Salud Mental con los centros de rehabilitación laboral, lo cierto es que como afirman Tafur et al. (2023) no se vienen implementado, lo cual no es óbice para que se activen las prestaciones en salud a cargo del ESSSALUD como consecuencia de las aportaciones de la persona que trabaja de manera subordinada, lo cual podríamos afirmar resulta ser desolador ante la poca o casi nula inversión en salud mental, según el portal El Comercio (2024) el presupuesto institucional para este 2024 es de S/ 704,546.337 soles para cerca de 34 millones de peruanos, lo cual implica un promedio de S/ 20 soles por cada uno, esto resulta ser desolador en algunas regiones, tal como Áncash tiene una inversión per cápita de apenas S/ 10,70 soles. En total, 14 de las 24 regiones tienen una inversión per cápita menor a los

S/ 20 soles: a Áncash se suman La Libertad (S/ 11,60), Ica (S/ 13,5), Lima -sin contar Lima Metropolitana- (S/ 15,40), Callao (S/ 16,10), Cusco (S/ 16,50), Loreto (S/ 17), Lambayeque (S/ 17,80), Junín (S/ 17,80), Puno (S/ 18,80), Ucayali (S/ 19) y San Martín (S/ 19,70).

IV. CONCLUSIONES

- Indefectiblemente la situación actual de las relaciones laborales se ven penetradas por el uso de las tecnologías de la información y comunicación, es así su uso puede ser orientado en el desarrollo de trabajos tradicionales como en la generación de nuevos trabajos, esto supone que en mayor y/o menor medida exista un impacto de la jornada de trabajo, así como en los denominados derechos conexos a este, tal como el derecho al disfrute del tiempo libre, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar y el derecho a la salud.
- Resulta necesario que exista y se mantenga la regulación del derecho a la desconexión digital, el mismo que debiese ser ampliado a todas las modalidades de prestación de servicios subordinados.
- Si bien es cierto las nuevas formas de trabajo desarrolladas por plataformas digitales offline aun no se encuentran dentro de la protección de las normas laborales en nuestro país, ello no es impedimento para establecer que el uso de las tecnologías de la información y comunicación también les generan impactos.
- Se debe entender y aceptar que la salud laboral no se limita a un aspecto netamente físico, sino que, debido al uso de las tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de trabajos tradicionales y en las nuevas formas de trabajar, se requiere ampliar y profundizar los estudios sobre la salud mental laboral, siempre desde un enfoque multidisciplinario que garantice su diagnóstico, tratamiento y recuperación.
- La no implementación de los centros de rehabilitación laboral no impide que las personas que prestan servicios subordinados acudan al Seguro Social de Salud, con la finalidad de que se efectivice su derecho a la salud respecto al diagnóstico, tratamiento y recuperación de trastornos laborales.

- La implementación del método CENSOPAS-COPSOQ es el reflejo de los esfuerzos del Estado peruano para garantizar la identificación de riesgos psicosociales y procurar garantizar un trabajo digno.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alemán, F. (2017). El derecho a la desconexión digital: Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora de la «Loi Travail Nro. 2016-1088». *Trabajo y Derecho*, (30), 12-33.
- Arenaza, M. (2022). *El ámbito de aplicación del derecho a la desconexión digital en el Perú* (tesis de pregrado). Universidad Privada del Norte, Perú.
- Ávila, W. (2012). Hacia una reflexión histórica de las TIC. *Hallazgos*, 10 (19). Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/4138/413835217013.pdf>
- Bhattacharjee, Y. (2024). La nueva ciencia del estrés. *National Geographic*, 54(6), 32-63.
- Biurrun, J. F. (2018). El derecho a la desconexión, más cerca. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 943, 22-22. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6527779>
- Boza, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo. *THEMIS Revista De Derecho*, (65), 13-26. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10846>
- Boza, G. y Briones, J. (2021). Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo prestado a través las plataformas digitales. *Laborem*, 17(24), pp. 55-86. Recuperado de <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem24-04.pdf>
- Canessa, M. (2021). El mundo del trabajo en las plataformas digitales: una aproximación desde el Derecho Laboral. *Laborem*, 17(24), pp. 101-152. Recuperado de <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem24-06-1.pdf>
- CENSOPAS-COPSOQ. (14 de setiembre de 2024). Observatorio nacional de riesgos psicosociales en el trabajo. Recuperado de <https://sites.google.com/view/censopas-copsoq/observatorio>
- Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (2023). *Análisis situacional de los riesgos psicosociales laborales en el Perú*. Recuperado de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5675285/5037357-informe-censopas-copsoq-2023.pdf>
- Cruz, J. (2017). Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. *Revista Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y*

bienestar social, (138), 13-47. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552388>

El Comercio. (14 de agosto de 2024). Desafío de la salud mental en Perú: El Estado invierte 20 soles al año en cada peruano. El Comercio. Recuperado de <https://elcomercio.pe/lima/el-estado-invierte-20-soles-al-ano-en-cada-peruano-en-salud-mental-minsa-dina-boluarte-presupuesto-noticia/?ref=ecr>

Eurofound y Organización Internacional de Trabajo. (2019a). *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: Consecuencias en el ámbito laboral*. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf

Fernández, J. (2017). NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora. *Diritto della sicurezza sul lavoro*, (2), 69-101. Recuperado de <http://ojs.uniurb.it/index.php/dsl/article/view/1278>

Forbes. (10 de noviembre de 2023). El burnout sigue en ascenso en Perú: el 78% de los trabajadores afirma que lo experimenta. *Forbes*. Recuperado de https://forbes.pe/capital-humano/2023-11-10/el-burnout-sigue-en-ascenso-en-peru-el-78-de-trabajadores-afirma-experimentarlo#google_vignette

Gestión. (25 de junio de 2018). Mercer: Menos del 22% de las empresas peruanas permite el teletrabajo. *Gestión El diario de Economía y Negocios*. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/management-empleo/mercer-22-empresas-peruanas-permite-teletrabajo-236825-noticia/>

Gómez, V. y Juárez, A. (2021). Condiciones de trabajo, exigencias psicosociales y salud en población latinoamericana. En Óscar Gallo y Eugenio Castaño. (Ed.), *La Salud Laboral en el siglo XX y el XXI: De la negación al derecho a la salud y la enfermedad* (pp. 473-503). Medellín, Colombia: Ediciones Escuela Nacional Sindical. Recuperado de (PDF) La salud laboral en el siglo XX y el XXI (researchgate.net)

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2015). *Principales Resultados de la Encuesta Nacional de Empresas*. Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1430/index.html

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2024). *Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares*. Recuperado de https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_tics_1t24.pdf

Lastra, J. (1997). Jornada de trabajo. En Néstor de Buen y Emilio Morgado. (Ed.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 421-432). Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9113>

- Ley 26790 de 2006. Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. 21 de julio de 2006.
- Ley 30947 de 2019. Ley de Salud Mental. 22 de mayo de 2019.
- Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo. (2024). *Observatorio de la Formalización Laboral*. Recuperado de <https://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/observatorio-de-la-formalizacion-laboral/tableros-interactivos/tablero-interactivo-del-empleo-informal-observatorio-iii/>
- Molina, C. (2017a). El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿Existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada? *Revista de la Facultad de Derecho de México, LXVII* (269), 891-919. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/62482/54956>
- Molina, C. (2017b). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: Desconexión digital, garantía del derecho de descanso. *Revista Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (138), 249-283. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552395>
- Organización Internacional de Trabajo. (2018). *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf
- Organización Internacional de Trabajo. (2019b). *Trabajar para un futuro más prometedor*. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf
- Organización Mundial de la Salud (2022). La OMS y la OIT piden nuevas medidas para abordar los problemas de salud mental en el trabajo. *Organización Mundial de la Salud*. Recuperado de La OMS y la OIT piden nuevas medidas para abordar los problemas de salud mental en el trabajo (who.int)
- Tafur, S., Quispe, M., Ayala, R. (2023). La reforma de salud mental en el Perú, una actualización en el contexto pandémico. *Cuidado y Salud Pública*, 3(2), pp. 53-58. Recuperado de <https://www.cuidadoysaludpublica.org.pe/index.php/cuidadoysaludpublica/article/view/56>

EL TIEMPO DE TRABAJO Y LOS RIESGOS PSICOSOCIALES: LA REALIDAD DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO EN LIMA METROPOLITANA

TERESITA RAMÍREZ MENDOZA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad y Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y la Seguridad y Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sección de Jóvenes Juristas del Perú. Adjunta de docencia en el curso de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo a través de plataformas digitales ha generado cuestionamientos respecto de la aptitud del derecho al trabajo para entender y regular este tipo de realidades productivas. En este escenario, se habla incluso de una huida del derecho al trabajo hacia otras disciplinas jurídicas, en tanto se considera que los elementos esenciales resultan obsoletos para entender y calificar estas nuevas realidades productivas. La autora es de la posición de que el derecho al trabajo es una rama viva que tiene la suficiente capacidad y flexibilidad para entender y regular estas nuevas relaciones laborales basadas en elementos tecnológicos, pero para ello considera que es necesario entender las características y particularidades de la prestación de servicios realizada mediante aplicativos, ya que en función de ello puede variar la calificación de laboralidad y determinarse inclusive la existencia de factores de riesgos laborales para este sector.

El presente artículo no abordará la discusión de si en los aplicativos de plataforma digitales (como los de mercancía o transporte) existe o no una relación laboral, lo que se analizará es una problemática transversal a estas nuevas formas de trabajo, pero que parte de entender las características y particularidades del sistema de organización del trabajo mediante la plataforma digital. Así, lo que se desarrollará son los factores de riesgos psicosociales que se generan producto del trabajo realizado mediante plataformas digitales de reparto, dando mayor protagonismo a la dimensión de relacionada a las exigencias de la distribución del tiempo de trabajo como característica inherente a esta nueva realidad productiva basado el uso del algoritmo.

En el Perú hay pocos estudios de campo en el que se analizan las características y particularidades del servicio prestado a través de plataformas digitales. En el desarrollo de este artículo se analizará algunos de los resultados obtenidos en el trabajo de investigación realizados por la autora para obtener su título de magister maestría, titulado “*Los riesgos psicosociales en Trabajadores de Plataformas digitales de reparto en Lima Metropolitana, 2021*” relacionados a la distribución

del tiempo de trabajo en los aplicativos y cómo esto puede generar factores de riesgo psicosociales.

En el primer apartado, se abordará las principales características del trabajo realizado mediante plataformas digitales, siendo que el protagonismo lo tendrá el elemento tecnológico caracterizado por el uso del algoritmo. En el segundo apartado, se desarrolla el marco jurídico y práctico para la identificación, monitoreo y prevención de los riesgos psicosociales en las actividades realizadas mediante plataformas digitales de reparto. Por último, en el tercer apartado se desarrollará la distribución del tiempo de trabajo y su impacto en la generación de factores de riesgos psicosociales.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES.

El trabajo mediante plataformas digitales está basado en un modelo de economía colaborativa en el que interactúan tres sujetos: el prestador de servicio, el algoritmo, y el cliente. Se caracteriza por ser un modelo de negocio basado en el uso del algoritmo mediante el cual un consumidor solicita la prestación de un servicio y esta se ofrece a una generalidad de personas, siendo que la actividad se concreta con la asignación de la microtarea y finaliza con la entrega del producto y/o calificación por parte de los sujetos involucrados (Ramírez Mendoza, 2022).

Para efectos del presente estudio, solo analizaremos la tipología de economía colaborativa con fines económicos, es específico la prestación de servicios mediante plataformas digitales de reparto. En esta sección se tomarán algunos de los resultados del trabajo de campo que se obtuvieron para la realización de la tesis de maestría titulada “Los riesgos psicosociales en trabajo de plataformas digitales de reparto en Lima Metropolitana 2021”.

Según Jesús Mercader, la prestación de servicios mediante las plataformas colaborativas tienen 5 principales características, las cuales- en específico- se encuentran presentes en las plataformas digitales de reparto. Esto es a) el uso del algoritmo; b) el abono en una cuenta escrow; y, c) voluntariedad en la aceptación del servicio; y, d) el desarrollo de microtarear; y, e) la reputación profesional y reputación del cliente (Mercader Uguina, 2017).

El primer elemento, es característico, tanto en los servicios prestados a través de plataformas de reparto y en las de transporte de pasajeros, como *rappi*

o *uber* respectivamente. El algoritmo es el que permite la interrelación entre los tres sujetos involucrados y sobre la cual se sustenta la economía colaborativa, en tanto es el encargo de conectar al prestador con el usuario final del servicio por medio de la asignación de microtarefas; y, además, será quién asignará el precio final por el servicio.

El segundo elemento, está relacionado a la forma de pago por el servicio realizado a través del aplicativo. Este se realiza a través de una cuenta escrow o también llamadas “depósito del precio” en el que participa un tercero denominado “agente escrow” que es el encargado de recibir el pago y entregar al prestador la retribución por el servicio prestado previa verificación de que se haya cumplido con la tarea.

El tercer elemento, es la plena voluntariedad en el tiempo y prestación de servicios, para lo cual lo único que tendrá que hacer el prestado es conectarse al aplicativo siendo que el algoritmo será el encargado de asignar la tarea es específico. Respecto a este elemento, si bien puede dar la apariencia de de plena “autonomía” en este tipo de prestación, lo cierto es que el algoritmo esta diseñado para asignar la microtarea en función de varios elementos que no están libres de discrecionalidad, tales como la ubicación del prestador y el consumidor, la calificación del prestador, el índice de conectividad del prestador al aplicativo, entre otros, los cuales se analizarán en el tercer punto. Es justamente que basados en este elemento, es posible cuestionar la verdadera autonomía del prestador de servicios para aceptar o denegar un servicio, considerando que esto tendrá un impacto global en la asignación de futuros pedidos; y, por ende, en sus ingresos mensuales.

El cuarto elemento esta relacionado al desarrollo de la tarea, o también denominada “microtarea”. Por ejemplo, en el caso de los aplicativos de plataforma de reparto (como *Rappi*, *Pedidos Ya*, o *Justo Driver*), la asignación de la microtarea se traduce en la asignación del servicio, en el que se detalla al repartidor la actividad que requiere el consumidor. Por ejemplo, el recojo de un pedido realizado en establecimiento de comida, farmacia o supermercado; e, incluso las facilidades de realizar encargos como los denominados “Rappi favor” que consiste en el que usuario solicita el recojo de un objeto en un punto específico para que sea entregado en otra ubicación seleccionada por este.

Por último, el quinto elemento, es la reputación del profesional y valoración del cliente. Esto se traduce en un sistema de garantía y confianza entre el prestador de servicio y el consumidor final por medio de la calificación mediante estrellas.

Las características antes comentadas son rasgos genéricos que se van a encontrar en la gran mayoría de las plataformas digitales, principalmente, de servicios; sin embargo, para un análisis de la laboralidad va a ser necesario evaluar la interacción de estos rasgos con la realidad, a fin de determinar si encontramos indicios de los elementos típicos del contrato de trabajo, en específico, si la actividad de estos prestadores de servicios es realmente o subordinado.

Como se indicó en la introducción, la finalidad de este artículo no es analizar si en los aplicativos de plataformas digitales existe o no un vínculo laboral. La exposición de estos elementos era necesaria para circunscribir la actividad materia de análisis, los cuales- más adelante- serán claves para analizar los principales factores de riesgos psicosociales a los que se ven afectos este sector.

III. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES EN LA REALIZACIÓN DE TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO.

En este contexto de la cuarta revolución industrial, los trabajadores interactúan con mayor frecuencia con las nuevas tecnologías, situación que ha conllevado a que se generen nuevos riesgos laborales ligados a las condiciones laborales y su interacción con herramientas tecnológicas.

Entre los principales riesgos derivados del uso de tecnologías (como equipos, máquinas y software) a nivel de la salud mental de los trabajadores encontramos al tecnoestrés el cual surge cuando el trabajador no puede manejar adecuadamente las demandas tecnológicas, afectando su derecho a la desconexión y al equilibrio entre trabajo y descanso (Fernández Prieto, 2021).

Para entender el origen de los riesgos psicosociales, es importante definir que se entiende por factores de riesgos psicosociales, y cuál es la obligación legal que tiene el empleador respecto a la prevención de aquellos riesgos negativos para la salud mental del trabajador.

Los factores de riesgo psicosociales son aquellas condiciones laborales negativas que pueden afectar la salud y bienestar mental de los trabajadores producto de la interacción del trabajo y su entorno físico. Según el anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 375-2008-TR de la “Norma básica de ergonomía

y de procedimiento de evaluación de riesgo disergonómico” las principales condiciones laborales que pueden tener un impacto en la salud de los trabajadores son: a) el ambiente de trabajo; b) la estructura de la organización; c) el contenido de trabajo; y, d) la ejecución de las tareas.

Sobre este punto, es importante distinguir entre un factor de riesgo y el riesgo psicosocial en sí mismo. Los factores de riesgo psicosocial serán aquellos factores negativos que tienen la posibilidad de causar un impacto negativo en la salud de los trabajadores; mientras que, un riesgo psicosocial es aquel factor que se materializa de forma nociva en la salud y bienestar de los trabajadores (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2014).

Ahora, respecto a la obligación legal del empleador respecto de estos riesgos, todo parte del deber de prevención que este tiene a cara de sus trabajadores, que implica aquella obligación de implementar las condiciones laborales necesarias para garantizar la vida, salud y bienestar de sus trabajadores. Se debe entender que esta protección al derecho a la salud no solo implica un bienestar físico sino también mental.

Respecto de esta obligación del empleador, la Decisión N°584 de la Comunidad Andina de Naciones, los Convenios 155 y 81 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), desarrollan este deber genérico del empleador de implementar un plan de acción riesgos psicosociales que puedan afectar el bienestar físico y mental del trabajador.

A nivel de la legislación laboral peruana, tenemos la Ley N°29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su respectivo reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 055-2012-TR, que establecen obligaciones específicas en materia de prevención de riesgos psicosociales tales como contar con registro de monitoreo de agentes psicosociales, la identificación y evaluación de factores de riesgos psicosociales; y, por último, su implementación en el IPERC que es el documento para la Identificación de Peligros, Evaluación de Riesgos y Determinación de Controles.

Otra importante regulación, es la Ley N°30947, la Ley de Salud Mental, en el que se también se desarrolla como obligación del empleador, identificar y monitorear los factores de riesgos psicosociales, así como evaluar y vigilar la salud mental de los trabajadores. En reglamento de la Ley de Salud Mental, aprobado mediante Decreto Supremo N°007-2020-SA, se establecen algunas medidas preventivas para proteger la salud mental de los trabajadores.

En dicho marco normativo, en la celebración del Día mundial de la Seguridad y Salud en el Trabajo, el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CONSSAT)- en plena sesión conmemorativa en el que participaron representantes del Estado, empleadores y trabajadores- aprobó un protocolo para prevenir y controlar los riesgos psicosociales en el ámbito laboral (en adelante “Protocolo”).

Asimismo, recientemente, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) ha publicado una *Guía de Prevención y control de los factores de riesgo psicosociales en el trabajo*, en el que se establecen directrices para establecer medidas preventivas respecto a la generación de riesgos psicosociales en el teletrabajo que parte principalmente de tres etapas: i) Planificación; ii) identificación y evaluación de los factores de riesgos psicosociales; y, iii) Control de los factores de riesgos psicosociales en el trabajo.

Con relación al Protocolo, este resulta de mayor utilidad práctica en tanto se ha establecido una metodología para identificar y evaluar los factores psicosociales en el lugar de trabajo el cual resulta aplicable a cualquier sector económico y de servicios. Para la aplicación de esta metodología se ha propuesto un cuestionario de identificación y evaluación de riesgos psicosociales que consta de 44 preguntas en el que se evalúan hasta 17 dimensiones respecto de las cuales se pueden derivar factores de riesgos psicosociales (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2023).

Ahora, a nivel de metodología, existen dos principales instrumentos de medición de factores de riesgos psicosociales uno es el CopSoQ’ y el COPSOQ-ISTA 21, siendo que este último instrumento ha sido validado por Instituto Sindical de Trabajo y Ambiente y Salud (ISTAS) en el año 2013. En el Perú, en el año 2021, el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Medio Ambiente (CENSOPAS) validó una versión breve y corta del cuestionario COPSOQ-ISTA 21 en un grupo de trabajadores del Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) (Ramírez Mendoza, 2022).

En base a los cuestionarios COPSOQ-ISTAS 21 y CENSOPAS-COPSOQ es que se elaboró un cuestionario propio para la realización de la identificación de riesgos psicosociales en los trabajadores de plataformas digitales de reparto en Lima Metropolitana, resultados que se analizaron en la tesis para obtención de magister “Los riesgos psicosociales en trabajadores de plataformas digitales de reparto en Lima Metropolitana, 2021”.

El instrumento para la medición de los riesgos psicosociales en repartidores de plataforma digitales constó de 22 preguntas en el que se analizaron 5 dimensiones: a) exigencias psicológicas; b) trabajo activo y desarrollo de habilidades; c) apoyo social en la presa y calidad de liderazgo; d) compensaciones; e) dimensión de doble presencial. El cuestionario fue previamente validado obteniéndose un análisis de fiabilidad en el alfa de cronbach de 0,0667 en base a una muestra piloto de entrevistas realizadas a 29 repartidores entrevistados en Lima metropolitana. El instrumento final fue aplicado a una población de 80 repartidores en Lima metropolitana obtenido de manera aleatoria bajo la técnica “bola de nieve” (Ramírez Mendoza, 2022).

Producto del trabajo de investigación y aplicación de la encuesta denominada “los riesgos psicosociales en repartidores de plataformas digitales de reparto, Lima-2021” se pudo concluir que existe 3 principales factores de riesgo en el trabajo realizado mediante plataforma digitales: a) el sistema de organización de trabajo mediante el uso de algoritmo; b) el sistema de calificación y puntuación; y, c) la incertidumbre y precariedad laboral del repartidor.

De la identificación de estos riesgos psicosociales, el elemento que se abordará en este artículo es el sistema de organización de trabajo mediante el uso del algoritmo, en específico la distribución del tiempo de trabajo y cómo este impacta en la generación de factores de riesgos psicosociales.

IV. LA DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO PRINCIPAL CONDICIÓN PARA LA GENERACIÓN DE FACTORES RIESGOS PSICOSOCIALES EN LOS REPARTIDORES DE PLATAFORMAS DIGITALES EN LIMA METROPOLITANA.

Antes de analizar, el factor de riesgo psicosocial relacionado al sistema de organización del tiempo de trabajo en las plataformas digitales de reparto, es necesario analizar las principales características sociodemográficas de este sector basado en el trabajo de campo que se elaboró para sustentar la tesis “Los riesgos psicosociales en trabajo de plataformas digitales de reparto en Lima Metropolitana 2021”.

En base a los resultados de la encuesta “Los riesgos psicosociales en repartidores de plataformas digitales Lima, 2021” se determinó que estábamos frente a una población joven, predominantemente extranjera y de sexo masculino; y, con las siguientes condiciones laborales:

VARIABLE	RESULTADO
Nacionalidad de los repartidores	Venezolanos: 41%
	Peruana: 59%
Sexo	Masculino: 90%
	Femenino: 10%
Edad	Entre 18 -25 años 45%
	Entre 26-35 años 52%
	Entre 40-42 años: 3%
Tipo de transporte	Moto: 83%
	Bicicleta: 16%
Horas de trabajo al día	De 4 a 8 horas: 55%
	De 9 a 14 horas: 45%
Descanso semanal	Si: 32%
	No: 68%
Promedio de pago por día	73 soles

* Cuadro tomado del trabajo de tesis "Los riesgos psicosociales en trabajo de plataformas digitales de reparto en Lima Metropolitana 2021".

Respecto a los resultados de las condiciones de organización del trabajo, lo que más resalta son las horas empleadas por los repartidores de plataformas para la realización de la actividad. Así, un 45% destina entre 9 a 14 horas de trabajo por día para la realización de la actividad, y percibe un pago promedio diario que va entre 66 soles a 100 soles (Ramírez Mendoza, 2022).

En otras palabras el repartidor destina por lo menos 9 horas diarias, siendo que laboran como mínimo 4 horas y un máximo de 15 horas, lo cual representa la una jornada en sobretiempo de un 45% al día. De esta población, hay que resaltar que un 68% no descansa ningún de los 7 días a la semana (Ramírez Mendoza, 2022).

Esta cifras, resultan más alarmantes, si es que se cruzan con el promedio de las tareas que realiza el repartidor por día, alcanzando 5 pedidos diarios como mínimo y un máximo de 27 pedidos al día, conforme el siguen detalle:

Resultados sobre horas diarias trabajadas por los repartidores y la cantidad de pedidos diarios, basado en una población de 29 repartidores

	Horas diarias trabajadas	Pedidos diarios realizados
Nº	29	29
Media	9	17
Mínimo	3	5
Máximo	15	27

Fuente: Cuadro elaborado en base a la encuesta realizada a 29 personas como del análisis de fiabilidad de la encuesta " Los riesgos psicosociales en trabajo de plataformas digitales de reparto en Lima Metropolitana 2021 "

De los resultados obtenidos se pueden realizar las siguientes aseveraciones:

- El promedio de horas laboradas por los repartidores de plataformas digitales (9 horas) sobrepasan el límite establecido por ley respecto a las 8 horas de trabajo como máximo por día.
- El promedio de servicios realizados por el repartidor de plataformas por día es de 17 pedidos, siendo que el mínimo de pedidos realizados por día es de 5.
- Existe una correlación entre las horas dedicadas al aplicativo y el número de pedidos realizados por el repartidor. Es decir, mientras más horas de trabajo el repartidor esté conectado al aplicativo tiene la posibilidad de recibir más pedidos.

En base a ello, se puede concluir que la distribución del tiempo de trabajo es una condición relevante en el sistema de organización de la plataforma, la cual puede impactar en la generación de factores riesgos psicosociales en este sector. De esta manera, los resultados de la encuesta "Los riesgos psicosociales en repartidores de plataformas digitales Lima, 2021" se determinó que las condiciones laborales del aplicativo *Rappi* representaban un factor de riesgo psicosocial alto en comparación de aplicativos como *Justo Driver* o *Pedidos Ya*. Una posible explicación es el sistema de calificación *Rappitendero* sobre el cual se sustenta el sistema de asignación de pedidos o microtarefas a los repartidores: mientras más puntos se tenga (es decir una alta calificación) el repartidor tendrá la posibilidad de elegir sus horarios de trabajo (Ramírez Mendoza, 2022).

Al respecto, hay que tener en cuenta que la actividad en plataformas digitales de reparto está constituida por la realización de microtarefas conforme se

detalló en el primer punto; sin embargo, esta distribución del tiempo, no solo implica la entrega del pedido para el caso de los repartidores sino que también se encuentra involucrado la puesta en disposición para la realización de la actividad de forma global. Así, en el contexto de plataformas digitales de reparto se pueden distinguir espacios en lo que se verifica la puesta a disposición de los repartidores de plataformas digitales esto es: a) Tiempo de conexión a la espera de recibir encargos del aplicativo; b) Los tiempos destinados a traslados; y, c) los tiempos de espera activa (Rosenbaym Carli, 2023).

De esta manera, el resulta válido inferir que nos encontramos frente a una actividad que puede ser calificada como un servicio intermitente, en tanto lo relevante es la disposición del repartidor para recibir los encargos (Arce Ortiz, 2021). A partir de este elemento, es válido cuestionarse cuál el marco lega aplicativa a este sector en caso se decidiera regularlo. Lo cierto es que al no existir un marco normativo vigente, la solo organización del tiempo de trabajo, implica en sí mismo un factor de riesgo psicosocial.

V. CONCLUSIONES

- El trabajo mediante plataformas digitales se fundamenta en la economía colaborativa, donde el algoritmo juega un rol central al conectar prestadores de servicio con clientes. Este modelo implica la asignación de microtarefas, la determinación de precios y el sistema de calificación, asegurando la interrelación entre los tres sujetos involucrados.
- Aunque las plataformas presentan una aparente voluntariedad en la aceptación de servicios, la discrecionalidad del algoritmo en la asignación de tareas y la dependencia de factores como la ubicación y la reputación generan dudas sobre la verdadera autonomía de los prestadores de servicio, lo que impacta en sus ingresos y podría influir en su nivel de subordinación laboral.
- La interacción constante con tecnologías en la cuarta revolución industrial ha generado nuevos riesgos psicosociales, como el tecnoestrés, que afecta la salud mental de los trabajadores al dificultar el equilibrio entre el trabajo y el descanso.
- La legislación peruana y las normativas internacionales obligan a los empleadores a implementar medidas preventivas para garantizar el

bienestar físico y mental de los trabajadores, abordando tanto los factores de riesgo psicosociales como los riesgos psicosociales que se materializan.

- Los repartidores de plataformas como Rappi y Pedidos Ya enfrentan largas jornadas laborales, con un promedio de 9 horas diarias y hasta 27 pedidos al día. Esta distribución del tiempo de trabajo se relaciona directamente con la generación de riesgos psicosociales, como el estrés y la precariedad laboral.
- El sistema de calificación y asignación de tareas mediante el uso del algoritmo en plataformas digitales crea incertidumbre y precariedad laboral. Los repartidores dependen de su calificación y conexión constante para obtener más pedidos, lo que cuestiona la autonomía laboral y aumenta el riesgo psicosocial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arce Ortiz, E. (2021). El trabajo en plataformas digitales en Perú: Más allá de la calificación jurídica, reflexiones sobre la organización del tiempo y el pago de remuneraciones. *Revista Jurídica de Trabajo*, 2(6), 188-202. Obtenido de <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/116>
- Fernández Prieto, M. (2021). Riesgos psicosociales del trabajo a través de plataformas digitales. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*(156), 167-186.
- Mendoza Sulca, L. (15 de setiembre de 2024). *Análisis de los factores de riesgos psicosocial en el teletrabajo y sus efectos en la salud del teletrabajador*. Obtenido de https://drive.google.com/file/d/1enc-oIqd19ytKMowLa3Xi7t-AHJ_ZQIE/view?pli=1
- Ministerio de Salud. (2024). *Cuestionario de identificación y evaluación de Riesgos Psicosociales en los lugares de trabajo*. Lima: Acta de la 95ta Sesión Ordinaria - Sesión Conmemorativa por el Día Mundial de la SST - Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (Diciembre de 2023). Factores de riesgo psicosociales en el teletrabajo. (144).
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2024). *Salud Mental en el Trabajo. Prevención y control de los factores de riesgo psicosocial en el trabajo*. Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, Lima. Obtenido de <https://media.licdn.com/dms/document/media/D4E1FAQGhL->

SztnjbRVw/feedshare-document-pdf-analyzed/0/1723844718956?e=1727308800&v=beta&t=V7E6aECg4WWe2vdsWs0kp3b3OWVuam3TmUUOVvxZf0k

- Ramirez Mendoza, T. (2022). Los riesgos psicosociales en plataformas digitales de reparto en Lima Metropolitana, 2021. *Tesis para optar el grado de Magister por la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima.
- Rosenbaym Carli, F. (2023). El reloj invisible tiempo de trabajo de los chóferes y repartidores en la economía de plataformas. *Trabajo, Derecho y Mercado*(7), 95-119.
- Todolí, Adrian. (2020). El riesgo de trabajo solitario y de aislamiento de las personas que trabajan. En J. Llorens, M. Jalili, & A. Todolí, *Riesgos Laborales Específicos del Trabajo de Plataformas Digitales* (1 ed.). OSALAN-Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales.

TERCER TEMA

**Inteligencia artificial
tendencias aplicadas por
empleadores en LATAM**

PONENCIAS LIBRES

HERRAMIENTAS LEGALES ANTE LA INCORPORACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MARCO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

ARIANA RODRÍGUEZ LEÓN

Magíster en Derecho por The George Washington University, EE. UU. Abogada titulada por la Universidad de Lima. Asociada Senior en Vinatea & Toyama Abogados. Especializada en la asesoría legal para la gestión de las relaciones laborales individuales y colectivas, en la prevención del hostigamiento sexual laboral, y en la asesoría legal para la contratación de personal extranjero, incluyendo asesoría en materia migratoria.

I. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (en adelante, “IA”) ha estado presente durante décadas, en motores de búsqueda como Google, programas de ajedrez y software de reconocimiento de caracteres. Sin embargo, con el auge de datos masivos, mejor infraestructura y mayor capacidad energética, la IA ha emergido como una tecnología disruptiva, permitiendo que las máquinas realicen tareas cognitivas humanas como toma de decisiones, interpretación de datos, aprendizaje autónomo y comunicación avanzada (Allen, 2020).

Su impacto en el trabajo es evidente, generando oportunidades y desafíos. La IA lejos de ser una amenaza en sí misma, puede ser una herramienta clave para mejorar la productividad y crear empleos en programación, gestión tecnológica y consultoría digital, pero también plantea incertidumbres, especialmente sobre trabajos rutinarios que podrían ser reemplazados por tecnologías más eficientes y menos costosas.

Un estudio realizado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) indica que la mayoría de los empleos e industrias están expuestos solo de manera parcial a la automatización. Es más probable que la inteligencia artificial actúe como un complemento en lugar de reemplazar completamente los trabajos (Gmyrek et al., 2023). En consecuencia, el impacto más relevante de esta tecnología no sería la eliminación de empleos, sino las transformaciones que podría generar en la calidad de estos, especialmente en términos de la intensidad del trabajo y el grado de autonomía de los trabajadores.

En América Latina, el desarrollo de la IA es desigual. Según el Índice Latinoamericano de IA (en adelante, “ILIA”), países como Chile, Brasil y Uruguay lideran la adopción, mientras que Bolivia, Paraguay y Ecuador muestran menor avance por limitaciones en infraestructura e inversión tecnológica. Perú se encuentra por debajo del promedio regional, con un puntaje de 41.66, pero se reconoce el papel clave de la IA para mejorar sectores como manufactura, comercio y agricultura.

Según el informe ILIA, la adopción de la IA en el mercado laboral podría tener un efecto significativo en la fuerza laboral de América Latina, ya que las competencias tecnológicas vinculadas a la IA son inferiores en la región (2,16%) en comparación con el promedio mundial (3,59%), lo que puede afectar su competitividad y su capacidad de adaptación.

En Perú, el informe Country Report No. 24/134 del Fondo Monetario Internacional señala que la implementación de IA es limitada, debido al bajo crecimiento en productividad y escasa difusión de conocimiento y tecnológica. En consecuencia, la exposición de la fuerza de trabajo a dichas tecnologías en el Perú es baja también. Aproximadamente el 30% de la fuerza laboral peruana está altamente expuesta a la IA, lo que indica la capacidad de la IA para realizar muchas de las actividades de este grupo. En cambio, más del 60% de la fuerza laboral en los EE. UU. y el Reino Unido está altamente expuesta a la IA. Esto impide aprovechar el potencial de la IA para mejorar la eficiencia laboral. Además, la automatización mediante la IA también presenta desafíos sociales, ya que alrededor del 17% de los trabajadores tendrán que transitar hacia nuevos empleos, pues pertenecen a una categoría caracterizada no solo por una alta exposición a la IA, sino también por una baja complementariedad con ella.

Este proceso de incorporación de nuevas tecnologías en el trabajo no es un fenómeno nuevo para la legislación peruana. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, “LPCL”) reconoce y promueve a la innovación tecnológica como un mecanismo para mejorar la productividad y prevé a la negociación colectiva como una herramienta clave para su incorporación. Dicha norma también contempla la terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos tecnológicos como una herramienta de gestión cuando los empleadores se vean en la necesidad de cesar a trabajadores como consecuencia de los cambios tecnológicos incorporados.

Así, por un lado, los empleadores tienen el deber y el derecho de aumentar su competitividad y fomentar la innovación tecnológica; por otro lado, los trabajadores tienen la necesidad de contar con protecciones adecuadas que salvaguarden sus derechos e intereses. Es fundamental encontrar un equilibrio que permita a las empresas incorporar la IA de manera efectiva, mientras se garantiza la protección de los derechos laborales, promoviendo un entorno de diálogo social y adaptación al cambio.

Teniendo en cuenta la revolución de la IA en el mundo laboral, el presente artículo tiene como objetivo analizar ambas herramientas contempladas en la

LPCL para hacerle frente a la incorporación de estas tecnologías en la esfera del trabajo y advertir las oportunidades de mejora que podrían evaluarse teniendo en consideración la magnitud del cambio que la IA está generando.

II. LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA

En Latinoamérica y específicamente en Perú, la implementación de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito laboral será un proceso gradual y menos drástico de lo que se percibe en otras regiones del mundo. En términos generales, la IA no reemplazará la mayoría de los empleos, sino que, en gran parte, los complementará. Sin embargo, para que los trabajadores puedan adaptar sus habilidades al uso de estas nuevas tecnologías, es indispensable que reciban formación y capacitación continua, ya que estas tecnologías evolucionan a un ritmo sin precedentes.

A pesar de esta necesidad de capacitación, los datos del Fondo Monetario Internacional (FMI) señalan que, en Perú, alrededor del 17% de la fuerza laboral podría verse obligada a migrar hacia otros empleos. Esto podría deberse, en parte, a la posibilidad de que sus funciones sean completamente automatizadas o a la falta de formación adecuada para poder complementar su trabajo con el uso de la IA. La falta de habilidades necesarias para enfrentar estos avances podría generar una vulnerabilidad significativa en sectores donde la automatización sea más factible.

En este contexto, es crucial considerar las herramientas legales que ofrece el marco normativo vigente en Perú, específicamente la LPCL. Esta norma contempla dos mecanismos relevantes para enfrentar los retos que la automatización y la IA puedan traer al entorno laboral: (i) la negociación colectiva y los acuerdos de productividad; (ii) la terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos tecnológicos. Estas herramientas legales ofrecen un mecanismo para gestionar de manera organizada y equitativa la introducción de los cambios tecnológicos significativos al trabajo, como la automatización o la implementación de IA.

1. La negociación colectiva y los acuerdos de productividad

El artículo 14° de la Constitución Política del Perú¹ subraya el compromiso del Estado con la promoción del desarrollo científico y tecnológico, reconociendo

1 Artículo 14. “(...) Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país. (...)”

su impacto directo en el crecimiento económico y social del país. En consonancia con este principio, el artículo 2° de la LPCL refuerza la responsabilidad estatal de estimular y promover la innovación tecnológica, destacando su papel fundamental en el incremento de la productividad laboral².

Asimismo, este artículo reconoce que la adopción de tecnologías que impulsen la productividad no es solo un derecho de los empleadores, sino también un deber social, lo que involucra la creación de condiciones favorables para su incorporación en el entorno laboral. Así, este deber va más allá de la simple implementación de nuevas herramientas, ya que implica establecer un equilibrio entre el progreso tecnológico y el bienestar de los trabajadores.

Uno de los aspectos más relevantes de la LPCL es su apertura a la negociación colectiva como mecanismo para abordar los efectos de los cambios tecnológicos en el lugar de trabajo, a través de la suscripción de acuerdos de productividad. Promover la negociación colectiva antes de la introducción de tecnologías que afecten las relaciones laborales es esencial para asegurar un proceso de transformación más inclusivo y equitativo. En este espacio de diálogo, empleadores y trabajadores tienen la oportunidad de consensuar medidas que mitiguen los posibles impactos negativos de la implementación de nuevas tecnologías, especialmente en casos de tecnologías emergentes como la IA.

De hecho, según datos de la OCDE citados en la publicación “Recomendaciones para la negociación colectiva de la IA”, la negociación colectiva desempeña un papel crucial en maximizar los beneficios de la IA. A través del diálogo social, se ha observado un incremento significativo en la productividad, la gestión, la salud y seguridad laboral, y la satisfacción de los trabajadores, demostrando que cuando la IA se gestiona de manera colaborativa, sus impactos positivos en el entorno laboral son más notables. Este estudio demuestra que una negociación eficaz puede aumentar la productividad en hasta 15 puntos, fortaleciendo la competitividad de las empresas mientras mejora las condiciones laborales (UGT, 2020).

De acuerdo con la LPCL, entre los aspectos que pueden ser objeto de negociación se encuentran:

2 *Artículo 2.- “El Estado estimula y promueve la innovación tecnológica de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 14 de la Constitución Política del Perú, como la condición necesaria para el desarrollo económico. La introducción de tecnología que eleve los niveles de productividad del trabajo constituye un derecho y un deber social a cargo de todos los empresarios establecidos en el país.”*

- "a) Sistemas de formación laboral que tiendan hacia una calificación poli-funcional de los trabajadores en la empresa;
- b) Medidas orientadas a promover la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores;
- c) Sistemas de fijación de los niveles salariales en función de la productividad;
- d) Mecanismos alternativos de implementación de las modalidades de contratación laboral previstas en la Ley; y,
- e) Programas de reconversión productiva y medidas para la readaptación profesional de trabajadores cesantes."

Además, los artículos 85° y 86° de la LPCL permiten que empleadores y representantes de los trabajadores acuerden programas de capacitación y productividad, para cuya ejecución se puede contar con el apoyo técnico del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE).

Estos programas tienen como objetivo no solo mejorar las competencias del trabajador, sino también prepararlo para enfrentar las demandas de las nuevas tecnologías y acceder a nuevas oportunidades dentro de la organización. Cabe destacar que, conforme al artículo 88°, la participación en estos programas es obligatoria si se realizan durante la jornada laboral.

Este enfoque no solo contribuye a la prevención de conflictos laborales, sino que asegura una transición tecnológica más justa, alineada con los intereses de ambas partes. La adaptabilidad y resiliencia de la fuerza laboral se ven fortalecidas, lo cual es crucial en un contexto en el que tecnologías como la IA están revolucionando sectores enteros de la economía. Por lo tanto, la negociación colectiva y los programas de capacitación se convierten en herramientas clave para preservar empleos y facilitar una adopción tecnológica equilibrada.

Aunque la legislación reconoce el derecho legítimo del empleador de implementar cambios tecnológicos que mejoren la productividad y aseguren la competitividad, la negociación colectiva se presenta como la herramienta ideal para anticipar esos cambios y encontrar soluciones consensuadas que beneficien a ambas partes, promoviendo así un entorno laboral más armonioso y productivo.

En el contexto peruano, donde gran parte de la fuerza laboral será complementada por la IA, la negociación colectiva y los acuerdos de productividad junto con programas de capacitación y productividad, constituyen el vehículo

idóneo para asegurar la coexistencia y gestionar la transformación de manera justa y eficiente.

En esa línea, es necesario promover el diálogo social y la negociación colectiva en torno a la IA, para procurar la suscripción de acuerdos de productividad y la implementación de programas de capacitación y productividad. Para ello, la legislación actual podría fortalecerse estableciendo mecanismos que promuevan la participación activa de todas las partes involucradas.

Si bien el artículo 2° de la LPCL establece un marco para promover la innovación tecnológica, su implementación depende de la voluntad de negociación y colaboración entre empleadores y trabajadores. Actualmente, aunque la ley fomenta la negociación colectiva, no existen mecanismos suficientemente robustos que incentiven su uso para la introducción de tecnologías emergentes como la IA.

Así, una potencial mejora en la legislación sería la introducción de incentivos o reconocimientos para aquellos empleadores que adopten acuerdos de productividad y programas de capacitación y productividad, estructurados de manera participativa y que incluyan la recalificación de los trabajadores en función de las nuevas tecnologías. Estos incentivos promoverían una adopción más rápida y equilibrada de las tecnologías, protegiendo los derechos laborales.

De igual manera, la legislación podría prever mecanismos más flexibles para la formación continua y la recalificación laboral, ajustándose a la velocidad con la que las tecnologías cambian el entorno productivo. Aunque la LPCL contempla la capacitación de los trabajadores a cargo del empleador, esto podría mejorarse mediante la creación de programas de formación técnica sectoriales promovidos por el MTPE, especialmente en sectores vulnerables a la disrupción tecnológica. Dada la complejidad de la tecnología detrás y el ritmo acelerado de la IA, fortalecer la capacidad estatal para implementar programas de capacitación especializados es crucial.

De manera complementaria a los cambios legislativos, podría incentivarse la creación de acuerdos sectoriales o intersectoriales sobre el uso de la IA, promoviendo un marco colaborativo en el que los empleadores de un mismo sector o de sectores distintos trabajen juntos para desarrollar estrategias comunes de adopción tecnológica. Esto permitiría establecer estándares y buenas prácticas que guíen la implementación de IA en beneficio de todos los actores involucrados.

En conclusión, la integración de tecnologías emergentes como la IA en el entorno laboral exige un marco normativo que no solo promueva la productividad, sino que también garantice la protección de los derechos de los trabajadores. La legislación actual, a través de la LPCL, ofrece bases importantes, pero es necesario fortalecer los mecanismos que incentiven la negociación colectiva y los programas de capacitación como herramientas clave para gestionar esta transformación. Solo a través de un diálogo social robusto y una legislación que se adapte a los rápidos cambios tecnológicos, el Perú podrá enfrentar los retos de la revolución tecnológica de manera justa y equilibrada, beneficiando tanto a empleadores como a trabajadores.

2. La terminación colectiva de los contratos de trabajo por motivos tecnológicos

El Convenio No. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo, permite finalizar contratos laborales por motivos económicos, tecnológicos o estructurales. Este convenio establece que el empleador debe:

1. Proporcionar a los representantes de los trabajadores la información pertinente sobre las terminaciones previstas, incluyendo los motivos, número y categorías de los trabajadores afectados, y el periodo en que se realizarían.
2. Ofrecer la oportunidad de negociar para evitar o mitigar las terminaciones y buscar medidas que atenúen sus consecuencias, como la recolocación de los trabajadores.

Aunque el Perú no ha ratificado este Convenio, la LPCL ha incorporado estas disposiciones. El artículo 46° de la LPCL regula la terminación de contratos por motivos económicos, tecnológicos o estructurales. El artículo 48° complementa señalando que esta causa de cese colectivo *“solo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al diez (10) por ciento del total del personal de la empresa”*

Este artículo también regula el procedimiento para la terminación colectiva, que se divide en dos fases: pre administrativa y administrativa.

En la fase pre administrativa, el empleador debe proporcionar a los trabajadores o sus representantes información clara y detallada sobre los motivos que

sustentan la terminación y la lista de los trabajadores afectados. Luego, deben iniciarse negociaciones para acordar condiciones o medidas que puedan limitar el cese de personal.

A través de la Resolución Directoral General No. 184-2018-MTPE/2/14, con carácter de precedente vinculante, la Dirección General del Trabajo (DGT) ha señalado que esta obligación se cumple solo si la empresa entrega la información con suficiente detalle y con un plazo razonable para que los trabajadores puedan revisarla. Haciendo referencia a la Resolución mencionada, la DGT a través de la Resolución Directoral General No. 047-2024-MTPE/2/14 ha señalado que el objetivo de tales exigencias es *“garantizar negociaciones efectivas entre las partes y que estas no sean consideradas como ‘un mero trámite’.”*

En cuanto a las negociaciones, en la Resolución Directoral General No. 094-2022-MTPE/2/14 la DGT aclara que no es necesario llegar a un acuerdo, pero las partes deben examinar la causa alegada, considerar la posibilidad de evitar los ceses y discutir medidas para mitigar sus efectos. El empleador debe demostrar que realizó esfuerzos genuinos por llegar a acuerdos que limiten la terminación colectiva de los contratos.

Finalizada la fase pre administrativa, el empleador puede iniciar la etapa administrativa según el literal c) del artículo 48°. Esta consiste en comunicar a la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) la intención de terminar colectivamente los contratos, acompañada de una declaración jurada y una pericia de parte elaborada por una empresa auditora autorizada que sustente la causa invocada. La AAT revisará la pericia, permitirá que los trabajadores presenten sus observaciones o pericias adicionales y convocará a reuniones de conciliación. Finalmente, la AAT emitirá una resolución aprobando o rechazando la solicitud de terminación colectiva de los contratos de trabajo del empleador.

Ahora, en cuanto a los motivos tecnológicos, la LPCL no los define en detalle, pero la DGT ha señalado en la Resolución Directoral General No. 0133-2019-MTPE/2/14 que:

“(...) los motivos tecnológicos están referidos a las causas técnicas o de producción, a los avances tecnológicos que hacen que en el proceso productivo se requiera cada vez menos la intervención de la mano de obra humana, por ende, ante estas circunstancias específicas son posibles una reducción de personal excedente.”

Esta definición aplicaría a los casos donde la incorporación de IA desplaza mano de obra humana. La DGT a delimitado su aplicación al señalar que la terminación colectiva por motivos tecnológicos es aplicable exclusivamente cuando la incorporación de nuevas tecnologías sea necesaria para ayudar a la Empresa a superar una crisis o garantizar su productividad y competitividad. Efectivamente, en la Resolución Directoral General No. 0133-2019- MTPE/2/14 la DGT se señaló lo siguiente:

“En ese sentido deben configurar como necesarias las innovaciones tecnológicas a realizarse, así como, el cese del personal, es decir debe justificarse la excedencia del mismo a raíz de las innovaciones o transformaciones tecnológicas, así como acreditarse que la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores excedentes coadyuva directamente a la viabilidad económica de la Empresa o la garantía de su productividad y competitividad, siendo que dicha justificación debe encontrarse desarrollada en la pericia de parte. (...)” (el subrayado ha sido agregado).

En muchos casos, los empleadores podrían incorporar IA no como medida para superar una crisis, sino para mejorar su productividad y competitividad. En ambos escenarios, los empleadores deben estar en posibilidad de recurrir al procedimiento de terminación colectiva. Efectivamente, el artículo 2° de la LPCL, en consonancia con la Constitución, reconoce la innovación tecnológica como un derecho y deber social de los empleadores. Sin la posibilidad de recurrir a la terminación colectiva de los contratos de trabajo por motivos tecnológicos, la implementación de tecnología en ciertas empresas podría verse frustrada.

De hecho, en la Resolución Directoral General No. 41-2017-MTPE/2/14, la DGT ha reconocido que, en procedimientos de terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos estructurales, los empleadores pueden justificar la extinción de contratos de trabajo argumentando que dicha medida es necesaria para su viabilidad económica o para garantizar su productividad y competitividad.

Este criterio debería aplicarse de forma similar a los motivos tecnológicos, particularmente en lo que respecta a la IA. Los empleadores deben poder recurrir a este procedimiento si demuestran que la incorporación de la IA es necesaria para recuperarse o prevenir una crisis, o que es una herramienta para mejorar su productividad y competitividad en el mercado.

La protección a los trabajadores es prioritaria, pero el procedimiento de terminación colectiva en la LPCL ya contiene mecanismos que garantizan que esta opción sea de última instancia. Efectivamente, conforme se ha desarrollado previamente, la AAT verifica que se cumpla la etapa pre administrativa, donde el empleador debe proporcionar información oportuna y detallada sobre los motivos tecnológicos y cómo afectan a los puestos de trabajo involucrados en la medida. Dada la complejidad de la IA, será esencial que la AAT verifique que los empleadores comuniquen de manera comprensible a los trabajadores, facilitando una negociación efectiva.

La AAT también verifica que el empleador haya llevado a cabo negociaciones genuinas para mitigar los efectos del cese colectivo. En el contexto de la IA, la AAT debería ser rigurosa en examinar si el empleador ha considerado medidas paliativas, como:

- a) Que los empleadores hayan procurado arribar a acuerdos de reducción de jornada laboral o para implementar esquemas de trabajo flexible como medida temporal, permitiendo a los trabajadores mantener sus empleos, aunque con una menor carga horaria, mientras se adapta la estructura organizacional a la IA.
- b) Que los empleadores hayan aplicado programas de reconversión laboral que permitan a los trabajadores desarrollar nuevas habilidades orientadas a actividades con demanda creciente.
- c) Que los empleadores hayan reasignado al personal afectado a otras labores o áreas dentro de la empresa.
- d) Que los empleadores hayan ofrecido retiros voluntarios con incentivos económicos, permitiendo que aquellos trabajadores interesados en desvincularse de la empresa lo hagan de manera voluntaria.
- e) Que los empleadores hayan facilitado apoyos económicos como el financiamiento de cursos de formación externos.
- f) Que los empleadores hayan ofrecido asesoría para la búsqueda de empleo.
- g) Que los empleadores hayan optado por la reubicación geográfica de los trabajadores en caso de haber vacantes en otras zonas.
- h) Que los empleadores hayan diseñado planes de transición gradual, permitiendo que los trabajadores continúen por un tiempo determinado en funciones complementarias a la IA.

- i) Que los empleadores hayan procurado acordar una suspensión perfecta de labores mientras se ejecute un programa de capacitación externo para mejorar habilidades de los trabajadores.
- j) Otras

En caso los empleadores no hayan ejecutado tales medidas, la AAT debe exigir que justifiquen objetivamente por qué no fue posible.

Así, la terminación colectiva de contratos debe usarse solo como última opción, asegurando que se hayan agotado todas las alternativas para mitigar sus efectos. En el contexto actual de la IA, habilitar este mecanismo puede ser necesario para que las empresas mantengan su competitividad, pero siempre condicionado a que la AAT verifique negociaciones genuinas y medidas paliativas antes de iniciar el procedimiento administrativo.

Por otro lado, conforme fue mencionado previamente, el artículo 48° de la LPCL establece un umbral mínimo del 10% del total de trabajadores para que proceda la terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos tecnológicos, como la incorporación de la IA. Sin embargo, este porcentaje puede no ser adecuado en el contexto de la IA.

Primero, la IA no afecta a todos los sectores de una empresa de manera uniforme. Puede haber departamentos enteros donde la automatización o IA elimine la necesidad de mano de obra humana, mientras que en otras áreas la tecnología no tenga un impacto inmediato. En estos casos, aunque una empresa decida implementar IA en un solo departamento o área, el porcentaje de trabajadores afectados podría ser inferior al 10% del total de la plantilla, impidiendo acogerse al procedimiento de terminación colectiva.

Además, la incorporación de la IA suele ser un proceso escalonado y adaptativo, implementado en fases. En un primer momento, solo una pequeña fracción de los trabajadores podría verse afectada, y este número podría aumentar a medida que la tecnología se va desplegando. Si el 10% se toma como umbral, la empresa tendría que esperar a que el impacto sea mayor o no adoptar innovaciones, afectando su capacidad de competir en mercados dependientes de la eficiencia tecnológica.

La terminación colectiva de los contratos de trabajo, como medida contemplada en la LPCL, debe ser utilizada únicamente como última ratio, garantizando

que previamente se hayan agotado todas las alternativas posibles para mitigar sus efectos. En el contexto actual de transformación tecnológica impulsada por la IA, habilitar este mecanismo puede ser necesario para que las empresas mantengan su competitividad y sostenibilidad. Sin embargo, su activación debe estar condicionada a que la AAT verifique de manera rigurosa que los empleadores hayan llevado a cabo negociaciones genuinas y aplicado medidas paliativas antes de iniciar el procedimiento.

III. CONCLUSIONES

La inteligencia artificial (IA) ha emergido como una tecnología disruptiva que, lejos de ser una amenaza, puede mejorar la productividad y crear nuevos empleos en áreas como la programación, gestión tecnológica y consultoría digital. Sin embargo, también plantea desafíos significativos, especialmente en trabajos rutinarios que podrían ser reemplazados por tecnologías más eficientes y menos costosas. En Perú, la implementación de la IA es limitada debido a factores como el bajo crecimiento en productividad y la escasa difusión de conocimiento tecnológico. Aproximadamente el 30% de la fuerza laboral peruana está altamente expuesta a la IA, lo que indica que muchas actividades de este grupo podrían ser realizadas por IA.

El desarrollo de la IA en América Latina es desigual. Países como Chile, Brasil y Uruguay lideran la adopción, mientras que Bolivia, Paraguay y Ecuador muestran menor avance. Perú se encuentra por debajo del promedio regional, pero se reconoce el papel clave de la IA para mejorar sectores como manufactura, comercio y agricultura. La adopción de la IA en el mercado laboral podría tener un efecto significativo en la fuerza laboral de América Latina, ya que las competencias tecnológicas vinculadas a la IA son inferiores en la región en comparación con el promedio mundial.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) en Perú contempla dos mecanismos relevantes para enfrentar los retos que la automatización y la IA puedan traer al entorno laboral: la negociación colectiva y los acuerdos de productividad, y la terminación colectiva de contratos por motivos tecnológicos. La negociación colectiva permite consensuar medidas que mitiguen los posibles impactos negativos de la implementación de nuevas tecnologías. Entre los aspectos que pueden ser objeto de negociación se encuentran sistemas de formación laboral, movilidad funcional y geográfica, fijación de niveles salariales

en función de la productividad, y programas de reconversión productiva. Por otro lado, la LPCL permite la terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos tecnológicos cuando se comprenda a un número no menor al 10% del total del personal de la empresa. Este procedimiento incluye una fase pre administrativa y una fase administrativa, donde se deben proporcionar detalles claros sobre los motivos y negociar medidas para mitigar los efectos del cese.

Para que los trabajadores puedan adaptar sus habilidades al uso de nuevas tecnologías, es indispensable que reciban formación y capacitación continua. La falta de habilidades necesarias para enfrentar estos avances podría generar una vulnerabilidad significativa en sectores donde la automatización sea más factible. Para promover una adopción más rápida y equilibrada de las tecnologías emergentes como la IA, se sugiere implementar incentivos o reconocimientos para aquellas empresas que adopten acuerdos de productividad y programas de capacitación estructurados de manera participativa. Además, se recomienda crear programas de formación técnica sectoriales promovidos por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), especialmente en sectores vulnerables a la disrupción tecnológica, e incentivar la creación de acuerdos sectoriales o intersectoriales sobre el uso de la IA para establecer estándares y buenas prácticas.

Es fundamental proteger a los trabajadores mediante formación continua y asegurar mecanismos legales que permitan adaptarse a los cambios tecnológicos sin comprometer los derechos laborales. La terminación colectiva debe ser utilizada únicamente como última ratio, garantizando que previamente se hayan agotado todas las alternativas posibles para mitigar sus efectos.

La implementación efectiva de la IA en el entorno laboral peruano requiere un equilibrio entre el progreso tecnológico y el bienestar de los trabajadores. La negociación colectiva y los programas de capacitación son herramientas clave para preservar empleos y facilitar una adopción tecnológica equilibrada. La legislación peruana debe fortalecerse para promover una transición justa y eficiente hacia un entorno laboral cada vez más influenciado por la inteligencia artificial.

IV. REFERENCIAS

- ALLEN, Greg. *Understanding AI Technology*. Pp.3 (2020).
- C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158).
- International Labour Organization, *Generative AI and jobs: A global analysis of potential effects on job quantity and quality*. Pp.34 (2023).

- International Labour Organization, *Work for a brighter future*. (2019).
- International Monetary Fund, *Country Report No. 24/134*. Pp. 33 (2024).
- Resolución Directoral General No. 184-2018-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General No. 047-2024-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General No. 094-2022-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General No. 0133-2019-MTPE/2/14.
- Resolución Directoral General No. 41-2017-MTPE/2/14.
- Servicio de Estudios de UGT. *Recomendaciones para la negociación colectiva de la IA*. Pp. 17 (2023).

LA IA EN LAS RELACIONES LABORALES, TENDENCIAS LATINOAMERICANAS SOBRE SU IMPLEMENTACIÓN

CESAR PUNTRIANO ROSAS

Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente en la Maestría de Derecho del Trabajo en la Universidad San Martín de Porres, docente en la Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo de la Universidad ESAN, docente en la carrera de derecho corporativo y cursos de especialización en Derecho Laboral en la Universidad ESAN. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Socio en el Estudio Muñiz.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES LA IA Y CÓMO PUEDE IMPACTAR EN LAS RELACIONES LABORALES?

En 1950, el matemático Alan Turing se preguntó si podían pensar las máquinas. Su duda lo llevó a redactar su artículo «Computing Machinery and Intelligence» y el consiguiente «Test de Turing» sentaron las bases de la inteligencia artificial, su visión y sus objetivos.

La inteligencia artificial (en adelante, IA) se describe como “*máquinas que responden a simulaciones como los humanos, con capacidad de contemplación, juicio e intención*». Estos sistemas son capaces de «tomar decisiones que normalmente requieren un nivel humano de conocimiento. Tienen tres cualidades que constituyen la esencia de la inteligencia artificial: intencionalidad, inteligencia y adaptabilidad” (Daniel, 2024).

El algoritmo, según la Real Academia Española (RAE), se define como el “(...) conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”¹. El concepto “dirección algorítmica” describe el proceso por el cual el uso de algoritmos y datos permiten seleccionar, dirigir, monitorear, sancionar al personal (Todoli, 2023).

Sin duda, los algoritmos o la IA impactan en diversos estadios de la relación laboral desde la selección de personal, su contratación, evaluación de desempeño o desvinculación. En efecto, el uso de algoritmos en la toma de decisiones empresariales se viene presentando con mayor intensidad en los diferentes ámbitos de las relaciones laborales como por ejemplo en la selección de personal, medida que favorecería la meritocracia en la contratación de trabajadores pues el procedimiento recaería en un *software* neutral que, en principio, garantizaría un procedimiento de selección objetivo, no discriminatorio si no que se base en determinar si el perfil profesional es el requerido. Sin embargo, no es menos cierto que la subjetividad que se evitaría al momento de seleccionar, puede ocurrir

1 <https://dle.rae.es/algoritmo>

al momento de señalar al perfil requerido, lo cual comprometería el resultado final (García, 2023).

Los expertos consideran que los algoritmos podrán (i) asignar una actividad concreta y a partir de ello permitir que la IA evalúe la ejecución de aquella por parte de la persona, (ii) asignar tarifas por medio de la gestión algorítmica, con variación de los precios de los servicios en función de los picos de demanda, a modo de precios dinámicos, (iii) evaluar el rendimiento del personal, objetivo que supondrá mediante la inclusión de sistemas de evaluación sobre los ya existentes, en caso nos encontramos en ese supuesto (García, 2023).

Para María Paula Dávila, *“el algoritmo en una compañía puede abarcar todos los campos desde el área productiva y administrativa hasta la gestión humana y es allí, donde se vulnerarían derechos, la dignidad y garantías mínimas de los trabajadores al permitir que sea la IA quien analice y evalúe el desempeño del trabajador en la vida de la relación laboral tomando así, decisiones automatizadas que no admite reproche en contra de forma inmediata* (Dávila, 2022). Pero, es acertado señalar que si la IA es quien analiza y evalúa el desempeño del trabajador mediante datos objetivos (people analytics), se vulnerarían derechos y dignidad de los trabajadores? Tenemos nuestras dudas.

En cuanto a la dirección algorítmica, esta tiene distintas aplicaciones en lo que a la gestión de personas se refiere(Todoli, 2023):

1. Selección de trabajadores

Los algoritmos analizan el contenido de los currículums vitae presentados por los candidatos en menor tiempo y por ende a un menor costo, verificando la información pública del postulante en internet, redes sociales, a efectos de conocer sus hábitos, preferencias políticas, gustos en cuanto a películas, pudiendo descartarse a quienes carezcan de hábitos de vida o posiciones compatibles con la empresa a la que están postulando.

Inclusive, a través del reconocimiento facial y la grabación de la voz del postulante en las entrevistas se puede elaborar un perfil profesional del candidato.

Adicionalmente, puede existir una automatización en el reclutamiento del personal, lo que abarata el costo de contratación.

De acuerdo con el portal web Economía 3, la técnica de la IA para la selección de personal se encuentra enfocada en técnicas repetitivas que se encuentran en la selección de personal como contactar candidatos, elaborar informes, filtrar currículums (Llácer, V, 2022).

Asimismo, la IA puede elaborar el perfil del puesto a partir de la descripción que se le binde (conocimientos, competencia, experiencia), publicar la oferta de empleo, filtrar currículums, realizar entrevistas en base a un cuestionario determinado y analizar los resultados obtenidos. A partir de las actividades realizadas por la IA, los ejecutivos de la compañía podrán realizar las entrevistas con los postulantes en la fase final y así tomar la decisión correspondiente.

La intervención de la IA motiva el rediseño del área de selección de personal y seguramente su empequeñecimiento, en tanto diversas tareas que eran tradicionalmente realizadas por los miembros del equipo se ejecutarán mediante la IA.

Pero, pueden darse situaciones discriminatorias en los procesos de selección mediante algoritmos, como por ejemplo que se asuma que un postulante tiene una tendencia al sindicalismo por darle “me gusta” a noticias en redes sociales sobre organizaciones sindicales, lo cual generará su descarte de la lista de postulantes por considerarlo inadecuado para la organización.

Inclusive, no debemos dejar de considerar el factor costo, que privaría de esta tecnología a las microempresas en el Perú, quienes son las mayores empleadoras como se sabe, sin considerar la necesaria capacitación del personal y la reducción del área de reclutamiento en razón a la eliminación de puestos de trabajo.

2. Gestión del trabajo

Existen programas informáticos que deciden la cantidad de trabajadores que laboran en cada tienda física de ropa o comida para atender al público en cada momento del día con la finalidad de reducir costos laborales. También, el algoritmo puede asignar horas de trabajo, decidir rutas de reparto en empresas de mensajería, pudiendo esto también ocurrir en servicios de consultoría, diseño, informática, arquitectura, mediante sistemas informáticos que deciden el tiempo que debe dedicarse a cada tarea. Añade Todoli que “(...) *otras funciones típicas de la dirección de la empresa puede realizarlas (...) un algoritmo, como determinar ascensos, derechos a bonus, cambios de funciones, despidos, etc. (...)*” (Todoli, 2023).

Sobre la licitud del despido por la IA, es decir, que el empleador emplee un sistema automatizado para evaluar la productividad y a partir de ello extinguir el vínculo laboral del trabajador, nos llamó la atención un caso comentado por Todolí en su blog, sobre el control que realiza la empresa Amazon sobre el personal del almacén, respecto a quienes mide el número y velocidad de cajas empaquetadas mediante pulseiras inteligentes o chips en las botas, elaborando a partir de ello un índice de productividad, despidiendo a quienes no alcanzan una cuota mínima.

3. Control y vigilancia

Sistemas de videovigilancia, programas espía, GPS, incrementan indudablemente al poder de dirección empresarial, generando el riesgo de una posible extralimitación de las facultades del empleador que tenga como efecto la invasión de espacios de privacidad del trabajador hasta hacerlo totalmente “transparente” (Correa, 2019, p. 69).

Sin embargo, los datos que se obtienen adquieren un gran valor para el empresario cuando son procesados por los algoritmos. Trabajos como el de atención de llamadas (call center) suelen ser monitoreados de manera intensa, en particular, en lo relativo al número de llamadas atendidas, su duración, pausas, contenido de las mismas en base al análisis de las pausas en la voz o el tono empleado. Lo mismo ocurre con el uso de las computadoras, pues puede controlarse las pulsaciones del teclado, del mouse, correos electrónicos remitidos y enviados.

Como cuestionamiento al alto nivel de control y monitorización del personal, de manera menos costosa para los empleadores, Todolí considera que ello desincentiva al empleador a remunerar mejor a sus trabajadores para motivarlos a cumplir de manera diligente con sus obligaciones. Ello en tanto el algoritmo permite reducir la inversión en la supervisión laboral, abaratando también la aplicación de sanciones (Todolí, 2023).

Pero eso no es todo, el algoritmo puede afectar derechos fundamentales de los trabajadores como el secreto de las comunicaciones o la autodeterminación informativa, al acceder sin consulta alguna a sus mensajes, correos electrónicos, llamadas telefónicas sin que exista un filtro previo que determine si aquellos son de índole personal o laboral. Difícilmente la IA pueda efectuar esta diferenciación.

4. Controlar a otras empresas contratistas o franquiciadas

Otra de las funciones de los algoritmos es la dirección estandarizada de los trabajadores de las otras empresas en red. Un ejemplo de este caso es lo que ocurre con Amazon, habiéndose detectado por la inspección del trabajo en Barcelona que emplea su propio algoritmo para determinar las rutas a seguir por el personal de los transportistas de las empresas subcontratadas para el reparto (Todolí, 2023).

La IA en el control de contratistas permite evaluar riesgos analizando su historial de seguridad y desempeño, monitorear el cumplimiento contractual, identificar oportunidades de mejora para proponer capacitaciones personalizadas, planificar recursos (Supply Plus Compliance & Consulting, 2024). En nuestro país por ejemplo resulta de la mayor relevancia verificar que los contratistas cumplan con sus obligaciones laborales, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo del personal asignado a la prestación de servicios o ejecución de obra a la principal, para lo cual la IA juega un rol preponderante en los procesos de análisis a efectos de hacerlos más eficientes. No es menos cierto que quien ejecutaba ese control previamente seguramente pierda su trabajo.

La IA ha ingresado seriamente a la gestión de la fuerza de trabajo a cargo del empleador, lo cual está bien pues evidencia el gran desarrollo informático que nos acompaña en el día a día, sin embargo, debe evaluarse el impacto negativo que puede ocasionar dicha gestión a través de los algoritmos en los derechos fundamentales de los trabajadores por ejemplo mediante el ejercicio de prácticas discriminatorias como las mencionadas anteriormente, que pueden afectar a quienes cuenten con una aspiración sindical, a las mujeres, personal discapacitado, entre otros colectivos. Otro ejemplo del impacto negativo son los denominados sesgos algorítmicos en la ya mencionada contratación como el descarte de determinadas razas o etnia (sesgo cultural) o el rechazo a candidatos con discapacidad (sesgo cognitivo) (Pérez, 2023).

Quizás ello nos lleve a evaluar que la IA no podrá reemplazar al 100 % al ser humano, en razón la capacidad de discernimiento de este último. La IA puede emplearse como un complemento del ser humano, del trabajador, pero no en su reemplazo.

Por otro lado, hay que considerar el impacto de la IA en la composición de la fuerza laboral pues el Foro Económico Mundial estima que para 2025,

75 millones de puestos de trabajo podrían desaparecer, pero habrá creado 133 millones de nuevos puestos de trabajo, lo que generará 58 millones de puestos de trabajo como ganancia neta a nivel mundial (Adecco Institute, 2024).

La OCDE calcula que hasta el 46 % de los empleos corren riesgo de automatización. Los primeros en desaparecer serán los empleos rutinarios y repetitivos. Aunque, debemos considerar que campos como la programación de sistemas de IA o la ciencia de datos serán las nuevas fuentes de empleo, estimando el Foro Económico Mundial que se crearán 97 millones de trabajos debido a la transformación digital (Paulín, 2023).

Finalmente, y según el estudio *Global View on A.I. 2023* elaborado en julio de 2023 por Ipsos, el empleo se verá impactado de la manera siguiente por la IA (Ipsos, 2023):

- Automatización de trabajos, pues las oportunidades laborales que impliquen labores mecánicas como cajeros, ensambladores, embaledores, entre otras, mostrarán un declive, siendo más requeridas las que impliquen un pensamiento crítico.
- El desarrollo de la IA podría generar la desaparición de muchas estructuras de trabajo, siendo una solución el capacitar al personal en actividades laborales que complementen a la IA.
- Masivos problemas de los trabajadores para habituarse a entornos donde predomine la IA.

II. MIRANDO MÁS ALLÁ: LA LEY EUROPEA DE IA.

Ya en el 2018, la Unión Europea (UE) había aprobado el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), el cual, establece normas aplicables al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la UE.

Conviene poner en relieve una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 7 de diciembre de 2023 relativa al artículo 22 del RGPD, el cual señala que “(...) *todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado* (...)” (Reglamento - UE - 2018/1725).

La sentencia en mención, que no trata propiamente un tema laboral, tiene alcances a nuestra especialidad. En dicho caso el Tribunal señala que el mencio-

nado artículo 22 se aplica también a la “elaboración de perfiles”, entendiéndose que, “(...) aunque la decisión tuviera intervención humana, la mera elaboración del perfil de forma totalmente automatizada implicaría la aplicación del art. 22 RGPD” (Todolí, 2024).

El 12 de julio pasado, el Diario Oficial de la UE publicó el reglamento 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, que establece normas en materia de IA (Reglamento de IA). Esta norma, conocida como “Ley Europea de Inteligencia Artificial” es la primera regulación general a nivel mundial.

Seguidamente un resumen de los aspectos más resaltantes de la mencionada Ley (Resumen de Alto Nivel de la Ley de Inteligencia Artificial | Ley de Inteligencia Artificial de la UE, s. f.):

- La Ley clasifica la IA en función de su riesgo:
 - Se prohíben los riesgos inaceptables, por ejemplo, los sistemas de puntuación social y la IA manipuladora. Los primeros son aquellos que evalúan o clasifican a individuos o grupos basados en comportamientos sociales o rasgos personales, causando un trato perjudicial a esas personas. El despliegue de técnicas manipuladoras, engañosas o subliminales distorsiona el comportamiento y perjudica la toma de decisiones con conocimiento de causa, causando un daño significativo.

También se prohíbe inferir emociones en lugares de trabajo o centros educativos, salvo por razones médicas o seguridad, evaluar el riesgo de que un individuo cometa delitos penales basándose únicamente en rasgos de personalidad.

La mayor parte del texto aborda los sistemas de IA de alto riesgo, que están regulados. Los sistemas que se consideran de alto riesgo son los que realizan el tratamiento automatizado de datos personales para evaluar diversos aspectos de la vida de una persona como el rendimiento laboral, situación económica, salud, preferencias, comportamiento, ubicación o movimientos

A los proveedores de alto riesgo, la Ley les exige establecer un sistema de gestión de riesgos basado en documentación técnica, diseñando su sistema de IA para que identifique los riesgos a

nivel nacional y las modificaciones a lo largo del ciclo de vida del sistema.

- Una sección más pequeña de la Ley se ocupa de los sistemas de IA de riesgo limitado, sujetos a obligaciones de transparencia más ligeras: los desarrolladores e implantadores deben garantizar que los usuarios finales sean conscientes de que están interactuando con IA (chatbots y deepfakes).
- El riesgo mínimo no está regulado (incluida la mayoría de las aplicaciones de IA actualmente disponibles en el mercado único de la UE, como los videojuegos con IA y los filtros de spam).
- La mayoría de las obligaciones contempladas en la Ley recaen en los proveedores (desarrolladores) de sistemas de IA de alto riesgo.
 - Los que pretendan comercializar o poner en servicio sistemas de IA de alto riesgo en la UE, independientemente de que tengan su sede en la UE o en un tercer país.
 - Y también proveedores de terceros países en los que el producto del sistema de IA de alto riesgo se utiliza en la UE.
- Los usuarios son personas físicas o jurídicas que despliegan un sistema de IA a título profesional, no usuarios finales afectados.
 - Los usuarios (implantadores) de sistemas de IA de alto riesgo tienen algunas obligaciones, aunque menos que los proveedores (desarrolladores).
 - Esto se aplica a los usuarios ubicados en la UE y a los usuarios de terceros países en los que la producción del sistema de IA se utiliza en la UE.
- IA de propósito general (GPAI):
 - Todos los proveedores de modelos GPAI deben proporcionar documentación técnica, instrucciones de uso, cumplir la Directiva sobre derechos de autor y publicar un resumen sobre los contenidos utilizados para la formación.
 - Los proveedores de modelos GPAI de licencia libre y abierta sólo tienen que respetar los derechos de autor y publicar el re-

sumen de datos de formación, a menos que presenten un riesgo sistémico.

- Todos los proveedores de modelos GPAI que presenten un riesgo sistémico -abiertos o cerrados- también deben realizar evaluaciones de modelos, pruebas de adversarios, rastrear y notificar incidentes graves y garantizar protecciones de ciberseguridad.

Esta Ley rige desde el 1 de agosto de 2024.

III. CONOCIENDO EL DESARROLLO DE LA IA EN AMÉRICA LATINA

Según una investigación del Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, se prevé que la IA contribuirá hasta el 5.4% del PBI de América Latina para el 2030, pero esta cifra queda muy por detrás del impacto en América del Norte que equivaldrá al 14.5% de su PBI en el período similar. Ello en razón, dice el estudio, por la limitada inversión pública en ciencia y tecnología, bajos niveles en las habilidades de IA y la alta informalidad de la economía de nuestros países, características de indudable presencia en nuestro país. A efectos de aprovechar los beneficios de la IA, se sugiere que la región tome algunas medidas como la inversión en infraestructura digital, la mejora de las habilidades de la fuerza laboral y la existencia de instituciones que construyan sistemas de IA éticos e inclusivos (PNUD, 2024).

De acuerdo con una investigación realizada por Morning Consult² para IBM llamada “IBM Global AI Adoption Index 2023”, aquellas compañías de Latinoamérica con más de 1,000 trabajadores aumentaron el uso de la IA. El 67% de profesionales de tecnología de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú encuestados (en adelante “profesionales de TI de LATAM”), afirmaron que las organizaciones a las que pertenecen aceleraron el uso de la IA en los últimos 24 meses. Dicha cifra es superior al promedio mundial (59%).

2 Esta investigación se realizó en noviembre de 2023 entre una muestra representativa de 8.584 Profesionales de TI en Australia, Canadá, China, Francia, Alemania, India, Italia, Japón, Singapur, Corea del Sur, España, Emiratos Árabes Unidos, Reino Unido, Estados Unidos y LATAM (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, y Perú). Para calificar para la encuesta, los participantes deben ser empleados a tiempo completo, trabajar en empresas con más de 1 empleado, trabajar en un rol de gerente o de nivel superior, y tener al menos algún conocimiento sobre cómo opera y es utilizado por su empresa. Los resultados globales tienen un margen de error de +/-1 punto porcentual

Del grupo de profesionales de tecnología encuestados, se advirtió que los sectores financiero, telecomunicaciones e industrial son los que más avance reportaron en el uso de la IA. Inclusive, el 48% de los profesionales de TI de LATAM, sostuvo que la principal inversión en IA es en investigación y desarrollo.

En cuanto a la estrategia para implementar la IA en la empresa, el 34% de los profesionales de TI de LATAM afirmó que su compañía se encuentra desarrollando una estrategia, mientras que el 31% sostuvo que ya contaba con una.

Asimismo, en comparación con los proyectos de AI de hace dos o tres años, el 50% de los profesionales de TI de LATAM afirmó que las soluciones de IA son más accesibles y fáciles de desarrollar, mientras que el 43% afirmó que existen mayores habilidades para el manejo de datos, la propia IA y la automatización, encontrándose los equipos mejores posicionados para implementar la IA.

Esto guarda relación con un estudio denominado “Explorando la IA como motor de cambio en la frontera digital latinoamericana” elaborado por NTT Data y MIT Technology Review³, el cual sostuvo que la adopción de IA en empresas en América Latina pasó a 71% de un 58% en tres años.

Respecto al uso de la IA, el 39% de los profesionales de TI de LATAM sostuvo que la emplea para el trabajo digital, el 36% la utiliza para automatizar procesos de tecnología, el 35% en actividades de ventas y mercadotecnia, el 36% en seguridad y detección de amenazas y el 24% en recursos humanos y reclutamiento del talento.

Sin embargo, reconocieron la existencia de barreras para implementar la IA en las organizaciones, siendo aquellas, entre otras:

- El conocimiento, habilidades y experiencia aún limitados sobre la IA.
- Las preocupaciones éticas.
- Los proyectos son demasiado complejos o difíciles de integrar y escalar.
- La excesiva complejidad de la data existente.
- La falta de herramientas y plataformas para desarrollar modelos de IA.

3 Se puede acceder al estudio en: <https://co.nttdata.com/insights/studies/la-inteligencia-artificial-en-america-latina-2023#Forms-AI-2023>

- El alto costo para su implementación.

Es importante comentar que el 55% de los profesionales de TI de LATAM consideró que los consumidores tienden a tomar servicios de compañías con prácticas transparentes y éticas de IA.

El estudio de NTT Data y MIT Technology Review, considera que algunos de los principales retos a considerar para adoptar la IA en América Latina son, (i) falta de talento especializado, (ii) costos de implementación y mantenimiento, (iii) falta de conocimiento sobre los beneficios potenciales de la IA, (iv) resistencia al cambio dentro de la organización, (v) falta de datos de calidad y cantidad suficiente. Asimismo, una preocupación reciente es la relativa a la ética relacionada con la IA y su adopción.

Adicionalmente, el estudio “AI for Business Study: Latin America” elaborado por la consultora Tata Consultancy Services (TCS) señala que el 80% de las empresas en América Latina utiliza la IA para incrementar sus ingresos, habiendo adoptado herramientas de IA generativa como ChatGPT, exigiendo a los trabajadores que desarrollen habilidades para el manejo de la IA (Gonzalez, 2024).

Sobre el impacto de la IA en los trabajadores, el 38% de los profesionales encuestados considera que su organización viene capacitando o reentrenando a su personal para trabajar junto con nuevas herramientas de automatización e IA, el 36% que sus trabajadores se encuentran entusiasmados de trabajar con IA y nuevas herramientas automatizadas. Sin embargo, un 12% afirma que su personal tiene dudas de trabajar con la IA, existiendo también un porcentaje que señala que su empresa no puede encontrar personal con las habilidades correctas para trabajar con la IA y las nuevas herramientas automatizadas.

Seguidamente detallaremos algunos datos concretos por cada uno de los países mencionados anteriormente, los cuales han sido obtenidos del índice latinoamericano de inteligencia artificial (ILIA)⁴:

Brasil

Brasil cuenta con excelente conectividad, lo que facilita el acceso a internet para gran parte de la población. El desarrollo del talento se caracteriza por

⁴ El ILIA es un índice que entrega información sobre el estado de avance de la Inteligencia Artificial en América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://indicelatam.cl/>

su alta alfabetización, siendo el único país de la región con elementos de IA específicos en el currículo educativa. En lo que a investigación se refiere, tiene importantes publicaciones en IA, investigadores en actividad y presencia en centros de investigación.

En términos de adopción de la IA, cuenta con una gran cantidad de empresas de IA, superior al promedio de Latinoamérica y en gobernanza tiene una estrategia de IA vigente como iniciativa de gobierno.

Asimismo, en el país se viene discutiendo el proyecto de Ley 2338/2023, el cual establece disposiciones sobre el uso de la IA, habiendo el gobierno brasileño ha lanzado el Plan Brasileño de Inteligencia Artificial 2024-2028, considerando invertir cerca de US\$ 4 mil millones (Brasil Lanza un Plan de USD 4 Mil Millones Para la IA y Prepara una Acción Global En la Materia, s. f.).

Argentina

Tiene altos niveles de conectividad, lo que favorece el desarrollo de la IA. En el desarrollo del talento puede potenciar la formación en IA pues sus números son bajos. En cuanto a la adopción de IA, muestra un alto nivel en el sector público, pero en el privado hay una menor intensidad de empresas de IA. En gobernanza muestra un alta desempeño con la institucionalidad relacionada con la IA pero su oportunidad de crecimiento radica en generar regulaciones específicas en IA.

En efecto, a la fecha no existe regulación sobre IA en Argentina.

Colombia

Se encuentra ligeramente por debajo del promedio regional en el acceso a internet y la velocidad promedio de descarga. En el desarrollo del talento, ha implementado la alfabetización en IA y cuenta en el currículo educativo con cursos abiertos en IA.

En la innovación presenta una oportunidad de mejora en inversiones entrantes, enfrentando desafíos en la focalización del gasto gubernamental en investigación y desarrollo en IA. En términos de institucionalizada, cuenta con una estrategia de IA que no se encuentra vigente.

Tampoco se cuenta con normativa al respecto.

Chile

En infraestructura, el país tiene un rendimiento destacado pues tiene el promedio de velocidad de descarga de internet más alto de toda América Latina. También ha implementado las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs) en el currículo escolar pero aún no la IA. En la investigación, el rendimiento del país es excepcional, contando con tres centros de investigación en IA.

La adopción de IA supera los promedios regionales, tanto en su uso empresarial como en el fomento público. El país muestra también un desempeño destacado en gobernanza pues cuenta con una estrategia vigente de IA respaldada por la máxima autoridad, habiendo inclusive implementado regulación en materias relacionadas con la IA, como la reforma constitucional en Neuro derechos. Asimismo, ha actualizado su política nacional de IA así como lanzado, desde el Poder Ejecutivo, un proyecto de ley que busca regularla, fomentando su desarrollo ético y responsable ((«Chile Lanza una Política Nacional de IA y Presenta un Proyecto de Ley Sobre IA Siguiendo las Recomendaciones de la UNESCO.», 2024).

México

En infraestructura, México se encuentra en el promedio de América Latina, pero por debajo del promedio de velocidad de descarga. En desarrollo del talento, destaca en alfabetizar en IA pues cuenta con educación temprana que integra las TIC en su currículo además de ofrecer cursos en IA. En investigación se ubica por encima del promedio de América Latina, contando con varios centros de investigación de IA en el país.

En lo que adopción se refiere, el país se encuentra por debajo del promedio de América Latina, pudiendo fortalecer la implementación de la IA en las empresas, lo cual contrasta con el sector público en el que el fomento es alto. En ámbito de gobernanza no cuenta con una estrategia vigente.

De lo expuesto en este capítulo podemos afirmar que el acceso a la IA en los pases de América Latina viene incrementándose en los últimos años, existiendo oportunidades de mejora en algunos países, tanto en infraestructura como en gestión del talento. Adicionalmente, conviene poner en relieve que la

preocupación ética por el uso que se le pueda dar a la IA es mencionada en más de un estudio realizado sobre la IA en nuestro continente.

IV. EL ESTADO DE LA IA EN EL PERÚ

Según datos obtenidos del ILIA⁵, en nuestro país la infraestructura tiene oportunidades de mejora pues el uso de internet y la velocidad de descarga son inferiores al promedio de América Latina.

En lo que se refiere al desarrollo del talento, se han incorporado TICs en el currículo escolar pero no existen cursos específicos de IA incluidos formalmente.

Es destacable la productividad de los investigadores en IA, pero se debe incrementar el número de publicaciones, su impacto y la presencia de investigadores activos en el campo.

En gobernanza, nuestro país destaca en institucionalidad, contando con una estrategia vigente respaldada por la máxima autoridad. También cuenta con regulaciones específicas y actualizadas en IA como la Ley No. 31814, Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país, publicada el 5 de julio de 2023.

Dicha norma, define a la IA como una “(...) *tecnología emergente de propósito general que tiene el potencial de mejorar el bienestar de las personas, contribuir a una actividad económica global sostenible positiva, aumentar la innovación y la productividad, y ayudar a responder a los desafíos globales clave (...)*”

Asimismo, en su artículo 1 recoge una serie de principios para el desarrollo y uso de la inteligencia artificial en el Perú, siendo estos:

- La promoción de un enfoque basado en riesgos para el uso y desarrollo de la inteligencia artificial.
- La promoción del desarrollo y aplicación de principios, normas, reglas, procedimientos de toma de decisión y programas que determinan la evolución y el uso de internet por parte del Estado, instituciones del sector privado y la sociedad civil participando desde sus respectivos roles.

5 El ILIA es un índice que entrega información sobre el estado de avance de la Inteligencia Artificial en América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://indicelatam.cl/>

- Se valora la información y el conocimiento obtenido mediante el acceso, uso y desarrollo de tecnologías digitales en todas sus dimensiones, y se impulsa la seguridad, confianza, economía digital, conectividad digital, talento, innovación, educación, aprovechamiento de tecnologías emergentes en favor del bienestar social y económico de la ciudadanía.
- Se considera que la ética es la base fundamental para identificar con precisión el marco de responsabilidades en el uso de este tipo de sistemas.
- Se dispone que la IA no debe transgredir la privacidad de las personas, debiendo actuar de manera segura para lograr un impacto positivo en el bienestar de la ciudadanía.

La Ley señala que la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), a través de la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital, es la autoridad técnico-normativa a nivel nacional responsable de dirigir, evaluar y supervisar el uso y la promoción del desarrollo de la inteligencia artificial y las tecnologías emergentes.

Es importante señalar que ya en el año 2021 se aprobó una Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA) por el período 2021-2026, que tiene como propósito el proponer ejes que promuevan investigar y desarrollar la IA, crear soluciones a problemas nacionales en base a la IA, generar nuevas oportunidades de desarrollo del país ((Estándares y Guías Para la Digitalización, s. f.).

La IA resulta, indudablemente, una herramienta fundamental para el desarrollo empresarial actual pues facilita la gestión de la empresa en muchos aspectos, automatizando tareas repetitivas para lograr una mayor eficiencia en la organización. Eso supondrá, de manera innegable, que existan recortes de personal con la finalidad de ser reemplazados por programas de IA. Lo que toca preguntar es por la existencia de un fundamento ético que permita despedir a trabajadores para reemplazarlos por un sistema automatizado.

Y no solo es eso, luego de ello vendrá el uso del sistema automatizado en el desarrollo habitual del trabajo, siendo utilizado seguramente para medir la productividad de los trabajadores, vigilar la ejecución de sus actividades y eventualmente aplicarles alguna sanción, que pudiera tratarse del despido, por no haber cumplido con los estándares mínimos de productividad o haber sido detectado en horas de trabajo realizando actividades personales. Y también la

IA podrá seleccionar candidatos aptos para un puesto de trabajo entre muchos currículums vitae, dependiendo de algunos parámetros proporcionados por la empresa.

La gran pregunta que surge consiste es si dichas medidas son éticamente correctas y razonables, es decir, justificadas y cuentan con una finalidad legítima.

Por ejemplo, en la contratación de personal, actualmente las empresas que empleen por los menos a 50 trabajadores deben publicar sus ofertas de trabajo en el portal web <https://www.empleosperu.gob.pe/portal-mtpe/#/>, por lo que la IA podría aligerar dicha carga de información que de por sí resulta bastante engorrosa. Lo que no podría hacer, en nuestra opinión, es tomar una decisión sobre la contratación de un trabajador, ya que ello corresponde al empleador. La IA debe emplearse para generar la mayor cantidad de información antes tomar una decisión concreta.

Luego, en la evaluación de desempeño, la IA, en base a una fórmula pre establecida, podrá evaluar objetivamente al personal.

Si corresponde despedir, esta medida debería tomarla el empleador, aunque la IA podría facilitar el proceso generando un borrador de la carta de preaviso a partir de los elementos fácticos que conoce y así se ahorra un tiempo significativo en las redacción.

Lo mismo con el control laboral de contratistas que supone procesar la información laboral de los contratistas, lo cual puede ser efectuado con ayuda de la IA, o el análisis de la documentación en base a pautas previas programadas con antelación, las cuales deben permitir al programa actuar con normalidad.

V. CONCLUSIONES

En primer lugar, podemos sostener que en América Latina existe un importante avance en la adopción de la IA y que Perú no es la excepción.

En efecto, en nuestro país las empresas tienen un uso diverso de la IA, empleándola alguna de ellas, en gestionar el talento, adaptándola a procesos de selección. Lo importante, en nuestra opinión, es que, a la hora de elegir candidatos, no realice un primer descarte de postulaciones en base a argumentos subjetivos, que harían que el proceso incurra en la vulneración a algún derecho fundamental del candidato.

Y lo mismo cuando se evalúe el rendimiento y se obtenga de la IA información relevante sobre quienes se encuentran en los primeros y quiénes en los últimos lugares. Esta medida: no debe obedecer a prejuicios sino a decisiones objetivas.

Luego, el control de contratistas, en el que resulta importante alimentar a la IA con parámetros claros para que no exista una evaluación subjetiva ni sesgada en favor de unos y en perjuicios de otros.

En nuestro país, contamos con una Ley que regula la IA de manera general pero que no resulta suficiente, por lo que cada caso concreto deberá ser analizado a efectos de determinar si el uso de la IA ha sido acorde con el ordenamiento vigente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Adecco Institute. (2024, 25 junio). El impacto de la inteligencia artificial en las funciones laborales, la fuerza laboral y el empleo - Adecco. Adecco Institute. <https://www.adeccoinstitute.es/futuro-del-trabajo-y-tecnologia/el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-las-funciones-laborales-la-fuerza-laboral-y-el-empleo/>
- Brasil lanza un plan de USD 4 mil millones para la IA y prepara una acción global en la materia. (s. f.). <https://www.g20.org/es/noticias/brasil-lanza-un-plan-de-usd-4-mil-millones-para-la-ia-y-prepara-una-accion-global-en-la-materia>
- Chile lanza una política nacional de IA y presenta un proyecto de ley sobre IA siguiendo las recomendaciones de la UNESCO. (2024, 7 mayo). UNESCO. <https://www.unesco.org/es/articles/chile-lanza-una-politica-nacional-de-ia-y-presenta-un-proyecto-de-ley-sobre-ia-siguiendo-las>
- Correa M. (2019) El derecho del trabajo y los retos planteados por la globalización y digitalización de la economía. Albacete. Editorial Bomarzo.
- Daniel. (2024b, julio 24). Inteligencia artificial : definición, historia, usos, peligros. Formación En Ciencia de Datos | DataScientest.com. <https://datascientest.com/es/inteligencia-artificial-definicion>. Revisado el 15 de setiembre de 2024.
- Dávila, M (2022). El impacto de la inteligencia artificial en las relaciones laborales. Universidad La Gran Colombia, En https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/7793/Davila_Ariza_Maria_Paula_2022.pdf?sequence=1. Revisado el 15 de setiembre de 2024.
- Estándares y guías para la digitalización. (s. f.). <https://guias.servicios.gob.pe/creacion-servicios-digitales/inteligencia-artificial/enia>.

- García, J. (2023). Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente. en: temas laborales núm.167/2023.
- González, F. (2024, 16 mayo). El 80% de las empresas en Latinoamérica utiliza la IA para aumentar sus ingresos. WIRED. <https://es.wired.com/articulos/el-80-de-las-empresas-en-latinoamerica-utiliza-la-ia-para-aumentar-sus-ingresos>
- Ipsos (2023). https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2023-07/Ipsos%20Global%20AI%202023%20Report-WEB_0.pdf
- Llácer, V., & Llácer, V. (2022, 26 octubre). Selección de personal con Inteligencia Artificial (IA). Economía3. <https://economia3.com/seleccion-personal-con-inteligencia-artificial/>.
- Morning Consult (2023). IBM Global AI Adoption Index 2023. En: https://filecache.mediaroom.com/mr5mr_ibmspgi/179414/download/IBM%20Global%20AI%20Adoption%20Index%20Report%20Dec.%202023.pdf Visitado el 14 de setiembre de 2024.
- Paulín, A. (2023, 8 septiembre). El impacto de la inteligencia artificial en el empleo y los retos a futuro. WIRED. <https://es.wired.com/articulos/impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-el-empleo#:~:text=La%20IA%20generativa%20tendr%C3%A1%20un,empleos%20corren%20riesgo%20de%20automatizaci%C3%B3n.>
- Pérez J. (2023). Inteligencia artificial y contratación lanoral. En: Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social mayo - octubre 2023 - núm 7 ISSN-e: 2660-437X. En: <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/17557>
- PNUD (2024). La revolución de la Inteligencia Artificial (IA) ya está aquí. En: <https://www.undp.org/es/latin-america/blog/la-revolucion-de-la-inteligencia-artificial-ia-ya-esta-aqui-como-respondera-america-latina-y-el-caribe>.
- Reglamento - UE - 2018/1725 - EN - EUR-LEX. (s. f.). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1552577087456&uri=CELEX:32018R1725>
- Resumen de alto nivel de la Ley de Inteligencia Artificial | Ley de Inteligencia Artificial de la UE. (s. f.). <https://artificialintelligenceact.eu/es/high-level-summary/>
- Supply Plus Compliance & Consulting. (2024, 29 marzo). Transformando la gestión de contratistas: El rol de la inteligencia artificial. <https://www.linkedin.com/pulse/transformando-la-gesti%C3%B3n-de-contratistas-roswe/>
- Todolí, A. (2024, 6 marzo). ¿Es lícito el despido determinado por una inteligencia artificial? STJUE 7/12/2023, Decisiones de autoridades de protección de datos y otras sentencias de primera instancia. Argumentos En Derecho Laboral. <https://adriantodoli.com/2024/03/06/es-licito-el-despido-determinado-por-una-inteli>

gencia-artificial-stjue-7-12-2023-decisiones-de-autoridades-de-proteccion-de-datos-y-otras-sentencias-de-primera-instancia/.

Todoí, A. (2023). Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación. Navarra Editorial Aranzadi.

IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO LABORAL: BENEFICIOS, RIESGOS Y DESAFÍOS LEGALES EN LA GESTIÓN DE TRABAJADORES

LUIS MIGUEL MEDINA GUTIÉRREZ

Abogado y Maestría en Derecho del Trabajo por la Universidad de San Martín de Porres (USMP) y MBA Centrum/ Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Castilla la Mancha y Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho del Trabajo de la USMP/Gerente Relaciones Laborales -Claro Perú

I. INTRODUCCIÓN

En la era actual, la IA se posiciona como un componente esencial de la quinta revolución industrial, al igual que lo fueron la electricidad y el internet en su momento. Este fenómeno, impulsado por la integración de tecnologías avanzadas como *Big Data*, *Machine Learning* e internet de las cosas, está transformando diversos sectores, incluido el ámbito laboral. La IA generativa, en particular, se ha convertido en un motor de cambio, no solo optimizando procesos, sino también generando contenido nuevo y mejorando la eficiencia en múltiples industrias.

Así como la máquina de vapor impulsó la revolución industrial, la electricidad la producción y la calidad de vida, la IA está moldeando el futuro del trabajo. Aunque el avance de esta tecnología varía según el poder económico y el desarrollo tecnológico de cada país, su impacto se anticipa tan profundo y generalizado como el de sus predecesoras tecnológicas.

Este artículo analiza el impacto de la IA en el entorno laboral, enfocándose en sus aplicaciones prácticas y los desafíos regulatorios que plantea. Se examinan los efectos de la IA en la organización, control de los trabajadores, así como en la seguridad y salud en el trabajo. Además, se destaca cómo los principios de razonabilidad, proporcionalidad, minimización de datos personales, explicabilidad y supervisión humana pueden guiar la implementación de la IA dentro de la relación laboral.

1. Una aproximación a la inteligencia artificial

- a) Origen y evolución de la IA: La evolución de la IA ha sido notable desde sus inicios en los años 50, con la teoría de las máquinas de Turing y los primeros programas de ajedrez. Durante los años 60 y 70, surgieron los sistemas expertos, seguidos en los 80 por un creciente interés en redes neuronales y aprendizaje automático con limitaciones tecnológicas propias de la época. El avance en hardware

y la disponibilidad de grandes volúmenes de datos en los 2000 impulsaron el aprendizaje profundo, revolucionando áreas como el reconocimiento de voz y la visión por computadora. Hoy en día, la IA está integrada en la vida cotidiana, desde asistentes virtuales, *chatbots* hasta vehículos autónomos, con continuos avances en procesamiento del lenguaje natural e IA generativa (Russell & Norvig, 2021).

- b) Definiciones de la IA: La IA se entiende comúnmente como una tecnología capaz de imitar el razonamiento humano mediante el análisis de grandes volúmenes de datos a través de algoritmos informáticos. Según Rouhiainen (2018, pp. 17-19), la IA es la capacidad de las máquinas para utilizar algoritmos y aprender de los datos, permitiéndoles tomar decisiones de manera similar a los humanos. IBM (2024) la describe como una tecnología que permite a las computadoras imitar la inteligencia humana y resolver problemas, operando de manera autónoma o en conjunto con otras tecnologías como sensores y robótica.

En esa línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE (2024) define la IA como “un sistema basado en una máquina que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar resultados como predicciones, contenido, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales”. El Reglamento de la Unión Europea 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, que establece normas armonizadas en materia de IA publicado el 12 de julio de 2024¹ en el Diario Oficial de la UE (RIAUE) define al sistema de IA como: “*un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales*”.

¹ Boletín Oficial del Estado de España: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81079>. Vigente desde 01 de agosto de 2024. Aplicable como regla general a los 24 meses de su entrada en vigor. Excepciones: Prácticas prohibidas a partir de los 6 meses de entrada en vigor. Gobernanza, sanciones, confidencialidad y otros a los 12 meses de entrada en vigor. Reglas de clasificación de los sistemas de alto riesgo y obligaciones a los 36 meses de su entrada en vigor.

En Perú, la Ley N° 31814, que promueve el uso de la IA para el desarrollo económico y social, define un sistema basado en IA como un “*sistema electrónico-mecánico que puede, para una serie de objetivos definidos por humanos, hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones, influenciando ambientes reales o virtuales*”. Un algoritmo, según esta ley, es una “*secuencia de instrucciones y de conjuntos ordenados y finitos de pasos para resolver un problema o tomar una decisión*”.

A partir de estas definiciones, podemos sostener que la IA se entiende como una tecnología que permite a las máquinas en base a algoritmos tomar decisiones, realizar predicciones o recomendaciones, y ejecutar tareas mediante el análisis de datos, imitando la inteligencia humana. Los sistemas de IA operan con distintos niveles de autonomía y son capaces de influir en entornos tanto físicos como virtuales.

c) Tipos de IA y su impacto en la sociedad: Existen diversas taxonomías de la IA que permiten comprender mejor sus aplicaciones. En este trabajo, propongo una clasificación basada en su funcionalidad. La IA se divide en dos tipos: i) basada en reglas predefinidas para la toma de decisiones, sobre la que no ahondaremos; y ii) basada en aprendizaje automático o *Machine Learning*. Dentro del aprendizaje automático, encontramos tres subcategorías: a) supervisado², donde se entrena al sistema de IA con datos etiquetados; b) no supervisado, que identifica patrones en datos no etiquetados; y c) por refuerzo, que toma decisiones optimizadas mediante un sistema de recompensas y castigos. AlphaGo es un ejemplo destacado de aprendizaje por refuerzo. Desarrollado por DeepMind, AlphaGo utilizó redes neuronales profundas y jugó miles de partidas contra sí mismo, mejorando su estrategia con cada partida. Esto le permitió derrotar al campeón europeo de Go, Fan Hui, y alcanzar un hito significativo en la IA (David Silver et al., 2016, p. 484-489)

2 Un ejemplo de aprendizaje automático supervisado es cuando la IA aprende a distinguir entre un gato y un perro en una imagen. Se entrena con un gran conjunto de imágenes representativas y de alta calidad, donde se identifican gatos y perros, para que pueda diferenciarlos. Inicialmente, se le indica cuál es un perro o un gato, lo que permite que las capas de la IA deduzcan patrones, entendidos como conjuntos de rasgos y puntos que forman cada imagen. Cada capa se enfoca en una característica específica, como formas, colores o particularidades distintivas. Así, el modelo puede predecir, a partir de una nueva imagen no utilizada en el entrenamiento, si lo que aparece es un gato o un perro. La precisión del modelo depende de la cantidad, calidad y diversidad de los datos de entrenamiento.

El aprendizaje automático, tiene como subcampo al aprendizaje profundo (*deep learning*), que emplea redes neuronales para tareas complejas como el reconocimiento de voz y el procesamiento del lenguaje natural. Por ejemplo, Facebook realiza 4,500 millones de traducciones automáticas diarias utilizando esta tecnología (Rouhiainen, 2018). A su vez, la IA generativa, una avanzada forma de aprendizaje profundo utiliza métodos supervisados, no supervisados y por refuerzo para generar contenido como textos, imágenes, música y otros de manera similar a un humano. Utiliza arquitecturas de redes neuronales profundas y modelos de lenguaje natural a gran escala para procesar y generar lenguaje y otros tipos de datos (Casar, 2023).

Los diversos tipos de IA impactan en numerosos sectores en la vida cotidiana. Asistentes virtuales como Siri o Alexa utilizan IA para realizar tareas como responder preguntas y controlar dispositivos del hogar inteligente. Uber emplea IA para asignar conductores, calcular tiempos estimados de llegada y optimizar rutas. Plataformas como Netflix o Spotify utilizan IA para recomendar contenido basado en las preferencias del usuario. Además, modelos de IA generativa como ChatGPT están revolucionando áreas como el servicio al cliente, la educación, y el entorno laboral, respecto del que se recomienda verificar la información obtenida *fact-check*. En el ámbito legal, herramientas como Harvey, en uso en Perú, o Maite.ai y otros, permiten analizar grandes cantidades de documentos legales y generar borradores de contratos, así como absolver consultas legales, entre otros.

La IA ha evolucionado significativamente desde sus inicios, avanzando desde sistemas expertos básicos hasta modelos sofisticados de aprendizaje profundo y generativo. Su impacto es evidente en la vida cotidiana, desde asistentes virtuales hasta aplicaciones avanzadas en el ámbito legal, comercial y otros. La IA generativa, en particular, ha demostrado su capacidad para crear contenido similar al humano, mostrando su potencial para transformar múltiples sectores. A continuación, veremos la incidencia que tiene en el ámbito laboral y sus innegables beneficios al igual que los desafíos que plantea.

II. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO LABORAL: RIESGOS Y OPORTUNIDADES

La IA está transformando el lugar de trabajo al automatizar tareas rutinarias como cognitivas, lo que incrementa la eficiencia y productividad. Su uso

abarca desde la selección de personal hasta la gestión y monitoreo de empleados e incluso la extinción del vínculo laboral. Sin embargo, esta adopción acelerada trae consigo riesgos significativos como la perpetuación de sesgos, la invasión de la privacidad y el impacto en la salud mental de los trabajadores.

Una diferencia significativa entre la IA y tecnologías anteriores es su capacidad para automatizar tareas no rutinarias que requieren habilidades cognitivas avanzadas como el razonamiento deductivo y la ordenación de información. Aunque la IA mejora muchos aspectos del trabajo, también puede intensificar la carga laboral y aumentar el estrés. Su implementación puede afectar la privacidad y autonomía de los trabajadores, y amplificar sesgos existentes, lo que podría impactar desproporcionadamente a grupos desfavorecidos (OCDE, 2023, p. 98).

La rápida adopción de la IA afecta a múltiples sectores. A pesar de sus beneficios, como la mejora en la toma de decisiones y el aumento de la productividad, la IA también puede desplazar empleos altamente calificados y aumentar la desigualdad si no se garantiza un acceso equitativo a esta tecnología (OCDE, 2024). Se estima que la IA afectará aproximadamente el 40% de los empleos a nivel mundial, reemplazando algunos y complementando otros. Si bien puede revitalizar la productividad y estimular el crecimiento, también podría profundizar la desigualdad, especialmente en economías emergentes con infraestructuras inadecuadas y fuerzas laborales menos cualificadas (Cazzaniga y otros, 2024).

Como vemos el impacto de la IA en términos de productividad y eficiencia es positiva. Procesa grandes volúmenes de información que se potencia aún más una vez integrado a un ecosistema digital aplicado al trabajo. No obstante ello, también trae consigo claros desafíos que como veremos a continuación afectan la privacidad, pueden generar discriminación y generan riesgos psicosociales. Estos riesgos están siendo abordados por las distintas legislaciones de la IA para mitigarlos a partir de principios rectores como minimización de datos personales, explicabilidad, supervisión humana y transparencia.

1. Gestión y vigilancia de los trabajadores con IA

La implementación de IA ha introducido un nuevo nivel de vigilancia laboral, utilizando datos como la gestión del tiempo, pulsaciones de teclas, interacciones en redes sociales, registros de llamadas, capturas de pantalla, consultas de búsqueda, seguimiento ocular, software de reconocimiento facial, sensores

en teléfonos y gafas inteligentes, entre otros. Una característica neurálgica de la IA es su capacidad para integrarse con prácticas ya existentes, permitiendo una recopilación masiva de datos detallados sobre el comportamiento de los trabajadores. Indicadores simples, como la cantidad de correos electrónicos enviados, los sitios web visitados, las cookies, y los documentos abiertos, se usan para tomar decisiones de gestión aparentemente basadas en datos de trabajo. Estas prácticas permiten una recopilación masiva de información detallada sobre los trabajadores, que luego se utiliza para tomar decisiones de gestión basadas en datos (Aloisi & Gramano, 2019).

Por ejemplo, en Amazon Italia, los algoritmos gestionan las tareas y supervisan a los trabajadores en sus almacenes, automatizando funciones de gestión y reduciendo la necesidad de supervisores humanos (Delfanti, 2019).

La gestión algorítmica, un conjunto de herramientas tecnológicas utilizadas para administrar la fuerza laboral de forma remota mediante la recopilación de datos y la vigilancia, permite la toma de decisiones automatizada o semi-automatizada. Esta tecnología ejecuta funciones de dirección y supervisión con o sin intervención humana. Genera la reestructuración de cadenas de suministro como los modelos de producción *just in time* de Walmart o Zara, se establecen jornadas y horarios sobre la base de la demanda o concurrencia de clientes a centros de trabajo, y se utilizan cada vez más en la contratación para tomar decisiones y filtrar currículums, así como se integra en la infraestructura laboral para expandir la vigilancia y recopilación de datos (Mateescu & Nguyen, 2019).

La toma de decisiones automatizadas y la vigilancia constante a través de dispositivos portátiles e internet de las cosas pueden generar estrés y riesgos psicosociales, debido a la falta de privacidad. En los *call centers*, los algoritmos vigilan detalladamente las llamadas y evalúan la empatía y cortesía de los trabajadores, creando rankings que pueden afectar su evaluación laboral (Todolí, 2019, 2022). Expertos advierten que esta automatización puede perpetuar sesgos discriminatorios y socavar la justicia en el entorno laboral, alterando el equilibrio de poder y promoviendo una cultura de medición individual y auto-seguimiento (Aloisi & Gramano, 2019).

En 2014 Amazon desarrolló una herramienta de reclutamiento basada en IA que generó discriminación por género. La compañía descubrió en 2015 que su sistema no evaluaba a los candidatos de manera neutral en cuanto al género. Los modelos de IA, que habían aprendido de currículums de trabajadores pre-

dominantemente masculinos de los últimos 10 años, tendían a favorecer a los candidatos masculinos. Por ejemplo, penalizaban los currículums que incluían términos como “club de ajedrez femenino” y disminuían puntaje a graduadas de universidades exclusivamente femeninas. Ello ilustra los peligros de implementar IA sin supervisión adecuada (Dastin, 2018). En contraste, la plataforma de reclutamiento ecuatoriana Evaluar³, entre otras, con presencia en Perú, adopta un enfoque ético y transparente, asegurando que los candidatos no sean evaluados exclusivamente por decisiones automatizadas y ofreciendo mecanismos para impugnar decisiones basadas en IA, destacando la importancia de salvaguardas éticas y legales en su uso.

La IA ha transformado la forma de dirección y supervisión del empleador sobre el trabajador, así como la evaluación y toma de decisiones en el entorno laboral sustentado en los macrodatos del desempeño y comportamiento del trabajador, ya sea para determinar su capacidad, otorgar bonificaciones, ascensos, imponer sanciones disciplinarias o extinguir el vínculo laboral. Estos aspectos plantean riesgos significativos, como la perpetuación de sesgos, invasión de la privacidad y el aumento de riesgos psicosociales, los que, en conjunto con diversos elementos, son considerados por la legislación comparada para regular el uso de la IA en el entorno laboral como veremos a continuación.

2. Regulación y protección de derechos laborales ante la IA

a) Regulación comparada sobre la IA y efectos en el ámbito laboral

En las regulaciones que mencionaremos, se adoptan como principios rectores la transparencia, explicabilidad, supervisión humana y minimización del uso de datos personales. Estos principios son esenciales para garantizar que los sistemas de IA durante todo su ciclo de vida se desarrollen y apliquen de manera responsable, protegiendo los derechos fundamentales y evitando riesgos significativos en ámbitos como el laboral, donde la vigilancia y la toma de decisiones automatizadas pueden tener un impacto profundo en la privacidad, la discriminación y el bienestar de los trabajadores.

3 De acuerdo con su Política de Protección de Privacidad y Protección de Datos la plataforma asegura el derecho de los candidatos a no ser evaluados exclusivamente por decisiones automatizadas. EVALUAR. Política de Protección de Datos. Recuperado de <https://www.evaluar.com/politica-de-proteccion-de-datos-evaluar-v1>

La OCDE adoptó como instrumento jurídico la Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial el 21 de mayo de 2019, modificada en 2023 y 2024. Esta recomendación toma en cuenta varios marcos internacionales y normativos, incluyendo las normas de la OCDE, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 y la Declaración Universal de Derechos Humanos. La recomendación cuenta con dos secciones principales, i) principios para la gestión responsable de una IA fiable y ii) políticas nacionales y cooperación internacional para una IA confiable. Con relación a la primera establece como principios, entre otros:

- i. Respeto del estado de derecho y derechos humanos: Garantizar la no discriminación, la privacidad y los derechos laborales durante todo el ciclo de vida de la IA.
- ii. Transparencia y explicabilidad: Divulgar información clara sobre los sistemas de IA, permitiendo a los afectados comprender y cuestionar los resultados.
- iii. Responsabilidad: Establecer la trazabilidad y la gestión de riesgos para garantizar el correcto funcionamiento y la responsabilidad en los sistemas de IA.

La recomendación destaca la necesidad de equilibrar la innovación con la protección de derechos fundamentales y promover políticas que apoyen una IA confiable y ética. Perú se ha adherido a esta recomendación lo que la constituye como normativa *soft law*. En esa línea, la Recomendación sobre la Ética de la IA adoptada el 23 de noviembre de 2021 de la UNESCO, establece un marco de valores y principios éticos destinados a guiar el desarrollo y la implementación de sistemas de IA. A continuación, se resumen parte de los principios que adopta:

- i. Proporcionalidad e inocuidad: Los sistemas de IA deben ser proporcionales y adecuados al contexto en el que se utilizan, evitando cualquier daño innecesario a seres humanos, comunidades o al medio ambiente.
- ii. Equidad y no discriminación: Los sistemas de IA deben promover la justicia social y evitar cualquier forma de discriminación, asegurando que los beneficios de estas tecnologías estén disponibles para todos.
- iii. Derecho a la intimidad y protección de datos: La privacidad de los individuos debe ser respetada y protegida, garantizando que los datos

utilizados en los sistemas de IA se gestionen de manera coherente con los marcos legales pertinentes.

- iv. Supervisión y decisión humanas: Las decisiones importantes que involucren sistemas de IA deben estar bajo la supervisión humana, asegurando que la responsabilidad final recae en los seres humanos.
- v. Transparencia y explicabilidad: Los sistemas de IA deben ser transparentes y explicables, permitiendo a los usuarios comprender cómo se toman las decisiones.

En esa línea, el RIAUE al igual que las directrices de la OCDE y la UNESCO, enfatiza la importancia de la supervisión humana, la transparencia y la explicabilidad en el uso de sistemas de IA, tal como se establece en el artículo 14 de este reglamento. En efecto, exige que los sistemas de IA sean transparentes y explicables, permitiendo a los usuarios y personas afectadas entender cómo se toman las decisiones mediante IA y asegurando que se informen de manera adecuada, proporcionando información clara sobre su funcionamiento, los datos utilizados y la toma de decisiones, como se detalla en sus artículos 11 y 12.

Además, el RIAUE clasifica la IA según los riesgos y establece una serie de prohibiciones y obligaciones en función de cada uno de ellos (UE, 2024):

- I. Riesgo inaceptable: Incluye sistemas de IA que representan una amenaza para las personas, como la manipulación cognitiva de personas vulnerables, la puntuación social y el reconocimiento facial en tiempo real. Estos sistemas están prohibidos, con excepciones como la identificación biométrica a distancia “a posteriori” para perseguir delitos graves con aprobación judicial.
- II. Riesgo alto: Se refiere a sistemas de IA que afectan la seguridad, salud o derechos fundamentales, incluyendo el ámbito laboral en la gestión de trabajadores, la identificación biométrica y la categorización de personas físicas.

El considerando 53 del RIAUE indica que algunos sistemas de IA que realizan tareas limitadas, como la estructuración de datos o la traducción de documentos, no representan un riesgo significativo y deben ser documentados como de bajo riesgo. En contraste, el considerando 57 clasifica los sistemas de IA en el ámbito laboral como de alto riesgo debido a su impacto potencial en los derechos y perspectivas laborales, ya que pueden perpetuar discriminaciones y vulnerar la privacidad y protección de datos personales.

En relación con el ámbito laboral, el RIAUE considera como prácticas prohibidas en el artículo 5 el uso de sistemas de IA para inferir emociones en los lugares de trabajo, excepto cuando se trate de motivos médicos o de seguridad. También prohíbe el uso de sistemas de categorización biométrica que clasifiquen a personas físicas para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas, vida u orientación sexuales. Respecto a sistemas de IA de alto riesgo, el artículo 6 y Anexo III, del RIAUE incluye sistemas de identificación biométrica remota, categorización biométrica y reconocimiento de emociones. En específico sobre el ámbito laboral, clasifica como de alto riesgo a los sistemas de IA utilizados para la contratación, selección de personal, evaluación de candidatos, toma de decisiones sobre relaciones laborales, asignación de tareas, y supervisión del rendimiento y comportamiento de los trabajadores.

El Artículo 9 del RIAUE exige que los sistemas de IA de alto riesgo cuenten con un sistema de gestión de riesgos continuo y actualizado, que identifique y mitigue riesgos para la salud, seguridad y derechos fundamentales. Este sistema debe ser probado antes de su uso para asegurar su eficacia y minimizar riesgos, especialmente en entornos laborales y para grupos vulnerables. El artículo 14 establece que los sistemas de IA de alto riesgo deben diseñarse para permitir una supervisión humana efectiva mediante interfaces adecuadas. La supervisión busca minimizar riesgos para la salud, seguridad o derechos fundamentales, tanto en el uso previsto como en el mal uso razonablemente previsible, incluso cuando persisten riesgos tras aplicar otros requisitos.

El profesor Sanguineti (2024, pp. 5-6) sostiene que estas disposiciones favorecen el uso de la IA con pleno respeto a los derechos fundamentales laborales, prohibiendo sistemas de IA que representan riesgos intolerables, como la categorización biométrica y la detección de emociones en el trabajo. También destaca la importancia de implementar sistemas de gestión de riesgos en sistemas de alto riesgo relacionados con la contratación, gestión y evaluación de trabajadores. Por su parte, Menor (2024) considera respecto a esta regulación que los empleadores que utilicen IA en la contratación, evaluación y gestión de empleados deben cumplir con estrictas protecciones, que incluyen la supervisión humana, validación de datos, monitoreo de sistemas y evaluación del impacto sobre los derechos fundamentales.

Igualmente, se ha previsto en el artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea el derecho de las personas a no ser

sometidas a decisiones basadas únicamente en el procesamiento automatizado de sus datos si estas decisiones tienen implicaciones legales o afectaciones significativas. Esto es supervisión humana. También obliga a las empresas a informar a los trabajadores sobre la lógica empleada en decisiones automatizadas y su impacto. Notas características del principio de explicabilidad.

Por su parte el artículo 64.4 d) del Estatuto de los Trabajadores español exige que se informe a los representantes legales de los trabajadores y sindicatos sobre los parámetros, reglas e instrucciones de los algoritmos o sistemas de IA que puedan impactar en las condiciones de trabajo y empleo. También vemos la presencia del principio de explicabilidad en estas disposiciones.

A mayor abundamiento, la orden ejecutiva emitida por el presidente Joe Biden el 30 de octubre de 2023 *“Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence”*, abarca una amplia gama de principios y políticas para regular el desarrollo y uso de la IA en los Estados Unidos de América. Incluyendo entre ellas supervisión humana, explicabilidad, transparencia, el apoyo a trabajadores, equidad, datos personales, privacidad y libertades civiles. El propósito de la orden es maximizar los beneficios de la IA, al tiempo que se mitigan sus riesgos significativos, que incluyen fraudes, discriminación, desplazamiento laboral, y amenazas a su seguridad nacional.

La Tabla 1 muestra un comparativo sobre la diversa regulación y propuestas legales de IA de diversos países, entre ellos Argentina, Brasil, Chile y otros, considerando los principales aspectos que regulan o buscan normar. Esto es si realizan una clasificación de riesgo de IA tal como el RIAUE, si contienen disposiciones específicas en el ámbito laboral, así como si recogen principios de explicabilidad, transparencia, supervisión humana, privacidad y datos personales.

Tabla 1
Sobre la regulación de la IA

Pais/Estado/Ciudad	Regulación/Propuesta	Principales aspectos	Categorización de riesgo de la IA	Contratación, gestión y terminación de relación laboral	Principios regulados
Argentina	Disposición N° 2/2023 y Comunicación A 7724 del BCRA	Recomendaciones para IA fiable, requisitos mínimos para la gestión de riesgos tecnológicos y de seguridad de la información.	No especifica	Enfocado principalmente en la seguridad de la información y gestión de riesgos tecnológicos, no directamente en la contratación y	Supervisión humana, explicabilidad, datos personales, transparencia
Brasil	Proyecto de Ley 2338/2023	Protección de datos personales, derechos de los titulares de datos, sanciones por incumplimiento, gobernanza de datos, desarrollo e implementación de IA basada en principios éticos y derechos humanos, responsabilidad civil, sandbox regulatorio.	Sí, sistemas de alto riesgo y riesgo excesivo	Regula el uso de IA en el contexto laboral, incluyendo contratación, gestión de empleados y evaluación de desempeño.	Supervisión humana, transparencia, explicabilidad, datos personales
Chile	Proyecto de Ley sobre robótica, inteligencia artificial y tecnologías conexas	Clasificación de sistemas de riesgo, protección de datos personales, no discriminación algorítmica, responsabilidad civil, derechos de propiedad intelectual.	Sí, sistemas de riesgo inaceptable y alto riesgo	Regula el uso de IA en la contratación y evaluación de empleados, asegurando transparencia y equidad.	Supervisión humana, explicabilidad, transparencia, datos personales
California (EE.UU.)	Proyecto de Ley AB331 sobre herramientas de decisión automatizada	Normas sobre uso de herramientas de decisión automatizada, transparencia, equidad, protección de datos personales.	No especifica	Se enfoca en la equidad y transparencia en el uso de herramientas automatizadas para la contratación y evaluación de empleados.	Decisiones de consecuencias significativas, evaluación de impacto
China	Medidas Administrativas para los servicios de IA Generativa	Control de servicios de IA generativa, estándares de seguridad, protección de datos, supervisión estatal.	No especifica	No especifica directamente, pero incluye controles que pueden afectar el uso de IA en la gestión de empleados.	Supervisión humana, transparencia, explicabilidad, datos personales
Nueva York (EE.UU.)	Ley 144/2021 sobre IA en contratación de personal	Uso de IA en procesos de contratación, transparencia, equidad, no discriminación, derechos de los candidatos.	No especifica	Específicamente dirigida a la contratación, garantizando la equidad y transparencia en el uso de IA para evaluar candidatos.	Transparencia, explicabilidad, no discriminación, equidad en la contratación
Reino Unido	Enfoque favorable a la innovación para la regulación de IA	Fomento de la innovación, desarrollo de estrategias nacionales de IA, principios y recomendaciones para la aplicación de IA.	No especifica	Incluye principios que promueven la equidad y transparencia en el uso de IA en el empleo y la gestión de trabajadores.	Seguridad, transparencia, explicabilidad, equidad, rendición de cuentas, contestabilidad y compensación
Japón	Libro Blanco de IA	Promoción de la investigación y desarrollo, acumulación y coordinación de datos, uso activo de IA en servicios públicos, apoyo a ciudades inteligentes.	No especifica	Enfocado en la promoción de IA en servicios públicos, no directamente en la contratación y gestión de empleados.	Supervisión Humana, transparencia, innovación responsable y seguridad

Nota. Adaptado de “Propuestas de regulación y recomendaciones de inteligencia artificial en el mundo” por Corvalán, Sánchez Caparrós, Raban, Stringhini, Papini, Heleg y Bonato, (2023). Pontificia Universidad Católica de Argentina. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/372215967_Propuestas_de_regulacion_y_recomendaciones_de_inteligencia_artificial_en_el_mundo. Información de dominio público.

Como hemos visto, la regulación está evolucionando para abordar los desafíos que la IA presenta, en específico su uso en el ámbito laboral. Las disposiciones y propuestas revisadas reflejan un compromiso y tendencia global para asegurar que la implementación de IA sea ética, transparente y protectora de los derechos humanos y en particular de los derechos laborales. Más allá de la técnica legislativa por la que se haya optado para su regulación, bien sea insuficiente o pueda calificarse de excesiva al prohibir o permitir su uso con determinadas condiciones en función a la perspectiva con la que se analice, lo que podemos observar es que todas ellas tienen como denominador común principios o disposiciones sobre transparencia, explicabilidad, minimización de datos personales, no discriminación, privacidad y supervisión humana que apuntalan el uso ético y productivo de la IA en el entorno laboral.

b) La regulación laboral y constitucional en Perú y la aplicación de sistemas de IA: Facultades del empleador y límites basados en los derechos fundamentales, protección de datos personales y el principio de proporcionalidad

La Ley 31814, que promueve el uso de la IA en Perú, más allá de esbozar definiciones, no realiza regulación alguna sobre el uso de la IA. El Proyecto

de Reglamento de esta ley (PRLIA), aprobado por Resolución Ministerial N° 132-2024-PCM, establece principios rectores como la protección de la dignidad humana y datos personales, no discriminación, privacidad, ética, transparencia, sostenibilidad, replicabilidad, responsabilidad y supervisión humana. Estos principios se alinean con los estándares internacionales que hemos visto en el punto anterior. Asimismo, el PRLIA sigue la regulación del RIAUE, puesto que clasifica los riesgos de los sistemas de IA según su impacto en el trato equitativo, transparencia y derechos fundamentales. Se prohíben los sistemas de riesgo inaceptable, como aquellos que explotan vulnerabilidades o clasifican a personas de manera perjudicial y desproporcionada. Para los sistemas de alto riesgo, como los utilizados en la gestión laboral automatizada como selección, contratación o terminación de la relación laboral, se establecen obligaciones específicas, incluyendo la necesidad de supervisión humana, evaluación de riesgos y la implementación de medidas de seguridad desde su diseño.

Como se podrá notar Perú no cuenta con una regulación específica sobre la IA, igualmente en el ámbito laboral; no obstante, la regulación laboral⁴ y constitucional, la normativa sobre protección de datos personales, así como la jurisprudencia sobre la materia constituyen un sistema de garantías mínimo de protección del trabajador frente a la implementación de sistemas de IA por parte del empleador en el entorno laboral.

La Constitución Política del Perú (CPP) en su artículo 59, consagra la libertad de empresa, la cual incluye la facultad de organización y dirección de la actividad empresarial de acuerdo con los recursos disponibles y las condiciones del mercado. Este marco constitucional otorga al empleador un poder significativo para estructurar y gestionar su organización con el objetivo de maximizar la eficiencia y competitividad (caso 1405-2010-AA/TC, f. 15). La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del D.L. 728, aprobado por D.S. 003-97-TR) en su artículo 9 refuerza esta potestad, otorgando al empleador la

4 Véase por ejemplo, la Ley N° 31572 de Teletrabajo y su Reglamento (D.S N° 002-2023-TR) protegen el derecho de las personas teletrabajadoras a la intimidad, privacidad e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. El Artículo 6.4 de la Ley establece este derecho, mientras que el Artículo 9 del Reglamento detalla que los empleadores deben respetar estos derechos al implementar medios de control y supervisión en el teletrabajo. Específicamente, el reglamento prohíbe acceder a documentos y comunicaciones sin autorización, realizar grabaciones de imagen o voz sin consentimiento, excepto cuando sea necesario por la naturaleza de sus funciones, ingresar al lugar de teletrabajo sin permiso, y utilizar mecanismos que vulneren la intimidad del teletrabajador.

facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar a sus trabajadores, siempre dentro de los límites de la razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

El ejercicio de estas facultades no puede—y no debe—vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores. El artículo 23 de la CPP es claro en que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos fundamentales ni afectar la dignidad del trabajador (caso 1058-2004-AA/TC, f.19). Este paradigma es esencial para cualquier política o práctica laboral, incluyendo aquellas que implican la implementación de sistemas de IA.

En esa línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵ (TC) ha sido fundamental al definir el contenido esencial de los derechos laborales, interpretar sus alcances y expulsar del ordenamiento jurídico normas por inconstitucionales con la finalidad de proteger los derechos fundamentales del trabajador (Sanguinetti, 2008, p. 76), el que actualmente continúa incidiendo en esa línea.

Así su intervención para otorgar prevalencia a los derechos constitucionales del trabajador dentro de la relación de trabajo, derechos inespecíficos, frente a las facultades del empleador basado en el principio de proporcionalidad tal como ha sido desarrollado por la jurisprudencia del TC requiere que cualquier medida empresarial cumpla con criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esto implica que la medida debe ser adecuada para el objetivo empresarial, la menos restrictiva posible, y equilibrar adecuadamente los derechos del trabajador con el beneficio obtenido⁶. En la Casación Laboral N.º 09636-2019-LIMA, la Corte Suprema, siguiendo estos criterios, determinó que realizar pruebas de detección de alcohol y drogas en viviendas de trabajadores en unidades mineras no era proporcional, ya que vulneraba el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Mientras que en el caso N.º 2208-2017-PA/TC, el TC respaldó la instalación de cámaras de videovigilancia en áreas de trabajo para la supervisión e incluso sanción de empleados al no verificarse la vulneración al derecho fundamental de intimidad de aquellos, puesto que tuvo por finalidad asegurar la seguridad de los trabajadores y la correcta ejecución de sus labores.

5 Decisiones como en el Exp. 1058-2004-AA/TC sobre privacidad, el Exp. 4635-2004-AA/TC sobre igualdad laboral, y el Exp. 0895-2001-AA/TC sobre libertad de religión en el trabajo, destacan por su papel en la protección de derechos fundamentales en el ámbito laboral.

6 El TC ha aplicado este principio en sentencias como los casos 2250-2007-PA/TC y 535-2009-PA/TC, evaluando la razonabilidad y proporcionalidad de sanciones disciplinarias.

En esa orden de ideas, como parte del sistema de garantías mínimo, las disposiciones de protección de datos personales que como derecho constitucional se encuentra consagrado en el artículo 2, numeral 6, de la CPP, garantiza a toda persona el control sobre su información personal, evitando su divulgación indebida. El derecho a la autodeterminación informativa permite a los individuos controlar cómo se registran, usan y difunden sus datos, un derecho delineado por el TC en el caso N° 04739-2007-PHD/TC.

Su desarrollo legislativo se encuentra en la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (LPDP) y su reglamento. La LPDP establece como rectores al principio consentimiento, de finalidad y proporcionalidad en sus artículos 5, 6 y 7, respectivamente. El primero dispone que para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular; el segundo, que los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita, y no deben ser tratados para otros fines sin el consentimiento informado del titular. El tercero, exige que el tratamiento de datos personales sea adecuado, relevante y no excesivo respecto a la finalidad para la cual han sido recopilados. La LPDP define los datos personales como cualquier información que identifica o hace identificable a una persona, y distingue los datos sensibles, que incluyen información sobre salud, vida sexual, origen racial, afiliación sindical, entre otros, los cuales requieren un consentimiento explícito y escrito para su tratamiento. Su Reglamento añade que los datos sensibles comprenden información sobre características físicas, emocionales, vida afectiva, y cualquier otra información que afecte la intimidad de la persona.

Existen excepciones al consentimiento del titular de los datos personales previstos en el artículo 14 de LPDP, tal como “para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte”, supuesto en el que se subsume la relación laboral. Los datos personales del trabajador serán tratados sin su consentimiento si son necesarios para la ejecución de la relación laboral. Para realizar este tratamiento se debe observar el principio de finalidad y proporcionalidad, así como el derecho a ser informado en “forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, sobre la finalidad para la que sus datos personales serán tratados” conforme al artículo 18 de la LPDP y su reglamento. Ello delimita los alcances de su tratamiento y permitirá el ejercicio del derecho de oposición por parte del trabajador en caso de exceder la finalidad para el que fueron recopilados sus datos.

Sobre estos mismos principios se delinea la Directiva N° 01-2020-JUS/DGTAIPD, que regula el uso de sistemas de videovigilancia en el ámbito laboral, permitiendo su implementación sin el consentimiento de los trabajadores, siempre que se respete el principio de proporcionalidad y se informe previamente a los empleados sobre la finalidad de su tratamiento mediante carteles informativos u otros medios. Esto incluye restricciones sobre la instalación de cámaras en espacios de descanso y la captación de sonido, salvo que existan riesgos relevantes para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas. Del mismo modo, la Opinión Consultiva N° 045-2021-JUS/DGTAIPD de la autoridad de datos personales del país reitera que el empleador debe evaluar la proporcionalidad del uso de videovigilancia para el control laboral caso por caso. Específicamente, se considera proporcional cuando se requiere cumplir con medidas de seguridad en trabajos de riesgo, como verificar el uso de implementos de seguridad o el uso correcto de máquinas.

Otras opiniones consultivas han legitimado el tratamiento de datos sensibles sin consentimiento del trabajador, como en el caso del control de asistencia mediante huella digital (Oficio N° 862-2016-JUS/DGPDP) o la detección de COVID-19, debiendo estar vinculado a la seguridad y salud laboral de acuerdo a la Opinión Consultiva N° 32-2020-JUS/DGTAIPD que consideró legítimo medir la temperatura corporal de los trabajadores para prevenir la propagación del virus en cumpliendo de las obligaciones de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador. En ambos casos, se precisó que el empleador se encuentra obligado a observar el deber de informar al trabajador conforme al artículo 18 de la LPDP.

La normativa peruana sobre protección de datos personales en el marco de la relación laboral impone obligaciones a los empleadores, garantizando que el tratamiento de datos personales y sensibles de los trabajadores cumpla con los principios rectores de finalidad y proporcionalidad, así como con el respeto a su derecho de información.

Como vemos el ordenamiento jurídico revisado constituye un sistema de protección mínimo del trabajador frente al uso de la IA en el entorno laboral, fundamentado en la normativa laboral, los derechos inespecíficos reconocidos por la CPP al interior de la relación laboral, la regulación de protección de datos personales, así como por la jurisprudencia del TC. En este contexto, el uso de la IA por parte de los empleadores en la gestión y control laboral debe estar

estrictamente delimitado por criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En efecto, es imprescindible que cualquier uso de IA esté precedido por un riguroso análisis para garantizar que las medidas adoptadas sean las menos intrusivas y las más adecuadas para cumplir con los objetivos empresariales, sin comprometer los derechos de los trabajadores. La implementación de estas tecnologías requiere una finalidad clara y legítima, comunicada adecuadamente al trabajador, y debe respetar plenamente sus derechos fundamentales. El empleo de sistemas de IA en el entorno laboral, ya sea para la selección, evaluación, gestión, supervisión o terminación del contrato, debe ir acompañado de una obligación ineludible de transparencia e información por parte del empleador.

Por ello, dotar de mayor contenido y alcance al derecho de información en el ámbito laboral previsto en la regulación de datos personales constituiría un componente relevante para fortalecer las garantías mínimas del sistema jurídico de protección del trabajador frente al uso de la IA en el ámbito laboral. Esto es transparencia al aplicarla asegurando se cumpla con el principio de explicabilidad. El diccionario de la Real Academia Española define transparente como claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad. También como una gestión o proceso que se realiza sin que se oculte información sobre la manera en que se hace o se desarrolla. A partir de ello la aplicación de sistemas de IA en el ámbito laboral deberían ir acompañadas con una explicación clara y sencilla sobre su finalidad y funcionamiento a los trabajadores, que implica dar a conocer los parámetros, reglas e instrucciones de los sistemas de IA a utilizar que generen impacto en el proceso de selección o durante la relación de trabajo.

Ello es necesario puesto que la normativa laboral vigente, de datos personales y jurisprudencia no exige que los empleadores expliquen a los trabajadores cómo funcionan los sistemas de IA, ni que aseguren la supervisión humana en decisiones automatizadas sustanciales y significativas que impacten en el trabajador o la minimización de datos en su tratamiento que implica que solo se recopilen y almacenen los datos estrictamente necesarios para cada propósito establecido de forma temporal, asegurando que sean adecuados y no excedan lo requerido para dicho fin. Estos aspectos podrían abordarse mediante mecanismos de autorregulación regulada (*compliance*) del empleador, asegurando así un respeto pleno a los derechos de los trabajadores en el uso ético de la IA para que sea fiable en el ámbito laboral.

Alinearse con los estándares internacionales de regulación en materia laboral que recogen los principios que hemos señalado en relación con la aplicación de la IA, consolidaría un marco regulatorio robusto que no solo protege los derechos de los trabajadores, sino que también fomenta un entorno empresarial competitivo y sostenible, capaz de aprovechar las ventajas de la IA para mejorar la productividad y competitividad con pleno respeto a los derechos de privacidad y no discriminación de los trabajadores.

El derecho laboral actúa como un contrapeso esencial frente al poder empresarial, especialmente en un contexto de cambios organizacionales impulsados por la tecnología. La IA, aunque presenta oportunidades para mejorar la eficiencia y productividad, también trae consigo el riesgo de amplificar las desigualdades estructurales y erosionar los derechos fundamentales si no se regula adecuadamente.

El derecho laboral tiene una función integradora en el conflicto estructural inherente a la relación de trabajo asalariado, equilibrando la libertad empresarial y los poderes del empleador con la protección del trabajador, compensando las desigualdades de la parte más débil. Este equilibrio es especialmente necesario en el contexto de los cambios organizacionales derivados de la tecnología, la globalización y la descentralización que requiere adaptar las normas laborales para abordar las nuevas formas de organización del trabajo contemporáneo (Palomeque, 2011, pp. 37-39, 46).

La implementación de la IA en el entorno laboral debería ir más allá del cumplimiento normativo, adoptando políticas internas que aseguren un uso ético y transparente. Es determinante que los empleadores informen a los trabajadores sobre la lógica de las decisiones automatizadas, garanticen la explicabilidad, mitiguen riesgos e integren la supervisión humana para prevenir sesgos, todo bajo el principio de proporcionalidad y finalidad de tratamiento de datos personales. Este enfoque no solo protege los derechos de los trabajadores, sino que también alinea las prácticas laborales con los estándares más altos en protección de datos y justicia laboral. Estas prácticas podrían mitigar el riesgo de percepción de invasión de privacidad y riesgos psicosociales, al permitir que los trabajadores comprendan el uso, procesamiento y decisiones automatizadas o semiautomatizadas basadas en sistemas de IA.

c) **Aplicación de sistemas de IA para optimizar la seguridad y salud en el trabajo**

La implementación de sistemas de IA para la mejora continua del sistema de gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SST) aprovechando su capacidad para monitorear y analizar datos en tiempo real permite la detección precoz de riesgos y el uso de análisis predictivo para prevenir accidentes, reduciendo la incidencia de accidentes y enfermedades laborales mediante alertas tempranas y datos precisos. Un ejemplo concreto es la analítica de cámaras de video vigilancia con IA que disminuye los accidentes en materia de SST. Sin embargo, la vigilancia intensiva mediante macrodatos puede afectar negativamente la salud mental de trabajadores debido a la percepción de vigilancia constante (Macias, 2023).

Por ello, el empleador como garante de la SST, debe evaluar cuidadosamente si estas prácticas contribuyen al cumplimiento de sus obligaciones legales en materia de SST y se alinea al sistema jurídico de garantía mínimo de protección del trabajador frente a la implementación de IA en el ámbito laboral, además de observar los principios que hemos mencionado como parte de su regulación interna. Para que su aplicación tenga un impacto positivo, es ineludible identificar cuándo y dónde utilizar estas herramientas, lo que implica automatizar procesos mecánicos y manuales para enfocarse en tareas críticas.

Por ejemplo, en Perú, empresas como Safetymind IA han implementado analítica de cámaras de videovigilancia basadas en IA para mejorar la SST en sectores como minería, siderurgia y transporte. Estas tecnologías, aplicadas a la medida de las necesidades de cada sector, no requieren una inversión significativa, ya que el software de analítica puede aplicarse a cámaras existentes, permitiendo detectar aspectos críticos en SST y generar alertas visuales o sonoras, o incluso deteniendo maquinaria de manera preventiva. Este tipo de vigilancia continua reemplaza y/o potencia las inspecciones diarias, automatizando la recolección de datos las 24 horas del día, los 7 días de la semana.

Estos sistemas de IA pueden identificar personas que ingresan a zonas restringidas mediante reconocimiento facial, si están demasiado cerca de maquinaria pesada, o conductores que no mantienen las manos en el volante durante más de 20 segundos o estén con somnolencia. También pueden detectar si los trabajadores están utilizando Equipos de Protección Personal (EPPs) adecuados durante actividades de alto riesgo, emitiendo alertas en tiempo real a los trabajadores. También, delimitan áreas de trabajo y detectan su traspaso para alertar

a los trabajadores. Este modelo de IA se autocorrigue con el tiempo para ser más eficaz, alcanzando hasta un 98% de precisión (Acuña, 2024).

Igualmente, si un vehículo pesado traspasa la distancia mínima de seguridad, las cámaras de videovigilancia con analítica envían una alerta inmediata al conductor para detener el trabajo y prevenir un accidente. Este sistema no solo detecta conductas subestándar, sino que emite alertas preventivas que pueden evitar accidentes graves.

La incorporación de sistemas de IA de analítica de imágenes y videos de cámaras de videovigilancia fortalece significativamente el cumplimiento de las obligaciones del empleador en materia de SST previstas en la Ley N° 29783 (LSST) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 05-2012-TR) y demás disposiciones. Estos sistemas permiten un monitoreo continuo y una evaluación constante de riesgos a partir de la analítica de datos recopilados por las cámaras, facilitando la actualización del IPERC (Identificación de Peligros, Evaluación de Riesgos y Determinación de Controles) con datos precisos y actuales, mejorando así la seguridad laboral para fortalecer los controles continuamente.

El principio de prevención exige que el empleador garantice medios que protejan la vida y salud de los trabajadores, mientras que el principio de protección asegura condiciones de trabajo dignas y seguras. El principio de responsabilidad establece que el empleador asume las consecuencias de accidentes o enfermedades laborales, todos previstos en el Título Preliminar de la LSST. Los artículos 20, 21 y 49 de la LSST y el artículo 77 del RLSST obligan a los empleadores a identificar y evaluar continuamente los riesgos laborales, implementar medidas de prevención, y supervisar la correcta utilización de EPPs, además de la correcta y segura ejecución de las labores. La analítica de video con sistemas de IA contribuye al cumplimiento de estas normas, así como la mejora de los estándares de seguridad y permite una respuesta rápida ante desviaciones, apoyando el mejoramiento continuo del sistema de gestión de SST.

Sin embargo, la implementación de estas tecnologías puede generar riesgos psicosociales debido a la percepción de vigilancia constante. Para mitigar estos efectos, es crucial incluir este aspecto en los monitoreos psicosociales que el empleador está obligado legalmente a realizar conforme a la Ley de SST, analizar los signos de estrés o ansiedad y comparar los datos con los obtenidos antes de la implementación de la tecnología, además de implementar las recomendaciones que se determinen sobre la base de los resultados. Es fundamental mantener una

comunicación abierta y transparente con los trabajadores sobre el propósito de la videovigilancia, capacitarlos y sensibilizarlos sobre sus beneficios para su salud y seguridad, así como la de los terceros.

Como vemos en el caso del ejemplo expuesto el uso de IA en materia de SST optimiza el cumplimiento de estas obligaciones del empleador. Pero para su aplicación debe cumplir rigurosamente con el principio de proporcionalidad, los de finalidad y deber de información en el marco de las disposiciones de los datos personales, así como garantizar el respeto irrestricto al derecho fundamental a la privacidad de los trabajadores. La implementación de IA debe ser limitada a las áreas y actividades de mayor riesgo, asegurando que el monitoreo no se extienda innecesariamente a otros aspectos de la vida laboral. Además, los datos recolectados deben ser manejados bajo estrictos protocolos de protección, garantizando que su uso sea exclusivamente para fines de SST y no para otros fines que podrían considerarse intrusivos o excesivos, como imponer sanciones disciplinarias sin haber informado previamente al trabajador esta finalidad o para la evaluación de su desempeño, lo cual excedería la finalidad del tratamiento de los datos en el supuesto analizado.

Implementar normativa interna que recoja los principios de transparencia, explicabilidad, minimización de datos personales, supervisión humana en decisiones automatizadas importantes garantizará que los trabajadores comprendan el uso, funcionamiento y finalidad de los sistemas de IA generando confianza y promoviendo así una aplicación ética y fiable, al mismo tiempo que se reduciría el riesgo psicosocial asociado a la percepción de una vigilancia constante.

Cuestión distinta será el supuesto donde el empleador realiza un control algorítmico total y de gran intensidad del trabajo mediante la recopilación de grandes cantidades de información del trabajador a través de sistemas de videovigilancia, micrófonos, geolocalización, biometría de reconocimiento facial, teléfonos, seguimiento de correos electrónicos, y navegación en internet en tiempo real que permitiría conocer al trabajador en su fuero interno. Esto podría generar un “clima psicosociológico de control e invasión de su privacidad,” donde los trabajadores son plenamente transparentes ante la empresa, afectando su bienestar psicológico y emocional (Mercader, 2022, p.101).

Un análisis de la necesidad particular para tal intensidad de control seguramente no superaría el principio de proporcionalidad ni el de finalidad del

tratamiento de datos, transgrediendo los derechos fundamentales del trabajador, como el de privacidad.

Ilustra lo anterior un reciente caso donde se aplicó estos principios. La Agencia de Protección de Datos Personales de Hungría, sancionó a una entidad financiera por utilizar sistema de IA para realizar psicoanálisis de las voces de los trabajadores durante la atención telefónica a clientes y detectar el estado emocional de ellos sin la debida transparencia. No se informó adecuadamente sobre la finalidad de este tratamiento a los trabajadores ni se realizó una evaluación de la necesidad y proporcionalidad de esta práctica. (Muñoz Ruiz, 2024, p. 151-152).

Como vemos la aplicación de sistemas de IA materializa innegables beneficios si es correctamente aplicado, así como el control permanente plantea desafíos legales como los señalados que deben ser analizados caso por caso, ponderando los derechos fundamentales de los trabajadores, frente a los intereses legítimos del empleador en el uso de estos sistemas. Por ello, cualquier medida adoptada por el empleador debe ser adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto para lograr su objetivo sin afectar los derechos de los trabajadores.

III. CONCLUSIÓN

La IA está revolucionando el entorno laboral, automatizando tanto tareas rutinarias como complejas. Este cambio, aunque promueve la eficiencia y productividad, también requiere una reconfiguración de las habilidades laborales. El empleador debe invertir en formación continua y el desarrollo de competencias tecnológicas para asegurar la competitividad y mitigar el riesgo de desplazamiento laboral. La incorporación de IA en la gestión de trabajadores presenta importantes desafíos éticos y legales, como la invasión de la privacidad y la perpetuación de sesgos discriminatorios. Es esencial establecer un marco legal robusto que regule el uso de la IA en el trabajo, garantizando la transparencia, la explicabilidad, minimización de datos personal y una supervisión humana constante en los procesos críticos.

La IA ofrece herramientas avanzadas para mejorar la SST mediante el monitoreo en tiempo real y la detección precoz de riesgos. Sin embargo, esta tecnología también puede intensificar la vigilancia y generar riesgos psicosociales, afectando la salud mental de los trabajadores. Los empleadores deben equilibrar el uso de la IA con políticas que respeten la privacidad y realicen evaluaciones constantes de estos riesgos. Dada la rápida evolución de la IA, las normativas

laborales deberían actualizarse de forma dinámica para abordar los nuevos desafíos tecnológicos. Las regulaciones deben garantizar la transparencia y explicabilidad, la supervisión humana en las decisiones automatizadas significativa y la mitigación de riesgos, asegurando un uso ético y responsable de la IA que proteja los derechos fundamentales de los trabajadores.

Los empleadores deberían adoptar políticas internas que regulen el uso de la IA de manera ética y conforme a los estándares más altos de protección de derechos laborales. Estas políticas deben centrarse en la seguridad, transparencia, mitigación de riesgos, privacidad, ausencia de sesgos, explicabilidad, minimización de uso de datos personales y supervisión humana. Al hacerlo, no solo se fortalecerá la confianza en el uso de la IA con los beneficios que implica, sino que también se asegurará un entorno laboral justo, seguro y respetuoso de los derechos humanos y laborales.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Acuña Bozo, E. (2024). Inteligencia artificial aplicada a la seguridad y salud en el trabajo. Conferencia magistral presentada en la Semana de la Ingeniería en Perú, Colegio de Ingenieros del Perú - Consejo Departamental de Lima - Capítulo de Ingeniería Sanitaria e Higiene y Seguridad Industrial - CISAHEHSI, Lima, Perú. Recuperado de https://youtu.be/crr_N9gOCLc?si=h-k47I_cqZ0KzPd1
- Aloisi, Antonio and Gramano, Elena, Artificial Intelligence Is Watching You at Work. Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context (June 10, 2019). Special Issue of Comparative Labor Law & Policy Journal, "Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection", edited by Valerio De Stefano, Vol. 41, No. 1, pp. 95-121, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3399548>
- Casar Corredera, J. R. (2023). Inteligencia artificial generativa. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 8(3), 475-489.
- Cazzaniga, F., & otros. (2024). "Gen-AI: Artificial Intelligence and the Future of Work." IMF Staff Discussion Note SDN2024/001, Fondo Monetario Internacional, Washington, DC.
- Corvalán, J. G., Sánchez Caparrós, M., Raban, M., Stringhini, A., Papini, C. M., Heleg, G., & Bonato, V. (2023). Propuestas de regulación y recomendaciones de inteligencia artificial en el mundo. Pontificia Universidad Católica de Argentina. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/372215967_Propues

tas_de_regulacion_y_recomendaciones_de_inteligencia_artificial_en_el_mundo.

Dastin, J. (2018, October 10). Insight - Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women. Reuters. <https://www.reuters.com/article/world/insight-amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK0AG/>

Delfanti, A. 2019. “Machinic Dispossession and Augmented Despotism: Digital Work in an Amazon Warehouse”, in *New Media & Society*, vol. 23 (1): 39–55.

Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence. Recuperado de https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-inteligencia/?utm_source=enlace

IBM. (2023). Why AI governance is a business imperative for scaling enterprise artificial intelligence. International Data Corporation. Recuperado de https://proassetspdldcom.cdnstatics2.com/usuaris/libros_contenido/arxiu/40/39307_Inteligencia_artificial.pdf

IBM. (2024). ¿Qué es la inteligencia artificial (IA)? Recuperado de <https://www.ibm.com/mx-es/topics/artificial-intelligence>

Macías García, M. del C. (2023). La inteligencia artificial. Custodia de la seguridad y salud de las personas trabajadoras. e-Revista Internacional de la Protección Social, (Núm. extraordinario), <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>. Universidad de Sevilla.

Mateescu, A., & Nguyen, A. (2019). Algorithmic management in the workplace. *Data & Society*. Recuperado de https://datasociety.net/wp-content/uploads/2019/02/DS_Algorithmic_Management_Explainer.pdf

Mercader Uguina, J. R. (2022). Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo. Tirant lo Blanch.

Menor, P. (2024, 19 de julio). Implicaciones del Reglamento de IA de la UE en el ámbito laboral. *El Confidencial*. Recuperado de https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2024-07-19/implicaciones-reglamente-ia-ue-laboral_3925823/

Muñoz Ruiz, A. B. (2023). Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: Implicaciones Jurídicos-Laborales. Tirant lo Blanch. (pp. 151-152)

OCDE (2023), *Employment Outlook 2023: Artificial Intelligence and the Labour Market*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/08785bba-en>.

OCDE (2024), “Uso de IA en el lugar de trabajo: oportunidades, riesgos y respuestas políticas”, *OECD Artificial Intelligence Papers*, No. 11, OECD Publishing, París, <https://doi.org/10.1787/73d417f9-en>.

- OCDE (2024), “Memorandum explicativo sobre la definición actualizada de la OCDE de un sistema de IA”, Documentos de Inteligencia Artificial de la OCDE , n.º 8, OECD Publishing, París, <https://doi.org/10.1787/623da898-en> .
- Palomeque, Manuel (2011) “Derecho del trabajo e ideología” Editorial Tecnos 7 Edición 2011.
- Rouhiainen, L. (2018). Inteligencia artificial: 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro (pp. 22). Editorial Planeta.
- Rouhiainen, L. (2018). Inteligencia artificial: 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro (pp. 17-19). Editorial Planeta.
- Todolí-Signes, Adrian, (2019). En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo (Complying With the First Law of Robotics: An Analysis of the Occupational Risks Associated With Work Directed by an Algorithm/ Artificial Intelligence) (December 19, 2019). Labour & Law Issues, 5 (2), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3506584>
- Todolí-Signes, Adrian (2022) «La inteligencia artificial no te robará tu trabajo, sino tu salario. Retos del Derecho del Trabajo frente a la dirección algorítmica del trabajo», El Cronista, núm. 100, (pp. 155 y 156)
- Wood, AJ, Gestión algorítmica: consecuencias para la organización del trabajo y las condiciones laborales, Sevilla: Comisión Europea, 2021, JRC124874.
- Sanguinetti, W. (2024). *Los dilemas de los derechos colectivos en la era de la inteligencia artificial*. Trabajo y Derecho, (pp. 115-116). Recuperado de <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/wp-content/uploads/2024/07/w-sanguinetti-los-dilemas-de-los-derechos-colectivos-en-la-era-de-la-inteligencia-artificial-trabajo-y-derecho-2024-numero-115-116.pdf>
- Sanguinetti, W. (2008). La Reconstrucción Jurisprudencial del Derecho del Trabajo en la experiencia del Tribunal Constitucional Peruano. Derecho & Sociedad, (30), 75-83. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17330>
- Silver, David., Huang, A., Maddison, C. J., Guez, A., Sifre, L., Van Den Driessche, G., ... & Hassabis, D. (2016). Mastering the game of Go with deep neural networks and tree search. *Nature*, 529(7587), 484-489. <https://doi.org/10.1038/nature16961>
- Russell, S., & Norvig, P. (2021). Artificial intelligence: A modern approach (4th ed.). Pearson Higher Ed. ISBN 1292401176, 9781292401171.
- UNESCO (2021) Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial. Recuperado de https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa

Unión Europea. (2024). Ley de IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial. Recuperado de <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20230601STO93804/ley-de-ia-de-la-ue-primera-normativa-sobre-inteligencia-artificial>

TIEMPOS MODERNOS 4.0: PREVISIÓN DE RIESGOS Y OPORTUNIDADES EN LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES LABORALES

SOLANCH CASIA ESTRELLA REVILLA*

Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Estudios en Gestión de Recursos Humanos en CENTRUM PUCP Business School.

"La edad moderna trajo consigo la glorificación teórica del trabajo, cuya consecuencia ha sido la transformación de toda la sociedad en una sociedad de trabajo (...). Nos enfrentamos con la perspectiva de una sociedad de trabajadores sin trabajo, es decir, sin la única actividad que les queda. Está claro que nada podría ser peor (...)"

Hannah Arendt, "La condición humana"

* Asociada del Área Procesal en Vinatea & Toyama. Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Estudios en Gestión de Recursos Humanos en CENTRUM PUCP Business School. Correo: sestrella@vinateatoyama.com. Código ORCID: 0009-0000-4327-0981.

I. INTRODUCCIÓN

Los procesos de transformación digital y las tecnologías emergentes se vienen extendiendo con rapidez en todos los ámbitos del quehacer humano y con mayor velocidad en la dinámica de las relaciones sociales de los últimos años, mostrando avances significativos especialmente en el sector empresarial y de economías industrializadas (Acemoglu et al, 2022). Por ello, tanto la forma en la que se emplean, así como sus propios límites vienen siendo cuestionados y objeto de amplio debate a nivel mundial, como fuera motivo de discusión con la película “Tiempos modernos” de Chaplin, ambientada en lo que se conoce como la gran depresión de 1929.

Y es que, dadas las preocupaciones éticas que se vislumbran¹, la falta de información y el impacto de su aplicación en las relaciones de trabajo, no debe restarse importancia a la tarea de intercambiar la información sobre estos temas y promover su inclusión en la agenda pública a fin de generar confianza para su aprovechamiento; más aún si se tiene en cuenta que esta es una región caracterizada por tener un amplio número de trabajadores en la informalidad y un mercado laboral con gran cantidad de personal enfocado en actividades monótonas.

Precisamente si lo que genera inquietud es no tener claridad sobre todos los factores que involucra el uso de estas tecnologías en el campo humano -léase la Inteligencia Artificial (IA), el Big Data (BD) o el Machine Learning (ML), es menester prestar atención a los mecanismos con que se cuenta para poder medir y proyectar el impacto del constante desarrollo de estas aplicaciones tecnológicas en las actividad económicas, de modo tal que pueda tenerse plena conciencia de las posibilidades como, a su vez, de los riesgos que traen consigo.

1 Al respecto, puede verse por ejemplo a DEGLI-ESPOSTI, Sara. “La ética de la inteligencia artificial”, editorial CSIC, 2023. Asimismo, SANZ BURGOS, Raúl, “Ética, culturas e inteligencia artificial”. En: IBÁÑEZ LOPEZ-POZAS, Fernando (Coordinador). “Inteligencia artificial: los derechos humanos en el centro”. Editorial Dykinson, 2023.

Con todo ello, América Latina puede afirmar que está viviendo una revolución tecnológica con la expansión del internet y el uso de aplicaciones de inteligencia artificial, por ejemplo, a partir de la masificación de los teléfonos móviles y el desarrollo de las economías de plataformas digitales, con lo cual se brindan herramientas estratégicas para mejorar la eficiencia operativa, automatizar tareas repetitivas y proporcionar análisis avanzados como apoyo al trabajo.

No obstante, frente a lo señalado, surgen interrogantes relacionadas a los alcances e implicancias de la inteligencia artificial en el mercado laboral, su influencia en la toma de decisiones de la gestión de los recursos humanos y la regulación de propuestas normativas que acompañen los procesos de cambio de los modelos de negocio (core business), así como las limitaciones para el uso de estas tecnologías.

Probablemente desde el derecho laboral muchas de las interrogantes planteadas representen solo una razón inicial para aportar al debate y justificar la necesidad de sentar postura a efectos de aliar esfuerzos por adaptar el tiempo y la organización del trabajo a las nuevas formas de producción económica, modernizando y optimizando los procesos para resaltar la cadena de valor. En esa misión, el presente artículo busca despejar la mayor cantidad de dudas, pero sobre todo reflejar el interés por un tema novedoso y aún falto de regulación local. Siendo así, intentaré aproximar los puntos en cuestión bajo una clave jurídico-laboral y analizar los usos de la inteligencia artificial en las organizaciones empresariales atendiendo a las experiencias destacadas en otros puntos de la región.

II. INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DEFINICIÓN Y TENDENCIAS EN LA ACTUALIDAD.

Algunos autores como REBOLLO (2023) señalan que el concepto de inteligencia artificial es aún demasiado difuso, pero a modo de contextualizar el tema, es una combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear software, máquinas u otros objetos, que presenten las mismas capacidades que el ser humano. En esa medida, este autor advierte que la IA posee características humanas tales como el aprendizaje, la adaptación, el razonamiento, la autocorrección, el mejoramiento implícito, y la percepción modular del mundo y, en consecuencia, está encargado de imitar el cerebro, que no el cuerpo, de una persona en todas sus funciones. (Rebollo, 2023, p. 21).

Otros autores refieren que la IA es un campo de estudio dedicado a la creación de sistemas que pueden realizar tareas que requieren inteligencia humana, incluyendo el reconocimiento de voz, la toma de decisiones, la traducción de idiomas y otras funciones. Además, remontándose a una búsqueda histórica del concepto, mencionan que este fue acuñado por John McCarthy en 1956 en el Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, definiéndose allí a la IA como una ciencia y la ingeniería para fabricar máquinas inteligentes, especialmente programas informáticos inteligentes (RODRIGUEZ TORRES et al., 2024, p. 963).

La profesora GALÁN JUAREZ sugiere más bien algunas precisiones teniendo en cuenta que la IA es un tipo de inteligencia orientada a realizar tareas que tradicionalmente se han considerado exclusivas del ser humano pero que debe estar al servicio de éste y para ello, desde las fases más incipientes de su diseño y creación en varios campos, deberá considerar, entre otros criterios, el respeto por la autonomía humana y sus derechos fundamentales (GALÁN, 2023, p. 49).

Puede apreciarse en este debate sobre el uso de la IA que se han desplegado dos posturas muy marcadas que abordan la manera de enfrentar los retos de las nuevas tecnologías. Así, RAFAEL DE ASIS menciona, por un lado, a los bioconservadores, que subrayan las consecuencias desastrosas que los avances tecnológicos pueden producir a la humanidad y al medio ambiente, y; por otro, los transhumanistas, que pretenden emplear la tecnología para mejorar la vida de las personas y para resolver los problemas sociales contemporáneos (DE ASIS, 2023, p. 20).

Ahora bien, a nivel normativo, la inteligencia artificial ha sido catalogada en nuestra legislación nacional a través del artículo 3 de la Ley No 31814 como aquella tecnología emergente cuyo propósito general es mejorar el bienestar de las personas, contribuir a una actividad económica global sostenible positiva, aumentar la innovación y la productividad, y ayudar a responder a los desafíos globales clave.

Por su parte, el Parlamento Europeo en el año 2019 la definió como una de las herramientas estratégicas del siglo XXI y en su Resolución de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, la incluye como parte del fenómeno de la globalización instando a los Estados a promover políticas internas de reconversión laboral precisamente en las labores que se vean más expuestas a desaparecer por los procesos

de automatización tecnológica. Asimismo, agrega que esta es una oportunidad para generar nuevos puestos de trabajo y transformar nuestras vidas y prácticas profesionales, reduciendo la exposición de los seres humanos a condiciones perjudiciales y peligrosas, así como contribuir a mejorar la productividad.

Según la Comisión Europea, la Inteligencia Artificial Generativa son sistemas de software que se comunican en un lenguaje natural, capaz de dar respuestas a preguntas relativamente complejas y puede crear contenido (proporcionar un texto, imagen o sonido) siguiendo una pregunta o instrucciones formuladas (indicador). (CEPEJ Working group on Cyberjustice and Artificial Intelligence, 2024). Así, la inteligencia artificial incluye tecnologías como el aprendizaje automático, el procesamiento del lenguaje natural y la robótica, permitiendo a las máquinas aprender de los datos y realizar tareas que tradicionalmente requerían inteligencia humana (Aharonov, 2024).

En ese sentido, por ejemplo, el Deep Learning (DL), una subcategoría de la Machine Learning, utiliza una estructura de aprendizaje de redes neuronales artificiales profundas para modelar y entender patrones complejos en grandes volúmenes de datos, asemejándose a la red neuronal de un ser humano (RODRIGUEZ et al, 2024, p. 964). Así, las posibilidades de materializar la utilización de la inteligencia artificial, y nuevamente lo indispensable, son los infinitos datos con los que se podría nutrir a la herramienta o a la aplicación, a través de un algoritmo, para que pueda procesar grandes cantidades de datos.

Si bien los productos basados en sistemas IA pueden llegar a funcionar de manera autónoma a partir de su percepción del entorno y sin seguir un conjunto predefinido de instrucciones, su comportamiento y objetivos si estarán definidos, programados y acotados previamente por las personas, pues son éstas quienes diseñarán los distintos sistemas de IA tratando de optimizar la consecución de tales resultados pretendidos por cada uno de ellos. (De Hoyos Sancho, 2021).

Ahora bien, hoy las empresas no son ajenas a la implementación de la IA, que ha resultado afectando incluso su *core business* y la cadena de suministros. En la actualidad, América Latina viene atravesando una transformación en su panorama empresarial, impulsada por la innovación, debido a que varias empresas de la región están adoptando estas tecnologías para mejorar la eficiencia operativa, optimizar la toma de decisiones, promover la productividad y ofrecer experiencias personalizadas a sus clientes conforme al rubro del negocio.

Según el informe de Hype Cycle for Artificial Intelligence, elaborado por Gartner, para el 2026 más del 80% de las empresas incorporarán aplicaciones y modelos de inteligencia artificial generativa, así como tecnologías para la ejecución de sus procesos de producción. Asimismo, el Foro Económico Mundial (FEM) estima que en los próximos cinco años se producirá una reconversión en distintos ámbitos laborales.

Sin embargo, uno de los problemas para implementar de forma sistemática la inteligencia artificial en las organizaciones, es la ausencia de una regulación legal claramente definida, como lo que ocurre en el caso peruano en el que, pese a la aprobación de la Ley No 31814, publicada el 4 de julio de 2023, y que ya venció el plazo otorgado conforme a la Única Disposición Complementaria Final de dicha norma, aún el Poder Ejecutivo no ha aprobado el reglamento que servirá justamente para propiciar el objeto de la ley, esto es, el uso de la inteligencia artificial en el marco del proceso nacional de transformación digital². Este parámetro reglamentario, no obstante, debería guiarse de los criterios y recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE (Espinoza, 2024).

Bajo esa lógica, es necesario que se implemente en la legislación un marco jurídico profuso que regule el uso y límites a fin de saber a qué atenernos en el ámbito de las relaciones sociolaborales, así como se difunda los beneficios de esta tecnología considerando las particularidades de cada organización, tanto del sector público como del privado.

III. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES LABORALES DE AMÉRICA LATINA.

Un importante sector de las empresas de Latinoamérica viene implementando el uso de inteligencia artificial en sus organizaciones como una herramienta de apoyo para aumentar la eficiencia de sus trabajadores, adoptar decisiones estratégicas por el uso de *insights*, así como ser más competitivo en un contexto global cada vez más digitalizado.

2 Si bien se ha publicado el proyecto de reglamento el pasado 2 de mayo de 2024, el mismo únicamente encarga que la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital, a través del Centro Nacional de Innovación Digital e Inteligencia Artificial, estará a cargo de “*monitorear el desplazamiento laboral y otros efectos en el mercado de trabajo derivados de la implementación de la inteligencia artificial, en coordinación con los sectores competentes*”. Al respecto, puede verse en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/05/Proyecto-reglamento-Inteligencia-artificial-LPDerecho.pdf>

No obstante, para RASO-DELGUE (2024) con estas implementaciones surgen algunas cuestiones, especialmente en torno a los algoritmos y a la recopilación de los datos que alimentan los procesos de toma de decisión de los empleadores, así como el derecho de los trabajadores a conocer anticipadamente los criterios que determinaron su introducción en la construcción de un patrón registrado por la IA.

BENHAMOU (2022) ha sostenido, en opinión que comparto, que no existe un consenso claro sobre las repercusiones de la IA en el empleo. Esto se debe, por una parte, a la orientación con la que se han realizado algunos estudios que se enfocarían exclusivamente en el potencial técnico para suprimir puestos de trabajo, sin tener en cuenta que la IA también puede generar nuevos empleos o liberarnos de tareas que nos permitan aprovechar nuestro tiempo de forma más eficiente.

Bajo esa perspectiva, si bien la automatización, por ejemplo, ha provocado la pérdida de puestos de trabajo en algunos sectores, sobre todo el manufacturero, también ha inclinado la balanza a la creación de nuevos puestos en otros ámbitos relacionados, compensando así el impacto de estas nuevas tecnologías en los niveles de empleo. Asimismo, puede verse el desarrollo que, en paralelo, viene gestándose a nivel del rubro de empresas concentradas en las economías colaborativas.

Para la Comisión Económica de CEPAL, el hecho que se perciba un riesgo de automatización de determinadas tareas no significa que el oficio afectado vaya a reducirse mecánicamente puesto que también se puede enriquecer esa labor de la mano de la IA y transformar los trabajos haciendo que evolucione el contenido de las tareas, siendo un factor relevante de cara al futuro enfrentar el déficit de competencias reforzando las capacidades del personal para realizar nuevas tareas con valor agregado. Visto así, la IA se convierte en una aliada estratégica y una herramienta de asistencia, más no de sustitución.

El Informe sobre el futuro del empleo (2023), elaborado por el Foro Económico Mundial, resalta que los empleos de más rápido crecimiento están en los rubros de la tecnología y la digitalización (analistas y científicos de datos, especialistas en macrodatos, especialistas en inteligencia artificial y aprendizaje automático y profesionales de la ciberseguridad, especialistas en comercio electrónico, especialistas en transformación digital y especialistas en mercadotecnia y estrategia digitales. Sin embargo, en este mismo rubro se proyecta una acelera-

ción en la pérdida de puestos (administración o secretariado, cajeros de bancos y comercios o administrativos dedicados a la introducción de datos).

El mismo informe destaca que la transición ecológica, de energías renovables y mitigación del cambio climático, así como las políticas que apuestan por la sostenibilidad, están impulsando la transformación de las empresas y abriendo nuevas oportunidades. Por ello, se proyecta el crecimiento de empleos especialmente en el sector educación y agricultura para cubrir las necesidades futuras de las empresas.

Sin perjuicio de ello, es destacable ver como algunas investigaciones muestran el desarrollo que se ha desplegado en torno a las IA en el ámbito laboral. La encuesta elaborada por el *International Business Machines* (IBM) determinó que las empresas en América Latina (que tienen más de mil empleados) han acelerado la implementación de la inteligencia artificial y planean invertir en capacitación de los trabajadores a fin de que puedan mejorar su experiencia y conocimiento en esta tecnología.

Así, el IBM Global AI Adoption Index del año 2022 ha señalado que en el Perú el 28% de las empresas están implementado activamente la IA, siendo este el cuarto país en Latinoamérica, sólo por detrás de Brasil (41%), México (31%) y Chile (30%).

Al cierre del 2023, el 34% de las empresas en Perú ha implementado inteligencia artificial y automatización en sus tareas diarias, según el estudio *Latam AI & Automation 2023*, realizado por *Automation Anywhere*. Con este resultado, el país se ubica en el sexto lugar en la adopción de dicha tecnología en Latinoamérica, superado por Brasil (43%), Argentina (42%), México (40%), Colombia (38%) y Chile (37%) (Gestión, 2024).

De ese modo, se identifica que, pese a la ausencia de regulación, las empresas en el Perú han comenzado a reconocer el valor estratégico de la inteligencia artificial para optimizar sus operaciones a través de la automatización de los procesos y/o tareas repetitivas, mejorar la experiencia del cliente y desarrollar nuevas oportunidades de negocio (Hernández, 2022), todo esto con la finalidad de liberar al personal y destinar ese tiempo a tareas estratégicas y/o actividades más engorrosas que permitan generar un valor agregado a la empresa.

Un análisis más reciente, de *Automation Anywhere* efectuado este año, muestra a Perú detrás de Brasil (43%), Argentina (42%), México (40%), Co-

lombia (38%) y a la par con Chile (37%) en cuanto a la implementación de la inteligencia artificial (Observatorio Estratégico de Negocios de la Universidad de Lima, junio 2024, pág. 2).

Asimismo, estos estudios han revelado que las empresas que lideran la adopción de IA son aquellas del sector financiero (42%), seguido por seguros (40%), telecomunicaciones (38%) y agencias y medios (36%), mientras que en menor magnitud se encuentran los sectores de energía y minas (20%), salud (20%) y construcción (14%) (*Automation Anywhere*, 2024).

En esa carrera se debe tomar atención a las barreras que se perciben para continuar con la implementación de la IA. Así, un estudio llevado a cabo por NTTData, del Grupo Everest, concluyó que entre los principales desafíos que vienen atravesando las empresas para la implementación de la IA destacan, en primer lugar, la falta de talento especializado en IA (20.60%), el costo de implementación y mantenimiento (11.91%), la falta de conocimiento sobre los beneficios potenciales de la IA (10.92%), la resistencia al cambio (10.92%), y la falta de datos de calidad y cantidad suficiente (9.43%).

Atendiendo a ello, es interesante ver algunos escenarios en que las empresas han implementado medidas a partir de la IA para fortalecer sus organizaciones y mejorar la gestión de las relaciones laborales y los procesos productivos. A continuación, detallaremos algunos de los sistemas de inteligencia artificial que vienen implementándose en América Latina:

1. Brasil

Brasil es uno de los países pioneros en implementación de inteligencia artificial bajo el concepto de industria 4.0. A la fecha, diversas empresas vienen empleando IA, por ejemplo, en el uso de sensores que se combinan con el análisis de datos interconectado con maquinaria para recolectar y procesar información, permitiendo la toma de decisiones y la ejecución de tareas en relación con la información que la tecnología almacena (Carmona y otros, pág. 9).

Asimismo, a partir de estas tecnologías se procesan a gran velocidad enormes volúmenes de datos estructurados y no estructurados, siendo los mismos reportados desde diversos dispositivos, sean máquinas y equipos, sensores, teléfonos móviles, cámaras, softwares de producción, y pueden remitirse desde fuentes variadas como empresas, proveedores, clientes y redes sociales. El estu-

dio de estos datos a través de algoritmos avanzados resulta relevante para tomar decisiones en tiempo real, desarrollar estándares de mayor calidad y acceder a nuevos modelos de negocio (Carmona y otros, pág. 9), lo cual desde nuestro punto de vista podría impulsar la contratación de nuevos puestos de trabajo.

Un caso interesante de cara a la gestión del personal, es lo implementado por la empresa Burger King Brasil³ que en 2019 implementó un asistente virtual a través de TGP (Technology Guiding People), utilizando IBM Watson Assistant. El objetivo clave fue enfocarse en agilizar la información para acceso inmediato del personal y, con la adopción del asistente virtual conectado a WhatsApp, toda la información relacionada a los procesos de recursos humanos (temas relacionados con salario, remuneración y otros beneficios) se ha puesto a disposición de cada empleado a través de la interacción realizada con preguntas y respuestas, que van más allá de una interacción automatizada.

Esta experiencia también les ha servido, por ejemplo, para que en tiempos de pandemia establecer un canal rápido de comunicación con información relevante, así como para difundir medidas que orienten a las personas en materia de seguridad y salud en el trabajo (uso de equipos de protección personal), entre otros puntos.

2. Chile

De acuerdo con un estudio realizado por Microsoft en el 2024, el 74% de las organizaciones planea incrementar su presupuesto destinado a la IA en los próximos 2 años y el 61% ha reajustado su presupuesto con el objetivo de reasignar estos recursos a iniciativas de IA. (Microsoft, 2024).

A diferencia del Perú, Chile avanza en la región en la regulación normativa de la IA. El Ministerio de Ciencia y Tecnología ha actualizado a la fecha la Política Nacional de Inteligencia Artificial, así como su Plan de Acción, presentando un proyecto de ley para regular y promover el desarrollo ético y responsable de la IA. Este Plan de Acción propone 177 iniciativas legislativas que involucran a 14 ministerios, organizadas en tres ejes: desarrollo de talentos e infraestructura tecnológica, fomento de la investigación y desarrollo, y gobernanza y ética de la IA (Microsoft, 2024).

3 Al respecto, puede verse: <https://www.datacenterdynamics.com/es/noticias/burger-king-brasil-utiliza-la-plataforma-de-inteligencia-artificial-de-ibm/>

A nivel del sector privado, el 54% de las organizaciones tiene principios claros para el desarrollo y uso responsable de esta herramienta, siendo la cifra más alta de la región, inclusive, el 26% ya cuenta con un órgano interno que supervisa la adopción y uso de la IA (Microsoft, 2024).

En la práctica, algunas organizaciones como la empresa chilena AIRA emplean inteligencia artificial, por ejemplo, en su área de Recursos Humanos. Esta empresa ha desarrollado un sistema que le permite de manera ágil publicar avisos de empleo en diversos portales, así como leer y clasificar curriculum vitae de forma automática y sistematizada e inclusive les permite interpretar las emociones que transmiten los postulantes a través de sus niveles de atención y expresión facial. Asimismo, con ocasión de la implementación de la IA, cuentan con AIRA Mobile Assistant, un asistente de voz habilitado las 24 horas del día por los 7 días de la semana que absuelve las dudas de los trabajadores, por ejemplo, sobre la programación de vacaciones.

Algo similar ocurre con la empresa Transelec, en la que están empleando el uso de la IA en varias áreas para automatizar y mejorar la recopilación y el acceso a datos e información para la toma de decisiones a fin de competir con otras empresas del rubro.

Una situación que llama la atención es la referida a la decisión emitida por el Poder Judicial chileno en el caso Girardi Lavín contra Emotiv Inc. por el uso de los wearable devices (dispositivos inteligentes), exactamente por la venta del producto “Insight”, un dispositivo de neurotecnología no invasiva de tipo electroencefalograma móvil, diseñado para la autocuantificación, investigación de campo, que recaba datos personales y cerebrales.

Sobre el particular, a través de la Resolución de 09/08/2023, la Tercera Sala de la Corte Suprema de dicho país determinó que el producto no podía continuar comercializándose en tanto no contase con las autorizaciones, y no habiendo sido evaluado y estudiado por la autoridad sanitaria, el dispositivo Insight debía evaluarse para que el manejo de datos que de él se obtengan se ajuste estrictamente a la normativa aplicable.

En este punto, RASO-DELGUE (2024), citando a otros autores, hace mención a la oportunidad que algunas empresas han visto para implementar políticas internas de monitoreo tecnológico de los trabajadores a través de sistemas de videovigilancia, micrófonos y rastreo por geolocalización, los que se

sofisticación más con controles biométricos y la medición informática de los niveles de productividad de los trabajadores en tiempo real.

Asimismo, a través del uso de ropa “wearable” (calzados, lentes, cascos, chaquetas tecnológicas, relojes y pulseras inteligentes) se abre una posibilidad de recopilación de datos de los trabajadores en relación a la afectación de su privacidad, por lo que su uso debería estar guiado por específicos criterios como la estricta pertinencia para la función, una información clara y veraz sobre los fines perseguidos que no impliquen un control sobre la vida personal y no se apliquen en forma clandestina sobre el trabajador (RASO-DELGUE, 2024, p. 220).

Al respecto, es pertinente destacar el modelo de la política española que, a través de una “Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral”, publicado en mayo de 2022 por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, simplifica y orienta en las obligaciones y derechos existentes en materia de información algorítmica en el ordenamiento jurídico-laboral⁴.

3. Argentina

Argentina tampoco ha sido ajena a la implementación de IA en sus organizaciones. De acuerdo con un trabajo de investigación realizado por la Asociación Civil de Tecnología del Sur, entre el 2022 y 2023, más del 60% de las empresas ya contaban con tecnologías de transformación digital mediante el uso de la IA destinado a incrementar la productividad, al liberar a los trabajadores de tareas repetitivas y operativas para invertir la mayor cantidad de tiempo a lo estratégico, así como al análisis y creación por parte de los trabajadores, lo cual incluso viene siendo empleado en el sector público con el uso de “Prometea”, sistema que emplea la inteligencia artificial para generar resoluciones judiciales de manera automática a través del uso de un software diseñado para elaborar dictámenes basándose en casos similares que cuentan con precedentes judiciales establecidos.

A nivel del sector privado, por ejemplo, la empresa Axion Energy ha implementado el uso de IA en sus capacitaciones al ejecutar maquetas 3D de cada unidad de producción, así como el uso de ejercicios para capacitar en las áreas

4 (S/f-b). Gob.es. Recuperado el 29 de agosto de 2024, de https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Guia_Algoritmos_ES.pdf

de refinería en un entorno virtual realista que les permita afrontar a los trabajadores situaciones no habituales de cada operación a fin de anticipar acciones, desarrollar en cada trabajador la toma de decisiones y optimizar la producción.

Mirgor S.A. es otra empresa argentina que ha apostado por la utilización de la inteligencia artificial a través de la automatización robótica de procesos para reducir las tareas de menor valor agregado. A la fecha, cuentan con robots de software que funcionan las 24 horas del día y ejecutan tareas repetitivas, que les permite automatizar envío de e-mails, carga de datos, descargar información para comparar, realizar cálculos en tiempo real, entre otros, a fin de optimizar el tiempo, permitiendo que los trabajadores puedan concentrarse en labores más estratégicas y, por ende, de mayor valor agregado, lo cual tiene impacto directo en el ahorro acumulado anual en la optimización del tiempo.

De forma similar, ocurre con la empresa Algabo, en la medida que promueve la utilización de la aplicación ChatGPT para facilitar tareas de sus trabajadores, tales como la redacción para la generación de contenido. Entonces, puede decirse que constituye un avance significativo en la optimización de los servicios al agilizar la tramitación de los procesos productivos y promover el uso de dichas herramientas entre los trabajadores.

En virtud al análisis efectuado y la información recabada, pueden identificarse los siguientes beneficios a partir de la IA en el empleo:

- (i) **Eficiencia:** permite automatizar las tareas repetitivas y optimizar procesos, que genera una mayor productividad en los trabajadores.
- (ii) **Aprendizaje:** permite fomentar una cultura de innovación que impulse a los trabajadores a probar nuevas herramientas, aprender de los errores, capacidad de adaptación y desarrollar soluciones novedosas.
- (iii) **Mejora en la toma de decisiones:** permite analizar grandes volúmenes de datos con el fin de identificar patrones, tendencias y detalles particulares, lo que permite la optimización de procesos y brinda información en tiempo real para tomar decisiones informadas y estratégicas en las organizaciones.
- (iv) **Atracción y retención del talento:** Fomenta la innovación y la transformación digital a través de una cultura de aprendizaje que atrae a personas con habilidades digitales y una mentalidad orientada al cambio.

IV. SOBRE EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL CASO PERUANO.

Con lo antes expuesto es necesario revisar la situación actual en Perú en tanto que, como ha sido mencionado previamente, el país se encuentra entre los 5 primeros en la implementación de políticas referidas a la IA en la región.

Al respecto, un informe de CEPLAN (2023) aborda las potencialidades de la IA en el mercado, identificando potencialidades en el sector agrícola, pesquero, minero, e incluso en la industria, manufactura y turismo, rubros altamente susceptibles a la incorporación de herramientas digitales por la propia naturaleza de sus necesidades y la capacidad de aumentar la productividad mejorando la cadena de suministros. Para tal caso, avizora que la automatización de tareas repetitivas podría desplazar a algunos trabajadores poco calificados; sin embargo, ello también requerirá la creación de nuevos roles y puestos laborales en áreas como la logística, las ventas, el marketing, el servicio al cliente y la ingeniería de productos que serán necesarios en el desarrollo e implementación de soluciones de IA. En consecuencia, será indispensable prestar atención al requerimiento de habilidades humanas, como el pensamiento crítico o la creatividad, pero también al desarrollo de competencias digitales y al análisis de datos para utilizar la tecnología adecuadamente.

Ahora, normativamente, si bien tenemos la Ley No 31814, aun no reglamentada, ha habido avances en materia legislativa de cara a establecer regulación sobre la implementación tecnológica. Entre estos tenemos la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales relacionada al tratamiento y protección de los datos personales y sensibles que obtiene, administra y conserva un empleador en el marco de una relación laboral.

Asimismo, se tiene la Ley No 31572, Ley del Teletrabajo, que establece como acuerdos mínimos a ser adoptados entre el empleador y el teletrabajador, lo relacionado a, entre otros, los mecanismos de comunicación, supervisión y control que se utilizará y las plataformas y tecnologías digitales para la prestación de los servicios. Estas medidas deben tomarse en cuenta para que los trabajadores tengan conocimiento de las acciones que el empleador puede ejecutar a efectos de realizar su función de supervisión. Además, esta norma considera el derecho a la desconexión digital durante las horas que no correspondan a la jornada de trabajo, fijando como una infracción muy grave su incumplimiento.

Adicionalmente, en 2021 se adoptó una medida novedosa que, en el marco de la Política Nacional de Transformación Digital y la publicación del

Reglamento de la Ley de Gobierno Digital, aprobado por Decreto Supremo N° 029-2021-PCM, se presentó la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (ENIA). En dicha estrategia se reconoce la preocupación pública por la falta de regulación específica en materia de IA y se menciona que, de acuerdo al Índice *Government AI readiness 2022* de Oxford Insights, Perú se encuentra en la posición 98 de 172 países a nivel mundial.

Cabe agregar que, la estrategia recoge un análisis sobre la realidad actual, dando a conocer que a nivel interno en el sector privado las aplicaciones y usos de la IA se relacionan a adquisición de nuevos clientes, pricing, estimación de riesgos, cross / up selling, churn prevention, fraude / abuso, optimización de inventarios / rutas, chat bots.

Como mencionan TOYAMA & RODRIGUEZ (2019) la tecnología desde hace algún tiempo viene acaparando todas las fases de la relación laboral. En el inicio del contrato de trabajo, por ejemplo, es recurrente que se incorporen plataformas digitales para los procesos de reclutamiento y selección, pero incluso más allá, la incorporación de la IA está abarcando todas las facetas de la relación de trabajo.

Esta aplicación de la IA se da, en términos de los autores antes citados, ya no solo en los procesos productivos de las empresas sino también en lo referido a la gestión del personal, sea como soporte o reemplazo de las oficinas de recursos humanos para facilitar información, así como para analizar y evaluar el desempeño laboral, lo que puede supeditar el futuro laboral de los trabajadores.

Aquí nuevamente es pertinente advertir que, con la recopilación de datos de los trabajadores para el funcionamiento de algunas de estas aplicaciones de IA en la gestión de las personas, debe tomarse cuidado al tratamiento y protección de los mismos, conforme a la normativa sobre la materia, en tanto se expone una afectación de derechos fundamentales como el de la privacidad.

Igualmente, resulta oportuno llamar la atención por la sobrevaloración a la automatización de los procesos en esta materia puesto que, una aplicación, por más objetiva que parezca, puede estar obviándose factores externos y subjetivos que son importantes para la toma de decisiones en materia de recursos humanos (TOYAMA & RODRIGUEZ, 2019, p. 261).

Reforzando dicha idea, la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, creada por la Organización Internacional de Trabajo, y conformada por expertos

independientes de diversos países del mundo, presentó el Informe “Trabajar para un futuro más prometedor” (2019), en el cual advierte la necesidad de encauzar y administrar la tecnología en favor del trabajo decente, para lo cual se requerirá no solo diseñar la concepción del puesto de trabajo sino también que se adopte un enfoque de la inteligencia artificial bajo control humano, lo que garantizaría que las decisiones definitivas que afectan al trabajo sean tomadas por personas (OIT, 2019, p. 13).

V. UN JUZGAMIENTO ANTICIPADO A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO LABORAL ¿OPORTUNIDAD O RIESGO?

Coincidimos en que la implementación de la inteligencia artificial en las organizaciones empresariales es inevitable y necesaria de cara a un mundo globalizado y una sociedad digital, por las grandes ventajas que ello muestra para satisfacer las necesidades de las personas, simplificando las tareas operativas, agilizando procesos productivos y ahorrando tiempo valioso a ser dedicado a otras labores e incluso permitiendo conciliar la vida personal, familiar y laboral.

Sin embargo, para promover dicha práctica de forma transversal, es fundamental que exista un marco normativo específico sobre el uso de la IA y políticas públicas enfocadas en la promoción de estos desafíos a efectos de controlar las consecuencias que podría tener en algunos sectores económicos la implementación de esta tecnología. A ello se refieren las propuestas de reconversión laboral y de capacitación en nuevas habilidades digitales.

Europa viene discutiendo estos puntos con más detalle desde hace algún tiempo. Así, la Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales, de 15 de diciembre de 2022, aborda como un eje central “(...) *promover una vía para la transformación digital, poniendo a las personas al centro, (...) reafirmando los derechos humanos universales y beneficiando a todas las personas, empresas y la sociedad en su conjunto*”.

Como se ha mostrado a lo largo de este documento, claro que existen riesgos en el uso de la tecnología y las aplicaciones de inteligencia artificial no son la excepción. A esto se refieren varios autores cuando alertan sobre la manipulación de los datos incorporando sesgos de diversos tipos en los algoritmos y afectándose así los procesos de toma de decisión de las empresas e incluso ocasionando discriminación.

Es razonable además admitir que, como refiere LOPEZ AHUMADA (2023) la inteligencia artificial y la robotización pueden producir en el mercado de trabajo un efecto de “desplazamiento”, en la medida en que la automatización del trabajo puede sustituir directamente a los trabajadores del desempeño de tareas específicas. Pero, en línea con lo sostenido, estas aplicaciones de la innovación tecnológica al trabajo pueden suponer un aumento en la demanda laboral, tras el avance en la productividad en ciertos sectores comerciales y con la generación de nuevos puestos a causa de dicha necesidad.

Efectivamente, la economista BENHAMOU (2022), en un informe de CEPAL, ha sostenido con razón que la relación entre las máquinas y el ser humano debe entenderse en ambas direcciones, en la medida en que el ser humano también podría mejorar las capacidades de la IA a través de los procesos de aprendizaje. Aunque las competencias deben adaptarse al uso de la IA en el trabajo, la complementariedad entre el humano y las máquinas puede generar ganancias de productividad y tener efectos positivos en la demanda de mano de obra, los salarios y los niveles generales de empleo.

Además, debe reconocerse que la experiencia de la IA también ha servido en mucho para que, por ejemplo, en tiempos de pandemia se establezcan canales eficientes, ágiles y rápidos de comunicación relevante entre empleadores y trabajadores, así como para difundir medidas que orienten a las personas en materia de seguridad y salud en el trabajo (uso de equipos de protección personal), entre otros.

Como bien señala LOPEZ AHUMADA (2023, p. 23) la inteligencia artificial permite la generación de nuevos perfiles profesionales y, por tanto, nuevos yacimientos de empleo, pero de igual modo, este proceso va a llevar consigo una destrucción de los empleos tradicionales. La IA se presenta como un factor de transformación de nuestro propio modelo de relaciones laborales y un reto para los tiempos modernos.

Es menester advertir entonces que, dadas las implicancias que tendría para el PBI⁵, corresponde al Estado el rol promotor de la IA en materia de empleos, mediante políticas de regulación construidas bajo un enfoque tripartito que aborde las preocupaciones de la sociedad en su conjunto. Un paso para ello,

5 Se puede efectuar la consulta sobre el estudio realizado por PWC sobre el impacto de la IA en el PBI de la región. Disponible: <https://www.pwc.com/gx/en/issues/analytics/assets/pwc-ai-analysis-sizing-the-prize-report.pdf>

por ejemplo, es la identificación de nuevos puestos de trabajo y la formulación de políticas agresivas de reconversión laboral hacia las nuevas líneas de negocio.

Así las cosas, los riesgos para la incorporación de cualquier tecnología basada en inteligencia artificial conlleva la asunción de ciertos riesgos, los que actualmente avizoramos con el caso de la protección de datos personales o con las medidas de supervisión y control del personal que se encuentra en teletrabajo, por citar unos ejemplos.

Sin embargo, el avance científico y el manejo de datos que antes no se imaginaba, como lo ocurrido en el caso chileno, debe ameritar que tanto desde el sector privado, pero aún más desde el Estado se tomen con cuidado las medidas necesarias y se establezcan las reglas del juego frente a mecanismos que ya en el corto tiempo son irremediablemente parte de nuestro quehacer diario. Solo con la claridad en el uso que se da a estas tecnologías podremos afrontar los remedios mas propicios en aras del bienestar común y la tutela de los derechos laborales.

VI. CONCLUSIONES

1. La implementación de la inteligencia artificial presenta desafíos significativos relacionados con sesgos, falta de interpretación humana, responsabilidad, privacidad, dependencia tecnológica y carencia de perspectiva moral; pero, a su vez, enormes oportunidades para simplificar y automatizar procesos de la cadena de suministros de diversos sectores, ahorrando tiempo que puede dedicarse a otras labores y a conciliar la vida personal y laboral.
2. De cara a la inteligencia artificial deben adoptarse medidas legales, regulatorias y tecnológicas que garanticen el respeto a los derechos de los trabajadores, fijando las reglas del juego para los límites y dilemas éticos en cuanto a la administración de información personal y privilegiada como empleadores.
3. Es tiempo de hablar seriamente sobre el futuro del trabajo y, con el aprovechamiento de la inteligencia artificial, del abanico de posibilidades para la creación y transformación de los puestos de trabajo, generando necesidades de personal calificado y habilidades digitales en sectores económicos. Para ello el derecho laboral debe tener en claro el panorama normativo que lo acompañará a efectos de dar respuestas adecuadas a la realidad que se avecina.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Acemoglu, D., Anderson, G. W., Beede, D. N., Buffington, C., Childress, E. E., Dinlersoz, E. & Zolas, N. (2022). Automation and the workforce: A firm-level view from the 2019 Annual Business Survey (No. w30659). National Bureau of Economic Research.
- Aharonov, B. (2024). Cómo la Inteligencia Artificial Está Transformando el Mundo Moderno. Medium. Recuperado el 28 de agosto de 2024, de <https://acortar.link/6BdJ0e>
- Benhamou, S. (2022). La transformación del trabajo y el empleo en la era de la inteligencia artificial: análisis, ejemplos e interrogantes, Documentos de Proyectos (LC/TS.2022/85), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Carmona, R., Amato Neto, J. y Ascúa, R. Industria 4.0 en empresas manufacturas del Brasil. Recuperado el 29 de agosto de 2024, de <https://acortar.link/4EX6ys>.
- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (2023). Inteligencia Artificial: tecnologías para la productividad y un Estado efectivo. <https://acortar.link/6FIQp4>
- Corte Suprema de Chile (2023). Sentencia Rol 105065-2023. <https://acortar.link/LpzHnJ>.
- CEPEJ Working group on Cyberjustice and Artificial Intelligence. (2024). Use of Generative Artificial Intelligence (AI) by judicial professionals in a workrelated context. EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE.
- De Hoyos Sancho, M. (2021). Premisas y finalidades del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: perspectiva procesal del nuevo marco regulador. En Justicia algorítmica y neuroderecho. Tirant lo blanch.
- De Asís, R. (2023). Inteligencia artificial y derechos humanos. En F. L. Ibáñez López-Pozas (Coord.), Inteligencia artificial: los derechos humanos en el centro (pp. 19-31). Dykinson.
- Fondo Económico Mundial. Recuperado el 30 de agosto de 2024, de <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2023/>
- Galán Juárez, M. (2023). La inteligencia artificial en el contexto ético europeo: la autonomía humana. En F. L. Ibáñez López-Pozas (Coord.), Inteligencia artificial: los derechos humanos en el centro (pp. 49-58). Dykinson.
- Gartner (2022) Informe *Hype Cycle for Artificial Intelligence*. Recuperado el 30 de agosto de 2024, de: <https://acortar.link/T3uVvJ>.
- Hernández, J. (2022). Inteligencia artificial: qué aporta y qué cambia en el mundo del trabajo. Recuperado el 29 de agosto de 2024, de <https://acortar.link/t0aFhz>.

- López Ahumada, J. E. (2023). Las consecuencias del desarrollo de la inteligencia artificial ante las transformaciones del mercado de trabajo y la creación del empleo. *Laborem*, 21(28), pp. 21–50. <https://doi.org/10.56932/laborem.21.28.1>.
- Microsoft (2024). Recuperado el 28 de agosto de 2024, de <https://news.microsoft.com/es-xl/el-74-de-las-grandes-empresas-chilenas-incrementara-su-presupuesto-de-ia-en-los-proximos-dos-anos-segun-un-estudio-de-idc/>
- NTTData (2023). La inteligencia artificial en América Latina 2023. Recuperado el 29 de agosto de 2024, de <https://acortar.link/kLObP6>.
- Observatorio Estratégico de Negocios de la Universidad de Lima (2024). Recuperado el 29 de agosto de 2024 de <https://acortar.link/M41f2v>.
- Organización Internacional del Trabajo (2019). Trabajar para un futuro más prometededor. Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. <https://acortar.link/v0qVcy>.
- Raso Delgue, J. Los desafíos de las relaciones laborales ante la inteligencia artificial. *Revista trabalho, direito e justiça*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 209-230, jan./abr. 2024. Recuperado el 29 de agosto de 2024, de <https://hdl.handle.net/20.500.12178/236357>
- Rebollo, L. (2023). Inteligencia artificial y derechos fundamentales. Dykinson
- Rodríguez Torres, Ángel F., Rodríguez Alvear, F. S., Collaguazo Lapo, D. R., & Rodríguez Alvear, J. C. (2024). Diferencias y Aplicaciones de Big Data, Inteligencia Artificial, Machine Learning y Deep Learning. *Dominio De Las Ciencias*, 10(3), 960–982. <https://doi.org/10.23857/dc.v10i3.3966>
- Sanz Burgos, R. (2023). Ética, culturas e inteligencia artificial. En F. L. Ibáñez López-Pozas (Coord.), *Inteligencia artificial: los derechos humanos en el centro* (pp. 33–46). Dykinson.
- Secretaría de Gobierno y Transformación Digital. Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial. <https://acortar.link/GziYsI>
- Toyama Miyagusuku, J., & Rodríguez León, A. (2019). Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial. *THEMIS Revista De Derecho*, (75), 255-266. <https://doi.org/10.18800/themis.201901.018>.

CUARTO TEMA

**El derecho
de huelga desde el Derecho
Nacional e Internacional
del Trabajo**

PONENCIAS OFICIALES

NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA HUELGA: ¿QUIÉNES PAGAN LOS PLATOS ROTOS?

RICARDO HERRERA VÁSQUEZ

Magister en Derecho Constitucional PUCP
Socio Principal Estudio Muñiz

La huelga o autotutela sindical, entendida tradicionalmente como todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción¹, es una expresión de conflicto social en constante evolución y permanente polémica por estar en contraposición con algunos derechos constitucionales².

Durante el 2023 hubo 55 huelgas a nivel nacional, comprendiendo a 77,883 trabajadores (34% más huelgas y 167% más trabajadores involucrados que el 2022); el 76% fueron declaradas improcedentes e ilegales; y, solo el 45% se dieron en el marco de la negociación colectiva³.

Esta realidad sigue generando diversos conflictos jurídicos que ocasionan reacciones de los empleadores y merecen análisis y respuestas de las autoridades públicas, en un marco legal que es criticado por restrictivo o permisivo y tener vacíos que eventualmente ocasionan más conflicto.

A continuación, analizaremos la posibilidad que un arbitraje a iniciativa del empleador impida una huelga, las principales consecuencias disciplinarias de huelgas declaradas improcedentes y/o ilegales, la cobertura de puestos de servicios esenciales o indispensables y la factibilidad de una huelga por motivos políticos.

I. ¿PUEDE HABER HUELGA SI HAY ARBITRAJE A INICIATIVA DEL EMPLEADOR?

1. ¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico?

En primer lugar, analicemos en qué contexto procede el arbitraje. El artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante “LRCT”) dice

1 SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. Derecho Sindical, 4° edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 457.

2 Lo que guarda relación con los límites externos al derecho de huelga. Al respecto, véase GIUGNI, Gino. Derecho Sindical. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, pp. 241 y ss.

3 MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Huelgas en el Perú 2023. Lima, febrero de 2024, pp. 6 y ss.

que *“si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”*.

Este artículo tiene tres normas:

- a) Si no hay acuerdo en trato directo, cabe acudir al arbitraje.
- b) Si superado el trato directo y no hay acuerdo en conciliación, pero ésta fue solicitada por los trabajadores, cabe acudir al arbitraje.
- c) No se distingue entre las partes para someter el diferendo a arbitraje, por lo que cualquiera puede hacerlo, los trabajadores o el empleador.

El artículo 62 de la LRCT señala que: *“en el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73...”*. Y el artículo 63 de la LRCT precisa que: *“durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá la aceptación del empleador”*.

Como se puede apreciar, ambos artículos se refieren a la potestad de los trabajadores respecto del arbitraje: es alternativo y excluyente respecto de la huelga, o van al arbitraje o a la huelga. Y si escogen ésta, solo cabe el arbitraje con consentimiento del empleador. Solo en este caso el arbitraje es voluntario, en los otros es forzoso u obligatorio o, como lo ha llamado inicial e indebidamente nuestra jurisprudencia, “potestativo”.

En segundo lugar, veamos qué rol juega el arbitraje para la procedencia de la huelga. El artículo 73 literal d) de la LRCT dice que: *“para la declaración de huelga se requiere... que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje”*. Y el artículo 74 de la LRCT añade que: *“dentro de los tres (3) días útiles de recibida la comunicación, la Autoridad de Trabajo deberá pronunciarse por su improcedencia si no cumple con los requisitos del artículo anterior”*.

El primer artículo tampoco distingue entre quién somete la negociación colectiva a arbitraje, si los trabajadores o el empleador, por lo que cabe ambas posibilidades. Y, si hay arbitraje, la huelga es improcedente.

A su vez, el artículo 46 del Reglamento de la LRCT (en adelante “RLRCT”) se ubica en un supuesto particular: *“el arbitraje solicitado por los trabajadores, previsto en el artículo 61 de la Ley, procede siempre que ocurra alguna de las causas previstas en el presente Reglamento, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga...”*.

Hasta aquí este artículo tampoco niega la posibilidad que cualquiera de las partes pueda llevar la controversia a arbitraje. Solo aborda el caso que los trabajadores decidan acudir a arbitraje, en cuyo caso éste será causal desde la segunda negociación colectiva en adelante, como lo precisa el artículo 61-A del RLRCT.

Pero, es el artículo 61-C *“Reglas especiales para el arbitraje potestativo”* el que resulta contradictorio con todo lo expuesto hasta ahora: *“dado que el arbitraje potestativo solo puede ser iniciado por los trabajadores, este mecanismo se ejerce de manera alternativa al derecho de huelga”*.

Este artículo nos parece inconstitucional e ilegal. El artículo 28 numeral 2 de la Constitución dice que *“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático... Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”*. El arbitraje es parte de la negociación colectiva, o si se quiere es una forma alternativa de solucionar los conflictos laborales, y está regulado sin distinguir quién lo promueve, si los trabajadores o el empleador.

En esa línea, cuando el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el arbitraje potestativo regulado en la LRCT dijo que:

“conviene aclarar la naturaleza del arbitraje llamado a determinar el nivel de negociación ante la ausencia de acuerdo entre las partes. Sobre el particular, debe tenerse presente que el arbitraje en el ámbito laboral es, cuando menos, de tres clases: voluntario (cuando se establece de consuno entre las partes), potestativo (cuando una de las partes tiene la capacidad de obligar a la otra a heterocomponer el desacuerdo a través de la intervención del árbitro) y obligatorio (cuando el arbitraje viene impuesto por una tercera voluntad, distinta de la de las partes).

Estando a ello, es evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, no se ajusta al denominado obligatorio, en razón de que su instauración es dependiente de la voluntad de las partes. Así las cosas, queda por determinar si se trata de un arbitraje voluntario o de uno potestativo...

RESUELVE: PRECISAR que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquél al que hace alusión el artículo 61º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, el cual es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste”.

Esto demuestra que, para nuestro máximo intérprete constitucional, el artículo 61 de la LRCT es compatible con nuestra Carta Magna y permite que los trabajadores o el empleador lleven a la otra parte al arbitraje.

No tenemos conocimiento de algún Convenio, Recomendación o pronunciamiento de los órganos consultivos de la OIT que diga que el arbitraje potestativo solo cabe a iniciativa de los trabajadores.

Lo más cercano es un pronunciamiento de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones que dice:

"en la práctica, pueden observarse prohibiciones del derecho de huelga menos generales, pero también muy graves, como consecuencia del efecto acumulativo de las disposiciones relacionadas con la solución de conflictos colectivos de trabajo, según las cuales es obligatorio, en caso de que una de las partes así lo solicite o por iniciativa de las autoridades públicas, someter los conflictos a un procedimiento de arbitraje que conduzca a una sentencia definitiva que tenga fuerza vinculante para las partes interesadas. Tales sistemas permiten prohibir en la práctica todas las huelgas o suspenderlas con toda rapidez... por lo que no es compatible con el artículo 3 del Convenio num. 87"⁴.

Esta opinión es una crítica a las regulaciones que establecen el arbitraje obligatorio (llamado eufemísticamente "potestativo", ahora ya por el RLRCT) a iniciativa de cualquiera de las partes o la autoridad pública, antes que una condena a que el arbitraje a pedido del empleador sea intrínsecamente contrario al Convenio 87 OIT.

Además, el artículo 61-C del RLRCT es ilegal porque atenta contra los artículos antes mencionados de la LRCT. Un reglamento no puede distinguir allí donde la ley no distingue, sobre todo en materia de ejercicio de derechos constitucionales, siéndolo el arbitraje para el empleador en una negociación colectiva.

Por lo expuesto, para nuestro ordenamiento jurídico es posible que el arbitraje a iniciativa del empleador impida la huelga, si consideramos nuestra Constitución y la LRCT; pero no si consideramos el RLRCT. En esa medida por jerarquía normativa jueces y tribunales administrativos deberían preferir la Constitución y la LRCT sobre el RLRCT en ese aspecto.

⁴ Organización Internacional del Trabajo (OIT). Libertad sindical y negociación colectiva . Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (parte 4B) , Conferencia Internacional del Trabajo, 81° reunión, 1994, párrafo 153.

2. ¿Qué dice la Autoridad Administrativa de Trabajo?

Antes de la vigencia del actual artículo 61-C del RLRCT⁵, la Dirección General del Trabajo ya venía considerando que el arbitraje potestativo activado por el empleador perjudicaba el derecho de huelga y, no se debía considerar como un supuesto contemplado en el artículo 73 literal d) de la LRCT. En la Resolución Directoral General N° 70-2016-MTPE/2/14 del 05 de mayo de 2016 dijo, ante una comunicación de huelga y un arbitraje a iniciativa del empleador, que:

"... el sindicato ha rechazado la invocación de dicho arbitraje potestativo... precisamente se debe tener en cuenta que en el último párrafo del artículo 61-A del Reglamento de la LRCT se señala que en ningún caso el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga" (esa parte de la norma ya no está vigente).

Es cierto que si el empleador activa el arbitraje potestativo se limita a los trabajadores declarar la huelga, pero lo pueden hacer si el arbitraje es declarado improcedente. Consideramos que, por equidad y porque dicho arbitraje sería igualmente potestativo, el empleador tendría que probar estar en los supuestos del artículo 61-A del RLRCT y, si no lo logra, el arbitraje no debería proceder. De manera que, no se enerva la posibilidad de la huelga. Además, con la decisión del arbitraje, el empleador encomienda a un tercero que decida sobre el conflicto eventualmente otorgando beneficios económicos a los trabajadores que quizás superen su presupuesto y, sobre todo, que tal vez una huelga no hubiera logrado.

Posteriormente, la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo emitió el Informe N° 537-2019-MTPE/4/18 del 27 de febrero de 2019 en el que se afirmó que si el empleador inicia el arbitraje antes que los trabajadores opten por la huelga, ésta debería ser declarada improcedente en aplicación del artículo 73 literal d) de la LRCT. El Informe señaló que:

"si bien existe un desmedro del derecho de huelga, dicha afectación no es de tal magnitud que afecte el derecho de libertad sindical en su integridad, sino que antes bien consolida su ejercicio, ya que se pretende lograr una solución

5 Modificado por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR. Su segundo párrafo originalmente decía que "En ningún caso, el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga". Esto en clara alusión al arbitraje a iniciativa del empleador, lo que debía ponderar el Tribunal Arbitral elegido por las partes. Lo importante para el presente análisis es que permitía el arbitraje a iniciativa del empleador.

pacífica al conflicto fomentando la negociación colectiva a través del mecanismo del arbitraje potestativo".

Estamos de acuerdo con este punto de vista, no solo por lo antes expuesto, sino porque, si la huelga es el último recurso de solución al conflicto, siempre será conveniente acudir a una solución menos gravosa como el arbitraje u otro medio alternativo (conciliación, mediación).

En ese contexto, la Dirección General de Trabajo emitió la Resolución Directoral General N° 035-2019-MTPE/2/14 del 01 de marzo de 2019 en la que dijo:

"... dicha controversia ha sido sometida a arbitraje potestativo por la empresa con anterioridad a la comunicación de la declaración de huelga cursada por el sindicato, razón por la cual, en el presente caso, se ha configurado la situación prevista en el literal d) del artículo 73 del TUO de la LRCT (improcedencia de la huelga por haber sido sometido el conflicto a arbitraje...)".

Sin embargo, posteriormente la Autoridad Administrativa de Trabajo cambió de criterio, lo que puede apreciarse en los siguientes Informes:

- a) Informe N° 0136-2021-MTPE/2/15.1, emitido por la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales Laborales de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo, en el que se afirmó que:

"frente a un escenario paralelo de huelga y arbitraje potestativo iniciado por el empleador, deberá tenerse en cuenta las consideraciones señaladas anteriormente para el ejercicio efectivo del derecho constitucional de huelga, desde su finalidad y la garantía que corresponde tutelar en el marco de la normativa vigente, previamente citada".

- b) Informe N° 0754-2021-MTPE/4/8, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo, en el que se dice que:

"un arbitraje potestativo iniciado por el empleador implicaría un obstáculo para que la organización sindical pueda ejercer su derecho de huelga de manera eficaz, por lo que no resultaría válido que dicho arbitraje se mantenga en paralelo al ejercicio del referido derecho fundamental".

Pero, en un caso en el que se había dado inclusive un laudo arbitral antes de la huelga, no solo el emplazamiento del arbitraje a iniciativa del empleador, la Dirección General de Trabajo emitió la Resolución Directoral General N° 1127-2021-MTPE/2/1415 del 27 de octubre de 2021, en la que dijo:

"...ahora bien, en el presente caso, la Empresa ha adjuntado... el Laudo Arbitral de fecha 29 de setiembre de 2021... Esta Dirección advierte que dicho Laudo Arbitral ha sido notificado vía correo electrónico al Sindicato y a la Empresa el 01 de octubre de 2021... que resolvió el pliego de reclamos para el periodo 2021 y pese a ello dio inicio a la ejecución de huelga indefinida a partir del 01 de octubre de 2021, configurando la ilegalidad prevista en el literal e) del artículo 84 del TUO de la LRCT".

Esta norma señala que *"la huelga será declarada ilegal por no ser levantada después de notificado el laudo o resolución definitiva que ponga término a la controversia"*. Recordemos el artículo 73 literal d) de la LRCT: la huelga será improcedente si la negociación colectiva fue sometida a arbitraje. Además, el artículo 84 literal a) de la LRCT señala que *"la huelga será declarada ilegal si se materializa no obstante haber sido declarada improcedente"*. Es decir, si pese a que alguna de las partes o ambas han activado el arbitraje se ejecuta la huelga, ésta será declarada ilegal. No creemos que la norma citada en la Resolución antes mencionada se refiera al supuesto de un arbitraje iniciado a iniciativa de una o ambas partes que concluyó en un laudo y que fue notificado, pues el legislador habría sido redundante. Si ya la huelga es ilegal por ejecutarse no obstante el solo inicio del arbitraje, con mayor razón lo será en cualquier etapa del arbitraje, incluyendo la emisión del laudo y su notificación. Sería redundante que el artículo 84 literal e) de la LRCT se refiera a este supuesto.

Consideramos que el artículo 84 literal e) de la LRCT se refiere al supuesto del artículo 68 de la LRCT:

"cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiéndole gravemente a una empresa o sector productivo, o deviene en actos de violencia, o de cualquier manera, asume características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. De fracasar ésta, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva".

Este es el supuesto del arbitraje obligatorio por decisión motivada de la Autoridad Administrativa de Trabajo que, previamente ordena el cese inmediato

de la huelga. Si no es levantada ésta pese a que la resolución-laudo fue notificada, la huelga es automáticamente ilegal.

Pero, para efectos del tema en desarrollo, no solo la activación del arbitraje por el empleador sino la emisión y notificación del laudo previamente a la huelga, convierte ésta en improcedente.

Pese a ello, la Dirección General de Trabajo tiene una posición por la que el arbitraje potestativo a iniciativa del empleador no detiene la huelga. Inclusive puede ir en paralelo con la huelga y, ésta solo debe cesar si se emite un laudo en dicho arbitraje. Sin embargo, la posición de la Oficina de Asesoría Jurídica y la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales Laborales de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo es contraria a siquiera permitir el arbitraje a iniciativa del empleador por ser un límite supuestamente inconstitucional al ejercicio del derecho de huelga. Como se puede apreciar, no hay una posición unívoca en la Autoridad Administrativa de Trabajo.

3. ¿Qué dice el Tribunal de Fiscalización Laboral?

Se alinea con la Dirección General de Trabajo en un caso vinculado a la última Resolución mencionada, a partir de la vigencia del actual artículo 61-C del RLRCT. En la Resolución N° 214-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala del 06 de marzo de 2023, el Tribunal de Fiscalización Laboral (en adelante “TFL”) resumiendo el recurso de revisión del empleador dice:

“...la huelga ya habría sido declarada ilegal, por la Resolución Directoral General N° 1127-2021-MTPE/2/14, de fecha 27 de octubre de 2021, a raíz del laudo arbitral que resolvió el pliego de reclamos por el periodo de 2021, documento que fue notificado a la empresa el 01 de octubre de 2021 y al Sindicato, quien pese a ello dio ejecución a la huelga”.

Esta se ejecutó el 04 de octubre de 2021. Pero curiosamente de manera previa, el 29 de septiembre de 2021, la Dirección General de Trabajo declaró procedente dicha huelga.

Pero luego el TFL señala que:

“6.13 En tal sentido, se aprecia que, el modelo legal vigente consagra la facultad de la organización de trabajadores -Sindicato- de ejecutar una medida de

fuerza –huelga–, aun cuando el empleador haya decidido instaurar un arbitraje potestativo, para resolver la negociación colectiva materia del conflicto laboral, llevando a su contraparte a la vía arbitral. Esta simultaneidad referida, específicamente, en el supuesto de la configuración del arbitraje potestativo iniciado por la patronal y el ejercicio del derecho de huelga ejecutado por la organización sindical; encuentra sustento en que, por un lado, se respete el derecho fundamental de huelga, consagrado en el numeral 3 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, y por otro, se facilite, promueva y garantice los métodos alternativos para la solución pacífica de conflictos.

6.14 En efecto, de la lectura del numeral e) del artículo 84 del TUO de la LRCT, se aprecia que, ésta faculta al sindicato a adoptar la medida de fuerza frente al arbitraje potestativo instaurado por el empleador; puesto que, existe una prevalencia al derecho constitucional de huelga frente a la invocación de un mecanismo de solución de conflicto.

6.15 De otro lado, del mismo cuerpo normativo, esto es, el numeral e) del artículo 84 del TUO de LRCT, se desprende que, cuando se configura su supuesto de hecho, esto es, la emisión del laudo arbitral, tiene que materializarse de modo inmediato un levantamiento o cesación de la medida de fuerza, puesto que, si se continúa desarrollando una huelga tras la emisión de un laudo arbitral que puso fin al conflicto colectivo laboral, se configura su ilegalidad, conforme lo dispuesto por la norma en comentario.

... 6.19 Por tanto, la declaratoria de ilegalidad que comprende a la fecha de inicio del ejercicio de huelga y que coincide con el momento en que se realizó la constatación de los hechos materia de sanción, esto es, el 04 de octubre de 2021, permite concluir que la huelga no debió materializarse, toda vez que, el Sindicato, al tomar conocimiento del laudo arbitral el 01 de octubre de 2021, debió cesar o levantar inmediatamente tal medida de fuerza -huelga-, en observancia de lo dispuesto expresamente en el numeral e) del artículo 84 del TUO de LRCT, así como del principio de legalidad...".

De este pronunciamiento se desprenden tres afirmaciones:

- a) El arbitraje iniciado por el empleador no frena una huelga, pero ésta tampoco detiene aquél. Ambos pueden discurrir en paralelo. Esto demuestra que el TFL considera posible que un arbitraje no excluya la huelga, pese a que el modelo de la LRCT así lo determina.
- b) Pero si en el arbitraje se emite un laudo, la huelga debe inmediatamente levantarse porque así lo ordena el artículo 84 literal e) de la LRCT. Contrario sensu, si no se emite el laudo, la huelga puede continuar. Esta no sería ilegal pese a que ya se sometió el conflicto a arbitraje.

- c) En el presente caso, la huelga nunca debió realizarse porque el laudo fue notificado a las partes antes del inicio de la huelga. Como se ejecutó, pese a ello, es ilegal.

Entonces, para el TFL el supuesto de aplicación del artículo 84 literal e) de la LRCT es aquel en que, habiendo una huelga en curso, debe ser inmediatamente levantada si se emite un laudo en un arbitraje que transcurrió paralelamente a iniciativa del empleador. Nos resistimos a creer que pensaría que dicho arbitraje puede ser a iniciativa de los trabajadores, teniendo en cuenta la contundencia del artículo 62 de la LRCT.

II. ¿SE PUEDE SANCIONAR A LOS HUELGUISTAS CUANDO SE DECLARÓ LA IMPROCEDENCIA, O ES NECESARIA SE DECLARE LA ILEGALIDAD DE LA HUELGA?

1. ¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico?

En la LRCT se mencionan los requisitos para que la huelga sea procedente (art. 73), cuáles son las modalidades irregulares de huelga (art. 81), cuándo una huelga es ilegal (art. 84) y cuándo termina (art. 85). La única consecuencia que el RLRCT menciona ante una huelga declarada ilegal es que:

"los trabajadores deberán reincorporarse al día siguiente al del requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores, mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo, bajo constancia notarial o de juez de paz y, a falta de éstos, bajo constancia policial" (art. 73).

Si no lo hacen, incurrirán en ausencias injustificadas y podrán eventualmente ser despedidos por la comisión de la falta grave de abandono de trabajo. El artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR señala al respecto que:

"Los días de inasistencia injustificada en caso de huelga ilegal, se computan desde el día siguiente al requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo bajo constancia notarial o a falta de notario, bajo constancia policial, siempre y cuando la resolución que declare ilegal la huelga haya quedado consentida o ejecutoriada..."

Pero, no está prevista una sanción para los trabajadores que ejecuten una huelga improcedente y/o ilegal, sin llegar a darse el supuesto de la última norma

mencionada. Según el artículo 77 literal b) de la LRCT, la huelga procedente y legal produce como efecto la suspensión de la obligación de asistir a laborar y también la de pagar la remuneración. Menos se dice algo sobre si el empleador puede sancionar solo con la declaración de la improcedencia de la huelga, o si debe esperar a que se declare su ilegalidad.

La huelga improcedente y/o ilegal ¿también solo genera este efecto como “sanción”? ¿La ley ampara el ejercicio irregular o ilegal de un derecho constitucional?

2. ¿Qué dice la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional?

En la Casación Laboral N° 15537-2015-LIMA emitida el 19 de junio de 2017 por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en un proceso donde se cuestionó la suspensión a 22 afiliados al Sindicato demandante por haber acatado una huelga los días 24 y 25 de diciembre de 2012, se consideró que tal sanción fue ilegal dado que al momento de la huelga solo se había declarado improcedente ésta en primera instancia. Ello pese a que se confirmó su improcedencia posteriormente, así como su ilegalidad.

Concretamente, la Sala Suprema precisó respecto de la primera Resolución de improcedencia de la huelga, que:

“dicho pronunciamiento por la Autoridad Administrativa no es definitivo, toda vez que no va a originar consecuencias a los trabajadores afiliados al sindicato, en tanto que esta parte puede ejercer su derecho de impugnación, como ha sido el caso, y solo cuando la autoridad declare ilegal la huelga y dicha decisión quede consentida, es que dicha medida se convertirá en irregular e ilegítima, y solo en dicho supuesto la inasistencia de los trabajadores a su centro de trabajo se convertirá en una inasistencia injustificada” (18° considerando).

Luego agregó que:

“siendo ello así, se tiene que en el presente proceso no se ha cumplido con los dos supuestos requeridos en el artículo 39° del Decreto Supremo N° 001-96-TR, en razón a que respecto al primer supuesto, la declaración de ilegalidad de la huelga fue declarada con fecha posterior a los días veinticuatro y veinticinco de diciembre de dos mil doce, esto es, el veinticuatro de enero de dos mil trece y, respecto al segundo supuesto, no se advierte que la demandada, una vez consentida el Auto Directoral N° 001- 2013-DPSCL-TAC de fecha veinticuatro de enero de dos mil doce haya procedido con el requerimiento

a los trabajadores para su reincorporación al centro de trabajo mediante la colocación de cartelones, dado que los trabajadores se reincorporaron antes de la emisión del Auto Directoral" (21° considerando).

Como puede apreciarse, en este pronunciamiento la Corte Suprema considera que la sanción es ilegal por dos razones:

- a) El empleador se apresuró porque no esperó a que se declare no solo improcedente sino ilegal de manera definitiva la huelga.
- b) Porque solo cabe sancionar a los trabajadores que acataron la huelga si no acuden a laborar luego de colocado el cartelón por el empleador, una vez que la huelga sea declarada ilegal por resolución firme.

Posteriormente, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria emitió la Casación Laboral N° 25646-2017-AREQUIPA del 08 de agosto de 2019, con el carácter de doctrina jurisprudencial. En este proceso se pretendió se deje sin efecto una suspensión de un día por acatar una huelga de dos días, aplicándose la sanción cuando la improcedencia de la huelga aún no había sido ratificada en última instancia. La Sala Suprema estimó válida la sanción aplicada. La doctrina jurisprudencial fue la siguiente:

"La paralización de labores realizada por una organización sindical a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo en forma previa declaró improcedente su materialización, acarrea la correspondiente responsabilidad disciplinaria para sus autores, sin perjuicio del descuento de las remuneraciones por los días no laborados. En ningún caso la medida disciplinaria a aplicarse a los huelguistas podrá ser el despido" (12° considerando).

Entonces, en esta sentencia la Corte Suprema consideró que sí podía sancionarse hasta con una suspensión, pero no con un despido, a un trabajador que acató una huelga que apenas había sido declarada improcedente en primera instancia.

Luego, en la Casación Laboral 22596-2018-LAMBAYEQUE emitida el 09 de septiembre de 2021 por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, se precisó que la Casación Laboral N° 15537-2015-LIMA no era vinculante y, siguiendo la Casación Laboral N° 25646-2017-AREQUIPA, estableció nueva doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: “

1. la huelga materializada a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo en forma previa declaró su improcedencia, acarrea la correspondiente responsabilidad disciplinaria para sus autores por los días de inasistencia al trabajo. 2. La huelga realizada a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha declarado su ilegalidad, solo acarrea responsabilidad disciplinaria por los días de inasistencias al trabajo; siempre y cuando el empleador haya emplazado colectivamente a los trabajadores mediante cartelón o medio análogo colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de labores... los días de inasistencias injustificadas se computan desde el día siguiente del emplazamiento... 4. Tratándose de la materialización de huelgas improcedentes o ilegales en ningún caso el empleador podrá aplicar a los trabajadores la medida disciplinaria de despido" (8° considerando).

En cuanto a la interpretación del artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, la Corte Suprema dijo que *"es aplicable a los casos en que la huelga haya sido declarada ilegal, no a los casos de huelga improcedente"* (7° considerando).

En este caso, el demandante cuestionó la suspensión de dos días por haber acatado dos días de huelga, declarada improcedente de manera previa en tres instancias. La Sala Suprema consideró legal la sanción impuesta.

Varias precisiones hizo la Corte Suprema en esta sentencia:

- a) La sola declaración inicial de improcedencia de la huelga de manera previa a la huelga, determina que los trabajadores que la acaten incurrir en responsabilidad y pueden ser sancionados.
- b) El supuesto de huelga improcedente no aplica para el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.
- c) Una vez declarada ilegal la huelga, sí aplica dicha norma luego que el empleador coloque el cartelón.
- d) Por la improcedencia o ilegalidad de la huelga per se, el empleador no puede despedir a los trabajadores que participaron en ella sino solo amonestarlos o suspenderlos.

Pero, pocos días después, el 29 de septiembre de 2021, la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema emitió la Casación Laboral N° 1594-2019-AREQUIPA en la que se apartó del precedente antes mencionado. En este proceso se cuestionó una amonestación del 02 de mayo de 2017 aplicada a un trabajador por acatar una huelga realizada del 10 al 24 de marzo de 2017, que fue previamente declarada improcedente en primera instancia (el 06 de marzo de 2017). Nunca se declaró la ilegalidad de la huelga.

Para esta Sala Suprema, que declaró ilegal la sanción:

"la huelga, en el caso concreto, no necesariamente terminaba con la declaratoria de improcedencia, sino recién cuando fuera declarada ilegal, tal como así lo establece el artículo 85 inciso d) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en concordancia con el artículo 84 inciso a)... declaración de ilegalidad que no ha ocurrido en el caso de autos... no hubo requerimiento del empleador a los trabajadores para que se reincorporen a las labores. Es más, el artículo 39 del Decreto Supremo 01-96-TR... exige, en el contexto señalado, la declaratoria de ilegalidad de la huelga, a efecto de calificar como injustificados los días de inasistencia; no refiriéndose en nada para ello, a la declaratoria de improcedencia de la huelga..." (9° considerando).

De cara a la predictibilidad jurídica inspirada en el principio de la unidad de la función jurisdiccional, resulta preocupante que una Sala Suprema desconozca la doctrina jurisprudencial de otra Sala Suprema, pero curiosamente retornando a un criterio que ésta estableció 4 años antes: la Casación Laboral N° 15537-2015-LIMA.

La reacción de la Segunda Sala no se hizo esperar: ratificó su doctrina jurisprudencial el 22 de octubre de 2021 en la Casación Laboral N° 6109-2019-AREQUIPA, señalando que fue legal y proporcional una suspensión de dos días a un trabajador que acató una huelga declarada improcedente en tres instancias. La sanción se aplicó después del último pronunciamiento. Nuevamente esta Sala consideró que la declaración de ilegalidad no es necesaria para que la sanción pueda aplicarse, basta la declaración de improcedencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema tiene pronunciamientos encontrados entre la Segunda y Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitorias. Para la primera la sola declaración inicial de improcedencia de la huelga de manera previa a la huelga, inclusive en primera instancia, determina que los trabajadores que la acaten incurrir en responsabilidad y pueden ser sancionados; el supuesto de huelga improcedente no aplica para el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR; una vez declarada ilegal la huelga, sí aplica dicha norma luego que el empleador coloque el cartelón; y, por la improcedencia o ilegalidad de la huelga per se, el empleador no puede despedir a los trabajadores que participaron en ella sino solo amonestarlos o suspenderlos.

Pero, para la Cuarta Sala no es posible aplicar sanción alguna solo por la improcedencia o ilegalidad de la huelga, sino solo luego de colocado el cartelón

y respecto de las ausencias injustificadas en las que el trabajador incurra a partir de tal momento.

A su vez, el Tribunal Constitucional comparte la posición de la Segunda Sala. En la sentencia emitida en el Expediente N° 2987-2017-PA/TC del 27 de octubre de 2020, consideró válidas las amonestaciones impuestas a los trabajadores el 11 de agosto de 2014 que acataron la huelga realizada el 02 y 03 de julio de 2014. El primer día se declaró improcedente la comunicación de huelga en primera instancia, que fue notificada cuando la huelga ya había empezado. Y el 05 de agosto de 2014 se declaró ilegal la huelga en primera instancia. Entonces, las amonestaciones se dieron después de haber sido considerada ilegal la huelga. El Tribunal solo se abocó a revisar la legalidad de los pronunciamientos de improcedencia e ilegalidad.

De modo que, tácitamente el Tribunal permitió que se sancione a los huelguistas con la sola declaración de ilegalidad de la huelga en primera instancia.

Mención aparte merece la Casación Laboral N° 13452-2021-LA LIBERTAD emitida el 25 de octubre de 2023 por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. Abordó un caso en el que el demandante fue despedido por abandono de trabajo al acatar una huelga de cuatro días consecutivos. Esta huelga fue comunicada a la Autoridad Administrativa de Trabajo el mismo día de su realización, por lo que fue calificada como una paralización intempestiva y, como tal, declarada ilegal.

En ese contexto, la Corte Suprema señaló que:

"lo que se ha presentado es una paralización intempestiva llevada a cabo por el sindicato, la misma que no se encuentra dentro del fuero de protección del derecho a la huelga, por ende no es exigible el cumplimiento del procedimiento previo regulado en el artículo 39 del Decreto Supremo N.º 001-96-TR, dado que para que el trabajador goce de la protección legal del derecho a la huelga y la aplicación de la norma invocada como causal, se requiere la existencia de una huelga que haya sido declarada ilegal, emitida dentro de un proceso de negociación colectiva, situación que no se ha dado en el presente caso, pues los trabajadores realizaron una paralización intempestiva, modalidad irregular del derecho a la huelga que no goza de protección, en tal virtud, los días de inasistencia del trabajador demandante durante el tiempo que duro la paralización constituyen faltas injustificadas" (14° considerando).

Para la Corte Suprema la paralización intempestiva se diferencia de una huelga inclusive improcedente y eventualmente ilegal en que:

“la paralización intempestiva presupone una paralización sin el cumplimiento de la comunicación previa al que hace referencia el artículo 73 literal c de la LRCT, que viene a ser un requisito para la declaración de huelga. Se trata, pues, de una paralización repentina, que no ha seguido el decurso regular previsto en la ley para el ejercicio del derecho a la huelga, al no haberse cumplido con comunicar al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo la declaración de huelga” (10° considerando).

Entonces, todos los días de paralización intempestiva⁶ acatados por el trabajador son ausencias injustificadas pasibles de sanción, inclusive con el despido a diferencia de las sanciones de amonestación o suspensión que pueden aplicarse en caso de una huelga declarada improcedente e ilegal, aunque, como vimos, no hay una posición uniforme al respecto en la Corte Suprema. Para la Cuarta Sala en este escenario solo se computan las ausencias injustificadas luego de colocado el cartelón por el empleador y ante la negativa de los trabajadores de retornar a laborar. Nos preguntamos cuál sería la posición de la Cuarta Sala en un caso de paralización intempestiva u otra modalidad irregular de huelga.

3. ¿Qué dice el Tribunal de Fiscalización Laboral?

En la Resolución N° 013-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala del 31 de mayo de 2021, el TFL consideró ilegales las amonestaciones impuestas a los trabajadores que acataron dos huelgas de 02 días cada una en 2016 y 2017, declaradas improcedentes en primera instancia antes de aquéllas e ilegales después. Citando a los artículos 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR y 73 del RLRCT y la Casación Laboral N° 15537-2015-LIMA, el TFL estimó que:

“no se advierte que la denunciada una vez consentidas las resoluciones que declaran la ilegalidad de las huelgas haya procedido con el requerimiento a los trabajadores para su reincorporación al centro de trabajo mediante la colocación de cartelones... no se pueden considerar los días 22 y 23 de mar-

6 Otras modalidades atípicas de huelga “buscan la máxima presión a un costo mínimo para los trabajadores”, como podrían ser las huelgas de cobro de pasajes donde el transporte colectivo funciona normalmente pero no se cobra el pasaje, o la compañía de opera canta a “media voz” a fin de presionar por sus salarios. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. Segunda edición revisada y actualizada. Abeledo Perrot, 2011, pp. 371 y 372.

zo de 2016 y 28 y 29 de marzo de 2017 como inasistencias injustificadas" (considerando 6.18).

¿Cómo pudo el empleador colocar los cartelones luego de las resoluciones de ilegalidad de las huelgas, si éstas terminaron antes que aquellas se emitieran? Consideramos que el TFL se equivoca. Ambas normas citadas se aplican cuando, pese a la declaratoria de ilegalidad en última instancia, los trabajadores siguen en huelga; no se aplica cuando la huelga fue un paro o concluyó antes de tal pronunciamiento.

Además, en la Resolución N° 501-2024-SUNAFIL/TFL-Primera Sala del 24 de mayo de 2024, el TFL reiteró su opinión estimando que las 48 amonestaciones y suspensiones impuestas a los trabajadores que acataron una huelga de 2 días fueron ilegales, pese a que la huelga fue declarada improcedente en primera instancia antes de su ejecución. Sustentó su posición nuevamente en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Es sintomático y preocupante que el TFL no mencione la sentencia del Tribunal Constitucional que mencionamos, emitida antes de su primera resolución; y no tenga en cuenta las casaciones laborales emitidas en el 2021 para su segunda resolución. Sus decisiones pueden ser cuestionadas ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, pero no consideran las decisiones de estas instituciones e inclusive, como ocurrió en estos casos, las contrarían (salvo la posición de la Cuarta Sala Transitoria).

III. ¿SE PUEDE SANCIONAR A LOS HUELGUISTAS SOLO POR NO HABER ASISTIDO A LABORAR OCUPANDO UN PUESTO MINIMO O INDISPENSABLE?

1. ¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico?

El artículo 78 de la LRCT exceptúa de la suspensión de labores durante la huelga a *"aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga"*. Y, el artículo 82 de la LRCT señala que:

"cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en

conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan”.

Además, esta norma señala que:

“anualmente y durante el primer trimestre, las empresas que prestan estos servicios esenciales, comunicarán a sus trabajadores u organizaciones sindicales que los representan y a la Autoridad de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, los horarios y turnos que deben cumplir, así como la periodicidad en que deben producirse los respectivos reemplazos. La indicada comunicación tiene por objeto que los trabajadores u organización sindical que los represente cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga. Los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio, serán sancionados de acuerdo a Ley. Los casos de divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben figurar en la relación señalada en este artículo, serán resueltos por la Autoridad de Trabajo”.

El artículo 84 literal d) de la LRCT considera ilegal una huelga que no cumpla con lo regulado en las normas anteriores. Aunque el artículo 67 del RL-RCT ha precisado, desde nuestro punto de vista de manera ilegal, que el plazo para que el empleador comunique el número y ocupación de los trabajadores que deben cubrir los servicios esenciales o indispensables es solo enero de cada año y no el primer trimestre del año. Además, exige que el empleador determine ello sustentado en un informe técnico.

Luego, el artículo 67-A del RLRCT se ubica en el supuesto que el empleador no presente dicha comunicación y establece pautas a seguir tratándose de servicios esenciales o indispensables. Ambos tienen en común la siguiente secuencia: el acuerdo de partes y la resolución de divergencia del año inmediato anterior. En su defecto, para los servicios esenciales la comunicación del empleador del año inmediatamente anterior y, *“los estándares internacionales de derechos humanos sobre la garantía debida de la vida, seguridad y salud de toda o parte de la población”*. No se determina quién los establecerá, pero se entiende que lo debe hacer la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Y, en su defecto, para los servicios indispensables *“la nómina presentada por el Sindicato de conformidad con las pautas de la buena fe y razonabilidad”*. Es decir, se traslada al Sindicato esta responsabilidad, lo cual nos parece excesivo porque en muchos casos no estaría capacitado para hacerlo técnicamente (no

se le exigiría un informe técnico, pero sí una explicación técnica) y, sobre todo, podría constituir un serio obstáculo para la ejecución de la huelga. Consideramos que debió establecerse antes de esta pauta, la dispuesta para los servicios esenciales: la comunicación del empleador del año inmediatamente anterior o lo que decida la Autoridad Administrativa de Trabajo. Esto sería de mayor alivio para el Sindicato y otorgaría mayor seguridad al empleador.

Pero, las normas antes mencionadas no establecen si el Sindicato debe cubrir todos los puestos esenciales e indispensables en caso de huelga. ¿Lo debe hacer?

2. ¿Qué dice la Autoridad Administrativa de Trabajo?

Respondiendo esa pregunta, la Dirección General de Trabajo emitió la Resolución Directoral General N° 135-2023-MTPE/2/14 del 08 de septiembre de 2023, en la que se pronunció sobre algunos aspectos sumamente interesantes de una huelga nacional del 20 de septiembre de 2023, que declaró improcedente:

- a) *“el artículo 82 del TUO de la LRCT debe ser evaluado a la luz de lo dispuesto en el párrafo 114 de la Opinión Consultiva OC-27/21, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual refiere que las restricciones a derechos colectivos como la huelga se deben interpretar de manera restrictiva, en aplicación del principio pro persona, y no deben privarlos de su contenido esencial o bien reducirlos de forma tal que carezcan de valor práctico...”* (punto 4.4).
- b) Así, propone una lectura restrictiva del artículo 82 de la LRCT señalando que *“a través de la presentación de la nómina para servicios mínimos, la organización sindical tiene la obligación de cubrir en la ejecución de la huelga los puestos de trabajo considerados como servicios mínimos únicamente cuando los trabajadores afiliados desempeñen a exclusividad dichos puestos”*. Pero, *“si existen trabajadores no sindicalizados que desempeñan puestos de trabajo considerados como servicios mínimos o estos se desarrollan a través de trabajadores de empresas intermediadoras o tercerizadoras, la organización sindical no tiene la obligación de incluir a dichos trabajadores en la nómina para servicios mínimos, toda vez que corresponderá al empleador efectuar su designación o la gestión que corresponda, a fin de salvaguardar el ejercicio del derecho fundamental a la huelga”* (punto 4.4).

Estamos de acuerdo con lo expuesto. El Sindicato que va a la huelga no tiene que cubrir todos los puestos esenciales o indispensables que el empleador comunique, sino solo los que correspondan a sus afiliados. Los otros pueden ser cubiertos por los trabajadores no sindicalizados que cubran tal clase de puestos y hasta por personal de services, cooperativas de trabajo o contratistas. Esto nos lleva al tema del esquirolaje y el ámbito de aplicación de la huelga.

El artículo 70 del RLRCT dice que la abstención de laborar de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la huelga procedente y legal, no alcanza al personal esencial e indispensable y, el personal de dirección y confianza *“siempre que no estuviese comprendido en el ámbito de la huelga”*. Esto es contradictorio con el artículo 77 literal a) de la LRCT: no acatan la huelga los trabajadores de dirección y confianza, sin excepción alguna.

Además, respecto del esquirolaje esta norma señala que:

“el empleador no podrá utilizar personal de reemplazo, de manera directa o indirecta, para realizar las actividades de los trabajadores en huelga ni mantener activos los procesos o actividades afectadas por esta. El empleador se encuentra prohibido de facilitar el acceso a sus labores al personal comprendido en el ámbito de la huelga y, en general, de realizar cualquier acto que impida u obstruya el libre ejercicio de la huelga”.

La Autoridad Administrativa de Trabajo considera que sí es posible que el empleador reemplace con personal propio o externo por descentralización productiva los puestos esenciales o indispensables que el Sindicato no tiene que cubrir, sin incurrir en esquirolaje interno o externo, respectivamente. Esa es la manera como interpreta dicha norma, lectura con la que estamos de acuerdo. Más aún, consideramos que el empleador podría acudir a personal propio o de terceros adicional si tiene que cubrir los puestos esenciales o indispensables no cubiertos por los huelguistas.

Aunque no es tema de esta ponencia, recordemos que el Comité de Libertad Sindical de la OIT considera que debe garantizarse la libertad de trabajar durante la huelga para los no huelguistas⁷.

7 GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1998. Nota 457, p. 26.

3. ¿Qué dice la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional?

En la Casación Laboral N° 28-2019-AREQUIPA emitida el 22 de septiembre de 2021 por la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, se analizó la legalidad de una suspensión de dos días de un trabajador que acató una huelga de 14 días siendo de un puesto designado como indispensable. Mediante carta notarial remitida 4 días antes de la huelga, el empleador comunicó al trabajador que su puesto era indispensable y que debía laborar durante la huelga, que fue declarada improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo. El empleador lo hizo en base a la comunicación de puestos indispensables del año previo, no cuestionada por el Sindicato y aprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo. En cuanto a la comunicación de puestos indispensables del año de la huelga, al momento de ejecutarse ésta, aquélla había sido cuestionada por el Sindicato generando divergencia pero aún no había sido resuelta por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

La Corte Suprema consideró razonable que se tome como referencia la comunicación de puestos indispensables del año previo al momento de la huelga. Entonces declaró infundado el recurso de casación interpuesto por el trabajador demandante señalando:

“que, se puede señalar que la empresa ha actuado en ejercicio de su facultad sancionadora, en resguardo a su libertad de empresa y observando el debido proceso, al enviarle en principio la comunicación al demandante precisándole su condición de personal indispensable, calificación que no fue cuestionada por éste en ejercicio de su derecho de defensa, inobservando deliberadamente las disposiciones establecidas por su empleador, por lo que su conducta era pasible de sanción, la cual se materializó mediante una suspensión en sus labores, sin goce de haber, no afectándose en consecuencia con esta sanción su derecho a la huelga tal como lo señala el recurrente...” (31° considerando).

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema comparte ese criterio. En la Casación Laboral N° 24685-2019-LIMA ESTE del 26 de julio de 2022, abordó un caso en el que el demandante cuestionó una suspensión de cinco días por haber acatado una huelga, pese a haber recibido también una carta notarial un día antes de la huelga donde el empleador le comunicaba que ocupaba un puesto calificado como indispensable. Existía una divergencia respecto a la comunicación al respecto cursada por el empleador antes de la huelga. El Sindicato no adjuntó a su preaviso de huelga

la relación de trabajadores que debían cubrir los puestos indispensables, por lo que su medida de fuerza fue declarada improcedente.

Entonces, la Segunda Sala dijo que:

"por consiguiente, resulta razonable y proporcional la sanción aplicada al trabajador, no resultando un ejercicio abusivo ni arbitrario de dicha facultad, sino que guarda una justificación lógica en las circunstancias que motivaron su decisión de no acatar su aporte como trabajador indispensable, la que guarda armonía con su derecho del empleador de organizar y dirigir su empresa procurando el buen funcionamiento de la organización productiva" (11° considerando).

Pero, adicionalmente esta Sala añadió un argumento para justificar el por qué tomar como referencia la comunicación del empleador sobre los puestos indispensables aun cuando no haya sido aprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Y no nos referimos a la del año previo a la huelga, sino la del año de ésta. Al respecto dijo que:

"debe tenerse en cuenta que, el TUPA del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establece que el procedimiento denominado "Comunicación del número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios esenciales durante la huelga" es de calificación automática... En tal sentido, cuando la divergencia no se encuentre resuelta se prefiere los puestos y número de trabajadores propuestos por la empresa, ya que la propuesta de la organización sindical no podría garantizar la finalidad de no poner en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de las actividades, a menos que se demuestre una decisión arbitraria del empleador buscando frustrar la materialización de la huelga o que su propuesta no se justifique con un informe técnico" (6° considerando).

Nótese que la Sala llega a afirmar que la relación de trabajadores para cubrir puestos indispensables propuesta por el Sindicato, no sería idónea para ese propósito por lo que no debe tomarse en cuenta. Nos preguntamos qué diría con el actual artículo 67-A del RLRCT que, para los servicios indispensables, cuando el empleador no presenta la comunicación de los puestos de esta naturaleza en caso de huelga, y no hay acuerdo de partes ni resolución de divergencia del año anterior, rige *"la nómina presentada por el Sindicato de conformidad con las pautas de la buena fe y razonabilidad"*.

De otro lado, para el Tribunal Constitucional no es una amenaza a la libertad sindical cuando el empleador cursa cartas a sus trabajadores para que no acaten la huelga, bajo apercibimiento de aplicar sanciones. En la Sentencia emitida el 08 de junio de 2021 en el Expediente N° 03692-2017-PA/TC se dijo que tales cartas *“no eran una amenaza cierta e inminente a la libertad sindical”* (fundamento 10).

Pero, además, las cartas cursadas decían que, dado que la comunicación de huelga había sido declarada improcedente antes que se ejecute, hacerlo sería incurrir en una “paralización intempestiva de labores”, modalidad irregular de huelga según el artículo 81 de la LRCT. Lejos de cuestionar el Tribunal esta polémica interpretación, la asumió tácitamente como cierta al afirmar que *“en principio, en nuestro ordenamiento jurídico las paralizaciones intempestivas no tienen protección legal ni constitucional. Más aún, en atención al artículo 25, inciso a) del TUO del Decreto Legislativo 728, el trabajador que incurre en esta conducta de forma reiterada, será pasible de ser sancionado por falta grave...”* (fundamento 11).

4. ¿Qué dice el Tribunal de Fiscalización Laboral?

En la Resolución N° 999-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala del 02 de noviembre de 2022, el Tribunal abordó un caso muy parecido: el empleador comunicó a determinados trabajadores que sus puestos fueron considerados indispensables en la comunicación que cursó a la Autoridad Administrativa de Trabajo, tratando de disuadirlos para que no acaten una huelga, que finalmente ejecutaron por un día. El empleador suplió a tales trabajadores con personal part time. La huelga fue declarada improcedente antes de realizarse y la comunicación de los puestos indispensables estaba en divergencia. Entonces, el empleador aplicó sanciones a los trabajadores que no cubrieron sus puestos considerados indispensables. Y el Sindicato lo denunció ante Sunafil por práctica antisindical atentando contra el derecho de huelga de tales trabajadores.

El Tribunal dijo que *“... no se advierte que el comportamiento adoptado por la impugnante se oriente a vulnerar el derecho de huelga de sus trabajadores, así como tampoco se puede verificar la configuración de dicha vulneración, mientras no se tenga la certeza de la correcta o incorrecta determinación de la calificación de los cargos indispensables”* (considerando 6.14). Es decir, mientras la divergencia no se resuelva, se presume correcta la comunicación del empleador.

"Así, al no verificarse que las acciones realizadas por la impugnante, constituyan actos que se orienten a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar del sindicato, no corresponde dejar sin efecto la sanción impuesta, acogiendo el recurso de revisión" (considerando 6.15).

No existe en la Resolución pronunciamiento alguno sobre la recurrencia del empleador al personal part time para cubrir los puestos indispensables de los huelguistas. No se menciona si son trabajadores propios o externos, esto último sea por intermediación laboral o tercerización. Pero, el hecho que el Tribunal no cuestione ello va en línea con lo antes mencionado sobre la posición de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

IV. ¿ES LEGALMENTE POSIBLE UNA HUELGA CON MATICES POLITICOS?

1. ¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico?

El artículo 73 literal a) de la LRCT dice que la huelga debe tener por objeto *"la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos"*; y el artículo 62 de la LRCT permite a los trabajadores ejercer la huelga en el marco de la negociación colectiva, después de haber agotado la negociación directa entre las partes *"respecto de la materia controvertida"*, según el artículo 75 de la LRCT.

Hasta aquí es posible apreciar que el modelo de huelga adoptado por nuestro ordenamiento jurídico es el "contractual", que restringe el ámbito de la huelga a la negociación colectiva, entendiéndola como un medio de presión para lograr que el empleador acepte las pretensiones de los trabajadores⁸.

Hasta julio de 2022, el artículo 63 del RLRCT permitía ampliar el ámbito de la huelga a otro supuesto: *"en caso de incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo, los trabajadores podrán declarar la huelga cuando el empleador se negare a cumplir la resolución judicial consentida o ejecutoriada"*.

Según algunos autores, esta posibilidad nos permite pensar que el modelo de huelga que adoptó nuestro país fue el "laboral" atenuado, entendiendo por "laboral" aquel en el que el ámbito de la huelga va más allá de la negociación

8 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula del Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, pp. 484-485.

colectiva, permitiendo ejercer aquella por cualquier conflicto que se de en el marco de la relación laboral⁹.

Pero, el Decreto Supremo N° 014-2022-TR derogó el artículo 63 del RLRICT (Única Disposición Complementaria Derogatoria), con lo cual el ordenamiento jurídico ha retornado al modelo “contractual” de huelga.

Consideramos un retroceso tal derogación, curiosamente operada por un gobierno que se preciaba de defender los derechos de los trabajadores.

2. ¿Qué dice la Autoridad Administrativa de Trabajo?

La Dirección General de Trabajo emitió el 06 de febrero de 2023 la Resolución Directoral General N° 017-2022-MTPE/2/14 en la que declaró improcedente una huelga general indefinida convocada por la CGTP. Empezó indicando que *“al igual que el derecho a la libertad sindical y la negociación colectiva, el Perú se ha comprometido, en el marco de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a adoptar medidas para lograr la plena efectividad del derecho de huelga, de conformidad a lo previsto en el numeral 1 del artículo 1 y el artículo 2 de dicho tratado internacional.*

De manera específica, en el párrafo 100 de la Opinión Consultiva OC-27/21, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que:

“100. (...) los Estados deben tener en consideración que, salvo las excepciones permitidas por el derecho internacional, la ley debe proteger el ejercicio del derecho de huelga de todos los trabajadores y las trabajadoras. De esta forma, las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para que una huelga se considere un acto lícito, no deben ser complicados al punto de producir que en la práctica resulte imposible una huelga legal. En ese sentido, la obligación de dar un preaviso al empleador antes de emplazar a la huelga es admisible, siempre que este sea razonable...

De otro lado, en el párrafo 114 de la Opinión Consultiva en mención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que: “(...) el ejercicio del derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva y huelga solo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que estas sean propias en una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y libertades de los demás. Sin embargo, las restricciones que se establezcan

9 SARZO TAMAYO, Renato. *Pragmática del control sobre el derecho a la huelga. Análisis de la regulación legal y administrativa*. Lima: Palestra, 2021, p. 37.

al ejercicio de estos derechos se deben interpretar de manera restrictiva, en aplicación del principio pro persona, y no deben privarlos de su contenido esencial o bien reducirlos de forma tal que carezcan de valor práctico”.

Luego, tratando de interpretar lo que debemos entender por motivos socioeconómicos o profesionales en el artículo 73 literal a) de la LRCT señaló que:

La mirada hacia el derecho debe propugnar su ejercicio pleno, en armonía con el interés público, y los demás valores que nuestra Constitución Política ampara, desde esa óptica, el objeto de una medida de fuerza puede encontrarse en motivaciones – solo de manera ejemplificativa– tales como, el incumplimiento de un pago pactado o de una condición de trabajo acordada (en el supuesto de motivos socioeconómicos); o por el incumplimiento de parte del empleador de lineamientos para acceder a una mejora en una categoría de puestos (motivos profesionales”).

Posteriormente, la Autoridad Administrativa de Trabajo entra en un terreno polémico: la huelga que denomina “con matices políticos”. Para ello menciona lo que es el modelo polivalente de huelga:

“en el cual se reconoce la huelga como un instrumento de reivindicación social y promoción de los trabajadores no sólo en el ámbito de su relación con el empleador, sino como sector social al que, por su condición desventajosa en la vida social, el ordenamiento le reconoce el derecho a la huelga precisamente para que la emplee como instrumento dirigido a la superación de su estatus de postergación.

Estando a lo señalado, la motivación del agente laboral colectivo puede tener, incluso, matices políticos, pero ello no lo excluye per se del ámbito de protección de los principios que rigen la libertad sindical. Por esta razón, ante tales casos, es deber de la Autoridad Administrativa de Trabajo evaluar la procedencia de la misma, en función de si existen los objetos habilitantes que regula el TUO de la LRCT, específicamente, alinear el motivo con matices políticos a los intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores comprendidos en el ámbito de la huelga...”.

De modo que, pese a la literalidad de la LRCT, para la Autoridad Administrativa de Trabajo cabe una huelga al margen de la negociación colectiva (modelo contractual) y, en aplicación de la Constitución y la interpretación de la Corte Interamericana de DDHH, así como un pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical de la OIT, debe admitirse el modelo polivalente pero teniendo en cuenta que *“una huelga con una motivación exclusivamente política, esto es, cuyo objeto no termina impactando en los intereses socioeconómicos ni profesionales*

de los trabajadores que asumen la medida de fuerza, se entenderá fuera de la esfera de protección del marco normativo laboral”.

Más adelante, la Autoridad Administrativa de Trabajo señala que la comunicación de huelga de la CGTP se basa en tres aspectos:

- i) Criminalización de la protesta mediante el poder mediático: A través de un supuesto informe del Ministerio del Interior, transmitido mediante un medio de comunicación, se hace referencia que la organización sindical tendría una estructura orgánica sólida que participa en las protestas.
- ii) Persecución política contra líderes sindicales y sociales: Mediante un reportaje televisivo, se difundió una conferencia de prensa en la que participa su secretaria general bajo un rótulo malintencionado que lo cataloga como un violentista de las manifestaciones.
- iii) Renuncia de la presidenta de la República, un gobierno de transición, elecciones generales, referéndum constituyente y el cese a los asesinatos de ciudadanos en protesta”.

Considera que los dos primeros aspectos podrían ser pretensiones con matices políticos que tienen conexidad con intereses socioeconómicos, pero estima que el tercero no tiene un “trasfondo laboral”. Por eso señala que: *“en el sustrato de la motivación no se aprecia un reclamo contra alguna política de gobierno que termine impactando en el ámbito laboral”.*

Pero, lo gravitante para descartar los tres aspectos es que: *“los motivos alegados tienen como supuesto agente opresor a medios de comunicación privado, partes que no se constituyen como entidades públicas con capacidad para emitir políticas de gobierno que sean materia de cuestionamiento”.*

Como puede apreciarse, la Autoridad Administrativa de Trabajo deja a un lado el texto claro y expreso de la LRCT, para interpretarla en base a lo que dicen sobre la huelga órganos jurisdiccionales y de consulta internacionales, lo cual es válido. Pero supuso una indebida aplicación del *“in dubio pro operario”* y consideramos ejerció tácitamente una facultad que no tiene: el control difuso de constitucionalidad de las normas. Sin embargo, quedarnos en el modelo contractual de huelga es no alinearnos sobre todo con la OIT y, si limitamos la huelga a la negociación colectiva, no serían posibles huelgas de federaciones y confederaciones que aún no pueden negociar colectivamente en el segundo y tercer grados precisamente por barreras legales.

V. BIBLIOGRAFIA

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula del Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Segunda edición revisada y actualizada. Abeledo Perrot, 2011.
- GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1998.
- GIUGNI, Gino. *Derecho Sindical*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO. *Huelgas en el Perú 2023*. Lima, febrero de 2024.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Libertad sindical y negociación colectiva . Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Informe III (parte 4B) , Conferencia Internacional del Trabajo, 81° reunión, 1994.
- SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *Derecho Sindical*, 4° edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.
- SARZO TAMAYO, Renato. *Pragmática del control sobre el derecho a la huelga. Análisis de la regulación legal y administrativa*. Lima: Palestra, 2021.

EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE HUELGA EN UNA ENCRUCIJADA*

GUILLERMO BOZA PRÓ**

Profesor principal de Derecho del Trabajo Pontificia Universidad
Católica del Perú

-
- * El presente trabajo fue publicado en la revista Trabajo y Derecho, 131 (2025).
El autor expresa su más profundo agradecimiento a sus asistentes de docencia, Kimy Paredes, Rafael Polar y Gabriel Espinoza, por la valiosa colaboración brindada en la elaboración del presente artículo.
- ** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla.

I. INTRODUCCIÓN

En las líneas siguientes presentaremos algunas reflexiones sobre el debate que se ha suscitado en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), a partir de la negativa del Grupo de los Empleadores de aceptar que el derecho de huelga se encuentra amparado por el Convenio número 87 de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (en adelante, C87).

La posición de los empleadores se viene manifestando de forma clara y sostenida desde la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2012, y no se limita a cuestionar la inclusión del derecho de huelga en el C87, sino que también impugna la facultad de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, CEACR) para interpretar las normas internacionales del trabajo. Dicha facultad ha sido precisamente la base sobre la cual este órgano de control ha sostenido que el derecho de huelga se encuentra reconocido de manera implícita en el referido convenio. Esta postura ha tenido incluso un efecto paralizante en el funcionamiento de algunas instancias de la OIT y ha llevado a que el Consejo de Administración de la OIT presente formalmente una solicitud ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) para que emita una opinión consultiva que permita superar este impase.

En este escenario, surgen algunas interrogantes: ¿La postura asumida por el Grupo de los Empleadores supone un retroceso en el proceso evolutivo del reconocimiento del derecho a la huelga? ¿Es necesario un reconocimiento explícito de este derecho en la normativa internacional del trabajo? ¿Es conveniente llevar el tema ante la competencia consultiva de la CIJ? ¿Cuál es el valor jurídico de una opinión consultiva? ¿Qué consecuencias podría generar una opinión consultiva sobre el tema controvertido en cuestión? ¿Quedará resuelta definitivamente la controversia?

Las respuestas que demos a estas interrogantes tal vez nos permitan comprender la renuencia histórica a la que se ha enfrentado —y enfrenta— el derecho a la huelga, así como los desafíos que afronta y las tensiones entre los diferentes actores involucrados, las cuales urge resolver.

II. PRIMERA IDEA: LA HUELGA ES UN DERECHO HUMANO COMPLEJO Y RESISTIDO. LA POSTURA DEL GRUPO DE LOS EMPLEADORES EN LA OIT

La huelga, hoy en día, es reconocida como un derecho humano, aunque no siempre fuese así. Desde sus inicios, junto a la negociación colectiva, y como expresión de la libertad sindical, el derecho de huelga se ha concebido como un instrumento central para la defensa y promoción de los intereses de la clase trabajadora, dirigido a la consecución de mejores condiciones de vida y de trabajo. Al mismo tiempo, la huelga constituye una vía para la consolidación de derechos básicos de la persona como la dignidad y la igualdad.

No estamos, por tanto, ante un derecho más. Hoy se reconoce a la huelga como un derecho inherente a la persona humana, al encontrarse recogido de manera expresa en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos de ámbito universal y regional, como el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales (art. 8.d), la Carta de la Organización de los Estado Americanos (art. 42), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.1.b), la Carta Social Europea (art. 6.4) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 28). Y aunque se trate —dependiendo de cada norma— de regulaciones con distintos grados de intensidad, igual es un reflejo del amplio reconocimiento del que goza en el ámbito internacional esta institución laboral y de la importancia que tiene en la conciencia jurídica universal (Babace, 2004, p. 333).

El derecho de huelga forma parte indisoluble de la libertad sindical¹, pero a la vez posee una entidad propia. En ese sentido, consideramos que el derecho de huelga integra lo que la doctrina ha llamado el *ius cogens* laboral, entendido como el conjunto de principios y derechos fundamentales en el trabajo que han alcanzado carácter imperativo e inderogable para la comunidad internacional (Canessa, 2009, p. 269). Sobre el particular, nos interesa resaltar lo señalado por Alston con respecto a que la evolución del ordenamiento laboral en el ámbito internacional “ha consolidado la visión de que los derechos a la libertad sindical y a la huelga no solo son esenciales para la protección de los intereses

1 Mthombeni (1990) sostiene, por ejemplo, que el derecho o la libertad de huelga es una extensión del derecho fundamental de la libertad de asociación y un instrumento para su materialización, por lo que debe calificarse como un derecho humano (p. 339).

laborales, sino también para el ejercicio de los derechos humanos más amplios” (2004, p. 470).

Sin embargo, la huelga ha sido —y sigue siendo— un derecho resistido, tanto en sus concepciones teóricas como en su ejecución práctica. Lo cual, en gran medida, se debe a su naturaleza compleja que radica en la finalidad dañosa que se le atribuye o reconoce para que sea eficaz. Se concibe a la huelga, por tanto, como una medida de presión ejercida por los trabajadores en un contexto conflictivo, normalmente de manera colectiva, dirigida a la contraparte empresarial con el propósito de ocasionarle un daño económico, doblegar su voluntad, y que acoja las reivindicaciones planteadas por los trabajadores. Una medida de este tipo —con independencia de la modalidad que se adopte, clásica o polivalente—, susceptible de causar al empleador un perjuicio económico, incluso de carácter psicológico, y que este debe tolerar si la huelga es llevada a cabo cumpliendo los requisitos establecidos legalmente, explica, sin duda, la resistencia a esta forma de lucha de los trabajadores.

Desde hace varios años, una muestra de esta resistencia es la persistente negativa del Grupo de los Empleadores de la OIT de aceptar que el derecho de huelga se encuentre amparado en el C87. Bellace ubica esta situación en el año 1994, cuando el bloque empresarial señaló que la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (en adelante, CAN)² de la OIT no tenía que sujetarse a los informes elaborados por la CEACR, porque solo la CIJ tiene la capacidad de emitir “opiniones vinculantes” (2014, p. 60).

Esta postura que, como se ha señalado, se hizo evidente en la sesión de junio de 2012 de la Conferencia Internacional del Trabajo y motivó la decisión del Consejo de Administración de la OIT de solicitar una opinión consultiva sobre el particular a la CIJ, supuso la interrupción del proceso cuando el grupo empresarial estableció condiciones para aprobar la lista de casos individuales que serían analizados por la CAN. Se cuestionaba que la CEACR hubiera incluido en su *Estudio General sobre los Convenios Fundamentales* unas “interpretaciones del derecho de huelga” que, para el Grupo de los Empleadores, resultaban “in-

2 La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, como parte del sistema de control de la OIT, es un órgano permanente y tripartito (compuesta por delegados de los gobiernos, los trabajadores y los empleadores) de la Conferencia Internacional del Trabajo (en adelante, CIT), encargado de examinar el informe anual que elabora la CEACR y de seleccionar los casos de dicho documento para su análisis y discusión sobre la base de los cuales prepara su propio informe y conclusiones que presenta a la CIT.

aceptables” (Bonet, 2013, p. 3). De este modo, se exacerbó un debate en torno a las posturas divergentes entre el Grupo de los Empleadores y el Grupo de los Trabajadores con respecto a dos controversias: i) el alcance del reconocimiento del derecho de huelga en el marco del C87 por parte de la OIT; y ii) la competencia interpretativa de la CEACR en relación con la interpretación de convenios de la OIT, y que quedan graficadas en el siguiente cuadro:

Cuadro 1

Controversia	Grupo de los Empleadores	Grupo de los Trabajadores
¿Reconoce el C87 el derecho de huelga?	De una interpretación literal del C87, no hay disposición alguna que implique el reconocimiento del derecho de huelga.	De una interpretación dinámica, considerando el objeto y fin del tratado y que el derecho de huelga es un corolario indisoluble del derecho de asociación sindical, se entiende que el derecho de huelga está reconocido por el C87.
¿La CEACR tiene autoridad para realizar la interpretación de los CIT?	La CEACR es un órgano técnico y no judicial, por lo que sus pronunciamientos no son de carácter vinculante.	Todos los órganos de OIT que participan en actividades de control, realizan necesariamente una tarea de interpretación.

Fuente: Elaboración propia

Es así como, mientras los empleadores buscan limitar la interpretación del derecho de huelga dentro de un marco técnico y literal, los trabajadores defienden una interpretación más dinámica y alineada con los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. Este debate no solo refleja la renuencia histórica a la que se ha enfrentado el derecho a la huelga, sino también las tensiones actuales entre los diferentes actores involucrados en la regulación internacional del trabajo, que urge solucionar, de cara a evitar un debilitamiento —que ya se siente— en el sistema de supervisión de la OIT (La Hovary, 2013, p. 339).

III. SEGUNDA IDEA: ¿ERA NECESARIO EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL DERECHO DE HUELGA? SU RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO E INDIRECTO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

Es cierto que el C87 no contiene una referencia explícita al derecho de huelga. Es cierto también que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de sindicación y a la negociación colectiva, no existe ningún convenio específico de la OIT que lo reconozca expresamente y desarrolle. No obstante, la ausencia de regulación expresa no permite afirmar, desde nuestro punto de vista, que la huelga

sea un derecho minusvalorado o que no tenga otras formas de reconocimiento en el ámbito internacional del trabajo. De hecho, los órganos de supervisión de la OIT, concretamente la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS), han entendido que este derecho está reconocido implícitamente en el indicado convenio. En particular, y de manera primigenia, la CEACR, en el desarrollo de sus competencias, arribó a esta conclusión a partir de una interpretación sistemática de los artículos 3 y 10 del C87: el primero de ellos, referido a la autonomía de gestión externa reconocida a las organizaciones sindicales y el derecho que tienen de formular su programa de acción, mientras que el segundo artículo alude al “criterio finalístico” de la norma (Coelho, 2024, p.45), esto es, a la función de promoción y defensa de los derechos de los trabajadores que cumple toda organización sindical.

En la consecución de esa tarea, los sindicatos cuentan, precisamente, con la negociación colectiva y la huelga como herramientas centrales de gestión de la acción sindical. De modo que parece innegable la estrecha vinculación entre los derechos de libertad sindical y el derecho de huelga. Por lo tanto, resulta lógico que los órganos de control de la OIT lo hayan reconocido así en sus pronunciamientos, llegando al punto de que admitir lo contrario equivaldría a vaciar de contenido el derecho de libertad sindical, por quedar drásticamente mermado al no reconocerse como parte de su esencia un derecho que resulta vital como instrumento de una adecuada tutela de los intereses de los trabajadores.

Si bien el Grupo de los Empleadores niega que la CEACR ostente la capacidad de interpretar la normativa internacional del trabajo, reconociendo dicha facultad únicamente a la CIJ; resulta difícil de entender cómo puede la CEACR cumplir con su función de supervisión de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, sin contar con la posibilidad de establecer o dilucidar el contenido de dichas normas cuya observancia exige a los Estados. En cualquier caso, los órganos de supervisión de la OIT, en una tarea realizada a lo largo de varias décadas —a partir de los informes de carácter general que periódicamente elabora la CEACR y las resoluciones para los casos particulares que resuelve el CLS—, le han dado un rostro determinado al derecho de huelga que permite identificar: (i) un concepto de huelga, (ii) las modalidades que están permitidas o (iii) los límites a los que se encuentra sujeto el derecho, entre otras variables.

Ahora bien, la normativa internacional del trabajo nos ofrece hasta tres casos que podríamos identificar como de regulación indirecta del derecho de

huelga y que muestran la importancia que esta institución tiene para la OIT. Como se observa en el cuadro siguiente, se trata del Convenio 105, que prohíbe que la huelga sea sancionada con la imposición de trabajo forzoso u obligatorio; la Recomendación 92, que fomenta mecanismos alternativos de solución de conflictos —conciliación y arbitraje—, pero sin que ello implique menoscabar el derecho de huelga; y la Recomendación 188, que prohíbe a las agencias de empleo privadas suministrar personal de reemplazo de los trabajadores que se encuentren en huelga.

Cuadro 2

Norma	Ámbito de aplicación	Protección del derecho
Convenio No. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso (1957).	Erradicar toda forma de trabajo forzoso que sea utilizado como herramienta de coerción o sanción en	Prohibición de que la participación en huelgas deba sancionarse con trabajo forzoso u obligatorio (artículo 1.d).
Recomendación No. 92 sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios (1951).	Regulación de los mecanismos de conciliación y arbitraje en los conflictos de relaciones laborales y fomentar su ejercicio para el alcance de acuerdos voluntarios de las partes en conflicto.	Ninguna de las disposiciones reguladas en la Recomendación, podrán interpretarse en menoscabo del derecho de huelga (artículo 7).
Recomendación No. 188 sobre agencias de empleo privadas (1997).	Protección y garantía de los derechos de los trabajadores que son contratados a través de agencias de empleo privadas	Prohibición a las agencias de empleo privadas de brindar personal para el reemplazo de trabajadores que se encuentran en huelga (artículo 6)

Fuente: Elaboración propia

Como se puede apreciar, si bien son tres supuestos particulares, hay un claro reconocimiento de la huelga como derecho de los trabajadores en el ámbito de la OIT y de cómo debe aplicarse este derecho en tales supuestos. Tiene sentido que, si la huelga es un derecho de los trabajadores, su ejercicio regular no deba ni pueda acarrear para estos, en ningún supuesto, sanciones de ningún tipo, como sería el caso de la imposición de alguna forma de trabajo forzoso. En la misma línea, la promoción de medios alternativos de solución de controversias laborales, fracasada la negociación directa, no puede suponer el menoscabo del ejercicio del derecho de huelga. Incluso entendiendo a la huelga como una decisión de “última ratio”, si los trabajadores optan por acudir a la media de fuerza, dicha decisión prevalece sobre la vía de los medios alternativos. Finalmente, vale la pena recordar que uno de los efectos más importantes de la huelga es la imposibilidad de sustituir a los huelguistas, porque lo contrario equivaldría a

restar eficacia a la medida de fuerza, o lo que es lo mismo, dejar sin contenido el derecho en cuestión. Se trata, por ende, de una prohibición que busca evitar el esquirolaje externo, y que alcanza por tanto a las distintas formas de contratación a través de terceros, como la intermediación, la tercerización o, en el caso de la recomendación en cuestión, de hacerlo a través de una agencia de empleos.

Estas formas de regulación indirecta del derecho de huelga reafirman su presencia en el ámbito de la normativa internacional y, consecuentemente, la necesidad de establecer mecanismos de protección que permitan que el derecho de huelga pueda ser ejercido por los trabajadores.

IV. TERCERA IDEA: EL DESARROLLO DEL DERECHO DE HUELGA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. UNA INTERESANTE SIMBIOSIS ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA OIT.

Como se ha señalado desde el inicio del presente artículo, el derecho de huelga, junto con los otros derechos laborales colectivos, goza de un amplio reconocimiento en el ámbito internacional; y las formas de su reconocimiento, como también se ha visto, son diversas: expresa, indirecta e implícita. Es por ello que, llegados a este punto, queremos detenernos brevemente en la regulación del derecho de huelga en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), puesto que, dentro de este espacio regional, viene cobrando notoriedad la reflexión sobre los derechos laborales colectivos, lo cual muestra un incipiente e interesante desarrollo jurisprudencial sobre la materia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) el cual merece la pena prestarle atención.

Empezaremos por resaltar que el derecho a la huelga se encuentra comprendido de manera implícita en el derecho de libertad sindical, el mismo que tiene recepción expresa en el artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana o CADH), referido a la libertad de asociación para fines laborales, y el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Protocolo de San Salvador), que reconoce a los trabajadores el derecho de libertad sindical para la protección y promoción de sus intereses.

Sobre el particular, la Corte IDH ha precisado, en la Opinión Consultiva OC-27/21 (en adelante, OC-27/21) del 5 de mayo de 2021 —sobre derechos a la libertad sindical, negociación sindical y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género— el estrecho vínculo entre: (i) el derecho de huelga, (ii) la libertad sindical y (iii) la libertad de asociación, en el entendido que tanto la huelga como la negociación colectiva son herramientas esenciales para la materialización de las citadas libertades. Para la Corte IDH, la libertad sindical cumple una función niveladora del desequilibrio de poder existente en las relaciones individuales de trabajo y procurando, a través de la acción colectiva, “conservar o mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores y trabajadoras” (OC-27/21, 2021, párr. 121). Por lo tanto, si la libertad sindical “cumple una función social importante” que debe ser protegida, la huelga y la negociación colectiva son, igualmente, derechos merecedores de tutela “para permitir una adecuada defensa de los intereses de los trabajadores y las trabajadoras” (OC-27/21, 2021, párr. 124).

Con esta lógica argumentativa, la Corte IDH da cuenta del reconocimiento implícito del derecho de huelga —o de estar comprendido— dentro del derecho de libertad sindical. Y, en ese sentido, refiriéndose al ‘*corpus iuris* internacional’ sobre el derecho de huelga, recuerda que, si bien este derecho “no se encuentra expresamente reconocido en los convenios de la OIT”, el artículo 3 del C87, al reconocer el derecho de los sindicatos de “organizar con plena libertad sus actividades y el de formular su programa de acción”, ha permitido concluir al CLS que la huelga es “un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el convenio 87” (Corte IDH, caso Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala, párr. 107).

De cualquier modo, el derecho de huelga goza de reconocimiento expreso como derecho con entidad propia en dos tratados internacionales sumamente importantes. Por un lado, en la CADH, por remisión a la Carta de la OEA, y, por otro, en el Protocolo de San Salvador. En el primer caso, la huelga se encuentra entre los derechos tutelados por la Convención Americana, en la cual los Estados deben garantizar el derecho de huelga, por remisión del artículo 26 de la propia Convención Americana a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, Carta OEA). Según el citado artículo, los Estados se comprometen a “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformadas por el Protocolo de Buenos Aires”. Bajo este extremo, la Corte IDH

ha interpretado el alcance del indicado artículo 26, y a partir del caso Lagos Del Campo vs. Perú, no existe actualmente discusión sobre el reconocimiento y tutela — del derecho de huelga— en el SIDH de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) derivados de la Carta OEA y su incorporación en el catálogo de derechos de la CADH.

En este contexto, cabe señalar el artículo 45, literal c) de la Carta de la OEA:

Artículo 45

[...]

- c) **Los empleadores y los trabajadores**, tanto rurales como urbanos, **tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores**, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva; [...]. (el énfasis es nuestro)

La recepción simultánea que el citado artículo hace de los tres derechos laborales colectivos permite afianzar la idea de interrelación de estos derechos y de cómo el derecho de huelga es una inferencia lógica del reconocimiento de la libertad sindical, como oportunamente indicó el CLS. Así, el artículo 45 reconoce, en primer lugar, (i) el derecho de los empleadores y los trabajadores de organizarse para la defensa y promoción de sus intereses, y a renglón seguido, (ii) consagra a favor de los trabajadores los derechos de negociación colectiva y huelga. Como hemos señalado anteriormente en otros artículos académicos, creemos “que este reconocimiento multidimensional de la libertad sindical no es gratuito”, en el entendido de que “la libertad sindical no se agota en su dimensión orgánica, esto es, en el derecho que tienen los trabajadores de organizarse colectivamente” (Boza, 2024, p. 286). Como se desprende también de lo señalado por el CLS y la Corte IDH —y que hemos recogido líneas arriba— sin lugar a duda la dimensión orgánica es un aspecto relevante, debido a que permite a los trabajadores y las trabajadoras contar con una estructura sindical como soporte de la acción colectiva para la defensa y promoción de sus intereses. Sin embargo, siendo relevante no resulta suficiente, “ya que la defensa y promoción de esos intereses no sería posible si los trabajadores, y la propia organización sindical, no contaran con los mecanismos o herramientas que la hagan viable” (ibidem, p. 287). Y esas herramientas no podrían ser otras más que la negociación colectiva y la huelga, la primera de ellas entendida como un espacio de discusión y toma de decisiones con la contraparte empresarial para la mejora de las condiciones

de trabajo y de vida de los trabajadores, mientras que la segunda actúa como el medio de presión, por excelencia, con el cual cuentan sindicatos y trabajadores para nivelar el poder de negociación y de conflicto de los empleadores.

Lo anterior da muestra de la denominada interdependencia de los derechos laborales colectivos, que plantea una interacción de los tres derechos en cuestión para que, de manera conjunta, ejerzan la tutela colectiva de los intereses de los trabajadores y coadyuvar —junto a la heteronomía estatal— al cumplimiento de la función compensadora o de igualación del desequilibrio contractual existentes en el plano individual que se le reconoce al Derecho del Trabajo. Coincidimos, por tanto, con Morales y Lobato en que el derecho de libertad sindical, sin la huelga “implicaría únicamente el derecho de asociarse”, desgarneciendo así o vaciando completamente de contenido al derecho de libertad sindical (2022, p. 13).

Como se aprecia, las normas internacionales citadas reconocen que los trabajadores tienen el derecho a organizarse en sindicatos con el propósito de proteger y promover sus intereses, lo que implica la posibilidad de realizar diversas acciones para alcanzar ese dicho fin. Precisamente, la referencia del artículo 3.1 del C87 al derecho que tienen las organizaciones de trabajadores de organizar sus actividades y de formular su plan de acción, se entiende, dentro de la dimensión colectiva del derecho de libertad sindical, como un reconocimiento de su ‘libertad de gestión externa’, es decir, aquella parte de la libertad sindical que debe ser garantizada, y que “se expresa principalmente en las dos manifestaciones más conocidas de la actividad sindical: la negociación colectiva y la huelga” (Villavicencio, 2007, p. 59).

La otra norma que recoge expresamente el derecho de huelga en el SIDH es el artículo 8.1.b del Protocolo de San Salvador, y lo hace en los siguientes términos:

Artículo 8:

1. Los Estados partes garantizarán:

[...]

b. **el derecho de huelga.** (el énfasis es nuestro)

Por su parte, el numeral 2 del propio artículo 8, establece lo siguiente:

Artículo 8:

[...]

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el

orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

Qué duda cabe de que la huelga no es un derecho absoluto. Y, ante el lacónico reconocimiento que se hace de este derecho en el citado protocolo, resulta relevante los términos en los que se precisan las posibles limitaciones y restricciones que pueden establecerse al ejercicio de los derechos sindicales, entre los cuales se encuentra la huelga. Así, un análisis integral y sistemático del artículo 8 del Protocolo de San Salvador, en conexión con los artículos 16 y 26 de la CADH, y una lectura no anclada únicamente en la normativa regional, sino que se inserta dentro de un *corpus iuris* internacional más amplio —que incorpora, por ejemplo, la normativa internacional del trabajo y la interpretación de los órganos de supervisión de la OIT en materia de derechos sindicales— ha permitido a la Corte IDH delinear progresivamente un derecho humano de huelga de impronta interamericana pero con alcance universal. De este modo, se fijan ciertos estándares en torno a la protección de este derecho, que permiten identificar un modelo conceptual de huelga, los diversos intereses que protege, su licitud y los límites a los que se encuentra sometido. Tales estándares, que deben ser observados por los Estados, son, muy señaladamente, los siguientes:

Como punto de partida, la Corte IDH enfatiza su carácter instrumental. Señala que estamos ante uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer incluso con independencia de sus organizaciones representativas (OC-27/21, 2021, párr. 95) y que, en esa medida, la huelga es un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales (OC-27/21, 2021, párr. 96). Acogiendo expresamente lo señalado por el CLS, define a la huelga como “la interrupción temporal del trabajo —o disminución— voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores” (OC-27/21, 2021, **párr. 98**). Esta definición apuesta por un modelo polivalente de huelga.

Adicionalmente, la Corte concluye que se trata de un derecho de “preceptividad inmediata” (OC-27/21, 2021, párr. 118), es decir, que estamos ante un derecho convencional aplicable o exigible de manera directa e inmediata, sin que sea necesario su desarrollo legislativo. Consecuentemente, esta postura

se aparta de la concepción vetusta de que los derechos económicos, sociales y culturales —como la huelga— tienen una naturaleza programática.

En segundo lugar, no se discute que la huelga sea un derecho sujeto a limitaciones, sin embargo, la Corte IDH precisa que —salvo las excepciones permitidas por el derecho internacional— la ley debe proteger el ejercicio del derecho de huelga de todos los trabajadores y las trabajadoras. Y, en ese orden de ideas, las limitaciones y restricciones previstas por ley —conforme a lo expresado en el Protocolo de San Salvador— “deben ser propias de una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o moral públicas, así como los derechos y libertades de los demás” (OC-27/21, 2021, párr. 118), como sería el caso, por ejemplo, de las huelgas que afecten servicios esenciales de la ciudadanía. Pero, considerando la salvedad de que “las restricciones que se establezcan al ejercicio de estos derechos se deben interpretar de manera restrictiva, en aplicación del principio *pro persona*, y no deben privarlos de su contenido esencial o bien reducirlos de forma tal que carezcan de valor práctico” (ibidem, párr. 118). En definitiva, los límites al ejercicio del derecho de huelga no pueden verse ni deben imponerse como una forma de restarle eficacia a dicha medida.

En tercer término, y en estricta consideración de lo anterior, la Corte aboga por la simplicidad de los requisitos que puedan exigirse para que una huelga sea considerada lícita, de modo tal que, en la práctica, no sea imposible que los trabajadores y/o sus organizaciones representativas puedan materializar una huelga legal (OC-27/21, 2021, párr. 111). En esa línea, la Corte consideró, por ejemplo, para el caso de Guatemala, que el requisito establecido en su Código de Trabajo de que una huelga para ser lícita cuente con al menos las 2/3 partes de participación de los trabajadores concernidos, es “una tasa de participación tan alta [que] vuelve en la práctica imposible un movimiento de huelga legal”, por lo que una imposición o exigencia de esta naturaleza implica “una restricción arbitraria al derecho de huelga, de la libertad de asociación y de la libertad sindical” garantizados en la CADH (Caso Extrabajadores del Órgano Judicial vs. Guatemala, párr. 126).

En cuarto lugar, un tema no menor, se refiere al control de legalidad de la huelga y la imparcialidad con la que debe darse este mecanismo. Al respecto, la Corte ha establecido que la facultad de declarar la legalidad o ilegalidad de la medida de fuerza no debe recaer en un órgano administrativo, debiendo recaer dicha competencia en el Poder Judicial (OC-27/21, 2021, **párr. 101**). Se apuesta claramente por un mecanismo de control judicial y no administrativo,

que debe ajustarse, además, “a causales taxativas establecidas previamente en la ley”, y conforme a las garantías judiciales previstas en la CADH (ibidem.)

V. CUARTA IDEA: RESULTA DIFÍCIL QUE LA CIJ DEJE SIN EFECTO LA DOCTRINA ELABORADA SOBRE EL DERECHO DE HUELGA POR LA CEACR Y EL CLS.

El 14 de noviembre del año 2024, la Corte Internacional de Justicia recibió formalmente la petición de la OIT de emitir la opinión consultiva a la que hemos hecho referencia al inicio del presente documento. Hay que precisar que, de los dos temas controvertidos puestos sobre la mesa por el Grupo de los Empleadores, el Consejo de Administración de la OIT decidió someter a consulta únicamente el que, sin duda, es el más relevante y central. Esto es, si el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones, se encuentra protegido por el Convenio núm. 87, de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, dejando de lado el tema sobre la competencia interpretativa de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Hay que precisar que el artículo 31 de la Constitución de la OIT establece que la CIJ es competente para conocer las controversias o cualquier cuestión que la OIT someta a su consideración. Pero, además, el citado artículo señala que las decisiones adoptadas sobre el particular por la CIJ son inapelables. Por su parte, el artículo 65.1 del Estatuto de la CIJ le otorga a este tribunal la facultad “de emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma”.

No obstante, el carácter inapelable previsto en el artículo 31 de la Constitución de la OIT respecto de las cuestiones sometidas a la CIJ no conlleva, necesariamente, que las decisiones adoptadas en ese marco tengan carácter vinculante en sentido estricto. En efecto, a diferencia de las sentencias emitidas en procesos contenciosos, las opiniones consultivas carecen de fuerza obligatoria general para los Estados, en tanto su naturaleza jurídica es fundamentalmente orientativa o instructiva. Se trata de:

[...] un dictamen jurídico que efectúa un tribunal internacional, por fuera de toda controversia –por lo que el trámite que sigue el desarrollo de la misma no es de naturaleza contradictoria-, a partir del interés planteado por una parte legitimada en requerir el punto de vista del órgano jurisdiccional, para que esclarezca el alcance y contenido de una o más disposiciones jurídicas. (Salvioli, 2022, p. 237)

Sin embargo, ello no implica una desvalorización de su relevancia ni de los efectos jurídicos y políticos que puede generar. En el presente caso, sostenemos que la opinión consultiva de la CIJ reviste una particular trascendencia jurídica y debería entenderse como vinculante, al menos, para el sujeto que promovió su emisión, esto es, la propia OIT. Esta afirmación se funda en la necesidad de preservar la coherencia institucional y en el principio de buena fe que debe regir la actuación de los organismos internacionales. Por tanto, habiendo sido la OIT la que activó el mecanismo consultivo, resulta razonable sostener que no podría desentenderse de los alcances de dicha opinión, sobre todo si esta confirma la interpretación sostenida históricamente por sus órganos de supervisión. Asimismo, en la práctica, las opiniones consultivas de la CIJ tienen un notable peso interpretativo en el desarrollo progresivo del derecho internacional, en virtud tanto de su rigor jurídico como del prestigio del tribunal que las emite.

En ese sentido, una opinión favorable a la inclusión del derecho de huelga dentro del ámbito de protección del C87 no solo ratificaría la doctrina consolidada por la CEACR y el CLS, sino que también fortalecería la seguridad jurídica y la estabilidad del modelo normativo que ampara los derechos colectivos en el seno de la OIT. Ignorar una opinión de tal magnitud por parte de los Estados miembros o de los órganos tripartitos de la Organización implicaría comprometer tanto la coherencia del sistema normativo del trabajo como la legitimidad institucional de la CIJ y de la propia OIT. En consecuencia, aunque formalmente la opinión consultiva no sea obligatoria para todos los Estados, su elevado valor jurídico y político obliga a la OIT y a sus miembros a asumirla con responsabilidad, especialmente cuando se trata de resolver una controversia que ha obstaculizado el adecuado funcionamiento de sus mecanismos de supervisión.

De otro lado, el C87 es un tratado internacional vinculante para los Estados miembros de la OIT. Por ello, para una adecuada interpretación, la CIJ deberá considerar la aplicación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la cual ha sido reconocida por la misma OIT como norma referencial para esta controversia (OIT 2023). En su artículo 31.I, sobre la regla general de interpretación, establece que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme **al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin**” (el énfasis es nuestro).

En ese sentido, la Convención de Viena establece como criterio de interpretación que se tenga en consideración el objeto y fin del tratado. Y de

todo lo mencionado anteriormente, resulta evidente que el objetivo y fin del C87 es el reconocimiento y protección de la libertad sindical, no solo en su aspecto orgánico, sino también en su aspecto dinámico o de actividad, lo cual comprende el derecho de huelga, en tanto el artículo 3 del C87 reconoce a las organizaciones sindicales el derecho de organizar sus actividades y el de formular su plan de acción, de cara a viabilizar la función asignada por el artículo 10 del propio convenio a dichas organizaciones, que tienen por objeto el fomento y defensa de los intereses de sus miembros. Los sindicatos requieren, por tanto, de la acción colectiva para el cumplimiento de sus fines y las dos herramientas inherentes para llevarla a cabo que, como se ha visto, no son otras que los derechos de negociación colectiva y huelga. Por eso, se ha mencionado con acierto que resultaría “absurdo intentar reducir [el marco mínimo de protección de la libertad sindical] exclusivamente a la constitución de organizaciones sindicales, dado que ello vaciaría de contenido el C87, puesto que no protegería la libertad sindical, sino un fatuo derecho a establecer organizaciones sin fin alguno” (Coelho, 2024, p. 59). Equivaldría a estar ante una suerte de derecho ‘cascarón’, sin esencia o contenido alguno.

A partir de los métodos interpretativos del derecho internacional —interpretación sistemática, finalista y evolutiva—, y considerando la práctica consolidada de los órganos de control de la OIT durante más de cinco décadas, así como la recepción de estos criterios por tribunales internacionales como la Corte IDH, parece razonable esperar que la CIJ emita una respuesta afirmativa: que el derecho de huelga está protegido por el C87 como consecuencia ineludible corolario de la libertad sindical.

No debe perderse de vista tampoco, la naturaleza de tratado de derechos humanos que tiene el C87 y de la aplicación —en consecuencia— del principio *pro persona* para su interpretación. Este principio interpretativo se funda en la idea de la progresividad de los derechos humanos, es decir, en la necesidad de avanzar gradualmente en el afianzamiento y materialización de estos derechos, lo que supone optar por la interpretación que mayor protección dé a la persona a la que se le reconoce el derecho. Se trata, por lo demás, de un principio asentado plenamente en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, que conciben a los tratados que los regulan como instrumentos “vivos” y “evolutivos”, y que exigen una interpretación acorde con el avance de los tiempos (cfr. Coelho, 2024, p. 61). Siendo esto así, aun cuando se pudiese afirmar que en el momento de la adopción del C87 no había una clara “relación indisoluble entre la libertad sindical y la huelga, la misma se

ha configurado con el paso del tiempo, y a día de hoy, es imposible entender el derecho de libertad sindical sin el corolario de la negociación colectiva y la huelga, que se insertan como componentes esenciales de la primera” (ibidem, p. 62).

No sabemos cuál será finalmente la posición que asuma la CIJ, aunque resulta difícil creer que adopte una respuesta negativa, por el impacto regresivo que ello tendría, pues significaría dismantelar el modelo de protección del derecho de huelga construido por la OIT y adoptado por muchos sistemas jurídicos nacionales, incluso por tribunales internacionales de justicia, como la Corte IDH. Por el contrario, una respuesta afirmativa —a nuestro criterio— consolidaría la interpretación evolutiva y dinámica del derecho internacional del trabajo, reforzando la protección del derecho de huelga como parte esencial de la libertad sindical. Por cuanto, la intervención de la CIJ representa una oportunidad histórica para clarificar y fortalecer el reconocimiento internacional del derecho de huelga, resolver un debate fundamental dentro de la OIT, y dar certeza jurídica a los actores sociales y a los Estados miembros.

VI. CONCLUSIONES

Primera: En la actualidad, es indiscutible la consideración de la huelga como un derecho inherente a la persona humana. Se encuentra ampliamente reconocido —de manera expresa, indirecta y/o implícita— en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos de ámbito universal y regional, lo que da cuenta de la importancia de esta institución laboral en el contexto internacional como un derecho fundamental de la persona trabajadora, vinculada estrechamente a la defensa y promoción de sus intereses.

Segunda: El cuestionamiento sobre el reconocimiento del derecho de huelga en el C87 por parte del Grupo de los Empleadores en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2012 es un reflejo de la percepción de este derecho como una figura compleja y resistida. Esto pone en manifiesto las tensiones actuales en la regulación de esta materia y la necesidad de que la OIT derivara la controversia a la CIJ, solicitándole una opinión consultiva sobre el particular.

Tercero: En estricto rigor, una opinión consultiva no posee fuerza obligatoria general para los Estados, pues no es producto de la competencia contenciosa de la Corte. No obstante, considerando que la solicitud fue formulada al amparo del artículo 31 de la Constitución de la OIT, parece razonable que la opinión consultiva que emita la CIJ sea considerada vinculante al menos para

dicha organización y sus órganos. Esto responde a un principio de coherencia institucional.

Cuarta: La opinión consultiva que emita la CIJ debería interpretar el C87 conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, que prioriza el objeto y fin del tratado. De esta forma, si dicho convenio protege la libertad sindical y reconoce a las organizaciones sindicales el derecho de organizar sus actividades y formular su programa de acción con la finalidad defender y promocionar los intereses de sus afiliados y afiliadas, resulta difícil no entender al derecho de huelga como parte o una manifestación inherente de la libertad sindical.

Quinta: Esta interpretación sistemática y finalista de los tratados en general no resulta incompatible con el principio de interpretación *pro persona*, aplicable para la interpretación de los tratados de derechos humanos, y que, en el caso analizado, llevaría a reconocer que el derecho de huelga no solo reafirma la esencia del C87, quedando comprendido en él, sino que también resulta ser una interpretación más garantista y coherente con los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras que se buscan proteger.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alston, Philip, «Core Labour Standards” and the Transformation of the International Labour Rights Regime», *European Journal of International Law*, 15 (2004), pp. 457-521. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/ejil/15.3.457>
- Babace, Hugo, «Derecho de huelga y solución de conflictos en el derecho uruguayo», en *Veinte estudios laborales en memoria de Ricardo Mantero Álvarez*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, pp. 331-346.
- Bellace, Janice, «La OIT y el derecho de huelga», *Revista Internacional del Trabajo*, 1 (2014), pp. 32-76.
- Bonet, Jordi, «El sistema de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la interpretación de los convenios de la OIT: aproximación jurídica a una crisis institucional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 26 (2013), pp. 1-46.
- Boza Pro, Guillermo, *El derecho a la negociación colectiva en el sistema interamericano de derechos humanos*, en *Derecho del Trabajo. Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual. Estudios en homenaje al profesor Alfredo Villavicencio*, Palestra, Lima, 2024, pp. 279-307.
- Canessa, Martín, «Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 72 (2008), pp. 111-151.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Alcance de las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco*

de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal (Solicitada por la República de Colombia), San José, Costa Rica, 2021. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lagos del Campo vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 340*, San José, Costa Rica, 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala. Sentencia de 28 de agosto de 2013 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 283*, San José, Costa Rica, 2013. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_283_esp.pdf

Coelho, Ana, «La cuestión de la huelga: a propósito de la OIT y el Convenio 87», *Revista Jurídica del Trabajo*, 13 (2024), pp. 37-69.

González, Carlos y Gargurevich, Andrés, «La regulación del Derecho de Huelga en la OIT y los órganos de control a propósito de la normativa peruana», *Laborem*, 21 (s.f.), pp. 123-140.

La Hovary, Claire, «Showdown at the ILO? A Historical Perspective on the Employer's Group's 2012 Challenge to the Right to Strike», *Industrial Law Journal*, 42/4 (2013), pp. 338-368. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwt020>

Organización Internacional del Trabajo, *Medidas que deben adoptarse en relación con la solicitud presentada por el Grupo de los Trabajadores y por 36 Gobiernos para remitir urgentemente a la Corte Internacional de Justicia la controversia relativa a la interpretación del Convenio núm. 87 con respecto al derecho de huelga, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 37 de la Constitución (Informe de referencia de la Oficina, 349.ª bis reunión extraordinaria del Consejo de Administración, Ginebra, 10 de noviembre de 2023)*, 13 de octubre de 2023.

Mik, Cezary, «Jus Cogens in Contemporary International Law», *Polish Yearbook of International Law*, 26 (2006), pp. 87-111.

Morales, Mariana y Lobato, Joaquín, *Un paso al frente: la huelga como derecho humano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Max Planck Institute, 2022.

Mthombeni, R., «The right or freedom to strike: an analysis from an international and comparative perspective», *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 23/3 (1990), pp. 337-347. Disponible en: https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/AJA00104051_576

Salvioli, Fabián, *El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y el valor jurídico de sus pronunciamientos: la edad de la razón*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2022.

Villavicencio, Alfredo, *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007.

PONENCIAS LIBRES

EL DERECHO DE HUELGA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: IMPLICANCIAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

KATHERINE LOURDES LÓPEZ NÚÑEZ*

Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa,
Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontifica
Universidad Católica del Perú (PUCP)

*

Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontifica Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente Universitaria. Asociada a la Sección Peruana de Jóvenes Juristas adscrita a la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: klopezn@pucp.edu.pe. ORCID: 0000-0001-5248-3380

I. INTRODUCCIÓN

La huelga es uno de los tres pilares del derecho colectivo y ha sido una pieza fundamental para lograr importantes avances en derechos y protecciones laborales. Sin embargo, en los últimos años, el derecho de huelga ha sido cuestionado, especialmente por parte del Grupo de Empleadores.

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha fortalecido este derecho a través de los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT), nos referimos al Comité de Libertad Sindical (en adelante CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante CEACR), y de los casos paradigmáticos como “Lagos del Campo vs Perú” (2017) y “Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala” (2021).

Este artículo explora el reconocimiento del derecho de huelga como derecho humano, su regulación en el Perú, y los desafíos contemporáneos, incluyendo el cuestionamiento por parte del Grupo de Empleadores y esbozando algunas ideas sobre el impacto de nuevas tecnologías en su regulación.

II. LA HUELGA COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

El reconocimiento del derecho de huelga en el marco internacional, como menciona el profesor Canessa ha sido abordado bajo dos modalidades; la primera, de manera indirecta donde el derecho de huelga forma parte del contenido de la libertad sindical, recogida en los primeros instrumentos del sistema internacional de derechos humanos como la Convención Europea de Derechos Humanos, el Convenio 87 de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La segunda, de manera directa, con el reconocimiento expreso del derecho de huelga, con independencia de la libertad sindical, recogida en la Carta Social Europea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta de la OEA, el Protocolo de San Salvador y la Carta Árabe de Derechos Humanos. Siendo esta última la modalidad predominante, dotando de auto-

nomía al derecho de huelga, por tanto, su obligatoriedad respecto a los Estados que la ratifiquen. (Canessa Montejo, 2022)

Asimismo, como señala el citado autor, a pesar de que en un inicio se interpretaba que la violación al derecho de huelga no podía someterse ante la Corte IDH, luego fue modificándose con el Caso Lagos del Campo vs Perú (2017), donde se reconoce que el derecho de huelga está protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos (Art 26), y en consecuencia sometido a la competencia de la Corte IDH en los casos donde se alegue su violación.

De la misma forma, mediante la sentencia Caso “Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala” (2021), la Corte IDH se declara competente para conocer el litigio, consolidando el derecho de huelga como parte esencial del sistema interamericano, además en ella se incorpora la definición del Comité de Libertad Sindical (CLS) en la Opinión Consultiva OC-27/21, considerando que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales.

Asimismo, como menciona el profesor Canessa, en dicha sentencia la Corte IDH al hacer suya la definición de derecho de huelga del CLS, queda definida como “la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”. En ese sentido, en aplicación del control de convencionalidad, las legislaciones de la región deberían adaptar su regulación recurriendo a “la Convención Americana de Derechos Humanos, los fallos judiciales de la propia Corte IDH y los estándares establecidos en esta sentencia”. (Canessa Montejo, 2022)

A partir de lo expuesto, pasaremos a hacer un breve análisis del tratamiento del derecho de huelga en el sistema interamericano de derechos humanos y su comparación con la regulación peruana, resaltando los cambios que debería hacerse en cuanto a su regulación, en atención a los criterios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH antes citada.

III. TRATAMIENTO DE LA HUELGA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHO DERECHOS HUMANOS VS REGULACIÓN EL PERÚ

La legislación peruana sobre el derecho de huelga impone restricciones significativas, lo que ha llevado a críticas por parte de los órganos de control de la OIT.

En comparación con los estándares internacionales, la normativa peruana muestra deficiencias que limitan el ejercicio efectivo de este derecho. Casos recientes han mostrado cómo los procedimientos formales impuestos hacen que la huelga sea prácticamente inoperante en muchos sectores, lo cual plantea la necesidad de una reforma profunda.

En ese sentido, citaremos lo dispuesto por la Corte IDH en la sentencia “Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala” que recoge los lineamientos establecidos por el Comité de Libertad Sindical - CLS en la Opinión Consultiva OC-27/21, así como el Informe III realizado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – CEACR (Parte 1A) del 2013, en relación al “Caso Peruano”, comparándolo con la regulación de nuestra normativa interna.

En principio, la Corte IDH recogiendo lo señalado por el Comité de Libertad Sindical (CLS) define a la huelga como la “interrupción temporal del trabajo” para defender los intereses económicos y sociales de los trabajadores, incluyendo diversas modalidades de huelga, como la huelga de solidaridad y las huelgas dentro de los locales de trabajo, como la paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, entre otras, las que únicamente se verían limitadas en caso la huelga dejase de ser pacífica. (C.109 Sentencia de la Corte IDH, C. 98 OC-27/21)

Sin embargo, en la regulación peruana, el Texto Único de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, regulado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante TUO de la LRCT), define la huelga como “la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo” (Art. 72), asimismo, prohíbe las modalidades de huelga antes señaladas y las califica como irregulares (Art. 81).

En cuanto al objeto de la huelga, la Corte IDH precisa que “los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho

de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores” (C.109 Sentencia de la Corte IDH, C. 98 OC-27/21).

En ese sentido, de acuerdo al estándar internacional, la huelga no solo puede realizarse con fines exclusivamente laborales y con abandono del centro de trabajo, por lo que podemos sostener que tiene cuatro elementos que traza su frontera jurídica: 1) debe ser reconocida como cualquier alteración de las labores, 2) realizada de manera colectiva, 3) dicha acción es pacífica, y 4) en defensa de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores, o la autotutela. (Canessa Montejo, 2022)

Sin embargo, la regulación peruana establece “que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos” (Art. 73.a TUO LRCT). De esta manera no están comprendidas las huelgas de solidaridad o cualquier modalidad que no se ajuste a la definición antes señalada. Por otro lado, la Corte IDH toma en cuenta los criterios provenientes de la recopilación de decisiones del CLS expuestos en la Opinión Consultiva OC-27/21 C.100, documento en el cual se insta a los Estados de la región, adopten medidas de derecho interno que regule la protección del ejercicio del derecho de huelga, salvo las excepciones permitidas por el derecho internacional; y que las condiciones y requisitos previos que la ley establezca para que una huelga sea lícita, no deben ser complicados al punto de impedirla; la obligación de un preaviso al empleador antes de emplazarla a la huelga es admisible, siempre que sea razonable; y no puede determinarse un límite a la duración de la huelga.

En el caso peruano, en relación a los requisitos para la declaración de la huelga, fueron materia de observación por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el Informe III de la CEACR quien señaló que existe “la necesidad de modificar el artículo 73.b) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que dispone que para la declaración de la huelga se requiere que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que, en todo caso, represente la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito (...) la Comisión recuerda el principio según el cual cuando la legislación prevea que las acciones de huelga

deban ser votadas por los trabajadores, se deberá asegurar que sólo se tomen en consideración los votos emitidos, y que el quórum o la mayoría necesaria se fije a un nivel razonable”.

Del análisis del Art. 73.b del TUO de la LRCT, tendríamos dos requisitos formales vinculados al acto de decisión: i) que la asamblea haya sido convocada expresamente para decidir la realización de la huelga, y ii) que el acta de asamblea resultante sea presentada, para su calificación, en copia legalizada.

Sin embargo, el Art. 62 del Reglamento del TUO de la LRCT (modificado por el Art 1 del DS N° 024-2007-TR) señala que “La organización sindical podrá declarar la huelga en la forma que expresamente determinen sus estatutos, siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea”.

En ese sentido, conforme la citada norma, nos encontraríamos en el nivel razonable solicitado por el órgano de control de la OIT.

Asimismo, señala que el Estado debe abstenerse de aplicar sanciones a los trabajadores que participen en una huelga legal, tomando en consideración que es un derecho humano. Además, el Estado debe garantizar que tampoco se impongan sanciones por las empresas privadas a los trabajadores que participen en una huelga legal. (Opinión Consultiva OC-27/21, párrafo 101).

En relación con los límites de la huelga, la Corte IDH señala que los únicos supuestos que es válida la limitación del derecho de huelga cuando se trata de: 1) los funcionarios públicos que actúan como órganos de poder público; y, 2) los trabajadores de los servicios esenciales. Respecto a este segundo grupo de trabajadores, la Corte precisa que los servicios esenciales son aquellos que su interrupción conlleva una amenaza evidente e inminente a la vida, la seguridad, la salud o la libertad de toda o parte de la población; y que en todo caso se les puede brindar garantías compensatorias, como procedimientos de conciliación y arbitrajes adecuados, imparciales y rápidos (Opinión Consultiva OC-27/21, C.102 y C.103).

De la misma forma, la Corte hace la precisión que el servicio mínimo debe limitarse a las operaciones que sean necesarias y que no tenga como resultado que la huelga sea inoperante, precisando que las negociaciones sobre los servicios mínimos deben celebrarse antes de haberse producido un conflicto laboral, de modo que todas las partes interesadas (autoridades públicas, organizaciones de

trabajadores y trabajadoras y de empleadores y empleadoras) puedan negociar con la objetividad y la serenidad posibles. (Opinión Consultiva OC-27/21, C.104).

En nuestra regulación, el art 82 del TUO de la LRCT establece que “Cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan.” Asimismo, el Art.65 a) del RLRCT señala que “tratándose de servicios públicos esenciales o de labores indispensables, debe indicarse la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando”.

En cuanto a la declaración de ilegalidad de la huelga, la Corte IDH también hace suya la posición del CLS, señalando que le corresponde decidir al organismo judicial y no recaer sobre un órgano administrativo. (C.22 Sentencia de la Corte IDH).

Como antecedente, en el Informe III (Parte 1A) del 2013 emitido por la CEACR (Caso Peruano), se había observado que existe *“la necesidad de garantizar que la declaración de ilegalidad de la huelga no corresponda al Gobierno sino a un órgano independiente de las partes y que cuente con su confianza (punto este señalado varias veces por el Comité de Libertad Sindical). Al respecto, la Comisión observa que la CCL considera que es necesario que la declaración de ilegalidad de la huelga esté a cargo del Gobierno, dado que la participación de un órgano independiente implica un alto contenido de subjetividad que no permitiría viabilizar la solución del conflicto ni el respeto a los derechos sociales involucrados”*.

Sin embargo, la norma vigente, señala que es la Autoridad de Trabajo la encargada de pronunciarse sobre improcedencia de la huelga, de conformidad con lo establecido en el Art 74 del TUO de la LRCT. En el caso del sector público, el artículo 86 al 88 del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, se crea la Comisión de Apoyo al Servicio Civil para dicho fin, conformada por tres profesionales independientes, sin embargo, a la fecha la misma no se ha implementado, toda vez que sigue siendo la Autoridad de trabajo quien continúa calificando la procedencia de la huelga.

En consecuencia, nuestra normativa no se encuentra alienada a los parámetros establecidos por los órganos de control de la OIT, ratificados por los fallos de la Corte IDH, a pesar de que dicha discusión viene suscitándose desde hace

varios años atrás, no logrando a la fecha que el derecho de huelga sea efectivo en nuestro país.

Aunado a lo señalado, a nivel internacional el derecho de huelga está enfrentando grandes desafíos en torno a la discusión que arrastra desde hace años, en torno a su reconocimiento en el Convenio 87, cuestionada por el Grupo de Empleadores, lo cual pasaremos a mencionar a continuación.

IV. DESAFÍOS ACTUALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

Los fallos de la Corte IDH constituyen un importante aporte para el debate técnico jurídico y un criterio de interpretación del derecho de huelga como un derecho humano fundamental.

Sin embargo, en el 2023 nuevamente se ha vuelto a abrir la discusión, toda vez que los empleadores han vuelto a mover las bases de lo que creíamos consolidado, lo cual nos invita a reflexionar sobre el presente y el futuro de la libertad sindical tal y como la conocemos, siendo que la controversia actual no se presenta únicamente en la inclusión o no del derecho de huelga en el Convenio 87, sino también sobre cuál es el método de solución que debería utilizarse para dirimir este diferendo (Perrone & Arévalo, 2023).

Al respecto, como señala Joaquín Perrone y otra, el hecho de cuestionar el vínculo del derecho de huelga con la libertad sindical cambiaría la forma de desarrollar a esta última en todas sus expresiones: negociación colectiva, diálogo social, participación sindical, entre otros, en consecuencia, las organizaciones de trabajadores tendrían limitado su derecho de accionar (Perrone & Arévalo, 2023).

Lo antes señalado, impactaría en legislaciones como la nuestra, toda vez que, si bien nuestra constitución reconoce el derecho de huelga, el mismo es socavado por nuestro ordenamiento infraconstitucional, cuya regulación restringe el derecho de huelga, como lo hemos señalado líneas anteriores.

Es decir, si nuestro modelo de huelga es restrictivo, dicha situación empeoraría si el propio organismo internacional deja de cumplir el rol clave de velar por el respecto de la libertad sindical en sentido amplio.

En cuanto al cuestionamiento del Grupo de Empleadores que ha existido desde finales de la década de los ochenta, como dice Perrone y otra, se ha basado en dos argumentos: a) De la interpretación literal de los artículos 3° y 10° del

Convenio N°87¹ se desprende la no inclusión del derecho de huelga como parte integrante de este. B) Los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, sus opiniones son de carácter técnico y no pueden ser considerados vinculantes, en el entendido que, siguiendo al artículo 37.1 de la Constitución de la OIT², el único órgano de competencia para interpretar los convenios internacionales de trabajo es la Corte Internacional de Justicia.

En cambio, para el Grupo de Trabajadores, conforme lo señalan los citados autores, existen dos formas de solución de conformidad con lo estipulado por la Constitución de la OIT: a) Que, el Consejo de Administración de OIT realice una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia; b) Establecer un Tribunal interno independiente que solucione la actual controversia realizando una interpretación del Convenio 87.

Siendo así, el 10 noviembre del 2023, mediante Resolución adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 349.^a Sesión BIS se resolvió remitir esta discusión a la Corte Internacional de Justicia, bajo el siguiente argumento:

“Consciente de que existe un desacuerdo grave y persistente entre los mandantes tripartitos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la interpretación del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) en relación con el derecho de huelga,

Recordando que el origen de la controversia radica en un desacuerdo surgido entre los mandantes tripartitos de la Organización respecto de si el Convenio núm. 87 protege el derecho de huelga,

Tomando nota de que los órganos de control de la OIT han observado sistemáticamente que el derecho de huelga es un corolario del derecho fundamental de libertad sindical, Profundamente preocupado por las implicaciones que esta controversia tiene en el funcionamiento de la OIT y en la credibilidad de su sistema de normas,

-
- 1 Artículo 3: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, de elegir libremente sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y de formular su programa de acción”. Art 10: “En el presente Convenio, el término “organización” significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto promover y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.
 - 2 1. Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta Constitución y de los convenios ulteriormente concluidos por los Miembros en virtud de las disposiciones de esta Constitución serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia para su resolución.

Afirmando la necesidad de resolver la controversia de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la OIT”.

Sin embargo, para el Grupo de Empleadores, contar con una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia no resolverá la controversia de fondo, sino que será necesario emprender una acción normativa si se pretende regular el derecho de huelga a nivel internacional, por lo que proponen se elabore un protocolo que defina los alcances y límites del derecho de huelga.

Para el Grupo de los Trabajadores, dicha propuesta tendría efecto opuesto, dado que supondría adoptar un protocolo con la intención de anular las orientaciones que han formulado durante años los órganos de control de la OIT en relación al Convenio 87, limitando la autoridad administrativa de la CEACR.

Al respecto, la Unión Europea y sus estados miembros señalan que el establecimiento de una norma, incluso en forma de protocolo, no resultaría de ayuda para obtener seguridad jurídica en la cuestión de si el Convenio N° 87 prevé el derecho de huelga.

Conforme lo señalado por Joaquín Perrone y otra, sería deseable poder contar con una declaración explícita de la CIJ que reconozca que el derecho de huelga está completamente protegido dentro del concepto amplio de libertad sindical que emana del Convenio N°87, admitiendo de esta forma que la CEACR cuenta con sobrada competencia para interpretar las normas de la OIT como lo viene haciendo hace casi cien años. (Perrone & Arévalo, 2023)

En ese sentido, la opinión de la CIJ tendrá repercusiones significativas para el futuro del derecho colectivo del trabajo y la libertad sindical a nivel mundial. La reconocer el papel vital de la huelga en la protección y promoción de los derechos de los trabajadores, al CIJ enviaría un mensaje claro sobre la importancia de garantizar un entorno laboral justo y equitativo. (Perrone & Arévalo, 2023).

Por tal motivo, es importante hacer seguimiento a lo que vaya a resolver la CIJ³, quien fijó el pasado 16 de mayo de 2024 como plazo para presentar declaraciones escritas sobre esta cuestión, de conformidad con el artículo 66, párrafo 2, del Estatuto⁴.

3 <https://www.icj-cij.org/case/191>

4 “2. El Secretario notificará también, mediante comunicación especial y directa a todo Estado con derecho a comparecer ante la Corte, y a toda organización internacional que a juicio de la Corte, o de su Presidente si la Corte no estuviere reunida, puedan suministrar alguna información sobre la

Siendo que hasta el 18 de junio de 2024, según un comunicado de la CIJ⁵, quienes presentaron sus argumentos escritos sobre este caso en la Secretaría de la Corte han sido: la Alianza Cooperativa Internacional, la Organización Internacional del Trabajo, Francia, Vanuatu, la Organización de Estados de África, el Caribe y el Pacífico, España, Italia, la Confederación Sindical Internacional, la Federación Sindical Mundial, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Colombia, Bangladesh, Alemania, Polonia, Business Africa, la Organización Internacional de Empleadores, Sudáfrica, Canadá, Suiza, Noruega, Túnez, Estados Unidos de América, Australia, Japón, Costa Rica, Indonesia, México, Somalia, Reino de los Países Bajos, y Belice. Además, se permitió por excepción la radicación tardía de Brasil.

Asimismo, se fijó para 16 de septiembre como plazo para que los Estados y organizaciones que hayan presentado declaraciones escritas, en este caso las antes mencionadas, puedan presentar comentarios sobre las demás declaraciones, de conformidad con el artículo 66, párrafo 4, del Estatuto⁶.

Finalmente, otro de los desafíos que enfrenta el derecho de huelga, está relacionado a la transformación de las relaciones laborales, siendo que “La utilización de los poderes de los empresarios se ve reforzada por la utilización de las nuevas tecnologías, por la nueva economía de plataformas, nuevas formas de trabajo a distancia, y por las distintas formas de organización de las empresas en estructuras complejas, que dificultan la organización y el éxito de las huelgas”. (Monereo Pérez, 2024)

Adicional a lo antes señalado, tenemos la fuerza y expansión que ha cobrado el teletrabajo y las plataformas digitales, lo que genera que las huelgas tradicionales pierdan su efectividad. Además, se debe tener en cuenta que las empresas pueden emplear técnicas de “esquirolaje tecnológico”, lo que dificulta aún más la acción sindical efectiva. Estos cambios exigen una actualización de la normativa para proteger el derecho de huelga en el contexto actual. Caso

cuestión, que la Corte estará lista para recibir exposiciones escritas dentro del término que fijará el Presidente, o para oír en audiencia pública que se celebrará al efecto, exposiciones orales relativas a dicha cuestión”.

5 <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/191/191-20240618-pre-01-00-en.pdf>

6 Se permitirá a los Estados y a las organizaciones que hayan presentado exposiciones escritas u orales, o de ambas clases, discutir las exposiciones presentadas por otros Estados u organizaciones en la forma, en la extensión y dentro del término que en cada caso fije la Corte, o su Presidente si la Corte no estuviere reunida. Con tal fin, el Secretario comunicará oportunamente tales exposiciones escritas a los Estados y organizaciones que hayan presentado las suyas.

contrario, continuaremos con el panorama actual de la huelga, que como señala Sanguinetti citado por Monereo, ha dejado de ser auténtica medida de presión con la finalidad de desorganización real de la producción, para convertirse en una suerte de ritual con la que los trabajadores expresan su disconformidad con las decisiones patronales. (Monereo Pérez, 2024)

V. CONCLUSIONES

1. El derecho de huelga ha sido consolidado como un derecho humano fundamental en el sistema interamericano de derechos, particularmente a través de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este reconocimiento se alinea con los principios internacionales, aunque enfrenta retos tanto a nivel de interpretación como de aplicación práctica.
2. El marco legal peruano aún presenta importantes restricciones para el ejercicio efectivo de la huelga, en comparación con los estándares internacionales. Estas limitaciones son evidentes en la exigencia de quórum elevado y la calificación administrativa de la legalidad de las huelgas, lo que restringe su viabilidad y efectividad como instrumento de defensa de los derechos laborales.
3. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de huelga en Perú, es fundamental alinear la legislación nacional con los estándares internacionales, particularmente las recomendaciones de la OIT. Reformas clave deben incluir la flexibilización de los requisitos formales para la convocatoria de huelgas, el reconocimiento de diferentes modalidades de huelga y la eliminación de la intervención administrativa en la calificación de su legalidad.
4. A nivel internacional, la controversia en torno al reconocimiento del derecho de huelga en el Convenio 87 de la OIT sigue generando tensiones, especialmente con la oposición del Grupo de Empleadores. Este debate podría tener implicaciones profundas en la libertad sindical y en el desarrollo del derecho colectivo del trabajo a nivel mundial.
5. Las nuevas tecnologías y modalidades de trabajo, como el teletrabajo y las plataformas digitales, están transformando las relaciones laborales, afectando la capacidad de los trabajadores para organizar y

ejecutar huelgas efectivas. La posibilidad de “esquirolaje tecnológico” (uso de medios tecnológicos para minimizar el impacto de la huelga) plantea nuevos desafíos que requieren una actualización del marco normativo.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Canessa Montejo, M. (2022). La protección interamericana del derecho de huelga. a sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el despido de los trabajadores en huelga. *Derecho Laboral*, 31-52.
- Monereo Pérez, J. L. (2024). Derecho de huelga e institucionalización de los conflictos de trabajo. *Revista Derecho del Trabajo*, 21-101.
- Organización Internacional del Trabajo. (2018). Obtenido de <https://www.ilo.org/es/publications/la-libertad-sindical-recopilacion-de-decisiones-del-comite-de-libertad>
- Perrone, J., & Arévalo, L. (2023). El cuestionamiento del derecho de huelga en la OIT. *Derecho Laboral*, 677-697.

“LA FACULTAD SANCIONADORA DEL EMPLEADOR FRENTE A LA MATERIALIZACIÓN DE UNA HUELGA IMPROCEDENTE O ILEGAL EN EL PERÚ”

SILVIA JANET MALDONADO OSORIO

Abogada con especialidad en derecho Corporativo por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios actuales en la Maestría de Derecho del Trabajo de la misma casa de estudios. Asociada del área de Procesos Judiciales del estudio Vinatea & Toyama.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la huelga es un pilar fundamental en la defensa de los derechos laborales y socioeconómicos de los trabajadores. Este derecho, reconocido tanto a nivel nacional como internacional, permite a los trabajadores suspender colectivamente sus labores con el fin de presionar al empleador para obtener mejoras en sus condiciones de trabajo. Sin embargo, el ejercicio de este derecho no es absoluto y está sujeto a una serie de regulaciones y limitaciones que buscan equilibrar los intereses de los trabajadores con los del empleador y la sociedad en general.

En el Perú, la legislación laboral establece claramente las condiciones bajo las cuales una huelga puede ser considerada legal, improcedente o ilegal. Una huelga legal cumple con todos los requisitos formales y se considera una suspensión perfecta del contrato de trabajo. Por otro lado, una huelga improcedente no cumple con estos requisitos formales, aunque no ha sido declarada ilegal. Finalmente, una huelga ilegal se lleva a cabo a pesar de una declaración formal de improcedencia o ilegalidad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

La participación en huelgas declaradas improcedentes o ilegales puede acarrear diversas sanciones para los trabajadores involucrados. La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Perú ha abordado este tema en profundidad, estableciendo que los trabajadores que participan en estas huelgas pueden ser sujetos a responsabilidad disciplinaria. No obstante, estas decisiones también han subrayado que la imposición de la sanción de despido por la mera ejecución de una huelga improcedente puede suponer una limitación excesiva del ejercicio legítimo de este derecho.

Este documento tiene como objetivo analizar las sanciones aplicables a los trabajadores que participan en huelgas improcedentes o ilegales en el Perú. Se examinarán las características y elementos del derecho a la huelga, las diferencias entre huelgas legales, improcedentes e ilegales, y las recientes doctrinas jurisprudenciales que han moldeado el marco legal actual. A través de este análisis, se

busca proporcionar una comprensión clara y detallada de las responsabilidades disciplinarias que enfrentan los trabajadores en estos contextos y cómo estas sanciones se alinean con la protección de los derechos laborales fundamentales.

II. DEFINICIÓN DE HUELGA

Para comprender el poder disciplinario del empleador frente a la materialización de una huelga improcedente o ilegal, y los recientes criterios de observancia obligatorio emitidos por la Corte Suprema es importante repasar cómo es definida la huelga como un derecho fundamental, tanto en el ámbito nacional como internacional. Asimismo, es importante recordar las características, elementos, limitaciones y calificación de una huelga en el Perú.

La Organización Internacional del Trabajo no define expresamente el derecho a la huelga. Como indica Arévalo (2022), se considera, como un derecho derivado del derecho a la libertad sindical:

Teniendo en cuenta que su origen se cimienta en el derecho a la libertad sindical, es considerado por la OIT como un derecho derivado del Convenio N° 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948. (p. 47)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Organización de Naciones Unidas, 1966), evita definir la huelga, pero la incluye como un derecho, indicando que esta debe ejercerse conforme a ley: *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar (...) el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”* (artículo 8).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos define la huelga señalando: *“es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales, por lo que los Estados deben proteger el ejercicio de este derecho a través de la ley”* (CIDH, 2021, p. 37).

En nuestro país, encontramos que el derecho a la huelga ha sido reconocido en el inciso 3 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú de 1993, la cual reconoce este derecho y lo regula para su ejercicio en armonía con el interés social.¹

¹ Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, define la huelga señalando: “ (...) *mediante el ejercicio del derecho de huelga los trabajadores se encuentran pues facultados para desligarse de manera temporal de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de lograr la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socioeconómicas o laborales La huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de determinados fines ligados a las expectativas e intereses de los trabajadores.* ” (Tribunal Constitucional, 2009, fundamento 6).

El TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (D.S. N° 010-2003-TR), nos da la siguiente definición: “*Artículo 72°. Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas.*” (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2003, art. 72).

A nivel doctrinario, Neves Mujica, señala que la huelga consiste en el incumplimiento deliberado de la prestación laboral, y es usada como una medida de conflicto colectivo por parte de los trabajadores. (Neves, 2016, p. 53).

Así, una vez que la huelga se ejecuta, se constituye como el conflicto laboral más espinoso que se desarrolla en una relación de trabajo, debido a que implica el incumplimiento de servicios por parte de los trabajadores (Ugaz, 2013, p. 409).

De este modo, se puede decir, que la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores que se manifiesta como una medida de autotutela para proteger sus derechos e intereses. En términos generales, la huelga implica la suspensión colectiva y concertada de las actividades laborales por parte de los trabajadores con el objetivo de presionar al empleador para obtener mejoras en sus condiciones socioeconómicas o laborales.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA HUELGA

De la lectura del artículo 72 del TUO LRCT, se desprenden las características siguientes:

1. Suspensión colectiva del trabajo

La huelga implica una suspensión colectiva de las actividades laborales. Esto significa que los trabajadores, agrupados o no en una organización sindical,

deciden colectivamente dejar de laborar. Como consecuencia, el empleador queda liberado de abonar las remuneraciones por los días de paralización.

2. Acuerdo mayoritario

El derecho de huelga se garantiza exigiendo un acuerdo mayoritario de los trabajadores para hacerlo efectivo; este acuerdo deberá ser tomado en una asamblea que cumpla con las formalidades exigidas por el artículo 73 del TUO LRCT.

3. Realización voluntaria

La decisión de ejercer el derecho de huelga debe ser una decisión libre y personal, eliminándose toda clase de presiones abusivas que obliguen a los trabajadores a participar de la medida.

4. Realización pacífica

La huelga no puede estar acompañado de actos de violencia sobre personas o bienes del empleador o de tercero, incurrir en tal conducta implica ejercer ilegítimamente el derecho de huelga.

5. Abandono del centro de trabajo

La huelga debe realizarse en los exteriores de las instalaciones del centro de trabajo o empresa. No están permitidas las modalidades huelguísticas en las que los trabajadores permanecen dentro del local de la empresa, como, por ejemplo, huelga de brazos caídos, huelga de celo, trabajo a ritmo lento.

IV. ELEMENTOS DE LA HUELGA

1. Titulares del derecho a la huelga

La Constitución no se pronuncia sobre la titularidad del derecho a la huelga, sin embargo, el artículo 72 del TUO de la LRCT dispone que la huelga será acordada y se realizará en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores.

Adicionalmente, el artículo 73, inciso b), regula que la decisión de realizar la huelga sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos

y que, en todo caso, representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito.

El artículo 62 del Reglamento de la LRCT, establece que la organización sindical podrá declarar la huelga en la forma en que determinen sus estatutos.

Adicionalmente, dispone que, en caso no exista una organización sindical, la mayoría de los trabajadores votantes del ámbito en asamblea podrá declarar la huelga.

De lo anteriormente expuesto, se puede entender que la LRCT le otorga la posibilidad de declarar la huelga tanto a los sindicatos como a los trabajadores, a pesar de ello, cabe precisar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 008-2005-PI/TC, únicamente reconoce la titularidad individual del derecho a la huelga, al señalar que *"su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical"* (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 41).

2. Finalidad de la huelga

Acorde con el artículo 73, inciso a) del TUO de la LRCT, la huelga deberá tener como fin la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores que comprende la medida.

3. Modalidades de la huelga

Los ordenamientos jurídicos no admiten la totalidad de las diversas modalidades de huelga, pues consideran que algunas de ellas supondrían un daño excesivo al empleador. Atendiendo a ello, a nivel comparado, se reconocen dos modelos de huelga: estático y dinámico.

El modelo estático entiende a la huelga como la cesación continua y total de labores, con abandono del centro de trabajo, decidida colectivamente, en defensa de objetivos profesionales. El modelo dinámico, por su parte, entiende a la huelga como cualquier alteración en la forma habitual de prestación de servicios acordada colectivamente, destinada a defender cualquier interés relevante de los trabajadores (Neves, 2016, p. 53).

En nuestro país, se permite únicamente un modelo estático de huelga; de acuerdo con lo regulado por el artículo 72 de la LRCT y lo expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 008-2005-PI/TC.

El artículo 81 del TUO de la LRCT ha establecido que las modalidades irregulares no están amparadas por dicha norma, entendiéndose dentro de aquellas la *“paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo”*.

En ese sentido, la LPCL contempla la posibilidad de despedir a los trabajadores que incurran en estas modalidades irregulares de huelga; así, en los literales a), b) y f) del artículo 25, se habilita el despido ante la reiterada realización paralización intempestiva de labores, la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento, y toma de rehenes y locales.

V. LÍMITES AL DERECHO DE HUELGA

Como se ha señalado en líneas anteriores indiscutiblemente la huelga es un derecho fundamental, cuya importancia resulta esencial para la defensa de los derechos de los trabajadores, no obstante, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto; y ello se desprende desde el propio artículo 28, inciso 3 de la Constitución, en la que se expresa que la ley deberá señalar las limitaciones del derecho a la huelga.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del Expediente N° 008-2005-PI/TC, expone que *“la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos”* (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 40).

Ahora bien, atendiendo a que el ordenamiento peruano reconoce un modelo estático de la huelga, este derecho cuenta con limitaciones internas como externas.

1. Límites internos

De acuerdo con Arce (2009), los límites internos son aquellos que surgen de la propia definición del concepto de huelga; así, aquello que no coincida con la definición, no será considerado como una huelga. Asimismo, será necesaria una

clasificación adicional de límites internos subjetivos (quiénes tienen reconocido el derecho a la huelga) y límites internos objetivos (requisitos constitucionales o legales que condicional al derecho a la huelga).

2. Límites externos

Estos límites implican la existencia de otros derechos o intereses con fundamento constitucional que restringen o prohíben el derecho a la huelga; dentro de ellos, se encuentra el abuso de derecho, la declaración de estado de emergencia y la confrontación con otro derecho constitucional (Arce 2009).

VI. CALIFICACIÓN DE LA HUELGA

El TUO de la LRCT contempla en el artículo 73 cuales son los requisitos formales para iniciar una huelga², además de los requisitos formales, el proceso para iniciar la huelga consiste en la comunicación dirigida a la Autoridad de Trabajo (MTPE) con una anticipación de 5 días hábiles o de 10 días hábiles tratándose de servicios públicos esenciales señalando el ámbito de la huelga, el motivo, su duración, el día y hora fijados para su iniciación.

En la comunicación al MTPE que hace el sindicato debe constar la Declaración Jurada del Secretario General y del dirigente de la organización sindical. La cual es aprobada por la asamblea del sindicato, específicamente para tal efecto.

En el caso de servicios esenciales o indispensables, deberá indicarse la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando.

El sindicato debe entregar: 1. Copia del Acta de asamblea, acompañada de declaración jurada acerca de su autenticidad; 2. Copia del Acta de Votación.

2 Artículo 73.- Para la declaración de huelga se requiere: a) Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos. b) Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen los estatutos y que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito. El acta de asamblea deberá ser refrendada por Notario Público o, a falta de éste, por el Juez de Paz de la localidad. Tratándose de sindicatos de actividad o gremio cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión será adoptada en asamblea convocada expresamente y ratificada por las bases. c) Que sea comunicada al empleador y a la Autoridad de Trabajo, por lo menos con cinco (5) días útiles de antelación o con diez (10) tratándose de servicios públicos esenciales, acompañando copia del acta de votación. d) Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje.

Con todo ello, se inicia el procedimiento enviando la solicitud a la Oficina de Atención al ciudadano y gestión documentaria, la cual derivará a la autoridad competente para resolver: Director de prevención y solución de conflictos. Luego, la apelación lo resolverá el Director Regional de trabajo y promoción del empleo de Lima Metropolitana.

La Autoridad de Trabajo deberá pronunciarse sobre la procedencia de la huelga luego de 3 días hábiles.

1. Huelga legal

En caso de ejercerse la medida conforme a Ley, estaremos frente a una huelga legal que implicará una especie de suspensión perfecta del contrato de aquellos trabajadores comprendidos en la medida (no se prestarán servicios y no se pagarán remuneraciones). Ello según lo dispuesto en el artículo 77, literales a) y b) de la LRCT.

Por otro lado, tenemos la huelga improcedente y la huelga ilegal, de la Lectura del TUO de la RLCT se entiende que la calificación de la improcedencia de una huelga y su calificación de ilegalidad son supuestos distintos.

2. Huelga improcedente

Respecto al primer supuesto, la declaración de improcedencia sucederá si no cumple con los requisitos detallados en líneas precedentes, esta improcedencia permite al sindicato ejercitar su derecho de impugnación de la decisión de improcedencia, esto con la finalidad de acceder a un ente superior que revise su petición de huelga conforme a los requisitos que exige el TUO de la RLCT.

3. Huelga ilegal

El segundo supuesto, se produce cuando el ente competente se encuentra en posición de declarar la ilegalidad de la huelga, bajo los supuestos que el artículo 84 del TUO de la RLCT.

La huelga podrá ser declarada ilegal en los casos en que (i) se lleva a cabo, pese a no haber sido declarada improcedente; (ii) se produce violencia sobre personas o bienes con ocasión de la huelga; (iii) se incurre en alguna de las denominadas “modalidades irregulares” previstas en el artículo 81 del TUO de

la LRCT; (iv) se incumple la cobertura de los servicios mínimos o de mantenimiento; o (v) la huelga no se levanta después de notificado el laudo o resolución que pone fin a la controversia.

Para declarar la huelga ilegal, esta podrá ser realizada a pedido de parte o de oficio por parte de la Autoridad de Trabajo, dentro de los días de producidos los hechos (artículo 84 del TUO de la LRCT).

VII. SANCIONES ANTE LA PARALIZACIÓN DE LABORES DECLARAS IMPROCEDENTES O ILEGALES

El fundamento del poder de dirección del empleador se encuentra en el artículo 59 de la Constitución³, en tal virtud, le corresponde al empleador organizar y dirigir su empresa a fin de lograr sus objetivos y para ello goza del poder de dirección, esto es, la facultad de sancionar las faltas del trabajador en el desempeño de sus funciones, faltas que perjudican el normal desarrollo de la producción, de los servicios o las relaciones de trabajo.

El poder de dirección es el instrumento a través del cual el empleador hace efectivo su derecho de disposición sobre la actividad laboral del trabajador, organizándola y dirigiéndola hacia la consecución de los objetivos perseguidos por él en cada momento. (Sanguineti, 2013, p. 124).

En esta línea el poder de dirección comprende una pluralidad de facultades que tiene el empleador para el funcionamiento de su empresa, es decir, para su organización económica, técnica y funcional. Por ello, se puede afirmar que el empleador tiene las siguientes facultades: (i) facultad de dar órdenes, impartir instrucciones y trazar directivas, (ii) facultad de legislar en el seno de la empresa, **(iii) facultad de imponer sanciones disciplinarias**, y, (iv) diversas facultades o derechos reconocidos al empleador como necesarios para conducir la empresa (control, ordenar la empresa, variar las condiciones de trabajo).

La potestad sancionatoria del empleador se materializa a través de la aplicación de una sanción disciplinaria que tiene tal fuerza incluso que es capaz de afectar la situación jurídica del trabajador (en el caso de incurrir en faltas graves se pueden incluso sancionar con el despido).

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

La falta laboral constituye un incumplimiento de las obligaciones que, *“en su condición de trabajador, están previstas o son propias de la relación laboral sin importar la fuente de las obligaciones: los deberes pueden provenir de un contrato de trabajo, política o reglamento empresarial, las normas legales, convenios colectivos, etcétera o inclusive puede sustentarse en un genérico deber de buena fe”* (Toyama, 2009, p. 125).

Sobre la potestad sancionadora del empleador respecto a trabajadores que acatan una huelga declarada improcedente sin pronunciamiento definitivo de ilegalidad, el Informe 150-2018-MTPE/2/14.1 precisó lo siguiente:

“Como se aprecia, la obligación de retorno al centro de labores se origina a raíz de un pronunciamiento firme en sede administrativa sobre la ilegalidad de la huelga y el correspondiente llamado del empleador a retornar las labores; en este contexto, que la comunicación de huelga tenga o no una clasificación previa de improcedencia no resulta relevante para efectos de determinar la obligación de retorno de los trabajadores”. (Ministerio de Trabajo, 2018, fundamento 1).

En este punto, se entiende que solo podrá sancionarse bajo el supuesto de abandono del cargo injustificadamente cuando estas inasistencias de parte del trabajador sucedan después de la declaración de ilegalidad. Continúa el informe explicando:

“[...] una suspensión disciplinaria del trabajador (o “cese temporal”, como denomina el administrado) por ausentarse días que corresponde a una huelga improcedente aún no declarada ilegal de manera firme excede la potestad sancionadora del empleador”. (Ministerio de Trabajo, 2018, fundamento 3).

A pesar de ello, la Corte Suprema mediante la Casación Laboral N° 25646-2017- Arequipa, de fecha 08 de agosto de 2019, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, emitió con carácter de doctrina jurisprudencial, el siguiente criterio:

La paralización de labores realizada por una organización sindical a pesar de que la Autoridad Administrativa de Trabajo, en forma previa declaró improcedente su materialización, acarrea la correspondiente responsabilidad disciplinaria para sus autores, sin perjuicio del descuento de las remuneraciones por los días no laborados. En ningún caso la medida disciplinaria a aplicarse a los huelguistas podrá ser el despido. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, considerando décimo segundo)

La Corte Suprema ratificó el criterio anterior mediante Casación Laboral N° 22596-2018- Lambayeque, de fecha 09 de setiembre de 2021, emitiendo con carácter de doctrina jurisprudencial lo siguiente:

1. La huelga materializada a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo, en forma previa declaró su improcedencia, acarrea la correspondiente responsabilidad disciplinaria para sus autores por los días de inasistencia al trabajo.
2. La huelga realizada a pesar de que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha declarado su ilegalidad, solo acarrea responsabilidad disciplinaria por los días de inasistencias al trabajo; siempre y cuando el empleador haya emplazado colectivamente a los trabajadores mediante cartelón o medio análogo colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de labores bajo fe notarial o a falta de notario, bajo constatación policial. Los días de inasistencias injustificadas se computan desde el día siguiente del emplazamiento.
3. El ejercicio del derecho de huelga constituye una suspensión perfecta del contrato de trabajo, por lo tanto, durante el período de paralización de labores no existe obligación por parte del trabajador de prestar servicios ni del empleador de abonar remuneraciones.
4. Tratándose de la materialización de huelgas improcedentes o ilegales en ningún caso el empleador podrá aplicar a los trabajadores la medida disciplinaria de despido. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2021, considerando octavo)

Con estas sentencias que son de cumplimiento obligatorio para todas las instancias judiciales, como establece el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en resumen, se establece que:

- Si la Autoridad Administrativa de Trabajo ha declarado una huelga como improcedente, pero los trabajadores la ejecutan, estos tienen responsabilidad disciplinaria en función de los días de inasistencia.
- Si la Autoridad Administrativa de Trabajo ha declarado una huelga como ilegal, la responsabilidad disciplinaria por inasistencias se considerará desde el día siguiente del requerimiento colectivo que realice el empleador a los trabajadores para que reanuden sus labores, mediante cartelón u otro medio análogo colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de labores.

- Así estemos ante una huelga improcedentes o ilegal, en ningún caso el empleador podrá aplicar el despido como medida disciplinaria para los trabajadores.

VIII. COMENTARIOS A LAS DOCTRINAS JURISPRUDENCIALES: CASACIÓN LABORAL N° 25646-2017-AREQUIPA Y CASACIÓN LABORAL N° 22596-2018- LAMBAYEQUE.

La Corte Suprema a través de estas doctrinas jurisprudenciales ha considerado que ejecutar una huelga improcedente o ilegal puede ser objeto de sanciones menores, decisión compatible con reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, específicamente las siguientes:

- Expediente N° 02987-2017-PA/TC-Arequipa, el Tribunal Constitucional rechazó una demanda de amparo presentada para invalidar las sanciones menores que se habían impuesto al ejecutar una huelga que fue declarada improcedente. En base a lo siguiente:
 8. Así, a través del derecho a la huelga, los trabajadores se encuentran facultados para desligarse de manera temporal de sus obligaciones jurídico- contractuales, a efectos de lograr la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación con ciertas condiciones socioeconómicas o laborales. La huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de determinados fines ligados a las expectativas e intereses de los trabajadores, y se ejerce cuando se ha agotado previamente la negociación directa con el empleador.
 9. No obstante lo señalado anteriormente, se debe precisar que el derecho a la huelga no es absoluto y su ejercicio puede ser limitado por la ley, a fin de que dicho derecho se ejerza en armonía con el interés público, en la medida en que la huelga no es un derecho absoluto sino regulable.
 23. Por ello, el Auto Directoral (...) que resuelve declarar ilegal la paralización de labores efectuada por el sindicato recurrente, fue expedido luego de haber declarado improcedente la huelga; esto es, conforme a ley.
 24. Teniendo en cuenta ello, las cartas expedidas por la empresa demandada (...) por las cuales se amonesta a los trabajadores que hicieron efectiva la paralización (...) fueron efectuadas conforme a ley. (Tribunal Constitucional, 2020, fundamentos 8, 9, 23 y 24).

- Expediente N° 03692-2017PA/TC-Arequipa, el máximo intérprete de nuestra constitución decidió declarar infundada la demanda de amparo presentada por el Sindicato, contra las sanciones menores y advertencias de sanción que realizó la Empresa ante la ejecución de una huelga que fue declarada improcedente.

En este caso, el mismo Tribunal Constitucional citó la doctrina jurisprudencial contenida en la Casación Laboral N° 25646-2017-Arequipa, pues el amparo derivaba de los mismos hechos que fueron analizados en la doctrina jurisprudencial, dándole validez a dicho criterio de la Corte Suprema. (Tribunal Constitucional, 2021, fundamento 12).

En este punto, es claro que tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, ha validado la imposición de sanciones menores derivadas de huelgas improcedentes o ilegales, no obstante, parecería que prohíben el despido, pudiéndose interpretar que el despido no cabría en ningún caso dando así protección a este tipo de huelgas.

Más allá de lo dispuesto por la Corte Suprema en las doctrinas jurisprudenciales señaladas anteriormente, considero que debe ser analizado en función en cada caso específico, debiendo compatibilizarse con las normas que legitiman iniciar un procedimiento disciplinario por faltas graves, luego de que la resolución de ilegalidad de la huelga sea firme y el empleador requiera a los trabajadores el retorno a las labores.

Así lo considera también Vinatea y Trelles al sostener que *"consideramos que en ningún momento se ha referido a hechos distintos a las inasistencias en días de huelga (como el ejercicio de actos de violencia), o que pueden ocurrir luego del término del procedimiento de huelga, y que podrían configurar una falta grave"*. (Vinatea y Trelles, 2021)

Supongamos que estamos frente a un trabajador que no asiste a laborar pese a que la Autoridad Administrativa de Trabajo declaró la ilegalidad de la huelga y que el empleador hizo el requerimiento indicado para que retorne a laborar, de conformidad con el artículo 39 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, en este caso las inasistencias del trabajador se consideran injustificadas, por su parte, según el artículo 25, inciso h, del Decreto Supremo N° 003-97-TR, existen faltas graves relacionadas con las inasistencias injustificadas, como el abandono del puesto

de trabajo por más de tres días consecutivos. ¿La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema acaso prohibiría el despido al trabajador que incurra en este supuesto? Soy de la opinión que ello no debería ser así.

Esto nos demuestra que es necesario, que más allá del criterio establecido por la Corte Suprema, es necesaria una evaluación caso por caso para poder evaluar la aplicación de un despido por falta grave.

IX. CONCLUSIONES

- La huelga es una herramienta fundamental para los trabajadores en su lucha por mejores condiciones laborales y socioeconómicas. Este derecho está respaldado tanto por la legislación nacional como por instrumentos internacionales que promueven la libertad sindical y la protección de los derechos laborales.
- En el Perú, la huelga está definida legalmente como una suspensión colectiva, voluntaria y pacífica del trabajo con abandono del centro laboral, y debe ser acordada mayoritariamente por los trabajadores.
- Existen diferencias claras entre huelgas legales, improcedentes e ilegales. Una huelga legal cumple con todos los requisitos formales y se considera una suspensión perfecta del contrato de trabajo. Una huelga improcedente no cumple con los requisitos formales, pero no ha sido declarada ilegal, mientras que una huelga ilegal se lleva a cabo a pesar de una declaración formal de improcedencia o ilegalidad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo
- Los trabajadores que participan en huelgas declaradas improcedentes o ilegales pueden ser sujetos a responsabilidad disciplinaria.
- La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema reconoce, por un lado, que la huelga es un derecho fundamental de ejercicio condicionado, de forma tal que, al materializarse a pesar de su improcedencia, puede ser objeto de responsabilidad disciplinaria.
- Sin embargo, estas decisiones jurisprudenciales vinculantes para todas las instancias judiciales reconocen que la imposición de la sanción de despido por la mera ejecución de una huelga improcedente

puede suponer la limitación del ejercicio legítimo de este derecho, por lo que prohíbe este tipo de sanción.

- Aunque la Corte Suprema parecería sugerir que no cabría el despido en ningún caso, considero que, interpretado de la mano con cada específico, debiendo compatibilizarse con las normas que legitiman iniciar un procedimiento disciplinario por faltas graves.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARCE, Elmer (2009) "Límites internos y externos al derecho de huelga". En SANGUINETI, Javier. *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, p. 383-396.
- ARÉVALO, Javier. (2022). "La huelga en el derecho laboral peruano". Revista de Derecho Procesal del Trabajo, 5 (5), 15-49. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/rdpt/article/view/586/756>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2021). Opinión Consultiva OC-27/21. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. San José: 5 de mayo de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Casación Laboral N° 25646-2017-Arequipa. Lima: 8 de agosto de 2019. <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletín-nvnet/ar-web/Cas.Lab.25646-2017-Arequipa.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2021). Casación Laboral N° 22596-2018-Lambayeque. Lima: 09 de setiembre de 2021. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Casacion-laboral-22596-2018-Lambayeque-LPDerecho.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2003). Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Lima: 05 de octubre de 2003. http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/normasLegales/DS_010_2003_TR.pdf
- Ministerio de Trabajo Informe 150-2018-MTPE/2/14.1 (2018). Lima: 26 de octubre de 2018. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320605/IF-150-2018-MTPE-2-14.1.pdf?v=1560378058>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2022). Decreto Supremo N° 014-2022-TR, que Modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N°011-92-TR. Lima: 23 de julio de 2022. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2089488-1>

- NEVES, Javier (2016) *“Derecho colectivo del trabajo: un panorama general”*. Lima: Palestra.
- SANGUINETI, Wilfredo (2013) *“Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas”*. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley, p.124.
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente N° 005-2008-PI/TC-Lima. Lima: 04 de setiembre de 2009. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00005-2008-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente N° 00026-2007-PI/TC. Lima: 28 de abril de 2009. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00026-2007-AI.html>
- Tribunal Constitucional (2020). Expediente N° 02987-2017-PA/TC-Arequipa. Lima: 27 de octubre de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02987-2017-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional (2021). Expediente N° 03692-2017-PA/TC-Arequipa. Lima: 08 de junio de 2021. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/03692-2017-AA.pdf>
- TOYAMA, Jorge. (2009): “El despido disciplinario en el Perú” en *Ius et Veritas*, núm. 38 (2009), págs. 120-154.
- VINATEA, Luis y TRELLES, Arturo (2021) *“Sanción ante las paralizaciones de labores declaradas improcedentes”*. En LP: pasión por el derecho. <https://lpderecho.pe/sancion-ante-las-paralizaciones-de-labores-declaradas-improcedentes/>

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA FRENTE A LAS SANCIONES LABORALES POR HUELGAS IMPROCEDENTES. REFLEXIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

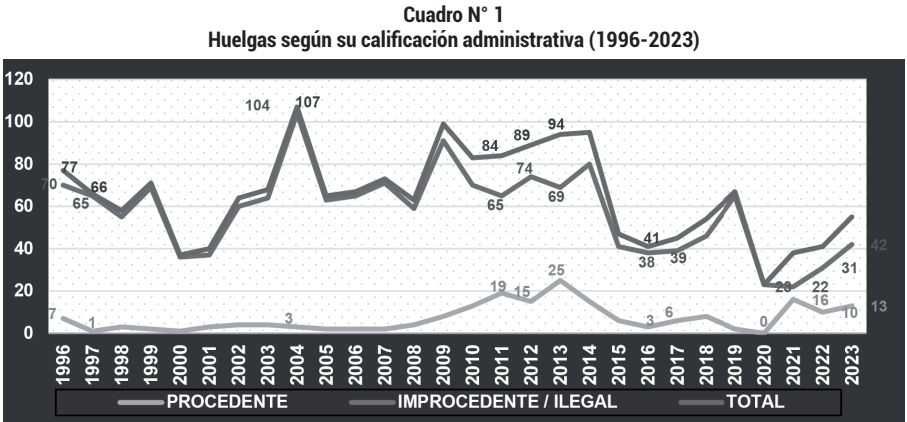
VÍCTOR RENATO SARZO TAMAYO

Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha laborado en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo como Director de Normativa de Trabajo (2013-2021) y en la Contraloría General de la República como Supervisor de Asesoría Jurídica (2021-agosto 2024). Autor de los libros "La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el ordenamiento jurídico peruano" (2014) y "Pragmática del control sobre el derecho a la huelga: análisis de la regulación legal y administrativa" (2021), así como de diversos artículos en materia laboral, tales como "El Derecho a la remuneración puesto a prueba: análisis de la intervención unilateral del empleador en el salario en tiempos de pandemia" (2022) y "La ilegalidad de la huelga derivada de un arbitraje potestativo del empleador" (2024). Profesor de la PUCP en los cursos de pregrado (cursos Derecho Laboral Especial y Derecho Colectivo del Trabajo) y posgrado (curso Derecho Constitucional Laboral).

I. INTRODUCCIÓN

En la legislación peruana, el ejercicio del derecho de huelga se sujeta a una doble calificación administrativa: improcedencia e ilegalidad. Baste decir en esta parte inicial de la investigación que la calificación de improcedencia hace referencia al incumplimiento, por parte de los trabajadores o la organización sindical, de los requisitos formales establecidos para realizar la medida de presión. Por su parte, la calificación de ilegalidad generalmente sucede cuando los trabajadores paralizan sus labores pese a que la huelga fue declarada previamente improcedente.

De acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en nuestro país, la regla son las huelgas improcedentes, y la excepción, las huelgas procedentes, es decir, aquellas que cumplen con los requisitos formales para poder ser ejercidas.



Nota: Elaboración propia con datos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (s.f.). *Anuarios estadísticos*.

De acuerdo con el Cuadro N° 1, la relación de correspondencia entre el número total de huelgas y el número de huelgas improcedentes es evidente. Sin embargo, la presente investigación no tratará sobre las causas que explican dicha situación, materia que ya fue abordada en otra obra (Sarzo, 2021); sino

más bien, nos dedicaremos a analizar la constitucionalidad de las sanciones que los empleadores vienen aplicando a los trabajadores huelguistas por los días de inasistencia al trabajo posteriores a la declaración de improcedencia de la huelga.

A tal efecto, nuestro punto de partida será la configuración constitucional del derecho de huelga desde el estándar internacional de protección de los derechos humanos. Con base en este parámetro evaluaremos, además, los criterios divergentes que sostiene la Corte Suprema de Justicia de la República, tanto a favor como en contra de las sanciones laborales contra los trabajadores por acatar huelgas improcedentes. Sin más, empecemos esta tarea.

II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA

1. El derecho de huelga como derecho humano

El artículo 28 de la Constitución Política señala en su parte inicial que “[e]l Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático”. Asimismo, el numeral 3 de la citada disposición establece que el Estado “[r]egula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”. Como se puede advertir, el artículo 28 de la Constitución Política no brinda ningún alcance sobre el contenido del derecho de huelga; eso sí, con una evidente lógica de control, señala que su ejercicio – cualquiera sea la configuración del derecho – debe ser democrático, compatible con el interés social y sujeto a restricciones.

En tal sentido, para determinar cuál es el contenido constitucional del derecho de huelga, resulta importante remitirnos a los tratados sobre derechos humanos que regulan a este derecho, en virtud de la Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Constitución Política, por la cual el derecho de huelga debe interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Tal como señala Castillo, “el contenido constitucional de los derechos de la persona en el sistema peruano se define tomando en consideración tanto la norma constitucional como la norma internacional” (2005, p. 74).

Siendo esto así, conviene señalar que, en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) de la Organización internacional del

Trabajo (OIT) reconoce de manera tácita el derecho de huelga en el numeral 1 de su artículo 3, cuando establece que “[l]as organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de (...) organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en el numeral 1 de su artículo 8 que “[l]os Estados Partes (...) se comprometen a garantizar: (...) d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.

Asimismo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Carta de la Organización de los Estados Americanos señala en el literal c) de su artículo 45 que los trabajadores y empleadores “(...) tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, (...) todo de conformidad con la legislación respectiva”. Finalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el numeral 1 de su artículo 8 que “[l]os Estados Partes garantizarán: (...) b. El derecho a la huelga”.

De este repaso de la normativa internacional vinculante para el Perú se desprende una primera conclusión: al estar reconocido en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el derecho de huelga tiene la categoría de *derecho humano*. A esta significación, que Pérez la califica como *descriptiva* (1991, p. 47) puede, desde luego, sumarse una connotación mucho más sustantiva.

En efecto, tal como el citado autor sostiene, los derechos humanos pueden ser definidos como un “*conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*” (Pérez, 1991, p. 46). Pues bien, desde esta perspectiva, queda completamente clara la pertenencia del derecho de huelga al catálogo de derechos humanos, ya que, en definitiva, la huelga es el mecanismo de presión más potente empleado por los trabajadores para proteger su dignidad como personas en el marco de una relación laboral. La propia génesis del Derecho del Trabajo, de naturaleza tuitiva a favor del trabajador, encuentra su explicación en las huelgas del movimiento obrero del siglo XIX, en protesta contra un sistema capitalista industrial caracterizado por la deshumanización de la persona del trabajador, quien estaba sometido a jornadas extenuantes, trabajos insalubres,

salarios de subsistencia, entre otras condiciones deplorables (Sanguinetti, 1996, pp. 149-150).

Una segunda conclusión que puede desprenderse de los instrumentos internacionales citados es que la huelga no solo es un derecho que se reconoce, sino además es un derecho cuyo ejercicio se *garantiza*. Al respecto, la obligación de garantizar el ejercicio de un derecho humano ha sido explicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la siguiente manera:

La segunda obligación de los Estados es la de “garantizar” el **libre y pleno** ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] a toda persona sujeta a su jurisdicción [incluido el ejercicio del derecho de huelga conforme al artículo 26 de la Convención]. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de **asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos**. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta [sic] **la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos** (CIDH, 2021, párrafo 108 [negrita nuestra]).

De esta manera, son dos los componentes que informan la garantía del ejercicio del derecho de huelga: libertad y plenitud. Así, por una parte, en virtud del libre ejercicio del derecho de huelga, el Estado (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) debe adoptar todas las acciones que correspondan (legislativas, administrativas y cualquier otra índole) para asegurar que, en la realidad, los trabajadores y las organizaciones sindicales no se vean impedidos de recurrir a dicho mecanismo de presión cuando resulte necesario; y, de otro lado, en virtud del ejercicio pleno del derecho de huelga, las restricciones que se apliquen a dicho derecho solo debieran ser las estrictamente indispensables para salvaguardar la vigencia de otros derechos humanos.

Hasta aquí, queda claro que la delimitación constitucional del derecho de huelga parte por entenderlo como un derecho humano cuyo ejercicio libre

y pleno debe ser garantizado por el Estado. Sin embargo, nada hemos dicho sobre la definición del derecho de huelga; y es que, en realidad, ninguna norma internacional vinculante para nuestro país llega a conceptualizar dicho derecho de modo expreso. En la sección siguiente, trataremos de definir, desde una perspectiva constitucional, al derecho de huelga.

2. Concepto constitucional de huelga

La configuración constitucional del derecho de huelga no puede limitarse a los datos que puedan brindar las respectivas normas constitucionales e internacionales, especialmente cuando dichas normas tienen más la estructura de principios antes que de reglas compuestas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Por ello, conviene recurrir ahora a la interpretación que el Comité de Libertad Sindical – órgano de control de la OIT – ha realizado sobre las normas internacionales del trabajo, especialmente, sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

El recurso a los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT para brindar una definición constitucional del derecho de huelga no es baladí. Contrariamente a la consideración de *soft law* que el Tribunal Constitucional les ha atribuido en su Sentencia de fecha 28 de abril de 2009 recaída en el expediente N° 00026-2007-PI/TC (fundamento 21), consideramos que, siguiendo a Beaudonnet, dichos pronunciamientos son de observancia obligatoria para el Estado peruano por las siguientes razones: i) dichos pronunciamientos constituyen una interpretación autorizada de los convenios internacionales del trabajo en materia de libertad sindical, dada la especialización que tiene el Comité de Libertad Sindical en esta materia, conforme a sus funciones de control normativo; ii) el cumplimiento de buena fe de las normas internacionales por el Estado peruano, conforme al artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, implica observar los convenios internacionales del trabajo de acuerdo al sentido de los mismos establecido por el Comité de Libertad Sindical; y iii) mientras el Estado Peruano, de acuerdo al artículo 2 de la Constitución de la OIT, no recurra a la Corte Internacional de Justicia para definir el sentido de un convenio internacional del trabajo, está aceptando tácitamente la interpretación del mismo realizada por el Comité de Libertad Sindical (2006, pp. 960-961).

En este contexto, resulta pertinente indicar que, para el Comité de Libertad Sindical, la huelga consiste, por lo general, en “una interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores” (2018, párrafo 783). Desde esta perspectiva, la prohibición de las clásicamente denominadas huelgas irregulares (paralización intempestiva, trabajo a ritmo lento o bajo reglamento, ocupación de la empresa, entre otras) sólo deberían justificarse “en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica” (2018, párrafo 784).

Por lo tanto, si el artículo 28 de la Constitución Política no señala expresamente un concepto restringido de huelga, no advertimos razón suficiente para que el contenido constitucional del derecho de huelga tenga que prescindir de una definición amplia que alcance a las distintas formas colectivas de alteración del trabajo con motivo de protesta, en consonancia con la interpretación del Comité de Libertad Sindical que acaba de citarse. Esta idea, por lo demás, encuentra respaldo si reparamos en que el contenido constitucional de los derechos humanos también se delimita en función a lo que Martínez-Pujalte denomina *criterios extrasistemáticos*. En efecto, como indica dicho autor, “los datos que la Constitución ofrece pueden no bastar (...) para discernir de modo preciso esas acotaciones de los ámbitos de protección jurídica [de los derechos]”, por lo que debe acudir a otros criterios externos a la propia Constitución como “las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho” (2005, p. 109).

Siendo esto así, la doctrina, como fuente del Derecho que recoge las ideas y convicciones de los juristas, es uno de los criterios externos que se debe tener en cuenta para delimitar el contenido constitucional del derecho de huelga. En tal sentido, corresponde citar a Ermida, quien al plantear la discusión sobre si la huelga debiera ser entendida como una paralización continua o discontinua de labores, o incluso como la alteración de la prestación normal del trabajo, termina señalando que “todas son formas de huelga y que, en cuanto son formas de huelga, y la Constitución [de Uruguay] no distingue, no habría que hacer una distinción donde el texto superior no lo hace” (2012, p. 33).

Por lo tanto, para la configuración constitucional del derecho de huelga, el concepto de huelga debe ser entendido de manera amplia, y no restringida. En tal sentido, siguiendo a Ermida, la huelga debería definirse a través de los

siguientes tres caracteres: “1) omisión de trabajar, continua o ininterrumpida [sic], o alteración del trabajo; 2) con una voluntad de reclamo o protesta; y 3) de carácter colectivo” (2012, p. 35). Desde esta perspectiva, discrepamos del Tribunal Constitucional, que en su Sentencia de fecha 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC (fundamento 40), define a la huelga, con base en normativa infraconstitucional, como una paralización colectiva de labores con abandono del centro de trabajo.

3. Significación constitucional de los límites al derecho de huelga

Considerando las disposiciones internacionales antes citadas, conviene indicar que, según el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las limitaciones a los derechos humanos deben tener “el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática” y venir “determinadas por ley”. Por su parte, el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales agrega que tales limitaciones legales a los derechos son posibles “en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.

Por lo tanto, en tanto derecho humano, únicamente es posible sostener la constitucionalidad de las restricciones al derecho de huelga siempre que la limitación persiga el bienestar general en una sociedad democrática y no desnaturalice o vacíe de contenido al citado derecho. Asimismo, la restricción debe estar contenida en una *ley*. Al respecto, el término *ley* empleado en las disposiciones internacionales que regulan la restricción de los derechos humanos no puede entenderse como sinónimo de *cualquier norma jurídica*, pues tal generalidad sería contradictoria con la propia naturaleza de los derechos humanos como *límites al poder público*.

Sobre el particular, a propósito del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sujeta las restricciones de los derechos reconocidos en dicha norma a las “leyes que se dictaren por razones de interés general”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la ley que restringe derechos debe tratarse de una ley en sentido formal, esto es, dictada por el Poder Legislativo en tanto depositario de la representación popular, lo cual dotaría de legitimidad a la limitación:

A través de este procedimiento [ley adoptada por el Poder Legislativo] no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. (...) En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión **leyes**, utilizada en el artículo 30 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general (1986, párrafos 22 y 26).

Si bien la interpretación realizada por la CIDH ha recaído en los alcances del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta aplicable para comprender el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que igualmente sujeta la restricción de los derechos humanos, entre ellos, el derecho de huelga, a las “leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática”¹. Asimismo, si bien la citada corte no tiene competencia directa para interpretar los alcances del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no advierto razones para entender el término *ley* empleado en el artículo 4 de esta norma de una manera distinta.

De esta forma, la huelga, entendida como la omisión o alteración colectiva del trabajo con ánimo de protesta, es un derecho humano cuyo ejercicio libre y pleno exige que las limitaciones al citado derecho deben ser las estrictamente necesarias para preservar el bienestar general; asimismo, tales limitaciones deben estar revestidas de una formalidad cualificada, es decir, estar reguladas en leyes emitidas por el Poder Legislativo.

1 Por lo demás, no debe perderse de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce, entre otros derechos económicos, sociales y culturales, al derecho de huelga (2021, párrafo 106); por lo que, inclusive, el artículo 30 de la citada convención, interpretado en sus alcances por el referido órgano jurisdiccional, también resulta directamente aplicable para exigir que las restricciones al derecho de huelga estén contenidas en leyes formales, esto es, emitidas por el Poder Legislativo.

III. LAS RESTRICCIONES LEGALES AL DERECHO DE HUELGA: ANÁLISIS DE LA DOBLE CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE SU EJERCICIO

En esta investigación, no vamos a estudiar la clásica restricción al derecho de huelga consistente en el establecimiento de servicios mínimos cuando la huelga afecte un servicio esencial o una actividad indispensable del empleador, pues dicha materia no es pertinente para nuestro análisis. Antes bien, nos dedicaremos al análisis de otra restricción al ejercicio del derecho de huelga, consistente en su calificación jurídica previa, a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, para que la huelga pueda realizarse *conforme a ley*, de acuerdo con las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUO de la LRCT), aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR y el Reglamento de dicha ley (RLRCT), aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR.

1. Las calificaciones de improcedencia e ilegalidad del ejercicio del derecho de huelga

En nuestro país, una restricción al libre y pleno ejercicio del derecho de huelga consiste en una evaluación previa de su ejercicio a cargo de un órgano que no es independiente, como es la Autoridad Administrativa de Trabajo². Esta evaluación previa se sujeta a la calificación administrativa de improcedencia de la huelga.

Para que el ejercicio de huelga pueda ser declarado procedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo, en esencia, la medida de fuerza debe haber sido comunicada formalmente al empleador y a la autoridad con suficiente antelación (preaviso), estar precedida de una voluntad colectiva (aprobación en asamblea), venir acompañada de una relación de trabajadores que se encargarán de los servicios mínimos (cuando la huelga afecte servicios esenciales o actividades indispensables del empleador) y, finalmente, basarse en la defensa de derechos o intereses profesionales o socioeconómicos de los trabajadores. A ello, se agrega la presentación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de una declaración jurada del Secretario General de la organización sindical, por la cual afirme que la medida de fuerza se ha adoptado conforme a las reglas del

2 A diferencia del Poder Judicial, la Autoridad Administrativa de Trabajo se encuentra sujeta a las presiones e intereses de cada una de las partes en conflicto y, de ser el caso, al interés del poder político de turno en alguna huelga en particular.

correspondiente estatuto sindical. La documentación correspondiente a estos requisitos se presenta ante la Autoridad Administrativa de Trabajo y da lugar al inicio de un procedimiento administrativo. (TUO de la LRCT, artículo 73; RLRCT, artículo 65).

Como se puede observar, el análisis sobre la procedencia de una huelga es un análisis de naturaleza formal, pues únicamente se basa en la evaluación del cumplimiento de requisitos. En esa línea, Pasco Cosmópolis enseña que “[c]uando la huelga no cumple con los requisitos de forma, es declarada *improcedente* por la Autoridad de Trabajo” (1996, p. 216).

Cuestión distinta sucede con la calificación de ilegalidad del ejercicio del derecho de huelga. En efecto, una huelga es considerada ilegal cuando incurre en violencia, o cuando los huelguistas ponen en riesgo a la comunidad o a la propia empresa al no ocupar los servicios mínimos correspondientes, o cuando la medida de presión continúa luego de la solución del conflicto. A estas causas de ilegalidad de la huelga, habría que agregar otras dos igual de relevantes: i) cuando la huelga no consiste en una paralización ininterrumpida con abandono del centro de trabajo, sino en cualquier otro tipo de alteración del trabajo (huelga irregular); y ii) cuando la huelga se ejecuta no obstante haber sido declarada previamente improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo (TUO de la LRCT, artículo 84).

De lo expuesto, queda claro que la calificación de ilegalidad del ejercicio del derecho de huelga no es previa, sino posterior a la realización de la medida de fuerza; además, no se basa en una mera constatación del cumplimiento de requisitos, como sucede con la calificación de improcedencia, sino en una evaluación del desarrollo de la huelga. En tal sentido, “[m]ientras la improcedencia de una huelga hace referencia al mero incumplimiento de los requisitos legales para realizar la medida de fuerza, la ilegalidad alude a motivos de mayor envergadura, como la inobservancia de una decisión administrativa previa o la afectación del interés público, por ejemplo” (Sarzo, 2021, pp. 60-61).

De las diferencias anotadas entre la *improcedencia* y la *ilegalidad* del ejercicio del derecho de huelga, surge una constatación difícilmente soslayable: las calificaciones de improcedencia e ilegalidad no pueden tener la misma consecuencia jurídica en nuestro ordenamiento. Asimismo, en tanto son expresiones de una calificación administrativa a cargo de un órgano no independiente, y por tanto, expresiones de una restricción al derecho de huelga, la garantía del libre y pleno

ejercicio del citado derecho, dada su condición de derecho humano, impone una interpretación restrictiva sobre las causas que dan lugar a la improcedencia o a la ilegalidad de la medida de fuerza.

2. El problema jurídico de la configuración de las inasistencias injustificadas en el marco de ejercicio del derecho de huelga

En el contexto anteriormente expuesto, resulta pertinente señalar que, en efecto, la legislación interna prevé consecuencias jurídicas distintas dependiendo de si las paralizaciones de labores se desarrollan en el marco de una huelga ilegal o una huelga improcedente.

Así, cuando se trata de una huelga calificada como ilegal por la Autoridad Administrativa de Trabajo, la huelga llega a su fin (TUO de la LRCT, artículo 85, literal d) y, en consecuencia, surge la obligación de retorno de los trabajadores, una vez que la ilegalidad haya adquirido la condición de firme, y el empleador haya publicado el correspondiente aviso de retorno (RLRCT, artículo 73). Si los trabajadores no reinician sus labores, se configuran inasistencias injustificadas por los días posteriores a la declaración firme de ilegalidad de la huelga. En este punto, conviene citar lo que dispone expresamente el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR:

Artículo 39.- Los días de inasistencia injustificada en caso de huelga ilegal, se computan desde el día siguiente al requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo bajo constancia notarial o a falta de notario, bajo constancia policial, siempre y cuando la resolución que declare ilegal la huelga haya quedado consentida o ejecutoriada.

(...).

Sin embargo, cuando se trata de una paralización de labores que se desarrolla en el marco de una huelga improcedente cuya declaración de ilegalidad firme aún es incierta, el ordenamiento jurídico no prevé ni el fin de la huelga, ni la obligación de retorno de los trabajadores y menos aún contempla la configuración de inasistencias injustificadas. Esto, por lo demás, resulta lógico porque al tratarse de una evaluación de requisitos formales, la declaración de improcedencia puede revertirse en sede administrativa, lo que difícilmente sucederá con una declaración de ilegalidad que, como hemos señalado, atiende a razones propias del desarrollo de la medida de fuerza en la realidad.

En tal sentido, que el legislador no haya previsto una consecuencia expresa contra los trabajadores que acatan una huelga improcedente no es en realidad una omisión, sino más bien una opción de política legislativa que tiene en su base las diferencias sustanciales que existen entre una calificación administrativa de improcedencia y una calificación administrativa de ilegalidad.

Es cierto que puede plantearse una duda razonable sobre por qué no deberían configurarse inasistencias injustificadas en el marco de una huelga improcedente cuando el artículo 77 del TUO de la LRCT reserva la paralización de labores y la suspensión de la relación laboral a la “huelga declarada observando lo establecido en el artículo 73 [del TUO de la LRCT]”, esto es, una huelga que ha cumplido con los requisitos formales que hemos señalado antes. Sin embargo, no podríamos basar la generación de una falta laboral – inasistencia injustificada del trabajador – en una interpretación *a contrario* y aislada del artículo 77 del TUO de la LRCT, esto es, una interpretación al margen de las demás disposiciones que señalan que la huelga termina cuando es declarada ilegal y que las inasistencias injustificadas surgen a partir de la declaración de ilegalidad firme de la huelga.

Es más, debe tenerse en cuenta que, en su configuración constitucional, el derecho de huelga tiene la naturaleza de derecho humano; por lo tanto, antes de preferir una interpretación *a contrario* y aislada del artículo 77 del TUO de la LRCT, que derive en una construcción interpretativa de una falta laboral, el significado de dicho artículo debe comprenderse desde el *principio pro persona*, por la cual, se debe acudir “a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (Pinto como se citó en Medellín, 2013, p. 19).

En tal sentido, consideramos que no es posible asumir por vía interpretativa que el artículo 77 del TUO de la LRCT contiene tácitamente una prohibición de materializar huelgas improcedentes y la configuración de ausencias injustificadas por dicho motivo, pues este razonamiento implicaría que no se está adoptando la interpretación más restringida del contenido de esta disposición cuando se trata de establecer restricciones al derecho de huelga, afectándose de esta forma el principio *pro persona*.

Siendo esto así, queda claro que, en el contexto del ejercicio libre y pleno del derecho humano de huelga, y atendiendo a las distintas naturalezas jurídicas que poseen la calificación de improcedencia y la calificación de ilegalidad de

la huelga, la legislación interna ha elevado el estándar de la configuración de las ausencias injustificadas con ocasión de la medida de presión. No cualquier ausencia debe ser materia de sanción, sino aquella que sigue luego de la declaración firme de ilegalidad de la huelga y el llamado de retorno del empleador.

En este punto, seguramente el lector se preguntará ¿para qué sirve entonces la declaración de improcedencia de la huelga si los trabajadores no pueden ser sancionados por ausencia injustificada cuando acatan la paralización? La respuesta se encuentra en el literal a) del artículo 84 del TUO de la LRCT. Esta disposición señala que la huelga es ilegal cuando se materializa a pese de haber sido declarada previamente improcedente. Por lo tanto, la declaratoria de improcedencia sí tiene una función específica: servir como presupuesto para la configuración de la ilegalidad de la medida de fuerza, con las consecuencias jurídicas ya reseñadas sobre esta segunda forma de calificación administrativa. Creo que este es el sentido que habría que atribuirle a lo expresado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 20 de su Sentencia de fecha 19 de noviembre de 2014, recaída en el expediente N° 03689-2012-PA/TC, cuando al analizar la ilegalidad de una huelga previamente declarada improcedente, considera que, por dicha calificación de improcedencia, “la irregularidad de la huelga ya había sido previamente establecida”.

IV. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LAS SANCIONES LABORALES POR HUELGAS IMPROCEDENTES

A fin de sustentar nuestra crítica a este tratamiento jurisprudencial, conviene sintetizar cuál es, a nuestro entender, el contenido constitucional derecho de huelga frente a las sanciones laborales por huelgas improcedentes.

El contenido constitucional del derecho de huelga parte de la consideración de la huelga como un derecho humano, cuyo ejercicio se compone de dos garantías: libertad y plenitud. En tal sentido, si el ejercicio del derecho de huelga se sujeta a una calificación administrativa previa (improcedencia) y a una calificación administrativa posterior (ilegalidad), esta restricción debe justificarse en el bienestar general y no desnaturalizar dicho derecho. A tal efecto, la garantía de libertad impone que los requisitos administrativos para la declaración de procedencia de la huelga no deben representar en la realidad un obstáculo para el desarrollo de la medida de presión; asimismo, la garantía de plenitud determina que el final de la huelga solamente debiera estar relacionada con la declaración de

ilegalidad (no de improcedencia), pues es esta calificación administrativa la que está directamente vinculada con una evaluación del desarrollo de la medida de fuerza en la realidad y, por tanto, permite determinar en cada caso si la medida de fuerza afecta a otros derechos dignos de tutela.

Consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior es que la obligación de retorno de los huelguistas debe estar vinculada a la declaración de ilegalidad y no a la declaración de improcedencia de la huelga; por lo que la configuración de las ausencias injustificadas, en un contexto de huelga, debe basarse en aquella calificación administrativa. Finalmente, el órgano calificador de la medida de huelga debe ser un órgano independiente, distinto de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Con este parámetro de constitucionalidad, pasamos a revisar los principales criterios jurisprudenciales sobre la materia.

1. Ausencia de motivación en clave de derechos humanos

Para validar las sanciones laborales por huelgas improcedentes, la Corte Suprema de Justicia de la República ha centrado su análisis únicamente en las restricciones admisibles al derecho de huelga y no se ha detenido en la previa y necesaria delimitación del contenido constitucional del citado derecho, el cual es el parámetro de control de las citadas restricciones. Así, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, en la Casación Laboral N° 22596-2018-Lambayeque (fundamento sétimo, punto 8), ha señalado lo siguiente:

Los límites al derecho de huelga pueden ser subjetivos (por razón de las personas no prohibidas de ejercerla), objetivos (por razón de las actividades en que no pueden afectarse por ella) y procedimentales (por razón de la exigencia del cumplimiento de requisitos previos previstos en la ley para poderla materializar).

Esta Suprema Sala considera que la transgresión de los límites antes señalados constituye una conducta antijurídica que acarrea las responsabilidades y sanciones a que hubiera lugar.

Al respecto, resulta cuestionable que la Corte Suprema valide la restricción del derecho de huelga, en especial, los límites procedimentales que menciona, sin delimitar antes el contenido constitucional del citado derecho a la luz del

estándar internacional de protección de los derechos humanos. Si la Corte Suprema hubiera realizado tal ejercicio, hubiera reparado que las restricciones a los derechos humanos, como el derecho de huelga, deben encontrarse contenidas en una ley formal, ser las estrictamente necesarias para proteger el bienestar general en una sociedad democrática, interpretarse restrictivamente, y no deben desconocer el propósito o razón de ser del derecho. ¿De qué manera tales límites procedimentales cumplen con estas condiciones? Este es un aspecto que el referido órgano jurisdiccional omite analizar.

De otro lado, no cabe duda de que, por los denominados límites procedimentales, la Corte Suprema se está refiriendo a los requisitos formales para la procedencia de la huelga. Siendo esto así, ¿cuál es el sustento constitucional, esto es, desde el Derecho Internacional del Trabajo y nuestra Constitución Política, para que el citado órgano concluya válidamente que a la declaratoria de improcedencia de la huelga le sigue una prohibición del ejercicio del derecho y, por tanto, una responsabilidad disciplinaria del huelguista? La Corte Suprema tampoco expresa en este punto una motivación de su decisión.

En conclusión, el empleo del estándar internacional de protección de los derechos humanos, a propósito del ejercicio del derecho de huelga en el país, es una materia aún pendiente en nuestro más alto tribunal del Poder Judicial.

2. Una lectura errónea sobre la configuración de las inasistencias injustificadas

La Corte Suprema de Justicia de la República avala la posibilidad de sancionar a los trabajadores por acatar huelgas improcedentes porque entiende que durante los correspondientes días de huelga se han configurado inasistencias injustificadas. En ese contexto, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, en la Casación Laboral N° 25646-2017-Arequipa (fundamento décimo segundo) ha expresado lo siguiente:

La paralización de labores realizada por una organización sindical a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo, en forma previa declaró improcedente su materialización, acarrea la correspondiente responsabilidad disciplinaria para sus autores, sin perjuicio del descuento de las remuneraciones por los días no laborados. En ningún caso la medida disciplinaria a aplicarse a los huelguistas podrá ser el despido

Sobre el particular, el error de la Corte Suprema consiste en partir de la premisa de que las ausencias con motivos de una huelga improcedente constituyen una acción antijurídica cuando, como hemos visto en la presente investigación, el estándar legal para la configuración de las ausencias injustificadas en el contexto de una huelga se basa en la calificación de ilegalidad de la medida de fuerza y no en la declaración de su improcedencia, dado que la ley dispone el fin de la huelga y la obligación de retorno de los trabajadores únicamente cuando la huelga es declarada ilegal de manera firme.

En tal sentido, si la ley ha dispuesto que la configuración de las inasistencias injustificadas ocurra en el marco de una huelga declarada ilegal, no existe posibilidad de que un órgano jurisdiccional rebaje dicho estándar para considerar que también son inasistencias injustificadas, pasibles de sanción, aquellas acaecidas en el marco de una huelga improcedente. En materia punitiva, inclusive cuando se trata de una pena privada como una sanción laboral, al tratarse de un escenario de restricción de derechos, la falta que se sanciona no puede ser obra de una construcción jurisprudencial.

En el fondo, considero que lo que la Corte Suprema está realizando es una interpretación extensiva de tres disposiciones: el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (que considera falta laboral a las inasistencias que siguen a la declaración de ilegalidad de la huelga); el literal d) del artículo 85 del TUO de la LRCT (que dispone que la huelga termina cuando es declarada ilegal); y el artículo 73 del RLRCT (que establece la obligación de retorno de los trabajadores luego de la calificación de ilegalidad de la huelga); para incluir dentro de los alcances de dichas disposiciones a la huelga improcedente. Este proceder, además de tener problemas prácticos porque cada una de las normas citadas contemplan supuestos y condiciones difícilmente aplicables por extensión a una huelga improcedente, desconoce por completo los alcances del principio pro persona, por el cual el operador jurídico debe acoger la interpretación más restringida de las normas cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos.

3. El falso dilema del poder de dirección del empleador

Con el interés de evitar despidos por inasistencias injustificadas derivadas de una huelga previamente declarada improcedente, la Segunda Sala de Dere-

cho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado lo siguiente:

Siendo la huelga un derecho reconocido por el artículo 28° de la Constitución, su ejercicio debe ser objeto de protección, aun cuando haya sido declarada improcedente o ilegal, por tal motivo esta Suprema Sala considera que el despido constituye una sanción desproporcionada para los trabajadores que hayan participado en huelgas declaradas improcedentes o ilegales (Casación Laboral N° 22596-2018-Lambayeque, fundamento sétimo, punto 13).

Al respecto, el razonamiento de la Corte Suprema contiene tácitamente la afirmación de que el poder de dirección contempla dentro de sus alcances la posibilidad de sancionar por las inasistencias ocurridas a partir de la declaratoria de improcedencia de la huelga; de otro modo, no podría entenderse la “limitación” que la Corte Suprema establece al citado poder de dirección, consistente en prohibir la aplicación de despidos por razón de huelgas improcedentes.

Sin embargo, ya se ha demostrado que existen razones constitucionales y legales para entender que, en materia de huelga, la garantía de su libre y pleno ejercicio exige considerar que las inasistencias injustificadas se configuran a partir de la calificación firme de ilegalidad de la medida de fuerza. Por lo tanto, es erróneo sostener que el poder de dirección alberga dentro de su contenido la facultad punitiva contra inasistencias laborales derivadas de huelgas improcedentes.

Es cierto que el poder dirección, que incluye la facultad sancionatoria del empleador, forma parte del contenido constitucional de la libertad de empresa, reconocida en el artículo 59 de la Constitución Política (Blancas, 2007, p. 105); sin embargo, debe tenerse en cuenta de que se trata de una *facultad reglada*, esto es, sujeta a los alcances que la Constitución Política y la ley determinen, mucho más cuando la facultad específica que se pretende ejercer es una de naturaleza punitiva.

4. Una ponderación que sacrifica el derecho de huelga sin que exista otro derecho humano oponible

Finalmente, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha tratado de justificar la restricción del derecho de huelga señalando que su posición persigue “crear estabilidad jurídica” y busca “[p]roteger la permanencia en el empleo de los

trabajadores que hubieran materializado una huelga declarada improcedente (...)", así como "[p]rohibir que el empleador abusando de su facultad disciplinaria, pudiera aplicar la sanción de despido a sus trabajadores por el solo hecho de participar en una huelga declarada improcedente" (Casación Laboral N° 22596-2018-Lambayeque, fundamento sétimo, punto 9).

En primer lugar, conviene señalar que la finalidad de crear seguridad jurídica no se ha cumplido, pues la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en la Casación N° 1594-2019-Arequipa, fundamento noveno, numeral 9.3, se ha pronunciado en un sentido opuesto, al considerar que las inasistencias injustificadas derivadas del ejercicio del derecho de huelga solo consisten en los días que siguen a la declaración firme de ilegalidad de esta y al llamado de retorno del empleador. Si bien estamos de acuerdo con esta última posición, consideramos que, al igual que la contraria, carece del correspondiente análisis desde el contenido constitucional del derecho de huelga y tampoco toma en cuenta el estándar internacional de protección del citado derecho que le resulta aplicable en su condición de derecho humano.

En segundo lugar, repárese que la posición de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema contiene una ponderación que no es lógica: al validar las sanciones contra los huelguistas, sacrifica el derecho de huelga para proteger el poder de dirección del empleador y, en definitiva, la libertad de empresa que lo respalda. En este punto, la Corte Suprema no ha considerado que la libertad de empresa, si bien es una libertad constitucional, no es un derecho humano. La libertad de empresa tiene una naturaleza instrumental para el ejercicio de verdaderos derechos humanos, como el derecho al trabajo y el libre desarrollo de la personalidad (Carrasco, 2021, pp. 918-919). Por lo tanto, si el derecho de huelga y libertad de empresa no son equiparables, difícilmente puede sostenerse una ponderación de derechos que conduzca al sacrificio del primero por la segunda.

V. CONCLUSIONES

Si la regla en el Perú es la huelga calificada como improcedente y, la excepción, la huelga procedente, tal como se demostró al inicio de la investigación, establecer la posibilidad de sancionar a los trabajadores por los días de paro que implica una huelga improcedente significa, en la realidad, una prohibición total del ejercicio del derecho de huelga. Podría pensarse que es responsabilidad de

los trabajadores o la organización sindical cumplir debidamente con los requisitos formales para el ejercicio del citado derecho; sin embargo, no podemos ser ciegos que sobre la huelga como fenómeno laboral existe una tradición de control estatal, reflejada en una calificación previa y no posterior, a cargo de una autoridad administrativa y no judicial, y sobre la base de requisitos estrictos. Que casi el total de huelgas en el Perú sean calificadas como improcedentes no puede explicarse únicamente desde algún actuar negligente de los trabajadores.

En tal sentido, el criterio establecido por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República a favor de las sanciones laborales por huelgas improcedentes, al traer como consecuencia una prohibición general de las huelgas en el Perú, está vaciando el contenido constitucional del derecho de huelga, al volver impracticable su ejercicio bajo pena de sanción del empleador. Lo más grave es que, para establecer este criterio, el referido órgano jurisdiccional ha prescindido de la previa y necesaria delimitación constitucional del derecho de huelga desde el estándar internacional de protección de los derechos humanos.

En tal sentido, asistimos, esta vez por obra de la jurisprudencia, a una nueva afectación del libre y pleno ejercicio del derecho de huelga, y que promete neutralizarlo considerablemente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Beaudonnet, X. (2006). La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales. *Revista Derecho del Trabajo*, 53(238), 960-961.
- Blancas, B. C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo* (1.^a ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Carrasco, M. H. (2021). El contenido y límites de la libertad de empresa y su articulación con el derecho de libertad sindical. *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 917-933. <http://surl.li/yjzbt>
- Carta de la Organización de los Estados Americanos. (30 de abril de 1948). <http://surl.li/tosdwk>
- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, (17 de junio de 1948). (Convenio núm. 87). <http://surl.li/unwlla>
- Castillo, L. (2005). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general* (2.^a ed.). Palestra. Colección Tesis & Monografías en Derecho.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). Opinión Consultiva OC-6/86 de fecha 09 de mayo de 1986: La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. <http://surl.li/pmojoz>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Opinión Consultiva OC-27/21 de fecha 05 de mayo de 2021: Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. <http://surl.li/ynwcr1>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (8 de agosto de 2019). Casación Laboral N° 25646-2017-Arequipa. (M.P. Arévalo Vela). <http://surl.li/ydosit>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (09 de setiembre de 2021). Casación Laboral N° 22596-2018-Lambayeque. (M.P. Arévalo Vela.). <http://surl.li/bznwhq>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (29 de setiembre de 2021). Casación N° 1594-2019-Arequipa. <http://surl.li/nwpbkt>
- Ermida, U. O. (2012). *Apuntes sobre la huelga* (3.^a ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Martínez-Pujalte, L. L. (2005). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trujillo: Tabla XIII.
- Medellín, U. X. (2013). *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos: Principio pro persona*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. <https://corteidh.or.cr/tablas/r37507.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (s.f.). *Anuarios estadísticos*. Consultado el 14 de setiembre de 2024. <http://surl.li/wefhlh>
- Oficina Internacional del Trabajo. (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (6.^a ed.). OIT. <http://surl.li/uazsjy>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (16 de diciembre de 1996). <http://surl.li/pgmdyk>
- Pasco, C. M. (1996). *La huelga en Iberoamérica*. AeI.
- Pérez, L. A. (1991). *Los derechos fundamentales* (4.^a ed.). Tecnos. Colección Temas clave de la Constitución española.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Protocolo de San Salvador. (17 de noviembre de 1988). <http://surl.li/mpgdyr>
- Sanguinetti, R. W. (1996). El Derecho del Trabajo como categoría histórica. *IUS ET VERITAS*, 7(12), 143-157. <http://surl.li/ujymai>

Sarzo, T. R. (2021). *Pragmática del control sobre el derecho a la huelga*. Palestra.

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del expediente N.º 00026-2007-PI/TC. 28 de abril de 2009. <http://surl.li/zjgyoe>

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del expediente N.º 008-2005-PI/TC. 12 de agosto de 2005. <http://surl.li/ggbsxm>

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del expediente N.º 03689-2012-PA/TC. 19 de noviembre de 2014. <http://surl.li/bhrwyl>

QUINTO TEMA

**Los Derechos Humanos
laborales en las cadenas
mundiales de suministros**

PONENCIAS OFICIALES

LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO

MARÍA KATIA GARCÍA LANDABURÚ

Doctora por la Universidad de Salamanca. Profesora de la Pontificia
Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de los derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministro parecería un tema alejado de la realidad peruana y carente de interés para los empleadores y trabajadores que realizan actividades dentro de nuestro territorio, pero esto no resulta tan cierto. Las cadenas mundiales de suministro desde hace varias décadas atraviesan de modo transversal numerosos países y sectores económicos, y hoy, un buen número de empresas peruanas forman parte de diversas cadenas, en la medida en que las materias primas que obtienen, así como sus productos y servicios, son utilizados directamente por empresas multinacionales, por sus subsidiarias o por proveedores directos o indirectos de estas.

Siendo ello así, resulta de interés estudiar el tema así como los múltiples instrumentos creados para asegurar el respeto de los derechos humanos laborales por parte de las empresas multinacionales que lideran esas cadenas pues la exigencia de diligencia debida propuesta desde el año 2011 por los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos aprobados por la ONU, determina que dichas empresas cada vez estén más presionadas en actuar, identificando, previniendo y mitigando no solo las consecuencias negativas de sus propias actividades, sino también las consecuencias negativas de las actividades de sus proveedores, a lo largo de su cadena de suministro. Este interés podría verse materializado en la imposición a empresas locales de diversos instrumentos y compromisos comerciales, con el objeto de asegurar una conducta empresarial responsable de su parte, en la medida en que son sujetos con los que la empresa multinacional mantiene directa o indirectamente relaciones comerciales, pues sus acciones y omisiones pueden afectarla si no respetan los derechos humanos laborales.

Adicionalmente, en la medida en que algunos Estados han comenzado a dictar normas con el objeto de exigir a las empresas que desarrollan actividades en su territorio, que cumplan con un deber de vigilancia que no solo se vincula a las actividades que realizan sus subsidiarias sino también las que efectúan terceros que forman parte de sus cadenas de suministro, este tema adquiere mayor

importancia, más aún cuando la reciente directiva europea de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, en vigor desde julio de 2024, determinará que los países miembros de la Unión Europea deban realizar el proceso de transposición de ésta a sus legislaciones, a su derecho nacional, en los próximos dos años, y que las empresas más grandes deban comenzar a cumplir con esas disposiciones a partir de julio del año 2027, continuándose luego con una implementación progresiva, en función al tamaño de las empresas.

En este trabajo se abordará el tema, explicando previamente los dos conceptos que conforman su título: derechos humanos laborales y cadenas mundiales de suministro, para luego presentar los principales y más notorios efectos que ha producido la globalización en el mundo del trabajo y el rol que juegan las empresas multinacionales, entendiendo como éstas, a las entidades económicas -sociedades, corporaciones, empresas- que poseen, controlan o gestionan operaciones, individualmente o junto con otras entidades, en dos o más países (Deva, 2014, pág. 21), y que tienen el poder de coordinar y controlar esas operaciones, aunque no sean propietarias de ellas (Dicken, 2011, pág. 60).

Posteriormente, se hará referencia a los que podrían ser considerados los más importantes instrumentos creados por organismos internacionales, empresas multinacionales y otros sujetos privados, con el objeto de tratar de que se respeten los derechos humanos laborales, realizando un análisis crítico de sus aspectos positivos y negativos. Finalmente se concluirá presentando las normas que se vienen dictando al respecto, las cuales están abriendo una nueva fase sobre la materia, con procedimientos exigibles legalmente, y cuyo incumplimiento puede tener consecuencias jurídicas y económicas.

II. UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES Y A LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO

En el ámbito del Derecho del Trabajo, normalmente se hace referencia a los derechos laborales y también a los derechos laborales fundamentales -la OIT ha hecho un aporte muy importante sobre el tema-, sin embargo, la materia también puede ser vista desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que es lo que se hará en este punto, mostrando los alcances del término derechos humanos laborales y dejando constancia de que estos además pueden ser salvaguardados mediante la aplicación de sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

En el caso de las cadenas mundiales de suministro también ocurre que, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, si bien conocemos el fenómeno de la descentralización productiva, lo estudiamos únicamente desde una perspectiva laboral, sin tener en cuenta que el tema abarca otras perspectivas y que las necesidades empresariales han determinado que las relaciones entre empresas se desarrollen de múltiples formas, en función de sus intereses, en particular en el caso de las empresas multinacionales.

1. Derechos humanos laborales

Como ya se advirtió, este término tiene un alcance diferente al de los derechos laborales fundamentales utilizado comúnmente en el ámbito del Derecho del Trabajo, y que nos remite inmediatamente a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo adoptada por la OIT en 1998, que comprende la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y un entorno de trabajo seguro y saludable -este último incorporado en 2022-, y que abarca a los convenios 87 y 98; 29 y 105 -además del Protocolo 29-; 138 y 182; 100 y 111; y 155 y 187, respectivamente.

El término derechos humanos laborales en cambio, ha sido utilizado por el Derecho Internacional, y tienen un alcance más amplio, como se explicará más adelante. En opinión de Canessa, estos pueden definirse como “todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetan la dignidad humana y satisfacen las necesidades básicas en el mundo del trabajo”, y tienen tres singularidades: (i) el titular es la persona humana, por lo que su ámbito de protección sobrepasa al de los trabajadores subordinados; (ii) las normas que los protegen imponen obligaciones internacionales a los Estados, quienes están sujetos a los procedimientos de control previstos en los respectivos instrumentos internacionales; y, (iii) tienen un contenido esencial, que puede ser adecuado por las legislaciones nacionales (2009, págs. 352 y 355).

Cabe destacar la segunda característica pues los órganos y procedimientos de control previstos en cada instrumento, no solo incluyen sistemas de reportes, sino que admiten la presentación de quejas, y eventualmente, la posibilidad de

presentar denuncias ante tribunales internacionales. Esto ocurre por ejemplo en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos criterios respecto a su protección han pasado por varias etapas, desde un inicial desconocimiento de los derechos laborales hasta su reconocimiento indirecto con el caso *Baena y otros vs. Panamá* de 2001, y su posterior reconocimiento directo a partir del caso *Lagos del Campo vs. Perú* en el año 2017, disponiendo diversas medidas para la reparación de los daños. Estadíos que, según explica Carballo, se deben en gran medida a la consagración opaca y apocada de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (2021, pág. 138).

Si se tuviera que hacer un recuento de los derechos humanos laborales, tendría que revisarse todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, y el uso de los procedimientos de control en un caso específico dependería de que el derecho reciba esa protección en el instrumento correspondiente. Es posible que en esos casos el nivel de reparación pueda llegar a tener un alcance económico, que no se obtiene con la aplicación del sistema de control de la OIT, pues sus órganos de control buscan ayudar que los Estados hagan efectivos los instrumentos, no penalizar sus malas conductas (Servais, 2020a, pág. 17). Sin embargo, esta situación no resta importancia a la labor de la OIT, que cuenta con mecanismos de supervisión eficaces, aunque carece “de la coerción de que gozan los de otras organizaciones internacionales”. (Gil y Gil, 2015, pág. 11).

Los Principios Rectores se han encargado de delimitar su campo de aplicación al referirse a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, los que “abarcen, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo” (Principio 12), es decir, los derechos reconocidos por La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto de Derechos Económicos y Sociales de 1966 y los convenios fundamentales de la OIT (los convenios 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138, 155, 182 y 187).

Con respecto a los derechos de naturaleza laboral, Sanguinetti identifica dos bloques de derechos, los derechos fundamentales en el trabajo mencionados previamente, que “se encuentran recogidos igualmente en los principales

instrumentos de derechos humanos, por lo que ostentan de forma simultánea la condición de derechos humanos laborales” (2023, pág. 42), y los otros derechos reconocidos en dichos instrumentos, que pueden agruparse en torno a dos derechos que califica como “derechos marco”: el derecho al trabajo y el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. Con respecto al primero, se encontrarían incluidos en él los derechos a la libre elección del trabajo y a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado; mientras que en el caso del segundo, se encontrarían incluidos cuatro derechos: (i) el derecho a una remuneración que proporcione como mínimo un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, y unas condiciones de existencia dignas a los trabajadores y sus familias; (ii) la seguridad e higiene en el trabajo; (iii) la igualdad de oportunidades para la promoción profesional; y (iv) la limitación razonable de las horas de trabajo, el descanso, la remuneración por los días festivos y las vacaciones pagadas (2023, págs. 42-43).

Para determinar el contenido protegido de los mencionados derechos, tal como sostiene Sanguineti, necesariamente habrá que tener en cuenta lo previsto en los respectivos convenios de la OIT, aunque sean convenios técnicos y no fundamentales, y además, de ser necesario, de las decisiones de los órganos de control que actúan dentro del sistema de la OIT, por más que se refieran al contenido de las obligaciones de los Estados más que a las de los particulares (2023, págs. 45-46).

2. Cadenas mundiales de suministro

Conforme se indicó en la 105.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, las cadenas mundiales de suministro “son estructuras organizativas complejas, variadas, fragmentadas, dinámicas y evolutivas”, que pueden ser descritas utilizando diversos términos, como “redes mundiales de producción” y “cadenas de valor mundiales”, los cuales, si bien consideran perspectivas diferentes, tienen en común aspectos básicos de la producción y del comercio transfronterizo (Oficina Internacional del Trabajo, 2016, pág. 1). En el informe elaborado para el cuarto punto del orden del día de dicha conferencia, se entendió por cadena mundial de suministro a “toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios”, incluyendo en dicha defi-

nición no solo a las operaciones de inversión extranjera directa efectuadas por las empresas multinacionales, en sus filiales y en empresas mixtas, sino también al “modelo cada vez más predominante de abastecimiento internacional en cuyo marco las obligaciones de las empresas principales se fijan en los acuerdos contractuales (o, a veces, tácitos) que suscriben con los proveedores y con las empresas subcontratadas para el suministro de bienes, insumos y servicios específicos” (Oficina Internacional del Trabajo, 2016, págs. 1-2).

De la definición citada, es posible concluir que las cadenas mundiales de suministro van más allá de las relaciones societarias y se extienden a relaciones contractuales de diverso tipo, directas o indirectas. Existen diversas perspectivas para clasificar sus efectos, pero una de las que permite ver con más claridad cómo pueden verse afectados los derechos humanos laborales, es la clasificación realizada -aunque con propósitos distintos a los aquí planteados- por Gereffi, quien las distingue en cadenas dirigidas por el productor y cadenas dirigidas por el comprador, vinculando las primeras a las relaciones mencionadas inicialmente, en las que existe una integración vertical y los productores se relacionan con subsidiarias y contratistas para distribuir los bienes, y con distribuidores para comercializarlos, mientras las segundas son cadenas más complejas y se caracterizan, en términos generales, por sistemas de producción globalmente descentralizados, en los que las empresas que comercializan los bienes no los producen, y en las cuales las ganancias derivan mayormente de actividades distintas a la fabricación de los bienes -fabricación que se encarga a terceros, y en la que interviene una gran cantidad de trabajadores), en las cuales etapas previas y posteriores a la producción de los bienes, son las que generan un mayor valor agregado (2018, pág. 46). Es en estas últimas que se presenta un mayor riesgo de vulneración de los derechos humanos laborales, en la medida que las actividades podrían llegar a ser realizadas por fábricas pequeñas, talleres e incluso por familias, lo que genera un mayor riesgo de la realización de trabajo infantil.

III. LA DIFÍCIL GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO

Desde hace varias décadas se viene observando los efectos a nivel global de los cambios en los procesos de producción y el abaratamiento de los costos de transporte y logística, debido a ellos, las empresas han tenido la posibilidad de deslocalizar y descentralizar sus operaciones, contando con la facultad de determinar con mayor amplitud cómo realizar sus actividades, dónde e incluso

cuándo hacerlo -sobre todo en caso de establecer relaciones comerciales y no realizar una inversión directa-, disponiendo de un significativo potencial de flexibilidad geográfica para cambiar de recursos y de operaciones (Dicken, 2011, pág. 61). Esto ha generado diversos efectos en el ámbito laboral, si bien por un lado ha permitido generar empleo en países menos desarrollados, por el otro ha contribuido a la precarización del empleo y a que en muchos lugares se produzca una “carrera a la baja” de las condiciones laborales.

1. Efectos de la globalización en el mundo del trabajo

Como ya se advirtió, la globalización ha influido en el mundo del trabajo de una manera no muy positiva, tanto en los países desarrollados como en los que están en vías de desarrollo, en las relaciones individuales y en las colectivas, lo cual, como siempre, ha afectado sobre todo a las personas de menores recursos y más vulnerables. A nivel legal, en las últimas décadas del siglo pasado se produjo “la desregulación y re-regulación de las estructuras productivas, para que éstas puedan responder a un proceso global de competencia” (Baylos, 1999, pág. 21), pero que desprotegió a los trabajadores.

En el caso de los países desarrollados, la descentralización de las actividades de muchas empresas ha determinado por un lado la pérdida de empleo de los trabajadores que realizan las tareas más operativas y menos rentables -encargadas a terceros, usualmente ubicados en diferentes países-, y por el otro, el riesgo de deslocalización, del traslado o cierre de sus fábricas, ha sido utilizado como una espada de Damocles para ejercer presión sobre el colectivo de trabajadores y su exigencia de mejorar su situación económica.

Pero es el caso de los efectos en los países en vías de desarrollo el que resulta de mayor interés para este trabajo pues el riesgo de vulneración de los derechos humanos laborales es mucho mayor.

Las consecuencias pueden observarse no solo en materia de derechos individuales sino también colectivos. El hecho de que un taller, fábrica o empresa sea parte de una o más cadenas de suministro determina que esté sujeta a ciertas condiciones comerciales que tienen un efecto en sus relaciones laborales. Por ejemplo, la temporalidad de la relación determinará que usualmente los fabricantes usen formas de contratación temporal flexible, que les permitan adecuarse a las fluctuaciones de los encargos que les hagan, fraccionando la relación laboral

en función a los pedidos que reciban, ante la incertidumbre de lo que pueda ocurrir en el futuro.

Además, la competencia por atraer clientes genera muchas veces una presión a la baja de los precios de compra, lo cual se refleja directamente en las bajas remuneraciones de los trabajadores o en el “ahorro” en la implementación de medidas que permitan garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable. Esta necesidad de los empleadores de procurar mantener sus costos bajos determinará también que no estén muy interesados e incluso apliquen medidas en contra de la conformación de organizaciones sindicales por parte de sus trabajadores.

Estos son solo algunos de los efectos que produce la realización de actividades a través de cadenas globales de suministro, pero pueden presentarse muchos otros, dependiendo del sector económico o del lugar en el que se ejecutan las actividades. En el caso del sector de confecciones, por ejemplo, la moda rápida o *fast fashion* provocará que además los “picos de producción” puedan dar lugar a trabajo en sobretiempo más allá de límites razonables e incluso impuesto, o que se produzca subcontratación no autorizada, generando un nuevo eslabón en la cadena, en el cual las actividades podrían desarrollarse de forma precaria y fuera del ámbito de protección del Derecho del Trabajo.

2. La empresa multinacional como sujeto especialmente capaz de garantizar el respeto de los derechos humanos laborales

La situación descrita previamente ha generado preocupación desde hace décadas, y esto ha determinado que diversos sujetos participen de la creación de instrumentos para procurar que se respeten los derechos humanos laborales. En ese esfuerzo, desde la década del setenta del siglo pasado, se identificó un sujeto que podía contribuir a ese objetivo: la empresa multinacional.

Así, el sujeto que había generado con su desarrollo y crecimiento acelerado un déficit de gobernanza de los Estados, circunscritos a un territorio y usualmente dedicados a regular actividades e individuos ubicados dentro de sus fronteras, fue identificado además como un sujeto al que se le debía requerir que asuma responsabilidad por las consecuencias de sus actividades. Si bien inicialmente este pedido se hizo a manera de invocación, la situación está cambiando.

Es claro que la potencialidad de la empresa multinacional para desarrollar actividades en cualquier parte del mundo, de la manera que más convenga a sus

intereses, ha generado el problema que hemos descrito, pero también puede contribuir a su solución. Finalmente, es ella la que conoce -o debería conocer, tiene la capacidad para hacerlo- a los integrantes de su cadena global de producción, y puede exigirles la observancia de ciertas reglas, de obligatorio cumplimiento, no por un mandato legal sino mediante el ejercicio de una presión comercial, valiéndose del poder centralizado de decisión que tiene su matriz, lo que puede convertir las cadenas mundiales de suministro “simultáneamente, en *cadenas mundiales de control* o incluso en *cadenas mundiales de mejora* de las condiciones laborales” (Sanguineti 2019, pág. 43) . Sin embargo, es obvio también que no podemos dejar que las empresas multinacionales adopten esas acciones a su libre albedrío.

La exigencia de que la empresa multinacional se responsabilice por sus actos no ha dado lugar aun a un tratado internacional que regule la materia, pero se está trabajando en ello. En 2014 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 26/9, encomendando a un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta que elaborara un “instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”. A criterio de Trebilcock, los borradores más recientes “convertirían muchas de las disposiciones no vinculantes de los Principios Rectores en obligaciones para los Estados firmantes” (2020, pág. 614). Este tratado no solo representaría un avance importante en un aspecto débil de los Principios Rectores como es la exigibilidad de los derechos y procedimientos de reclamación sobre los impactos negativos de las empresas, sino que posibilitaría el acceso a la justicia y reparación (López, 2021, pág. 57).

Si bien el mencionado proyecto viene discutiéndose desde hace varios años, y no es posible estar seguros si finalmente pueda ser aprobado, existen otros instrumentos que se han ido creando en las últimas décadas que muestran una evolución del tema. Como señaló en su momento Ruggie cuando explicaba el trabajo hecho con los Principios Rectores, los tratados sobre temas de derechos humanos controvertidos requieren de tiempo, a fin de que el tema madure y las negociaciones puedan concluir (2013, págs. xxii-xxiii). Mientras se realiza esa discusión, es preciso avanzar y continuar adoptando y aplicando instrumentos que contribuyan a proteger los derechos humanos laborales.

A continuación, se hará referencia a los principales instrumentos elaborados por la OCDE, la OIT y la ONU con el objeto de orientar la conducta de las

empresas multinacionales en diversas áreas, entre ellas la laboral, que es la que nos interesa, y posteriormente se indicará los más resaltantes procedimientos que las empresas han creado e implementado para demostrar que tienen una conducta empresarial responsable, para finalmente hacer referencia a normas que vienen siendo emitidas sobre la materia, las que permiten apreciar que estamos entrando a una nueva etapa, con términos y exigencias más definidas.

IV. INSTRUMENTOS CREADOS PARA ASEGURAR EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES POR PARTE DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

No es posible identificar fases que se hayan sucedido en la creación e implementación de instrumentos para procurar el respeto de los derechos humanos laborales pues muchos de ellos aún continúan aplicándose y no han sido reemplazados por otros, pero sí identificar los más importantes, teniendo en cuenta el contexto en el que surgieron y la influencia que han tenido o que vienen teniendo en otros instrumentos. Esto no se va a hacer directamente por orden cronológico sino más bien en función al sujeto que los creó, para así poder agruparlos considerando ciertas características comunes que justamente emanan de ese hecho.

1. Instrumentos no vinculantes implementados por organismos internacionales

Un intento inicial de la ONU de establecer un código de conducta para las empresas multinacionales -el cual finalmente resultó infructuoso- dio lugar al desarrollo de instrumentos por parte de otras organizaciones internacionales, entre las que destacaron la OCDE y la OIT, por la difusión que lograron y porque casi cincuenta años después siguen vigentes, luego de las actualizaciones correspondientes.

A continuación, se hará referencia a los instrumentos elaborados por la OCDE y la OIT, para luego presentar el que fue adoptado posteriormente por la ONU, debiendo advertir de antemano que los dos primeros se basan principalmente en los Estados para garantizar que las empresas cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos (Deva, 2014, pág. 59).

a) **Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)**

En 1976 la OCDE aprobó las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (las Directrices), dirigidas a empresas multinacionales que ejerzan sus actividades en o desde los territorios de los países miembros de dicha organización y de los países que se habían adherido a la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales. Esto determina que resulten aplicables en los 38 países miembros de la organización y en otros países que se han adherido a la mencionada declaración, entre ellos, el Perú.

Las Directrices contienen recomendaciones para las empresas multinacionales, con el objeto de que desarrollen una conducta empresarial responsable que sea compatible con diversos estándares reconocidos internacionalmente, entre ellos, estándares laborales -también incluye recomendaciones en otros ámbitos, como el medio ambiente, la lucha contra la corrupción y cuestiones tributarias-. No obstante su carácter voluntario, el hecho de que los países que se han comprometido a aplicarlas deban instalar Puntos Nacionales de Contacto que entre otras cosas, pueden actuar como foros de discusión en caso se produzcan problemas en su aplicación, les da una potencialidad mayor que otros instrumentos, aunque igualmente algo limitada pues en esos casos se requiere que la empresa multinacional esté dispuesta a iniciar un diálogo, la empresa no puede ser obligada a negociar ni mucho menos llegar a acuerdos frente a un eventual sujeto afectado por sus acciones, que considere que se ha producido un incumplimiento de las Directrices. Además, el procedimiento puede adolecer demoras e incluso cerrarse por cuestiones formales (García, 2015, pág. 44).

Desde su adopción las Directrices han sido revisadas seis veces, con mayor o menor intensidad, teniendo en cuenta los cambios experimentados a nivel global y también las disposiciones previstas en otros instrumentos internacionales, generando una retroalimentación muy positiva que ha posibilitado la consolidación de ciertos aspectos, como la exigencia de una diligencia debida a las empresas, contemplada inicialmente solo por los Principios Rectores.

Fernández identifica tres fases por las que ha pasado la aplicación de las directrices. Inicialmente, durante los diez primeros años, fueron utilizadas con cierta frecuencia, pero luego estuvieron inactivas hasta fines de los noventa del siglo pasado; fue con la revisión del año 2000 que se inició una tercera etapa pues la ampliación de su ámbito de aplicación a cualquier lugar en el que se

encuentren las empresas, sus socios comerciales y las cadenas de suministro, y la incorporación de referencias a los derechos humanos, generaron una mayor actividad, resaltando en la revisión posterior de 2011 la incorporación de un capítulo sobre derechos humanos y la utilización de nuevos enfoques vinculados a la diligencia debida y a la gestión responsable de la cadena de suministro (2020, págs. 106-108). Esta revisión, a juicio de Ruggie y Nelson, parece haber tenido ciertos efectos: un mayor índice de admisibilidad de los casos de derechos humanos; que se abordara una mayor gama de cuestiones sobre derechos humanos; la diversificación de los sectores contra los que se presentan denuncias; un papel más importante de las disposiciones de diligencia debida; y, un impulso significativo de los Puntos Nacionales de Contacto como mecanismo de reclamo en materia de derechos humanos (2015, pág. 111).

En 2018, las Directrices fueron complementadas con la publicación por parte de la OCDE de una guía de diligencia debida para una conducta empresarial responsable, con el objeto -como el propio documento lo indica- de ayudar a las empresas a comprender e implementar la debida diligencia, según lo previsto en las Directrices, y también para que los Puntos Nacionales de Contacto puedan promocionarlas.

La última revisión de las directrices, realizada el año 2023 determinó incluso un cambio de nombre del instrumento, que pasó a denominarse como Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable, incorporando una denominación que involucra la conducta de las empresas, que busca sustituir a la de responsabilidad social empresarial.

b) Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

En 1977 el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo aprobó la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (que puede citarse como la Declaración sobre las Empresas Multinacionales), la cual ha enmendado en cuatro oportunidades, 2000, 2006, 2017 y 2022, teniendo en cuenta las nuevas declaraciones y normas internacionales del trabajo, así como los Principios Rectores y la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, entre otros.

Este instrumento es el más completo en materia laboral de los que se mencionará, justamente por provenir de la OIT. Contiene principios sobre

empleo, formación, condiciones de trabajo y de vida y relaciones de trabajo, que recomienda cumplir a los gobiernos, a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y a las empresas multinacionales.

Sin embargo, como ya se indicó, se trata de recomendaciones, que tienen un carácter voluntario y no pueden imponerse. Eso determina que existan diversas críticas a la Declaración pues “no prevé un mecanismo de control como tal sino mecanismos de acceso a la interpretación que se encuentran limitados por condiciones de admisibilidad difíciles de hallar sin consenso” (Servais, 2020a, pág. 7) ya que dado el entorno complejo en la que se discutió, se prefirió una declaración más orientada a recopilar y analizar información (2020, p. 15), por lo que no ofrece ninguna justificación o estrategia sólida que aliente a las empresas a observar las mejores prácticas en materia laboral en todos los lugares en los que operan (Deva, 2014, pág. 92).

Pese a que se ha tratado en las enmiendas del instrumento de dotarlo de una mayor efectividad, como con la designación de puntos focales nacionales sobre una base tripartita, su principal rol sigue siendo orientador.

c) Los Principios Rectores de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)

En 2011, más de treinta años después que la OIT y la OCDE propusieran documentos para guiar la conducta de las empresas multinacionales, la ONU presentó un nuevo instrumento, también voluntario, que había trabajado durante varios años John Ruggie, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, que hizo suyo el Consejo de Derechos Humanos mediante resolución 17/4 de 16 de junio de 2011 (ONU, 2011, pág. iv).

Los Principios Rectores han tenido un nivel de difusión y desarrollo no previsto inicialmente, incorporando un nuevo concepto de diligencia debida, con un alcance distinto al que tradicionalmente le daban las empresas -enfocado en proteger intereses de la propia empresa y de sus accionistas-, esta vez vinculado a una conducta empresarial responsable, que incluyera el respeto por los derechos humanos, con el objeto de “prevenir la materialización de impactos negativos sobre los derechos humanos asociados al desarrollo de sus actividades, poniendo el interés de los titulares de esos derechos, así como el de la sociedad, por delante de los suyos” (Sanguinetti, 2022, pág. 155).

Unos años antes la ONU había lanzado otra iniciativa, el Pacto Mundial (2000), que, si bien sigue vigente hasta la actualidad, no ha tenido el efecto de los Principios Rectores, quizá por la forma cómo relaciona a las empresas con la materia, de una manera más cercana a los intereses de estas en cuanto al tipo de compromiso asumido y a la forma de difusión de su participación.

En el caso de los Principios Rectores, el conjunto de 31 principios dirigidos a los Estados y a las empresas para la protección de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, permitiendo acceso a un remedio eficaz para las personas y grupos afectados por dichas actividades, han tenido un éxito mayor pues los principios han propuesto acciones específicas para los sujetos comprendidos. Se han construido en base a tres pilares: Proteger, Respetar y Remediar, que de una manera clara y directa exigen acciones a cada uno de los involucrados.

Por un lado, los Estados deben proteger los derechos humanos de las personas que viven en su territorio o jurisdicción contra los impactos adversos de terceros, incluidas las empresas, y por el otro se exige a las empresas que eviten causar o contribuir a impactos adversos sobre los derechos humanos a través de sus propias actividades, debiendo además tratar de prevenir o mitigar los impactos directamente relacionados con sus operaciones, productos o servicios por sus relaciones comerciales. Además, y siendo conscientes que no siempre se tendrá éxito total en la protección y respeto de los derechos humanos, los Principios Rectores exigen a Estados y empresas que asuman la obligación de remediar, para permitir que las víctimas puedan acceder a remedios efectivos a través de mecanismos de reclamación, judiciales y no judiciales.

Este mensaje directo, y la exigencia de un proceso de diligencia debida, constituyen una propuesta novedosa e innovadora, que es más cercana a las empresas, y que se relaciona con los procesos que estas aplican para identificar, prevenir y mitigar riesgos. Así, se requiere que primero la empresa incorpore la conducta empresarial responsable a sus políticas y sistemas de gestión; que luego identifique y evalúe los impactos negativos en las operaciones de su cadena de suministro y relaciones comerciales; que detenga, prevenga o mitigue los impactos negativos; que haga un seguimiento de la implementación y sus resultados e informe cómo abordó esos impactos; para posteriormente, de corresponder, repare o colabore en la reparación del impacto. Un proceso de aplicación continua, que implica tratar de eliminar o reducir los riesgos que se vaya detectando,

en una suerte de actividad circular permanente, que tiene en cuenta que los riesgos pueden cambiar a lo largo del tiempo, en la medida que evolucionan las operaciones de la empresa y el contexto en que esta desarrolla sus actividades, y que “adquiere verdadero sentido cuando se la aplica más allá, prescindiendo de la ficción de la personalidad jurídica, al completo espacio de los procesos globales de producción” (Sanguinetti. 2019, pág. 65), constituyendo las empresas de dimensión global el espacio nuclear de proyección de la diligencia debida, aunque la tarea resulte compleja pues se trata de estructuras variables, que se articulan a diferentes niveles y pueden llegar a involucrar a decenas, centenas o miles de sujetos empresariales (Sanguinetti, 2023, pág. 53).

2. Implementación de instrumentos por parte de las empresas multinacionales y otros sujetos privados

Como se indicó previamente, no solo diversos organismos internacionales se han preocupado del tema, las propias empresas y otras organizaciones privadas han desarrollado instrumentos particulares, sobre todo unilaterales, con todo lo que eso implica respecto a su real nivel de eficacia.

No es del caso detallar todos los documentos y procedimientos pues son innumerables, y además, al responder a iniciativas privadas, no cuentan con una regulación común ni se encuentran sistematizados, pero es posible identificar al menos cuatro tipos de instrumentos, vinculados con diversas estrategias de la empresa: transparencia, comercialización de sus productos o servicios, sistema de gestión y principios que aplican en el desarrollo de sus actividades, aunque todos tienen en común un objetivo esencial para la empresa: cuidar su reputación y proteger su marca, permitiendo de esa manera que esta mantenga o incremente su participación en el mercado. Adicionalmente, puede mencionarse otra modalidad, externa y vinculada a los inversionistas, tanto a aquellos que compran las acciones por obtener una rentabilidad que además se consiga bajo ciertos parámetros sociales, como a aquellos que las compran con la intención de influir en la toma de decisiones al interior de la empresa: la inversión socialmente responsable (Diller, 1999, págs. 120-121).

La transparencia está vinculada con la información que la empresa proporciona a terceros sobre su estructura, actividades y desempeño, mediante informes de sostenibilidad estandarizados como el GRI (*Global Reporting Initiative*), mediante los cuales la empresa hace público su desempeño en materia económica,

social y ambiental. Estos informes sociales intentan “mejorar la posibilidad de comparar y la credibilidad de este tipo de documentos”, estableciendo una serie de indicadores, no obstante, algunos indicadores son difíciles de cuantificar por lo que las conclusiones a las que lleguen podrían no ser significativas (Servais, 2020b, págs. 84-85)

En cuanto a la comercialización de los productos o servicios, el etiquetado social permite que estos puedan ser identificados por los consumidores por las condiciones laborales en las que fueron elaborados o son prestados (por ejemplo, que en su elaboración no se utilizó trabajo infantil), lo que podría incentivar su compra por parte de sujetos socialmente responsables. Sin embargo, suelen ser selectivos, preocuparse sobre todo de mercados de exportación con consumidores de alto poder adquisitivo, y dirigirse a ciertos productos considerando el nivel de preocupación que tengan los consumidores sobre los problemas sociolaborales en la cadena de suministro (Diller, 2019, pág. 128).

Respecto al sistema de gestión, las auditorías sociales y certificaciones se insertan dentro de los procedimientos implementados por las empresas multinacionales para vincularse con sus cadenas de suministro, ya sea desarrollando directamente auditorías o encargándoselas a terceros, o exigiendo que sus contratistas y subcontratistas cuenten con determinadas certificaciones antes y durante la relación comercial. Si bien su uso es extendido en diversos sectores, existen críticas a su efectividad pues son como un balance, reflejan la situación en un momento determinado, desde la perspectiva de un tercero que visita la fábrica y que no está permanentemente en las instalaciones. Además, existen cuestionamientos a la competencia e independencia de las personas que las realizan, que provienen de instituciones privadas, que la empresa elige y a las cuales paga (Servais, 2020b, pág. 90).

Como advierte Daugareilh, su objeto “no es medir la efectividad o eficacia de los derechos para los trabajadores, sino informar a quien pidió la auditoría de la situación, el cual lo utilizará de cara a sus clientes o ante la opinión pública” (2016, pág. 19). Esto puede generar auditorías que no auditan realmente o que no detectan problemas que pueden afectar a los trabajadores, como ocurrió con la inspección por parte de una subsidiaria de la certificadora alemana TÜV Rheinland AG de las instalaciones de Phantom Apparel Ltd., empresa que desarrollaba sus actividades en el complejo fabril Rana Plaza en Bangladesh, que colapsó el 24 de abril de 2013 ocasionando la muerte de más de mil personas.

Luego de su evaluación de la fábrica, el auditor había señalado en su informe que “la construcción y el diseño de la maquinaria se basan en el proceso, son de buena calidad y están debidamente aprobados” lo cual motivaba preguntarse si la auditoría se había llevado a cabo debidamente y si el equipo de auditoría era competente (Terwindt y Armstrong, 2019, pág. 271).

Finalmente, los instrumentos que implican una declaración de principios de la empresa comprenden no solo instrumentos unilaterales como los códigos de conducta empresariales -pudiendo existir además códigos institucionales a los que se adhieren las empresas-, sino también los acuerdos marco globales, que requieren la participación de federaciones sindicales globales en su negociación, suscripción y ejecución.

En cuanto a los códigos de conducta, definidos por Diller como “declaraciones de principios o de política formuladas por escrito, en las que la empresa manifiesta su propósito de atenerse a un comportamiento determinado” (1999, pág. 115), son utilizados por muchas empresas para mostrar su compromiso con el respeto de diversas materias, entre ellas los derechos humanos laborales, pues no requieren mayor negociación y pueden ser modificados cuando la empresa así lo desee. Es la empresa la que determina su extensión y los derechos que se compromete a respetar, generando el riesgo de una instrumentalización y una mercantilización del derecho, de un “*pick and choose*” normativo (Daugareilh, 2009, págs. 92-93). Otras debilidades de los códigos radican en que suelen utilizar un lenguaje impreciso y son selectivos en su contenido de derechos humanos; pueden “autodefinir” las normas que aplican, prefiriendo las normas nacionales sobre las internacionales; pueden tener problemas de aplicación; muchos no cuentan con un sistema de verificación externa; y, su alcance puede ser muy limitado (Deva, 2014, págs. 77-79). Sin embargo, tal como sostiene Dicken, evidentemente “son mejores que nada” (2011, pág. 537), y eventualmente han servido para resolver ciertos casos, como el de Topy Top en 2007, en el cual la exigencia de su aplicación fue decisiva para garantizar la subsistencia de la organización sindical (Sanguineti *et al.*, 2013, pág. 39).

Afortunadamente, se ha producido un salto cualitativo en la evolución de los instrumentos creados por las empresas multinacionales, con la transformación de las declaraciones de carácter unilateral en instrumentos negociados con los representantes de los trabajadores a nivel internacional, en particular con los acuerdos marco globales, que muestran una transformación en el proceso

de creación de reglas por parte de estas empresas (Sanguineti, 2014, pág. 90), sobre todo a nivel europeo, debido a una mayor presión para la adopción de compromisos contractuales, mientras las empresas norteamericanas han tendido a privilegiar los códigos de conducta (Bronstein, 2010, pág. 136).

Los acuerdos marco globales, comprenden al menos dos partes, la matriz de la empresa multinacional, y la federación sindical del sector en el que esta desarrolla sus actividades. Aunque ambas partes carecen legalmente de facultades para representar a los sujetos a los que se les aplica el acuerdo, pueden en la práctica lograr el cumplimiento de este, sobre todo la empresa multinacional pues su matriz tiene la posibilidad de influir en sus subsidiarias y también en las empresas que forman parte de su cadena de suministro, claro que en el segundo caso su nivel de influencia dependerá del volumen de pedidos que tenga pues a mayor nivel de pedidos, mayor será su importancia comercial y económica, y el fabricante o proveedor se verá más comprometido a cumplir con sus indicaciones. Si bien tienen fortalezas, no es posible desconocer sus debilidades, que Sanguineti sintetiza, considerando una lista que incluye su carácter voluntario; su elaboración sin seguir un patrón uniforme; su diseño de acuerdo a los intereses empresariales; la aplicación selectiva de derechos y la eventual formulación genérica de estos así como de las obligaciones de la empresa; la variabilidad de los compromisos asumidos por la empresa y su difícil exigibilidad; su ámbito limitado; la debilidad que pueden tener sus procedimientos de supervisión; su déficit de transparencia; las dificultades para aplicarlo en lugares en los que no existen organizaciones sindicales, entre otras (Sanguineti, 2022, pág. 51).

Los acuerdos marco tienen diverso nivel de efectividad, dependiendo la misma, como ya se indicó, del real interés de la multinacional por promover su cumplimiento. Una forma de valorar ello desde el exterior, es identificando los derechos otorgados a las organizaciones sindicales. Por ejemplo, el reconocer en el instrumento y establecer procedimientos que permitan la entrega de información periódica sobre la composición de la cadena de suministro y el permitir el acceso de los representantes sindicales a las fábricas -como se ha previsto en el acuerdo marco global y protocolos suscritos por IndustriALL Global Union e Inditex, propietario de la marca Zara-, muestra un mayor nivel de compromiso que simplemente declarar el respeto de ciertos derechos. Es más, en estricto, el compromiso de la empresa al suscribir un acuerdo marco global, realmente no funciona sin el conocimiento exacto de las fábricas que forman parte de la

cadena, para que la organización sindical pueda adoptar las provisiones correspondientes (Baylos, 2018, pág. 126).

La posibilidad de que la tendencia futura sea el incremento de la aversión al riesgo de las empresas multinacionales, permite para algunos avizorar la celebración de acuerdos marcos que generen mayores beneficios para las federaciones sindicales (Luterbacher *et al.*, 2017, pág. 346), y que ciertas buenas prácticas en algunos acuerdos como el de Inditex -que permite una mayor participación de las organizaciones sindicales-, comiencen a ser replicadas en otros acuerdos marco (García, 2023, pág. 235).

Si bien los acuerdos marco que podríamos denominar como “tradicionales” continúan desarrollándose y teniendo efectos en las cadenas de suministro de las empresas que los han suscrito con ese alcance, coexisten ahora con acuerdos que surgieron a raíz del desastre en el Rana Plaza, lo que ha significado un nuevo paso en la implicación de las empresas multinacionales del sector de confección de prendas de vestir, en procurar ambientes de trabajo seguros en las fábricas que producen prendas de sus marcas. Lamentablemente ese edificio de ocho plantas se derrumbó debido a problemas estructurales y al incumplimiento de medidas de seguridad de la edificación, ocasionando más de 1,130 muertes y más de 2,500 heridos. Ante lo cual, menos de un mes después, diversas marcas de ropa suscribieron el Acuerdo para la prevención de incendios y la seguridad en los edificios en Bangladesh -más conocido como el *Accord*-, comprometiéndose a lograr un desarrollo real y efectivo de las condiciones de seguridad en las empresas de la industria textil de Bangladesh. Para ello, acordaron constituir un Comité Directivo conformado por tres representantes de organizaciones sindicales y tres representantes de las marcas internacionales, bajo la presidencia de la OIT (y un representante de las ONG como testigo), cuyas decisiones serían adoptadas por mayoría. Además, se comprometieron a realizar un aporte al Programa de Seguridad contra incendios y de construcción en Bangladesh en función a la producción anual de ropa que tuvieran en ese país, hasta por un máximo 500,000 dólares anuales, a fin de poder financiar la contratación de un Inspector de Seguridad Independiente y de un Coordinador de Formación, para realizar inspecciones en las fábricas de sus proveedores, las que debían implementar medidas correctivas (para lo cual los firmantes del acuerdo se comprometían a ofrecerles incentivos, como la continuidad de la relación y condiciones comerciales ventajosas).

Además de la financiación del acuerdo y la participación de organizaciones sindicales, otro aspecto que merece destacarse es el procedimiento de resolución de conflictos pues se estableció que estos serían resueltos mediante un arbitraje definitivo y vinculante, procedimiento que llegó a aplicarse ante la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya, la cual rechazó las objeciones de admisibilidad de los demandados, confirmando las obligaciones jurídicas del acuerdo así como sus mecanismos de aplicación, situación que llevó a que las empresas involucradas llegaran a un acuerdo, comprometiéndose una de ellas a pagar 2.3 millones de dólares (Trebilcock, 2020, págs. 606-607).

No obstante, el *Accord* no estuvo exento de dificultades pues la Corte Superior de Bangladesh detuvo el programa y finalmente sus operaciones fueron transferidas a un programa administrado por el Consejo de Sostenibilidad de la Industria de la Confección creado consensuadamente por marcas multinacionales, redes de activistas, sindicatos internacionales y organizaciones de empleadores de Bangladesh -estos últimos no habían formado parte del *Accord*-, hechos que se atribuyen a la falta de apoyo generalizado de los trabajadores y empleadores de Bangladesh, así como del gobierno de dicho país (Kang, 2021, pág. 441-442), aunque en el caso de los trabajadores, debe advertirse que la legislación de ese país favorece la formación de sindicatos de empresa y entorpece la labor de los sindicatos sectoriales, existiendo además un bajo número de afiliaciones (Ojeda, 2015, págs. 146-147).

El desastre del Rana Plaza representó a nivel internacional un “punto de quiebre”, y los instrumentos surgidos a raíz de ese hecho han demostrado que cuando las empresas están dispuestas, pueden implementar métodos más efectivos para controlar a sus cadenas de suministro.

Actualmente, el Acuerdo Internacional para la Salud y la Seguridad en la Industria Textil y de la Confección -conocido como *International Accord*- vigente desde el 1 de septiembre de 2021, que expirará el 31 de diciembre de 2026 aunque se renovará automáticamente por tres años, si ninguna de las partes notifica su oposición al menos 90 días antes de la expiración del acuerdo, muestra claramente eso. Firmado por un número importante de empresas multinacionales del sector textil y de confecciones, cuenta con un Comité Ejecutivo encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los firmantes y con una Secretaría responsable de aplicar los acuerdos y ayudar a las empresas a cumplir sus compromisos. Además, se financia con el aporte de las empresas firmantes

-hasta 350.000 dólares anuales, destinados a realizar inspecciones independientes-, las que se comprometen a dejar de hacer negocios con las fábricas que no acepten operar de forma segura y también a pagar a sus proveedores precios que permitan contar con lugares de trabajo seguros (García, 2024, págs. 106-107).

3. El reposicionamiento de los Estados y la creación de normas con efecto incluso fuera de sus fronteras

Desde hace un tiempo, los Estados comenzaron a asumir un rol más activo en el control de las empresas multinacionales con sede o actividades en su territorio. Inicialmente, las obligaciones estaban vinculadas a determinados derechos o a sectores económicos específicos, y las obligaciones eran sobre todo de información, pero la situación ha ido cambiando.

Sanguineti y Vivero identifican tres tipos de normas, de modelos de intervención de los Estados, en función a las obligaciones que se imponen a las empresas: (i) normas que imponen ciertos niveles de información; (ii) normas que imponen ciertos procesos de diligencia debida; y (iii) normas con mayor intensidad reguladora (2021, pág. 5).

Entre las primeras, que exigen a las empresas información sobre las acciones implementadas para prevenir la vulneración de ciertos derechos humanos, pueden mencionarse a título de ejemplo, las normas emitidas en Estados Unidos, el Reino Unido y Australia.

La Ley de Transparencia de la Cadena de Suministro de California del año 2010, requiere que las empresas que hagan negocios en California, con ingresos brutos anuales superiores a 100,000 dólares, publiquen informes anuales sobre la esclavitud moderna y trata de personas utilizada en su cadena de suministro, con el objeto de que los consumidores puedan conocer si con su compra están financiando esas actividades. La Ley contra la esclavitud moderna del Reino Unido de 2015 tiene un propósito similar, exige que las empresas que desarrollan negocios en el Reino Unido y facturan 36 millones de libras esterlinas al año o más, tomen medidas para prevenir la esclavitud moderna en sus cadenas de suministro, y presenten una declaración jurada anual sobre esa materia, indicando si han adoptado o no medidas para garantizar que en sus cadenas de suministro no se haya producido trabajo forzoso. Esta exigencia también la realiza la Ley contra la esclavitud moderna de Australia de 2018, que establece el contenido

que deben tener las declaraciones, las cuales tienen que ponerse a disposición del público mediante un registro *on line* que es manejado por el gobierno australiano, lo cual permite que la información esté centralizada y que cualquier interesado pueda revisar las declaraciones y eventualmente contrastarlas con la realidad.

En relación con el segundo tipo de normas, que regulan procesos de diligencia debida respecto a un sector o materia específica, existen a la fecha diversas disposiciones dictadas con ese objeto, un ejemplo de las primeras serían los Reglamentos de la Unión Europea 2017/821 sobre importación de ciertos metales originarios de zonas de conflicto y el Reglamento de la Unión Europea 2023/1115 sobre comercialización de determinadas materias primas y productos asociados con la deforestación y degradación forestal, y de las segundas la Ley de diligencia debida en materia de trabajo infantil de los Países Bajos.

Finalmente, respecto al tercer tipo de normas, que tienen una mayor intensidad y regulan la obligación de poner en marcha procesos de diligencia debida de alcance general, cuyo incumplimiento se sujetaría a algún tipo de sanción, se puede mencionar la ley francesa sobre el deber de vigilancia y otras normas posteriores, a las cuales se hará referencia inmediatamente, en el siguiente punto.

a. Algunas normas europeas recientes

Una norma emblemática es la Ley 2017-399, que modificó el Código de Comercio francés para exigir que grandes empresas elaboren, publiquen y apliquen de manera efectiva un plan de vigilancia para detectar y prevenir posibles violaciones graves de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la salud y la seguridad de las personas y del medio ambiente, no solo en sus filiales, sino en subcontratistas y proveedores con los que mantienen una “relación comercial consolidada”, debiendo entender como tal todo tipo de relaciones profesionales regulares y estables, con o sin contrato, con un determinado volumen de negocio y que son razonablemente sostenibles en el futuro, aplicándose también a la compraventa de productos y a la prestación de servicios.

Esta norma fue objeto de debate durante varios años, el primer proyecto fue presentado a la Asamblea Nacional en el año 2013, y durante su discusión estuvo sujeta a diversas polémicas, incluso se cuestionó la constitucionalidad de la disposición que imponía multas de 10 millones de euros a las corporaciones que no adoptara el plan de vigilancia, y de hasta 30 millones de euros si se

derivaban daños concretos de dicho incumplimiento, norma que finalmente fue declarada inconstitucional mediante sentencia del Tribunal Constitucional francés 2017-750 del 23 de marzo de 2017 que consideró que algunos términos de la norma eran imprecisos, otros muy vagos y otros muy amplios (Guamán, 2018, pág. 18), determinando que la ley fuera despojada de la fuerza inicial de la que fue dotada, con lo cual solo quedó vigente la prerrogativa de iniciar acciones judiciales en ciertos supuestos.

A criterio de autores como Sanguinetti, la ley muestra una fórmula híbrida de correulación, en la cual el legislador dispone la obligación de vigilancia y elaboración de un plan, sin determinar de manera cerrada el contenido de este, el cual deberá ser adaptado autónomamente a la situación específica, por el sujeto obligado (2019, pág. 70). Esto es lo mismo que ocurre con la diligencia debida prevista por los Principios Rectores, que permite que sean las propias empresas las que implementen las medidas, de acuerdo con su propia realidad.

No es de extrañar entonces que la norma francesa establezca un contenido mínimo del plan de vigilancia, que podría ser complementado o enriquecido por la empresa. Lo mínimo que se exige a las empresas comprendidas en la ley, que son las sociedades establecidas en Francia que tengan al menos 5,000 empleados en Francia o 10,000 a nivel mundial -en su matriz y en sus filiales directas o indirectas- es que el plan de vigilancia contenga lo siguiente: (i) mapa de riesgos, que permita la identificación, análisis y priorización de los riesgos; (ii) procedimientos para evaluar periódicamente la situación de las filiales, subcontratistas o proveedores con los que la empresa mantiene una relación comercial consolidada, que deben diseñarse a partir del mapa de riesgos; (iii) acciones adecuadas para mitigar los riesgos y prevenir daños graves; (iv) mecanismo de alerta y recojo de informes sobre la existencia y materialización de riesgos, el cual tiene que ser establecido en consulta con los sindicatos representativos en la empresa; y, (v) un sistema de seguimiento de las medidas aplicadas y evaluación de su efectividad.

Cabe destacar que las actividades comprendidas no son solo las de la casa matriz, sino también las de la contratista, o de las sociedades controladas directa o indirectamente por estas, y de los subcontratistas y proveedores de la casa matriz o de las sociedades filiales o controladas. Con eso se busca que las empresas asuman responsabilidad por las actividades que realizan directa o indirectamente, a nivel global.

La ley exige que el plan se haga público y se incluya en el informe de gestión que presenta el Consejo de Administración o la Junta Directiva a la junta general de accionistas. Esto es lo que permite que terceros interesados en el tema puedan conocer el plan y, si lo deciden, verificar si este observa lo dispuesto en la ley.

Si la empresa cumpliera con lo previsto en la norma, no incurrirá en responsabilidad aun si se materializa algún riesgo pues la obligación que le ha impuesto la ley es de medios, no de resultados. En cambio, si la sociedad no elabora, publica y aplica efectivamente el plan de vigilancia, cualquier parte con interés en actuar (una ONG, algún sindicato, la comunidad afectada o cualquier otro sujeto) podrá requerirle que cumpla con esa obligación; si la sociedad reincide en el incumplimiento de sus obligaciones tras un plazo de tres meses a partir del requerimiento formal, un juez podría obligarla judicialmente a su cumplimiento. Además, en caso de no contar con un plan de vigilancia, no haberlo publicado o no haberlo aplicado efectivamente, de producirse perjuicios por ese motivo la sociedad podría incurrir en responsabilidad civil y verse obligada a compensar a la parte afectada por el perjuicio que el cumplimiento de dichas obligaciones habría evitado. Corresponderá a los demandantes la carga de la prueba, quienes deberán probar no solo el perjuicio sufrido, sino que este es consecuencia del incumplimiento del deber de vigilancia (se le atribuye así a la empresa una culpa *in vigilando*).

Unos años después de la dación de la ley francesa, en 2021, se dictaron en Noruega y en Alemania normas sobre diligencia debida, cada una con características particulares, que las distinguen.

La Ley Noruega de Transparencia, aplicable a empresas que domicilien u ofrezcan bienes o servicios en Noruega, y que estén sujetas a impuestos allí, cubiertas por la Ley de Contabilidad o que cumplan dos de tres condiciones: (i) 70 millones de coronas noruegas de ingresos por ventas; (ii) 35 millones de coronas noruegas en el balance total; (iii) 50 empleados; les impone realizar evaluaciones de diligencia debida con regularidad, de acuerdo con las Directrices de la OCDE -proporcionales al tamaño de la empresa, su naturaleza, contexto de desarrollo de actividades y probabilidad de consecuencias negativas de sus actividades- y rendir cuenta de dichas evaluaciones, publicando en su página web una declaración firmada, antes del 1 de julio o cuando se produzcan cambios significativos en sus evaluaciones de riesgo. Además, deben proporcionar la información que solicite cualquier persona por escrito sobre cómo manejan

las consecuencias negativas, reales y potenciales, que han causado o contribuido a causar sobre los derechos humanos fundamentales y el trabajo decente, o que está directamente relacionada con las actividades comerciales, productos o servicios realizados a través de sus cadenas de suministro o socios comerciales; el rechazo a ese pedido debe de ser justificado. El control de cumplimiento de estas obligaciones está a cargo de la Agencia Noruega del Consumidor, correspondiendo al Consejo del Mercado resolver las quejas sobre las decisiones de la agencia. La ley establece que ambas entidades tienen la capacidad de imponer multas o prohibiciones, sin embargo, no ha regulado la posibilidad de que las víctimas puedan reclamar una reparación.

En esta materia la Ley alemana sobre diligencia debida en las cadenas de suministro ha sido más directa, y señala expresamente que no se genera responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones previstas en la ley, sin que esto afecte cualquier responsabilidad civil que surja independientemente de la norma -a ese efecto, dispone que, si se produjera algún daño, las víctimas podrán ser representadas ante los tribunales alemanes por ONG o sindicatos-. Lo que sí ha previsto es la imposición de multas en caso de incumplimiento de la ley, que pueden alcanzar los 800,000 euros, y la posibilidad de que la empresa sea excluida de licitaciones públicas en ciertos casos.

Con respecto a las empresas a las que la ley exige el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, la norma se aplica a las empresas que tengan su administración central, su centro de actividad principal, su sede administrativa o estatutaria, o una sucursal nacional en Alemania, y que cuenten con más de 1,000 empleados en ese país (hasta el año 2023, se aplicaba en caso de tener 3,000 o más empleados).

Se exige a estas empresas que cumplan obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medioambiente, respecto a sus operaciones y a las actividades de sus proveedores directos; en el caso de los proveedores indirectos, deben hacer un análisis de los riesgos solamente cuando exista “conocimiento fundamentado” de una posible violación de derechos humanos o medioambientales. Además, deben documentar e informar del cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida, anualmente, en su página web, dentro de los cuatro meses siguientes de la conclusión del año financiero, y enviar el reporte a las autoridades.

El ente competente para verificar el cumplimiento de las obligaciones es la Oficina Federal de Asuntos Económicos y Control de las Exportaciones, la cual puede adoptar las medidas necesarias para detectar, poner fin y prevenir la violación de obligaciones previstas en la ley, a su propia decisión o ante el requerimiento de alguna persona, lo que incluye la posibilidad de ingresar a la empresa y revisar sus documentos. La ley ha previsto que esta oficina prepare un reporte anual sobre sus actividades de monitoreo y aplicación de la ley, y la publique en su página web.

Como puede apreciarse, cada dispositivo tiene sus propias particularidades, sin embargo, con la aprobación de la directiva europea sobre diligencia debida, esas normas nacionales deberán ser revisadas para su adecuación. A continuación, se hará referencia a las características más importantes de la directiva, que plantea una nueva etapa sobre el tema pues compromete a todos los Estados europeos a regular la materia.

b. La directiva europea de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

La Directiva 2023/1027, publicada el 5 de julio de 2024, establece que los Estados miembros de la Unión Europea deben adoptar y publicar a más tardar el 26 de julio de 2026, las normas necesarias para cumplir la directiva, es decir, transponerla a sus legislaciones, a fin de que a partir del 26 de julio de 2027 comiencen a aplicarse ciertas obligaciones a las empresas más grandes, aquellas con más de 5,000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 1,500 millones de euros, las cuales se irán extendiendo en los años siguientes hasta cubrir a empresas de la Unión Europea con más de 1,000 empleados y una facturación mundial neta superior a 450 millones de euros, o empresas no pertenecientes a la Unión Europea que generen ese monto de facturación.

La directiva es extensa, por lo que no es posible en este trabajo analizarla en detalle, no obstante, resulta importante destacar su objeto, que es regular “las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, para los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias operaciones, de las operaciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dichas empresas” (artículo 1, literal a), la responsabilidad que deriva del incumplimiento de dichas obligaciones, y la obligación de las empresas de adoptar y llevar a cabo

un plan de transición para la mitigación del cambio climático. A ese efecto, el instrumento contiene un anexo con un detalle de derechos y prohibiciones incluidos, tanto en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como en instrumentos medioambientales.

Merece destacar el alcance de la directiva, el hecho que no solo comprende a las filiales de la empresa, sino a sus socios comerciales y cadenas de actividades, términos que define la propia directiva. Por socio comercial debe entenderse la entidad con la que la empresa tenga un acuerdo comercial relacionado con sus operaciones, productos o servicios o al que le preste servicios (socio comercial directo); o con la que la empresa realice operaciones comerciales relacionadas con sus operaciones, productos o servicios (socio comercial indirecto). Y por cadena de actividades debe entenderse las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones anteriores de la cadena de una empresa relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de la empresa, incluidos el diseño, la extracción, el abastecimiento, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos y el desarrollo del producto o del servicio; y las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones posteriores, relacionadas con la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto de dicha empresa, cuando lleven a cabo esas actividades para la empresa o en su nombre.

Esta norma exige a las empresas actuar con la diligencia debida en materia de derechos humanos y medioambiente a través de una serie de acciones detalladas en su artículo 5: (i) integrar la diligencia debida en sus políticas y sistemas de gestión de riesgos; (ii) detectar y evaluar los efectos adversos reales y potenciales, y cuando sea necesario, priorizarlos; (iii) prevenir y mitigar los efectos adversos potenciales, eliminar los efectos adversos reales y minimizar su alcance; (iv) reparar los efectos adversos reales; (v) desarrollar una colaboración constructiva con las partes interesadas; (vi) establecer y mantener un mecanismo de notificación y un procedimiento de reclamación; (vii) supervisar la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida; y (viii) comunicar públicamente su diligencia debida.

La directiva exige a los Estados establecer un régimen de sanciones que incluya sanciones pecuniarias, las cuales deben basarse en el volumen de negocios mundial neto de la empresa, con un límite máximo que no debe ser inferior al 5% de dicho volumen. A ese efecto dispone que las sanciones deben ser efectivas,

proporcionadas y disuasorias, estableciendo los criterios para tener en cuenta. Además, regula la responsabilidad civil de las empresas y el derecho a una indemnización íntegra por los daños sufridos -que no conllevará una compensación excesiva-, en este aspecto resulta importante resaltar que las empresas pueden ser responsables civilmente por no cumplir de forma deliberada o por negligencia con las obligaciones de prevenir o mitigar los impactos adversos de sus actividades, pero no podrán ser consideradas responsables cuando el daño haya sido causado únicamente por sus socios comerciales en su cadena de actividades.

Como puede advertirse, la directiva europea constituye un avance muy importante, pues como vaticinaban Daugareilh *et al.* cuando proyectaban lo que supondría la adopción de la directiva, ésta constituirá una contribución muy importante a los debates sobre el proyecto de instrumento vinculante sobre las empresas y los derechos humanos (2021, pág. 130), que viene discutiendo el grupo de trabajo creado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

V. CONCLUSIONES

Considerando los temas desarrollados en el trabajo, es posible presentar las siguientes conclusiones:

- Los efectos de la globalización en el mundo del trabajo no han sido muy positivos. Han afectado tanto a los países desarrollados como a los países en vías de desarrollo, existiendo en estos últimos un mayor riesgo de vulneración de los derechos humanos laborales, debido a la posición que ocupan en las cadenas mundiales de suministro de las empresas multinacionales, las cuales tienen la potencialidad de desarrollar sus actividades de la manera que más convenga a sus intereses.
- Las empresas multinacionales tienen la capacidad de convertir sus cadenas de suministro en cadenas mundiales de control, sin embargo, esto no debe dejarse a su libre albedrío. Si bien sería ideal contar con un tratado internacional que exija a estas empresas que se responsabilicen por sus actos, mientras éste no se materialice es importante utilizar los instrumentos que se han ido creando para tratar de que las empresas respeten los derechos humanos laborales, sobre todo los implementados por organizaciones internacionales, que desde el año 2011 vienen utilizando el nuevo enfoque de diligencia debida

propuesto en los Principios Rectores, buscando que las empresas asuman una conducta empresarial responsable.

- La aprobación de normas, sobre todo europeas, que han comenzado a imponer a las empresas ciertas obligaciones que van más allá de su personalidad jurídica y buscan que éstas procuren evitar la vulneración de los derechos humanos laborales a nivel global en el desarrollo de sus actividades, y la emisión de la directiva europea de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, muestran que estamos llegando a una nueva fase sobre la materia, en la cual el reposicionamiento de los Estados permitirá la implementación de procedimientos exigibles legalmente, que esperemos, contribuyan a mejorar la situación de los trabajadores a nivel global.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Baylos, A. (2018). La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales. *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*. Editorial Comares. Granada.
- Baylos, A. (1999). Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, (15).
- Bronstein, A. (2010). *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo*. Desafíos actuales. Plaza y Valdes Editores, Madrid.
- Canessa Montejo, M. (2009). Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional. *Derecho PUCP*, (63).
- Carballo Mena, C. A. (2021). Derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, (2).
- Daugareilh, I., D'Ambrosio, L. y Sachs, T. (2021). La ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica. *Comercio Internacional, Trabajo y Derechos Humanos*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Daugareilh, I. (2016). Afrontar el reto de la globalización de la economía: por una refundación del papel del Estado. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (14).
- Daugareilh, I. (2009). Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, (27).
- Deva, S. (2014) *Regulating Corporate Human Rights Violations. Humanizing Business*. Routledge.

- Dicken, P. (2011) *Global Shift. Mapping the changing contours of the world economy*. The Guilford Press. New York.
- Diller, J. (1999) “¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores”. *Revista Internacional del Trabajo*, 118 (2).
- Fernández Martínez, S. (2020). Las líneas directrices de la OCDE para las empresas multinacionales y su puesta en práctica por los puntos nacionales de contacto. *Lex Social Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 10 (2).
- García Landaburú, M. K. (2024). Los acuerdos para la protección de derechos humanos laborales en el sector textil y de confecciones con participación de las organizaciones sindicales”. *Derecho del trabajo. Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual. Homenaje al profesor Alfredo Villavicencio Ríos*, volumen I. Palestra Editores, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- García Landaburú, M. K. (2023). *La participación sindical en el control de las cadenas mundiales de suministro. El caso Inditex como referente internacional*. Editorial Bomarzo, Albacete.
- García Laso, A. (2015). Retos y límites de la RSC: una aproximación económica sobre la dimensión laboral. *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas*. Ediciones Cinca, Madrid.
- Gereffi, G. (2018) The Organization of Buyer-Driven Global Commodity Chains. How US Retailers Shape Overseas Production Networks. *Global Value Chains and Development. Redefining the Contours of 21st. Century Capitalism*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Gil y Gil, J. L. (2015). Justicia social y acción normativa de la OIT. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3(4).
- Guamán, A. (2018). Deber de vigilancia, derechos humanos y empresas transnacionales: un repaso a los distintos modelos de lucha contra la impunidad. *Homa Publica. Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, II(1).
- Kang, Y. (2021). El surgimiento, el fin y la sustitución del experimento de reglamentación laboral transnacional en Bangladesh. *Revista Internacional del Trabajo*, 140(3).
- López Hurtado, Carlos. (2021) El proceso hacia un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos. *Comercio Internacional, Trabajo y Derechos Humanos*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Luterbacher, U., Prosser, A. & Papadakis, K. (2017). Nuevas perspectivas en el ámbito de las relaciones laborales transnacionales. *Revista Internacional del Trabajo*, 136(3-4).

- Oficina Internacional del Trabajo. (2016). *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*. OIT, Ginebra.
- Ojeda Avilés, A. (2015). La aplicación de los acuerdos laborales internacionales. El paradigma del Acuerdo de Bangladesh 2023. *Revista Derecho Social y Empresa*, (4).
- Organización de las Naciones Unidas. (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra.
- Ruggie, J. G. (2013). *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. W. W. Norton & Company, Inc., New York.
- Ruggie, J. & Nelson, T. (2015). Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges. *The Brown Journal of World Affairs*, (22).
- Sanguinetti Raymond, W. (2023). La diligencia debida en materia de derechos humanos laborales. *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*. Editorial Aranzadi, Navarra.
- Sanguinetti Raymond, W. (2022). *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo. La génesis de un estatuto para el trabajo global*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- Sanguinetti Raymond, W. (2019). Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras. *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid.
- Sanguinetti Raymond, W. (2014) La transnacionalización del derecho del trabajo y las multinacionales españolas. *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*. Ediciones Cinca, Madrid.
- Sanguinetti Raymond, W., García Landaburú, M. K. & Vivas Ponce, M. (2013). *Empresas Multinacionales, Responsabilidad Social y Derechos Laborales en el Perú. La experiencia de Topy Top*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho PUCP, Lima.
- Sanguinetti Raymond, W., & Vivero Serrano, J.B. (2021). El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (14).
- Servais, J. (2020a). Las empresas multinacionales y la OIT: ¿Hacia una mayor eficiencia?”. *Revista Jurídica del Trabajo*, 1(2).
- Servais, J. (2020b). La regulación social transnacional de las empresas multinacionales. *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 10(2).

- Terwindt C. & Armstrong A. (2019). Supervisión y rendición de cuentas en el sector de la auditoría social. El papel de las iniciativas de cumplimiento social. *Revista Internacional del Trabajo*, 138(2).
- Trebilcock, A. (2020). El desastre del Rana Plaza siete años después: Iniciativas transnacionales y proyecto de tratado. *Revista Internacional del Trabajo*, 139(4).

DEBIDA DILIGENCIA Y DERECHOS HUMANOS LABORALES EN LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO: DEL “SOFT LAW” A “HARD LAW” Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL PERÚ

ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA*

* Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con el Título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social expedido por la PUCP. Asimismo, se le otorgó el Título de Postgrado de Especialización en “Constitución Social y Derechos Humanos Laborales. Tendencias Globales en la Etapa Actual” expedido por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Es profesor del curso “Derecho Laboral Especial” en la Facultad de Derecho de la PUCP; profesor de las maestrías en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de Relaciones Laborales de la PUCP. Es asociado activo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y asociado principal del área laboral de Rubio, Leguía, Normand.

I. INTRODUCCIÓN

Imaginemos que hoy acudimos a un centro comercial y vemos un abrigo de piel de conejo exhibido en los mostradores del representante nacional de una de las mejores marcas de ropa a nivel mundial. Compramos el producto. En el mismo centro comercial, decidimos parar por un café y en el establecimiento indican que es el grano mejor seleccionado de café peruano. Sin embargo, ¿compraríamos el abrigo o tomaríamos el café si supiéramos que, en el primer caso, las pieles son tratadas en curtiembres clandestinas en un país lejano en el que las personas prestan servicios en contra de su voluntad mediante las peores formas de trabajo forzoso y, en el segundo caso, se recurre al trabajo infantil en paupérrimas condiciones de salubridad durante el proceso de cosecha de café? ¿Cuántas empresas o personas habrán participado en todo el proceso de elaboración de estos productos hasta que lleguen al consumidor final?

En ambos casos hipotéticos, los productos son de empresas multinacionales o transnacionales (ETN)¹ que tienen presencia en Perú y distintas partes del mundo. No obstante, se desconoce si estas empresas respetan los derechos humanos y, en general, los derechos humanos laborales en sus actividades; o si han verificado que las empresas contratistas o subcontratistas o proveedores que han participado en toda la cadena de suministro han respetado los derechos humanos de las personas involucradas.

En el 2015, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) calculó que en un total de 40 países que representan el 85% del Producto Bruto Internacional y cerca de dos tercios de la población activa mundial estaba ocupada en

1 Excede a los propósitos de este trabajo efectuar una definición precisa de empresa transnacional o de empresa multinacional. De este modo, de manera indistinta a lo largo del presente trabajo se hará referencia a ETN o Empresa Multinacional para referirnos a lo mismo, conforme a la definición contenida en la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT (2022) que entiende por tales a “(...) *las empresas —ya sean total o parcialmente estatales o privadas— que poseen o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras prestaciones fuera del país en el que tienen su sede. Pueden ser grandes o pequeñas, y tener su sede en cualquier parte del mundo*” (OIT, 2022, pág. 7).

cadenas mundiales de suministro (OIT, 2016). En el 2023, la OIT estimó que, por lo menos, el 11,3% de los puestos de trabajo de una muestra de 24 países con economías medianas dependían de las cadenas de suministro vinculadas con países de economías altas (OIT, 2023).

Las cadenas mundiales de suministro tienen un efecto en la creación de puestos de trabajo y contribuyen al desarrollo económico de los Estados. Al mismo tiempo, las actividades que se realizan en estas cadenas podrían tener un impacto negativo real o potencial en los derechos humanos en general; y, en los derechos humanos laborales en particular. En los supuestos hipotéticos señalados, ¿cómo se podría haber identificado, evaluado, prevenido o mitigado las violaciones a los derechos humanos laborales señalados? Para este efecto, a nivel global desde el año 2011 se viene introduciendo el concepto de debida diligencia en derechos humanos (en adelante, DDDH) como parte de un proceso integral de conducta empresarial responsable (CER) de las ETN y de las empresas en general.

En este trabajo, examinaremos la DDDH y su introducción como estándar internacional para la identificación, prevención, mitigación y reparación de impactos negativos en los derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministro; el proceso mundial para su inclusión en dispositivos de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; y cuál es el estado actual de su implementación en el Perú.

I. DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS O “HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE” EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO

1. Concepto de debida diligencia

Actuar con “Diligencia”, en su acepción más básica, nos transporta a pensar en una conducta sigilosa, con cuidado y con respeto hacia otra persona, personas u objetos. Es decir, se trata de un comportamiento que cumple con un determinado estándar de conducta que, a los ojos de terceros, es socialmente aceptado. Para la Real Academia de la Lengua Española, el primer significado de la palabra “Diligencia” proviene del latín “*Diligentia*” y se refiere al “*cuidado y actividad en ejecutar algo*” y sus sinónimos son “*cuidado, atención, solicitud, eficiencia, eficacia, esmero e interés*”; por lo que, su antónimo es la “*negligencia, descuido*”².

2 Ver el significado de la palabra diligencia en el diccionario virtual de la Real Academia de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/diligencia?m=form>

En términos jurídicos, Márquez (2022) recuerda que el concepto de diligencia como norma surgió en el Derecho Romano; en virtud del cual se estimaba que una persona cometía una falta u infracción en caso de que no hubiera observado la norma conducta que tendría que haber sido ejercida por un paterfamilias diligente, siendo, por tanto, responsable de un acto de negligencia. Este hecho, precisa la referida autora, sería conocido en el derecho consuetudinario como el estándar de la persona razonable ordinaria.

Por ejemplo, bajo este estándar, si un conductor no frenara su vehículo ante la señal de pare (rojo) del semáforo y provocase un accidente sería responsable civil y hasta penalmente -dependiendo de la magnitud de los daños- por las consecuencias negativas generadas a terceros, por no actuar de forma diligente. En otras palabras, por actuar sin la debida diligencia o conforme al estándar de un conductor prudente.

Así, desde sus orígenes, la debida diligencia constituye un estándar de conducta que varía en función de los hechos particulares del caso. En general, la debida diligencia está vinculada al ejercicio de determinado nivel de cuidado para no dañar a otro, lo cual es comúnmente aceptado en diversos ordenamientos jurídicos (MÁRQUEZ CARRASCO, 2022).

En el ordenamiento jurídico peruano también se reconoce el estándar de debida diligencia. Por ejemplo, en el sistema de responsabilidad civil contractual, el artículo 1314° del Código Civil regula la inimputabilidad por la inejecución de una obligación, siempre que el deudor haya actuado con la diligencia ordinaria requerida³.

A su vez, para la atribución de responsabilidad extracontractual por culpa se aplica un estándar de conducta objetivo; es decir, un deber de diligencia ordinario. El artículo 1969° del Código Civil recoge la obligación de indemnizar a aquella persona que ha causado un daño a otro por dolo o culpa. Al respecto, De Trazegnies (1988) señalaba que con este artículo se incorporó un sistema de culpa jurídica que se distingue de la culpa moral. Así, mientras que una conducta puede ser moralmente irreprochable en una situación en concreto; para el Derecho, se atribuirá responsabilidad cuando esa misma conducta se considere “culpable” en comparación con un estándar o patrón objetivo de

3 El artículo 1314° del Código Civil prevé que “*Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*”.

conducta y será ahí cuando la conducta del agente deba dar lugar a la atribución de responsabilidad y al pago de la indemnización.

a) **Del Derecho Financiero al Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

Martín-Ortega (2013) recuerda que la debida diligencia es un instrumento asentado en el proceso de gobernanza corporativa que, en estricto, se originó en los Estados Unidos en el marco de las transacciones comerciales, a fin de regular los mercados financieros a propósito de la Gran Depresión. Se trató de una creación de la ley de valores de los Estados Unidos denominada “*Securities Act*” de 1933 en la que se establecía una estricta responsabilidad a las empresas por declaraciones falsas u omisiones en los registros de valores; pero se preveía una defensa o exoneración de responsabilidad cuando se ejecutaban investigaciones razonables mediante un “*due diligence*” (MÁRQUEZ CARRASCO, Instrumentos sobre debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas a futuro, 2022).

Luego de la emisión de dicha ley, Márquez (2022) refiere que el uso de la debida diligencia surgió y se extendió a las transacciones financieras como fusiones y adquisiciones; tal es así que, desde la década de los ochenta, se continuó usando este procedimiento para cualquier investigación relacionada con el análisis de los riesgos existentes para la financiación de operaciones comerciales como la adquisición de activos en contextos comerciales. El sentido del concepto de debida diligencia no está generalmente definido; sino más bien, como precisa MARTÍN – ORTEGA (2013), se trata de un “concepto contenedor” (“*container concept*”) cuyo principal objetivo es confirmar hechos, datos y otros aspectos involucrados en la transacción comercial a fin de confirmar el valor del activo o de la empresa; los riesgos de la transacción y de posibles controversias de todo tipo.

Por ejemplo, si una empresa desea obtener un financiamiento bancario para la compra de un activo, regularmente la institución financiera solicitará la realización de un “*due diligence*” para conocer el estado actual de la empresa, examinando los riesgos legales de todo tipo, como civil, comercial, tributario, laboral y así determinar los pasivos contingentes que puedan poner en riesgo la operación financiera. En otras palabras, se realiza una auditoría integral del activo o de la empresa para conocer de manera exhaustiva su situación legal. Regularmente, los resultados del “*due diligence*” impactarán en los instrumentos

contractuales respectivos; es decir, en el valor comercial o en las cláusulas de delimitación de responsabilidad de los contratos comerciales correspondientes de compraventa de activos, financiamiento, compraventa de acciones, entre otros.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la debida diligencia ha sido desarrollada como un estándar para la atribución de responsabilidad de los Estados de respetar, proteger y cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos (JEDRZEJOWSKA-SCHIFFANAUER, y otros, 2022). Así, específicamente respecto a la responsabilidad de los Estados en materia de derechos humanos, estos no solo están obligados a proteger a los ciudadanos de sus propios actos, sino también respecto de los de terceros, es decir, respecto de los privados. De ahí que, como remarca Martín-Ortega (2013), el primer antecedente para aplicación del estándar de debida diligencia en materia de violaciones a los derechos humanos por actos de terceros se advierte en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Velázquez Rodríguez contra Honduras de 1988, en el que se atribuyó la responsabilidad internacional de Honduras no por un acto cometido por órganos estatales, sino más bien por su falta de debida diligencia para prevenir las violaciones a derechos humanos perpetrados por terceros.

Por este motivo, Márquez (2022) precisa que el deber de debida diligencia de los Estados se ha configurado como una obligación de comportamiento, en lugar de una de resultados; en el que la responsabilidad internacional de estos termina siendo atribuida por alejarse o no sujetarse al estándar de debida diligencia para prevenir o reprimir la conducta dañina de los actores privados sobre los derechos humanos. En el ámbito interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2019) recuerda que, conforme a lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la responsabilidad internacional de los Estados puede sustentarse en acciones u omisiones de cualquier órgano de estos que violen la referida convención; e incluso, se compromete dicha responsabilidad cuando los actos u las omisiones son cometidas por un particular, como las empresas o actores económicos, ante la falta de diligencia de los Estados para prevenir razonablemente tales violaciones a los derechos humanos o no tratarlas conforme a los parámetros de dicha convención.

Esta debida diligencia de los Estados se distingue de la DDDH que se está incorporando a nivel internacional como un elemento importante en los

estándares de CER para las empresas y ETN y sus cadenas de suministro, locales o mundiales.

b) Debida diligencia en derechos humanos como instrumento corporativo

El impacto de las actividades de las empresas, corporaciones o, en general, de las ETN en los derechos humanos no es una discusión o materia novedosa. El binomio empresa y derechos humanos ha pasado de ser una consideración vinculada a la responsabilidad social de las empresas (CSR, por las siglas en inglés de *“Corporate Social Responsibility”*) a ser una preocupación global relativa a la ejecución de los negocios y el respeto de los derechos humanos (BHR, por las siglas en inglés de *“Business and Human Rights”*).

RAMASASTRY (2015) sostiene que la CSR y BHR son primos cercanos, pero tienen distintos alcances en función de sus diversos orígenes. Mientras la CSR se enfoca en las medidas que las empresas deben adoptar frente a su impacto en la sociedad, desde una perspectiva de la voluntariedad; BHR se orienta a las medidas que las compañías tienen que aplicar para prevenir el impacto adverso de sus actividades en los individuos y en las comunidades respecto de un núcleo duro de obligaciones en materia de derechos humanos. La CSR empezó a surgir luego de la Segunda Guerra Mundial, en la que se debatía el papel que las empresas cumplen en la sociedad y cómo pueden contribuir al bienestar general, pero desde la perspectiva de la voluntariedad. Este debate se intensifica en los años setenta del siglo XX, en el que se inicia un escrutinio de las actividades de las ETN a nivel global y su impacto en el desarrollo de la sociedad y en los derechos humanos, ya no desde una perspectiva moral, sino más bien legal, a fin de que se prevean formas de reparar los daños en los derechos humanos que causen en los países en los que ejecutan sus operaciones. Este es el cimiento sobre el cual se intensifica en los años noventa del siglo pasado el debate a nivel global del rol de las ETN y el respeto de los derechos humanos.

En los años setenta, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) propuso un proyecto de Código de Conducta para las Corporaciones Transnacionales, incluyéndose el respeto de los derechos humanos en diversos borradores, pero limitados al principio de no discriminación. Por su parte, en 1977, la OIT adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Transnacionales y Política Social, en el que se incluyeron aspectos vinculados a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles

y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En 1976, la Organización Económica para la Cooperación y Desarrollo (OECD) emitió la Declaración Internacional sobre Inversiones y Empresas Multinacionales y las Guías para las Empresas Multinacionales, cuyo principal objetivo era establecer los lineamientos para generar un ambiente transparente en la inversión internacional, pero no se incluyeron estándares claros en materia de respeto de los derechos humanos, lo cual luego fue enmendado con posterioridad, conforme a la evolución del debate global de las ETN y el respeto a los derechos humanos (JEDRZEJOWSKA-SCHIFFANAUER, y otros, 2022).

De acuerdo con la CIDH (2019), uno de los antecedentes más importantes en materia de empresas y derechos humanos de los años noventa se produjo en 1994, cuando la extinta Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU solicitó a su secretario general que realizara un estudio que examine la relación de las empresas transnacionales y los derechos humanos. Esta misma subcomisión formó un grupo de trabajo que, luego de revisar diversas normas internacionales, elaboró en el 2003 un proyecto de “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, que, luego, no sería aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

No obstante, en dicho documento se insertó por primera vez el concepto de debida diligencia de las empresas transnacionales en materia de derechos humanos, en cuyo artículo primero disponía que las empresas están obligadas a utilizar *“la diligencia debida para garantizar que sus actividades no contribuyan directa o indirectamente a las violaciones de los derechos humanos, y que no se beneficien directa o indirectamente de abusos de los que tenían conocimiento o deberían haber tenido conocimiento”* (MÁRQUEZ CARRASCO, 2022, pág. 610).

En el 2005, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU encargó al Secretario General la designación de un Representante Especial para que examine lo relativo a los derechos humanos y las empresas, siendo designado el profesor John Ruggie, quien elaboró “Los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos”, la misma que fue aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU mediante Resolución 17/4 del 16 de junio de 2011 (CIDH, 2019).

El profesor Ruggie incorporó el concepto de DDDH en el año 2008 y lo trabajó por un periodo de tres años hasta que se plasmó en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU del 2011 (PRNU), dado que,

como dicho profesor sostuvo, hasta ese momento el proceso de debida diligencia se entendía más en un contexto de operaciones comerciales transaccionales (MÁRQUEZ CARRASCO, 2022). De este modo, RUGGIE y SHERMAN (2017) sostienen que la DDDH no es el punto central del marco desarrollado en los PRNU, pero sí es uno de sus componentes; ya que tales principios se centran en la necesidad de prevenir y abordar la participación de las empresas en los impactos adversos que sus actividades pueden generar sobre los derechos humanos, para lo cual estas deben realizar un proceso de DDDH.

Así, la DDDH no puede ser enfocada como un estándar de conducta o como parte de un procedimiento similar que se ejecuta en términos transaccionales. Por el contrario, la DDDH incorporada en los PRNU es concebida como una norma social transnacional y no como una norma legal, con el objetivo de que las empresas obtengan una licencia social en el desarrollo de sus actividades, más allá del cumplimiento de las normas establecidas en algún ordenamiento o estado en particular; y, de lo que pueda o deje de hacer algún estado. Por ello, la DDDH comprende un proceso integral y proactivo que permita identificar todos los riesgos en materia de derechos humanos, actuales o potenciales que existen en todo el ciclo productivo de un proyecto o de una empresa, con el objetivo de evitar y mitigar tales riesgos (RUGGIE & SHERMAN, 2017).

En el Principio Rector N° 15 de los PRNU se recoge que para que las empresas cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos deben contar con políticas y procedimientos apropiados, tales como, entre otros:

b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos. (ONU, 2011, pág. 18)

De acuerdo con el Principio Rector N° 17 de los PRNU, la DDDH tiene por objetivo la identificación, la prevención, la mitigación y el establecimiento de responsabilidad para que las empresas asuman las consecuencias negativas que sus actividades puedan generar sobre los derechos humanos. Por ende, la DDDH tiene que:

17. (...) incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en

materia de derechos humanos: a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones; c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas. (ONU, 2011, pág. 20)

Bajo los PRNU las medidas que las empresas deberán adoptar varían en función a su nivel de involucramiento o participación en el impacto negativo sobre los derechos humanos: (i) si los han causado directamente; (ii) si han contribuido a provocarlos; o, (iii) si existe una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial⁴. En dicho esquema, la DDDH permitirá que las empresas identifiquen los potenciales riesgos a los derechos humanos, como mitigar y remediar el impacto adverso que sus operaciones puedan generar en estos (RUGGIE & SHERMAN, 2017), incluyendo a sus relaciones comerciales y aquellos que formen parte de su cadena de suministro.

A partir de los PRNU, el análisis del impacto en los derechos humanos de las actividades de las empresas se extendió a distintos ámbitos, incluyendo el financiero y económico. Las instituciones financieras exigen a sus clientes la realización de procesos de Debita Diligencia en Derechos Humanos a fin de que evalúen el potencial impacto adverso que sus operaciones o proyectos que requieren financiamiento puedan generar en los derechos humanos. Este análisis se ha incluido en la versión actualizada de las Guías para Empresas Multinacionales de la OECD, las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional, entre otras (SALCITO, 2024).

Posteriormente, la OECD (2018) en la Guía de Debita Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable precisó que el proceso de DDDH comprende las siguientes etapas:

4 Principio Rector N° 19 de los Principios Rectores de la ONU.

FIGURA 1. PROCESO DE DEBIDA DILIGENCIA Y MEDIDAS DE APOYO



Fuente: (OECD, 2018, pág. 25)

2. Las cadenas mundiales de suministro y los derechos humanos laborales

a) El rol de las cadenas de suministro en el respeto de los derechos humanos

De acuerdo con la OIT (2016), las cadenas mundiales de suministro son estructuras organizativas complejas y, para describirlas, se ha recurrido a múltiples denominaciones, tales como “redes mundiales de producción”, “cadenas de valor mundiales” y “cadenas mundiales de suministro”. Por ello, la OIT las define como: *“toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios (...) incluyendo las operaciones de inversión extranjera directa efectuadas por empresas multinacionales, tanto en filiales que les pertenecen en su totalidad como en empresas mixtas en la que la multinacional tiene la responsabilidad directa de la relación de trabajo”*.

Las cadenas de suministro pueden clasificarse en cadenas de compradores o de vendedores, dependiendo del nivel de actuación de la empresa transnacional, siendo estas últimas más grandes y complejas que las primeras, dado que en aquellas las empresas transnacionales o multinacionales que venden el producto al consumidor final deben relacionarse directa o indirectamente con los fabricantes (GARCÍA LANDABURÚ, 2022). En estricto, cualquiera que sea el tipo de cadena de suministro, se trata de un proceso de fragmentación de la producción de los bienes o servicios; de tal modo que la producción está dividida en fases y cada parte se realiza en la locación que resulte más eficiente para las compañías, ya sea por existir mejores sistemas de transporte; mayor difusión de tecnologías de la información; reducción de barreras al comercio con la liberación de mejores tasas arancelarias debido a los procesos de liberación económica o comercial; o la promoción de la inversión extranjera en países emergentes; e inclusive menores costes laborales (FANJUL, 2022).

Así, múltiples ETN reubican o localizan sus actividades en aquellos países que ofrecen ventajas competitivas en relación a otros por consideraciones de menores costes de producción, lo que ha generado la preocupación a nivel global de que la búsqueda de eficiencia de las compañías deba ajustarse o tener en consideración otros criterios, tales como: (i) el control de las inversiones extranjeras en sectores o actividades estratégicas⁵; y, (ii) el factor ético vinculado al respeto de los derechos humanos en los procesos de producción, lo cual viene teniendo una creciente importancia para los consumidores finales. De esta manera, y respecto al contenido ético, existe un auge a nivel global exige el respeto de los derechos humanos en las cadenas de suministro; esto es, que las empresas transnacionales o multinacionales vigilen que en sus procesos de producción no se vulneren los derechos humanos (FANJUL, 2022).

Inclusive, en este proceso de incorporación del contenido ético en el desarrollo de las actividades, las ETN se autoimponen deberes de asunción voluntaria para garantizar estándares mínimos de condiciones de trabajo para las personas involucradas en sus operaciones; a través de declaraciones unilaterales, códigos

5 FANJUL (2022) sostiene que en la búsqueda de la eficiencia se ha incorporado un elemento de tipo “geoestratégica” para garantizar el control de actividades vitales y estratégicas en la economía, vinculadas, principalmente, a la creciente participación de la inversión de las empresas chinas, estatales o privadas, cuyo gobierno no comparte la escala de valores de los países de occidente. Este hecho motivó, sin decirlo, que en la Unión Europea se haya establecido un mecanismo de control de inversiones motivada esencialmente en la presencia china en los estados de la unión.

de ética, códigos de conducta, entre otros. Las mismas empresas transnacionales incorporan en tales instrumentos sus principios o valores fundamentales, a fin de que se sujeten o respeten parámetros universales de comportamiento admitidos en el mercado, lo que ha contribuido al cambio de enfoque a nivel global de que el respeto de los derechos humanos no solo compete a los Estados; sino también a las empresas transnacionales. Estas últimas, por tanto, tienen una enorme responsabilidad para garantizar el cumplimiento y respeto de los derechos humanos, dado que su enorme capacidad para operar a gran escala también puede impactar negativamente generando daños trascendentales en los derechos humanos (SANGUINETI RAYMOND, 2013).

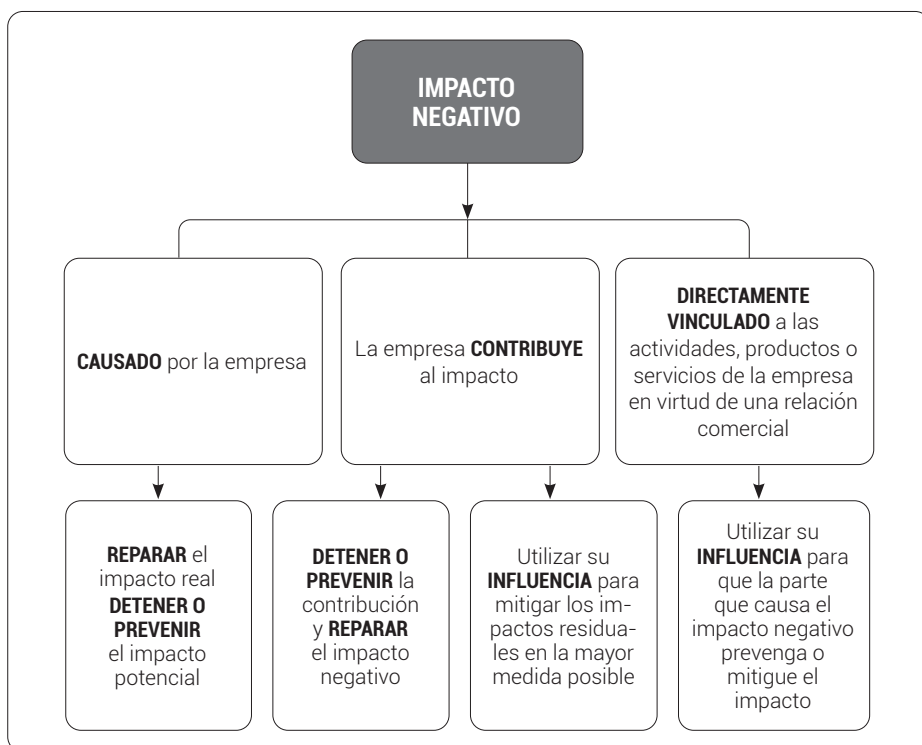
En efecto, las actividades de las ETN en sus cadenas de suministro pueden tener un impacto directo o indirecto en los derechos humanos en general; e, incluso, producir consecuencias irreparables al medio ambiente. Para prevenir, mitigar y reparar este impacto, se incorporan los procedimientos DDDH en los PRNU, cuyo análisis se extenderá a examinar y prevenir situaciones de daños a los derechos humanos y medio ambiente; habiéndose extendido, conforme a los lineamientos de la OECD, el análisis a situaciones de conducta empresarial responsable tales como el cambio climático, derechos laborales, anticorrupción, daños al medio ambiente, corrupción, revelación de conflictos de intereses, entre otros (COMISIÓN EUROPEA, 2020).

Para este efecto, la OECD (2018) ha complementado lo que se entiende por “causa”, “contribución” o “lo que está directamente vinculado a una relación comercial” en el impacto negativo a los derechos humanos por parte de una ETN. La ETN “causará” el impacto negativo, si sus actividades por sí mismas son suficientes para generar el impacto; por ejemplo, si la empresa discrimina abiertamente a las mujeres o minorías étnicas en su proceso de contratación o recurre a la utilización de trabajo infantil.

La ETN “contribuirá” al impacto negativo, si sus actividades combinadas con las de otras partes causan el impacto o si sus actividades causan, facilitan o incentivan a que otra empresa o parte genere el impacto negativo; debiendo ser una contribución sustancial (OECD, 2018). La OECD pone como ejemplo de contribución que una empresa establezca un plazo muy corto para la entrega de un encargo, conociendo que en el pasado una misma entrega se realizó en más tiempo, prohibiendo la subcontratación, lo que obligaría a que, para cumplir con el plazo, el fabricante exija que su personal realice horas extras excesivas.

De acuerdo con la OECD (2018), la “vinculación directa” de la ETN estará referida a la relación entre el impacto negativo y los productos, servicios o actividades de la empresa, a través de su relación comercial con otra parte. Por ejemplo, si una ETN para la realización de sus actividades adquiere o se abastece de minerales que son extraídos de lugares en los que se recurre al trabajo infantil. La ETN no causó el impacto negativo, ni contribuyó a estos, pero sí puede verificarse un vínculo directo entre los productos de la ETN y el impacto negativo en los derechos humanos mediante sus vínculos comerciales o contractuales con las partes que están inmersas en el abastecimiento de dicha materia prima.

Bajo esta clasificación de la vinculación de la ETN con el impacto negativo, la OECD resalta la importancia de identificar dicho nivel de participación a fin de determinar la responsabilidad de la ETN en reparar o colaborar con la reparación del impacto negativo. La OECD (2018) resume esta participación en la siguiente figura de cómo abordar el impacto negativo según el grado de participación de la ETN:



Nota: Figura No. 2 de cómo abordar los impactos negativos (OECD, 2018, pág. 78).

Precisamente, con base a este nivel de participación de la ETN es que se verifica su rol preponderante en la garantía del respeto, prevención, mitigación y reparación del impacto negativo en los derechos humanos que puedan producirse en sus cadenas de suministro, en virtud de las relaciones comerciales o contractuales que mantengan con empresas, proveedores o subcontratistas que se encuentren en distintas localidades a nivel mundial.

b) Las cadenas mundiales de suministro y el trabajo decente: el cumplimiento efectivo de los derechos humanos laborales

En la “Resolución relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro” adoptada el 10 de junio de 2016 en la Conferencia General de la OIT, se reconoce el impacto positivo de las cadenas mundiales de suministro en la creación del empleo formal, incluyéndose la posibilidad de que millones de hombres y mujeres en todo el mundo se incorporen al mundo del trabajo formal por los servicios que prestan en estas cadenas. De igual manera, en la misma resolución se deja constancia de las deficiencias que se han evidenciado en los diversos niveles de las cadenas de suministro -primordialmente en los niveles más bajos- en términos de trabajo decente, en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, salarios, afectación a la libertad sindical y negociación colectiva; trabajo informal; e, inclusive, problemas graves de trabajo forzoso y trabajo infantil en los segmentos inferiores de algunas cadenas mundiales de suministro; incluyendo serios actos de discriminación a los trabajadores migrantes que participan en estas (OIT, 2016).

Dentro de las conclusiones de la referida resolución, se precisa que las empresas tienen la responsabilidad de **respetar** los derechos del trabajo en sus operaciones conforme a lo previsto en los PRNU. Para ello, “(...) deberían ejercer la diligencia debida en relación con los derechos humanos a fin de identificar, prevenir o atenuar sus consecuencias negativas sobre los derechos humanos e informar sobre cómo hacen frente a esas consecuencias”⁶. (OIT, 2016, pág. 5)

En general, la OIT no tiene un enfoque patológico⁷ respecto al impacto en la magnitud y la calidad del empleo que generan las cadenas mundiales de

6 Ver conclusiones Nos. 10 y 18 de la “Resolución relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”.

7 Por ejemplo, NIETO (2019) sostiene que los problemas relativos al cumplimiento del objetivo de trabajo decente de la OIT ya se advertían desde hace mucho tiempo en diversos países, pero

suministro. Parte de reconocer que la externalización y la deslocalización de la producción mundial de bienes y suministros es un factor trascendente en la calidad de los empleos que estas cadenas generan. Las empresas principales⁸ de las cadenas de suministro, a pesar de no ser dueñas de las unidades de producción que se encuentran en diversas jurisdicciones, pueden tener control sobre estas por medio de los códigos de ética o códigos de conducta, lo que contribuye a la creación de relaciones de empleo formal⁹ que respetan las normas internacionales de trabajo. De acuerdo con la OIT, los estudios demuestran que en los países que se recurre a la Inversión Extranjera Directa (países de economías emergentes) de las empresas multinacionales existen mayores posibilidades de creación de empleos formales y con mejores salarios. No obstante, también los estudios han evidenciado o comprobado que el mayor índice de violaciones a los derechos laborales se produce en los eslabones inferiores de las cadenas de suministro y en empresas tercerizadas, vinculadas a la utilización de trabajo informal y personal contratado a través de agencias de empleo (OIT, 2016).

Al respecto, se ha señalado que el diseño de las cadenas de suministro puede impactar en la creación de formas de trabajo decente; o, en su defecto, de trabajo indecente. Siendo un desafío para los actores determinar las mejores formas de gobernanza de las cadenas mundiales de suministro para detectar, prevenir y examinar las formas de trabajo indecente y así promover formas de empleo justo, lineamientos o normas laborales estándar y el derecho de los trabajadores. Está registrado y documentada la comisión de graves violaciones a los derechos humanos vinculados al uso de trabajo forzoso en algunas cadenas de suministro de productos electrónicos, comida, calzado, agricultura, construcción, entre otras (LEBARON, 2021).

Por ejemplo, en relación con la producción de algodón, se estima que el 20% de la producción mundial proviene de la región china de Xinjiang, respecto

considera que las actividades de las cadenas mundiales de suministro han contribuido a perpetuar o agravar tales problemas, en razón de que la empresa matriz de la cadena carece de responsabilidad directa sobre las relaciones de trabajo de las otras empresas que conforman la cadena, a pesar de que sí influye en la toma de decisiones de inversión y de abastecimiento que impacta en las condiciones laborales de aquellos eslabones.

8 La OIT (2016) define como empresa principal a aquella que tiene el control de la cadena mundial de suministro de la que forma parte, estableciendo los parámetros que tienen que respetar los demás eslabones de esta.

9 La OIT (2016) precisa que la creación de empleo en las cadenas mundiales de suministro se ha visto impulsada en mayor medida por los países de economías emergentes.

de la cual existen diversas denuncias de la utilización de trabajo forzoso a través de un sistema de internamiento masivo, vigilancia y trabajo involuntario, incluyendo no solo a las personas internadas, sino también a aquellos que ya habían sido liberados. Este algodón producido en Xinjiang es trasladado a las grandes fábricas chinas; luego el hilado o manufactura de productos semiterminados es encargado a otros intermediarios; quienes venden las prendas a marcas internacionales; y luego son adquiridas por los consumidores finales (FANJUL, 2022).

De este modo, en la agenda mundial se debate intensamente sobre el papel o rol que debe asumirse en la gobernanza corporativa de las cadenas mundiales de suministro. No obstante, este debate debería enfocarse no solo desde la perspectiva de la posición que se ocupe en la cadena de suministro, ya sea de compradores o de consumidores; sino más bien que el centro o eje del enfoque sea la humanización de las condiciones laborales de las personas que prestan servicios en las cadenas de suministro, priorizándose el respeto y garantía de sus derechos y su bienestar general. Existiendo, así, una obligación moral de las empresas transnacionales de garantizar el trabajo decente en sus cadenas de suministro (SOUNDARARAJAN, WILHEM, & CRANE, 2021).

Para este efecto, en los PRNU, y como veremos más adelante en otros instrumentos multilaterales, se establecen los procedimientos de DDDH. Inclusive, a nivel regional y en algunos ordenamientos se ha incorporado la obligatoriedad de ejecutar estos procedimientos para que las empresas determinen, prevengan, mitiguen y rindan cuentas de cómo actúan o actuarán frente a los riesgos actuales o potenciales de violaciones a los derechos humanos que se cometan o verifiquen en sus cadenas de suministro (FANJUL, 2022); incluyendo el establecimiento de un seguimiento a la eficacia de las acciones adoptadas en materia de prevención de tales impactos; y la comunicación de cómo estos son direccionados o reparados (GUAMÁN & TOLE MARTÍNEZ, 2023).

3. Derechos humanos laborales a examinarse en los procedimientos de debida diligencia en derechos humanos

CANESSA (2014) apuntó que a nivel del Derecho Internacional se utilizan distintas denominaciones¹⁰ para referirse a los derechos laborales que están

10 CANESSA (2014) anota que en las normas del Derecho Internacional del Trabajo se usan: “derechos humanos fundamentales”; “derechos fundamentales en el trabajo”; “derechos humanos de los trabajadores”; “derechos sociales fundamentales y derechos humanos laborales”.

recogidos en las diversas declaraciones y tratados de derechos humanos; pero el autor apunta que el concepto “derechos humanos laborales” debe entenderse a: “(...) todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona” (pág. 12). Con esta definición, acota CANESSA (2014), no se excluyen determinados derechos laborales debido a la política o directiva que algún Estado u Organismo Internacional pretenda promover; o, aquellos otros derechos que estén vinculados específicamente a la prestación de servicios por cuenta ajena.

No obstante, en el marco de deberes de conducta empresarial responsable en materia de derechos humanos en lo que se refiere a los derechos laborales y la aplicación de procedimientos de debida diligencia en las cadenas mundiales de suministro, los PRNU no han recurrido a la definición abierta u omnicompreensiva de “derechos humanos laborales”. En el Principio Rector N° 12 se reconoció la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos como mínimo en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998. En los comentarios de este principio, se precisó que la Carta Internacional de Derechos Humanos abarca los derechos humanos recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales; a los cuales se suma los principios relativos a los derechos fundamentales de los ocho convenios fundamentales de la OIT¹¹ conforme a su Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998¹².

11 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); Convenio sobre la igualdad de la remuneración, 1951 (núm. 100); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).

12 En la 110.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo del 11 de junio de 2022 se enmendó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998 para añadir las condiciones de trabajo seguras y saludables. De esta manera, y según lo señalado por Guy Ryder en el prefacio a la enmienda de la declaración, a partir de esta se añaden a la lista de convenios fundamentales el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155); y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187) (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2022).

Así, y sin que sea el propósito de este trabajo realizar un listado exhaustivo de los derechos de corte laboral que están recogidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos¹³, podemos referirnos a los siguientes: libertad de trabajo, prohibición de la esclavitud y de la servidumbre; prohibición del trabajo forzoso u obligatorio; derecho al trabajo; prohibición de todo tipo de discriminación en materia de empleo y ocupación; derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, entre otros. Para el caso de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998, serían los siguientes derechos humanos laborales: libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y un entorno de trabajo seguro y saludable.

Por su parte, en las Líneas Directrices de la OECD para las Empresas Multinacionales (OECD, 2018) se han detallado algunos ejemplos de impacto negativo en derechos humanos laborales que deben ser evaluados en los procedimientos de DDDH, tales como: (i) trabajo forzoso; (ii) discriminación salarial por igual trabajo o trabajo de igual valor; (iii) no respetar el derecho a libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva; (iv) trabajo infantil, incluidas las peores formas de trabajo infantil; (v) discriminación contra los trabajadores en el ámbito profesional o laboral; (vi) no adaptar la maquinaria, equipos, jornada laboral, organización del trabajo a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores; (vii) no reemplazar las sustancias peligrosas por sustancias inofensivas o menos peligrosas; entre otras; (viii) pago de sueldos que no satisfagan las necesidades esenciales de los trabajadores y sus familias; (ix) amenazar trabajadores con trasladarlos a otras unidades operativas para que no constituyan un sindicato; (x) mantener los más altos estándares de seguridad y salud en el trabajo. Los derechos señalados en los puntos (vi), (vii) y (x), como es evidente, están vinculados al resguardo de la integridad de las personas que prestan servicios en las empresas multinacionales o en las empresas que formen parte de su cadena de servicios; esto es, al respeto a su derecho a la seguridad y salud en trabajo.

13 Para ello, recomendamos revisar el texto de CANESSA (2014) en el que sea ejecuta un tópico de los derechos de corte individual y colectivo que se recogen en diversos tratados de derechos humanos.

Bajo estos lineamientos, en los procedimientos de DDDH, las ETN tendrían que incorporar en el análisis de potenciales impactos negativos a los derechos humanos laborales antes señalados, lo cual incluye el análisis de cómo estos pueden verse afectados en los diferentes eslabones de la cadena de suministro. En otras palabras, este análisis de DDDH se extenderá a la identificación, prevención y mitigación, así como a las formas de reparación frente a los riesgos potenciales o actuales de daño a los derechos humanos laborales en los que puedan incurrir las empresas con las que mantienen relaciones comerciales, proveedores o subcontratistas.

II. DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS EN INSTRUMENTOS DE “SOFT LAW” Y SU TRANSICIÓN A “HARD LAW”

En el Derecho Internacional, y en el derecho interno en general, se suele clasificar a los instrumentos normativos en función de su fuerza vinculante o de su aspiración programática para determinada materia u objetivo en particular. Así, respecto de los primeros, se encuentran las normas de “derecho duro” o “*hard law*” que crean obligaciones concretas para los receptores de la norma y se establecen mecanismos de exigibilidad; y, en las segundas, el “derecho blando” o “*soft law*” que son manifestaciones de buenos deseos, pero que no generan una exigencia de obligatoriedad y la adopción de una conducta o acción en concreto, dependerá, en gran medida, de la voluntariedad de los actores.

En el Derecho Internacional, como sostiene Carrillo (1992), la costumbre y los tratados son los dos procedimientos autónomos para la creación de normas jurídicas; en el que los Estados son los principales actores para la creación, modificación y desarrollo del Derecho Internacional, dado que estos, en definitiva, son los destinatarios de las normas. En este procedimiento, el consenso o consentimiento de los Estados resulta fundamental, cualquiera que sea la forma o procedimiento para que se exprese dicho consentimiento; incluyendo respecto de aquellos actos concertados no convencionales¹⁴ de otros sujetos de Derecho Internacional distintos de los Estados, como las Organizaciones Internaciona-

14 Los Actos Concertados No Convencionales son aquellos acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional, incluso distintos de los Estados que crean normas jurídicas de cooperación y coexistencia entre los Estados, tales como los Códigos de Conducta en los que se regulan las relaciones económicas internacionales; como por ejemplo, el Código de Conducta para Empresas Multinacionales de la OECD y el Código de Conducta sobre Empresas Transnacionales de Naciones Unidas (CARRILLO SALCEDO, 1992).

les¹⁵. En el Derecho Interno, por su parte, la fuerza vinculante y mecanismos de exigencia de las normas estará dictado por el “*ius imperium*” del Estado, en función a la estructura o jerarquía clásica de las fuentes del derecho, Constitución, leyes, reglamentos u otros instrumentos normativos emitidos por los órganos del Estado con competencia para dictar normas jurídicas. Este será, tanto en Derecho Internacional, como en el Derecho Interno, el denominado “*hard law*”.

La denominación de “*soft law*” ha sido utilizada, regularmente, en el ámbito del Derecho Internacional, a efectos de referirse a instrumentos o resoluciones de organizaciones internacionales o de actores no estatales que carecen de efectos vinculantes para los Estados. En general, estos instrumentos no crean obligaciones específicas que puedan ser exigibles a sus destinatarios (los Estados u otros actores del Derecho Internacional¹⁶), proponiendo una conducta no obligatoria, pero sí deseable (MAZUELOS BELLIDO, 2004). En el Derecho Interno, bajo la misma lógica de no vinculatoriedad, los Estados pueden emitir disposiciones o planes programáticos como políticas internas o planes nacionales de acción (PNA), en los que se establezcan conductas deseables por parte de los ciudadanos, de las empresas y, en general, de los actores económicos que operan en su jurisdicción. No obstante, en estas disposiciones no se crean obligaciones concretas que puedan resultar exigibles y cuyo incumplimiento pueda determinar la comisión de una infracción sujeta al accionar sancionador del Estado.

En este contexto, la incorporación de procedimientos de DDDH en las actividades realizadas por las ETN incluyendo sus cadenas de suministro viene transitando, desde la publicación de los PRNU en 2011 hasta la fecha, una paulatina transición de ser una conducta empresarial responsable o esperable en instrumentos de *soft law* hasta debatirse su inclusión en dispositivos de observancia obligatoria en diversas regiones y países, incluyéndose obligaciones concretas no solo a los Estados, sino también a las empresas en general. Así, pues,

15 Se ha definido a las Organizaciones Internacionales como “*unas asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros*” (DIEZ DE VELASCO, 1995, pág. 37).

16 Al respecto, se ha precisado que solo a algunas entidades se les puede atribuir una subjetividad jurídica internacional para hacerlas titulares de derechos y obligaciones internacionales, incluyendo la capacidad de obrar en este plano. Dentro de estas otras entidades, están las entidades colectivas sin base territorial, como las organizaciones internacionales no gubernamentales, las empresas internacionales y sociedades u empresas de actividad transnacional (MARINO MENENDEZ, 1999).

la DDDH va dejando de lado la voluntariedad corporativa para incluirse como instrumento fundamental en materia de identificación, prevención, mitigación y reparación de los riesgos potenciales o actuales a los derechos humanos en las ETN y sus cadenas de suministro; y, en general, en el ejercicio de cualquier actividad económica por parte de un agente privado o estatal.

1. Principios y estándares internacionales relevantes de “soft law”

a) Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (2011)

Los PRNU se estructuran sobre las siguientes tres columnas esenciales: (i) reconocimiento de las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; (ii) el rol de las empresas como actores centrales de la sociedad civil a fin de que cumplan todas las leyes correspondientes y respeten los derechos humanos; y, (iii) la necesidad de que los derechos y obligaciones vengan aparejados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimientos. Estos pilares deben interpretarse como un todo coherente que interactúa entre sí; de modo tal que las medidas que adopten los Estados en función del pilar (i); generen efectos en las conductas de las empresas conforme al pilar (ii); y que estas tengan relación con el acceso a mecanismos de reparación efectiva conforme al pilar (iii) (CIDH, 2019).

No obstante, en los principios generales de los PRNU se ha señalado expresamente que estos no generan obligaciones nuevas para los Estados:

En ningún caso debe interpretarse que estos Principios Rectores establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos. (ONU, 2011, pág. 1).

Por este motivo, se considera que los PRNU no son un instrumento jurídicamente vinculante; por el contrario, estos incluyen una serie de recomendaciones y propuestas para la elaboración normativa posterior con el objetivo de que las empresas contribuyan de forma positiva a los derechos humanos y eviten los impactos negativos que sus actividades puedan generar en estos (MARTÍN-ORTEGA, 2013). Por ende, cuando en el Principio Rector No. 11 se establece el deber de las empresas de respetar los derechos humanos ello,

en estricto sentido, “(...) refleja una aspiración, o expectativa por parte de la comunidad internacional, más que una obligación jurídica de Derecho Internacional” (MARTÍN-ORTEGA, 2013, pág. 11).

Como parte de estas recomendaciones y aspiraciones de la comunidad internacional, en los PRNU se establece el deber de los Estados de asesorar de forma eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; brindándoles orientación para el uso de mecanismos de debida diligencia en derechos humanos¹⁷. Inclusive, estos mecanismos de debida diligencia deben extenderse a las empresas que son de propiedad o se encuentren bajo el control de los Estados¹⁸. En el marco del deber de las empresas de respetar los derechos humanos en sus actividades y de prevenir el impacto negativo que estas puedan generar, incluyendo en sus relaciones comerciales, se exige que estas cuenten con *“un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos”*¹⁹.

Así, los PRNU se han erigido como instrumento de gobernanza mundial en materia de empresas y derechos humanos, con el objetivo de crear un entorno autorizado que contribuya a la prevención y remediación de actuales o potenciales violaciones a los derechos humanos que se produzcan en el desarrollo de las actividades u operaciones de las empresas (CIDH, 2019). Lo que, como resulta evidente, debe incluir las actividades que se ejecuten en las respectivas cadenas de suministro.

b) Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable

En 1976 se adoptó la Declaración de la OECD sobre Inversiones y Empresas Multinacionales, las cuales, en 2011, se actualizaron para alinearse a lo establecido en los Principios Rectores, convirtiéndose así en las Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable (“Líneas Directrices de la OECD”) (MÁRQUEZ CARRASCO, Instrumentos sobre debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas a futuro, 2022). En 2023, se realizaron enmiendas a las Líneas

17 Ver literal c) del Principio Rector No. 3 y el comentario correspondiente.

18 Ver Principio Rector No. 4.

19 Ver literal b) del Principio Rector No. 15.

Directrices de la OECD las cuales fueron adoptadas por los Adherentes²⁰ a la Declaración Sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales (OECD, 2023). De acuerdo con el punto N° 1 del Capítulo N° 1 de las Líneas Directrices estas:

(...) son recomendaciones dirigidas conjuntamente por los gobiernos a las empresas multinacionales. Proporcionan principios y estándares de buenas prácticas consistentes con las leyes aplicables y los estándares reconocidos internacionalmente. La observancia de las Líneas Directrices por parte de las empresas es voluntaria y no es jurídicamente vinculante (...). (OECD, 2023, pág. 10)

Entre los principios generales de las Líneas Directrices de la OECD se ha previsto que las empresas deberán respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente de las personas que se vean afectadas por el desarrollo de sus actividades²¹. Para este efecto, las empresas ejecutarán la debida diligencia sustentada en el riesgo, incorporándola en sus sistemas de gestión de riesgo empresarial para prevenir y mitigar los impactos negativos reales y potenciales en los derechos humanos; así como rendir cuentas de cómo enfrentan estos impactos; cuyo alcance dependerá de las circunstancias particulares o de cada caso en concreto, ya sea que hayan causado directamente el impacto, o hayan contribuido con este o el impacto esté directamente vinculado a sus operaciones, productos o servicios en razón de una relación comercial, aun cuando no hayan contribuido a causarlo²².

No obstante, las Líneas Directrices de la OECD carecen de eficacia o fuerza vinculante para las ETN y otro tipo de empresas, por lo que la adopción de las recomendaciones o estándares de conducta empresarial responsable queda librada a la voluntariedad de las empresas, salvo que algunos ámbitos de estas líneas se encuentren ya recogidos en leyes nacionales o compromisos internacionales. Más aún, sobre este punto, en las Líneas Directrices se prevé de forma expresa que la primera obligación de cualquier empresa es respetar las leyes nacionales²³.

20 De acuerdo con la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, desde el 8 de junio de 2023, todos los miembros de la OECD son Adherentes, incluyendo a Argentina, Brasil, Bulgaria, Croacia, Egipto, Jordania, Kazajastán, Marruecos, Perú, Rumanía, Túnez, Ucrania y Uruguay. El Perú se adhirió a las Líneas Directrices de la OECD en el año 2008 (MINJUS-DH, 2021).

21 Ver punto 2 de los Principios Generales de las Líneas Directrices de la OECD.

22 Ver puntos nos. 11, 12 y 13 de los Principios Generales de las Líneas Directrices de la OECD.

23 Ver punto 2 del literal I de los Conceptos y Principios de las Líneas Directrices de la OECD.

En ese sentido, se ha previsto que los Adherentes a las Líneas Directrices de la OECD deben implementarlas y fomentar su uso a través de Puntos Nacionales de Contacto (PNC)²⁴ para la conducta empresarial responsable²⁵.

A raíz de la voluntariedad de las Líneas Directrices, se ha apuntado que existe un déficit de parte de los PNC -mecanismo de control creado por la OECD para garantizar el cumplimiento de las Líneas Directrices-, puesto que estos PNC carecen de capacidad para efectivizar o asegurar las recomendaciones dirigidas a las empresas. En estricto, los PNC no cuentan con capacidad para proporcionar un recurso directo a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, dado que estos tienen un enfoque centrado en la mediación²⁶ y no han contribuido a reforzar las Líneas Directrices de la OECD (MÁRQUEZ CARRASCO, Instrumentos sobre debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas a futuro, 2022).

c) Instrumentos de la OIT: Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (1976) y Resolución relativa al Trabajo Decente en las Cadenas Mundiales de Suministro (2016)

La Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales y la Política Social fue aprobada por el Consejo de Administración de la OIT en 1976 (“la Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales de la OIT”), habiendo sido enmendada en tres oportunidades, siendo la última de estas en 2022²⁷. El objetivo de esta declaración está orientado al fomento de la contribución positiva de las empresas multinacionales al progreso económico y social y al logro

24 En el 2009, el Perú estableció un PNC para la Conducía Empresarial Responsable conforme a las Líneas Directrices, ubicado en la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) (MINJUSDH, 2021).

25 Ver punto 11 del literal I de los Conceptos y Principios de las Líneas Directrices de la OECD.

26 En el párrafo 51 del Comentario al Capítulo IV: Derechos Humanos de las Líneas Directrices se ha señalado que cuando en el procedimiento de debida diligencia se advierte que se ha causado un daño o se ha contribuido a causar un impacto negativo en los derechos humanos, las empresas deberían establecer o participar en procesos para permitir la reparación; incluyendo mecanismos de reparación a nivel operativo, los cuales estén basados en el diálogo y la participación o involucramiento de las partes, con miras a encontrar soluciones consensuadas.

27 Entre las razones expuestas para la última enmienda, se detalla que en la 346.a reunión del Consejo de Administración se aprobaron nuevas enmiendas a esta declaración debido a que la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó la resolución en la que se incluyó del derecho a un entorno seguro y saludable en la Declaración de principios y derechos fundamentales de 1998 (OIT, 2022).

o realización del trabajo decente para todos (OIT, 2022). En el punto séptimo de la declaración se precisa que:

(...) contiene principios en materia de empleo, formación, condiciones de trabajo y vida y relaciones de trabajo, cuya aplicación se recomienda con carácter voluntario a los Gobiernos, a las organizaciones de empleadores y de trabajadores y a las empresas multinacionales (...). (OIT, 2022, pág. 8)

Si bien se ha señalado que esta Declaración tiene cierta influencia por ser un instrumento jurídicamente vinculante (MÁRQUEZ CARRASCO, Instrumentos sobre debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas a futuro, 2022); no obstante, para SERVAIS (2011) carece de dicho efecto, dado que el Consejo de Administración de la OIT adoptó una declaración en lugar de un convenio, porque, en la época que fue concebida —década de los setenta del siglo pasado— no se logró reconciliar las posturas de los actores²⁸. En definitiva, y como surge del texto expreso de la Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales de la OIT, esta contiene recomendaciones sujetas al carácter voluntario de los actores, incluyendo a las ETN. Por tanto, esta declaración carece de eficacia jurídica vinculante.

A pesar de ello, no se puede restar la valiosa contribución de esta declaración para que la OIT haya orientado sus esfuerzos para generar cambios que impacten en el objetivo del trabajo decente. En ese sentido, la Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales de la OIT exhorta a todas las partes a respetar, entre otras normas, los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y Sociales y Culturales; así como contribuir a la aplicación efectiva de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), en su versión enmendada del 2022 (OIT, 2022).

A la vez, en la Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales de la OIT se prevén funciones específicas para las partes involucradas, recomendándose a las empresas a observar los PRNU, para lo cual estas y las ETN deberían proceder con la debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar

28 SERVAIS (2011) anotó que, por un lado, se sostenía que para los países anfitriones de empresas multinacionales la presencia de estas generaba ventajas para la economía, bienestar y creación de empleo; mientras que, del otro, se expresaba la preocupación constante por la concentración de poder económico de estas empresas, y el conflicto que existiría entre los objetivos de aquellas y las metas de las políticas nacionales.

sus consecuencias reales o potenciales sobre los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Con el objeto de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas tendrían que identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en lo que puedan verse involucradas, ya sea mediante sus propias actividades o como resultado de las relaciones comerciales que sostengan con otros proveedores (OIT, 2022).

En la Resolución relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro adoptada por la Conferencia General de la OIT en su 105 a. reunión de 2016, se reconoció, entre otros aspectos: (i) la importancia de los PRNU; (ii) la incorporación de procedimientos de debida diligencia en derechos humanos por parte de las empresas; (iv) las organizaciones de empleadores deben orientar las prácticas de debida diligencia en los sistemas de gestión operacional; y, (v) la Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales de la OIT es el marco internacional cuyo objetivo está dirigido a potenciar al máximo los impactos positivos de las empresas multinacionales y la resolución de las posibles consecuencias negativas (OIT, 2016).

2. Proceso y desafíos para la transición a “hard law”: a nivel regional y global

A partir de las directivas y recomendaciones previstas en los instrumentos de “*soft law*” revisados en el punto precedente, a nivel regional y global se han intensificado las iniciativas para que los procedimientos de DDDH dejen de ser estándares esperados de conducta empresarial responsable, sino más bien que estén previstos en normas regionales o locales para que este análisis sea obligatorio.

En esta transición, las iniciativas legislativas y las normas aprobadas por algunos estados han establecido un modelo en cuanto a los bienes jurídicos protegidos o que deben examinarse en los procedimientos de DDDH: (i) protección a un derecho o derechos en concreto; (ii) las que hacen referencia de modo general a los “derechos humanos”; y, (iii) las que enumeran los derechos recogidos en concretos tratados de derechos humanos (GUAMÁN & TOLE MARTÍNEZ, 2023).

a) Europa

La ley francesa sobre el deber de diligencia de las sociedades matrices y las empresas contratistas (2017) fue la norma pionera a nivel mundial que

incorporó la DDDH de forma obligatoria. Seguidamente, en 2019, los Países Bajos aprobaron una norma para que se realice de forma obligatoria la Debida Diligencia para prevenir el suministro de bienes y servicios que se produzcan o provengan del trabajo infantil. En julio de 2021 se aprobó en Alemania la ley de debida diligencia corporativa en las cadenas de suministro (GUAMÁN & TOLE MARTÍNEZ, 2023).

La ley francesa impone la obligación de realizar el procedimiento de DDDH, lo que incluye la identificación de los riesgos y la prevención de serias violaciones a los derechos humanos y el medioambiente, para determinadas compañías, en función de su tamaño (que empleen a 5000 trabajadores en Francia o 10,000 a nivel global). El ámbito de aplicación de la ley se extiende a todas las compañías francesas, incluidas sus empresas subsidiarias y contratistas o cualquier otra empresa con la que mantenga relaciones comerciales en su cadena suministro (COMISIÓN EUROPEA, 2020).

En el caso de la ley de los Países Bajos está dirigida a identificar y erradicar el uso de trabajo infantil en la cadena de suministro de todas las compañías que operen en dicho país, incluyendo a todas las ETN y a cualquier empresa extranjera que venda o provea bienes o servicios dentro de dicho país (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE EMPLEADORES, 2021). Para este efecto, las empresas deben declarar que han realizado un procedimiento de DDDH con el cual se prevenga que en los servicios o bienes que producen no se haya recurrido o provengan del uso de trabajo infantil (COMISIÓN EUROPEA, 2020).

La Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro de Alemania fue aprobada el 11 de junio de 2021, entró en vigor desde el 1° de enero de 2023 (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE EMPLEADORES, 2021) e implementa de forma vinculante los PRNU. La ley se aplica a todas las empresas que tengan un domicilio fiscal, una sede central o una sucursal en Alemania y que, al menos, 1000 trabajadores²⁹ presten servicios en Alemania, incluyendo personal de filiales o sucursales extranjeras que laboren en dicho país. Esta norma especifica los riesgos relevantes en materia de derechos humanos, tales como: (i) la edad mínima para trabajar; (ii) las peores formas de trabajo infantil; (iii) trabajo forzoso; (iv) eliminación de todas las formas de esclavitud; (v) seguridad y salud en el trabajo; (vi) libertad sindical; (vii) igualdad de oportunidades, entre

29 Cuando la ley entró en vigor, el umbral de trabajadores era de 3000; y, desde el 1° de enero de 2024, este bajó a 1000.

otros. Para este efecto, se incluye un deber de Debida Diligencia (como deber de esfuerzo y no de resultado), lo que implica la implementación de un sistema de gestión de riesgo en derechos humanos, con alcance a las actividades de la propia empresa y a las que se realicen en otros lugares de su cadena de suministro (GRABOSH, 2021).

Existen otras iniciativas legislativas en diversos estados de la Unión Europea³⁰; sin embargo, la norma más relevante a nivel regional es la Directiva de la Unión Europea 2024/1760 del 13 de junio de 2024³¹ sobre Debida Diligencia de las Empresas en materia de Sostenibilidad. En los considerandos de dicha directiva, se reconoce que: (i) el comportamiento de las empresas en todos los sectores resulta fundamental para los objetivos de la Unión Europea, dado que estas empresas, incluyendo las grandes, dependen de las cadenas de valor mundiales; (ii) la plena vigencia de los PRNU; (iii) la realización de procedimientos de debida diligencia en derechos humanos conforme a las Líneas Directrices y Guías de la OECD. En el considerando vigésimo de la Directiva se señalan las etapas del proceso de DDDH:

"Dicho proceso comprende las siguientes etapas: (1) integrar la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión; (2) detectar y evaluar los efectos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente; (3) prevenir, interrumpir o minimizar los efectos adversos reales y potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente; (4) supervisar y evaluar la eficacia de las medidas; (5) comunicar, y (6) reparar".

La Directiva entró en vigor el 26 de julio de 2024; los Estados miembros de la Unión Europea tienen un plazo de 2 años para transponer la directiva en sus normas locales; mientras que las empresas deberán aplicar de forma progresiva las disposiciones a partir del 26 de julio de 2027, dependiendo de su tamaño³² y volumen de sus actividades³³ (CUATRECASAS, 2024).

30 Para un estudio detallado de las iniciativas de los diversos estados en la Unión Europea en esta materia revisar el estudio preparado por la Comisión Europea (2020)

31 Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 5 de julio de 2024.

32 1000 empleados.

33 Volumen de negocios mundial neto superior a 450'000,000.00 euros en el último ejercicio.

b) Estados Unidos

En 2010 se aprobó la Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California, en virtud de la cual se exige que las empresas reporten las acciones particulares que ejecutan para erradicar la esclavitud y la trata de personas en sus cadenas de suministro (MÁRQUEZ CARRASCO, Instrumentos sobre debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas a futuro, 2022). Las empresas, como mínimo, deben realizar auditorías a sus proveedores para verificar si cumplen con los estándares de las compañías en materia de trata y esclavitud en las cadenas de suministro (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE EMPLEADORES, 2021).

c) Iniciativas legislativas en América Latina

Como señalan Guamán y Tole Martínez (2023), en América Latina no existe una norma vigente en materia de debida diligencia en derechos humanos por parte de las empresas, pero sí hay un debate intenso a nivel político para incorporar medidas legislativas en México, Brasil y Perú. Estas iniciativas surgen debido a problemas vinculados a la ausencia de responsabilidad internacional de las empresas por violaciones a los derechos humanos, la falta de un tratado o norma vinculante para las empresas, entre otros factores (GUAMÁN & TOLE MARTÍNEZ, 2023).

No obstante, de acuerdo con el Grupo de Trabajo de Empresas y Derechos Humanos de la ONU, en Sudamérica, solo Colombia, Chile y Perú cuentan con Planes Nacionales de Acción en esta materia (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2022). En el punto tercero del presente trabajo nos referiremos a los esfuerzos que existen en Perú para la incorporación de la Debida Diligencia en Derechos Humanos.

d) Proyecto de Tratado Internacional de la ONU sobre Debida Diligencia y Cadenas Mundiales de Suministro

Como se ha revisado hasta aquí, no existe un instrumento jurídicamente vinculante de alcance global que haya incorporado o se haya enfocado en el impacto que las actividades de las empresas generan en los derechos humanos. A solicitud de muchos países, movimientos sociales y actores de la sociedad civil se ha exigido la emisión de un tratado que aborde este tema (KRAKEWSKI,

REGALIA, & DAVAANYAN, 2023). Así, el 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó la creación de “un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG por las siglas en inglés) para elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos” (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, 2024).

En la novena sesión del OEIGWG realizada del 23 al 27 de octubre de 2023 se discutió una tercera versión actualizada del Proyecto de Tratado Internacional, en la cual se define qué se entiende por impacto adverso a los derechos humanos; abuso a los derechos humanos; víctima; actividades comerciales de carácter transnacional. A la vez, se precisa en este borrador de tratado que resultaría aplicable a todas las actividades comerciales, incluyendo a aquellas de carácter transnacional. Con el objetivo de incorporar la DDDH, en el proyecto de tratado se propone la obligación de los estados parte de incluir en sus legislaciones nacionales disposiciones que obliguen a las empresas a realizar procedimientos de Debida Diligencia en Derechos Humanos³⁴ (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, 2024).

De esta forma, se advierte los esfuerzos a nivel global y regional para la incorporación de procedimientos de DDDH para el desarrollo de las actividades de las empresas, empresas transnacionales y sus cadenas de suministro. Veamos, a continuación, los esfuerzos que se están realizando en el Perú.

III. ESFUERZOS, PROPUESTAS Y DESAFÍOS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS EN PERÚ

1. Estado actual de la implementación de la Debida Diligencia en Perú

A través del Decreto Supremo N° 002-2018-JUS³⁵ se aprobó el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 que prevé 5 lineamientos estratégicos, entre los cuales se incorporó el Lineamiento Estratégico N° 5 denominado “Implementación de Estándares Internacionales sobre Empresas y Derechos Humanos”. Este lineamiento tiene por finalidad garantizar que las empresas,

34 Ver artículos 6.2 y 6.3 del proyecto de tratado internacional en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf>

35 Publicado en el diario oficial “el Peruano” el 1° de febrero de 2018.

tanto públicas como privadas, respeten los derechos humanos en el desarrollo de sus actividades, promoviendo la implementación de los PRNU, conforme a las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales y la Declaración Tripartita de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social.

En este lineamiento se dispuso como una de las metas programáticas la preparación de un Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos. Este plan debía ser preparado con la participación de todos los actores involucrados, de forma consensuada y descentralizada entre el sector estatal, empresarial, pueblos indígenas y sociedad civil.

El 11 de junio de 2021, se publicó en el diario oficial “el Peruano” el Decreto Supremo N° 009-2021-JUS que aprobó el “Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025”. Recientemente, el 1° de febrero de 2024 se presentó el Proyecto de Ley No. 6940-2023-CR que regula la actividad empresarial y la debida diligencia. A continuación, detallamos los principales aspectos de estas iniciativas para la incorporación de la DDDH en la actividad empresarial.

a) Plan Nacional de Acción Sobre Empresas y Derechos Humanos 2021 – 2025 (“PNAEDH”)

En el artículo 1° del Decreto Supremo N° 009-2021-JUS, se precisa que el PNAEDH tiene cinco lineamientos estratégicos, entre los cuales se incorporó la promoción y diseño de procedimientos de diligencia debida para asegurar el respeto de las empresas a los derechos humanos; y, el diseño y fortalecimiento para asegurar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos el acceso a recursos judiciales, administrativos, legislativos para el acceso a mecanismos de reparación.

Cada uno de los 5 lineamientos estratégicos del PNAEDH cuenta con objetivos específicos; pero, a modo de referencia y por razones de espacio, solo transcribimos tres de estos lineamientos definidos por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH) (2021):

Lineamiento estratégico N° 1: Promoción y difusión de una cultura de respeto a los derechos humanos en el ámbito empresarial conforme al marco de los estándares internacionales de los principios rectores y otros instrumentos internacionales”

(...)

Objetivo N° 3: El sector empresarial conoce y promueve la implementación de los principios rectores sobre empresas y derechos humanos y otros instrumentos vinculados, en sus actividades y conducta empresarial responsable.

(...)

Lineamiento estratégico N° 4: Promoción y diseño de procedimientos de diligencia debida para asegurar el respeto de las empresas a los derechos humanos

Objetivo N° 1: Promover que las empresas cuenten con un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos.

Objetivo N° 2: Establecer mecanismos para que las empresas informen sus procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos

Lineamiento estratégico N° 5: Diseño y fortalecimiento de mecanismos para garantizar a los afectados por vulneraciones a los derechos humanos vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo para que puedan acceder a una reparación

(...)

Objetivo N° 2: Fortalecer los sistemas judicial y extrajudicial para reparar vulneraciones a los derechos humanos en el ámbito empresarial

Objetivo N° 3: Crear y fortalecer mecanismos a nivel operacional por parte de las empresas para reparar vulneraciones a los derechos humanos. (págs. 64 - 65).

En materia de derechos humanos laborales, en el PNAEDH se enfatiza la necesidad de promover y fortalecer la libertad de asociación (libertad sindical) y la negociación colectiva, a partir de su reconocimiento como derechos humanos recogidos en los principales instrumentos internacionales. En particular, se exhorta a la promoción e institucionalidad de la libertad sindical con enfoque de género. Asimismo, se remarca la necesidad de que las empresas incorporen mecanismos o instrumentos informativos para erradicar por completo el trabajo infantil en sus cadenas de suministro, así como el establecimiento de mecanismos de enfoque de género y eliminación de cualquier forma de discriminación en contra de las mujeres, personas adultas mayores y personas con discapacidad (MINJUSDH, 2021).

Como parte del Lineamiento Estratégico N° 4 del PNA se han determinado acciones concretas para que se logre el objetivo de promover que las empresas implementen un proceso de DDDH. Dentro de estas acciones podemos señalar algunas muy importantes, tales como:

- (i) Brindar información sobre la importancia de que el Estado no contrate con empresas que cuenten con sanciones por trabajo forzoso y peores formas de trabajo infantil; para ello se reconoce que en el Perú no se ha emitido una norma específica que exija a las empresas fiscalizar que no se ha recurrido a estas formas de trabajo en sus cadenas de suministro³⁶.
- (ii) Adopción de medidas de debida diligencia para evitar riesgos reales y potenciales de vulneración a la seguridad y salud en el trabajo (SST). Para ello, se promueve que las empresas cumplan con sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo y tengan los documentos correspondientes al sistema de gestión de SST³⁷.
- (iii) Brindar información y sensibilidad para que se incluya en los procesos de debida diligencia el respeto de los derechos laborales colectivos en toda la cadena de suministro. Para ello, se ha encargado al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) que elabore una cartilla informativa de medidas de debida diligencia para garantizar estos derechos³⁸. En febrero de 2024, el MTPE publicó la cartilla informativa denominada “Medidas de Debida Diligencia de Respeto a Derechos Laborales Colectivos”, en la que se estableció expresamente que *“las empresas deben respetar la libertad sindical, la negociación colectiva, el derecho de huelga, así como el resto de derechos reconocidos en el marco normativo nacional e internacional, como punto de partida del respeto a la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos (...)”* (MTPE, 2024, pág. 4).
- (iv) Adopción de medidas que eviten riesgos reales y potenciales en materia de SST, para lo cual se ha previsto el fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo. Así, se ha encargado a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral que para el 2024 debe lograr la meta de ejecutar 2010 inspecciones sobre esta materia; y, para el 2025, un total de 2030 inspecciones³⁹.

36 Acción N° 82 del PNAEDH.

37 Acción N° 83 del PNAEDH.

38 Acción N° 84 del PNAEDH.

39 Acción N° 85 del PNAEDH.

En relación con el Lineamiento Estratégico N° 5 una de las acciones concretas establecidas como parte del objetivo para fortalecer los sistemas judicial y extrajudicial para reparar violaciones a los derechos humanos en el ámbito empresarial está dirigido a la difusión de los mecanismos y herramientas existentes de reparación de estas violaciones en el marco jurídico nacional⁴⁰. En esta acción se ha previsto que se examinen situaciones vinculadas a la carga probatoria de las violaciones a los derechos humanos.

En definitiva, existen acciones concretas establecidas en el PNAEDH para la incorporación de la DDDH para la identificación, prevención, mitigación y reparación de actuales o potenciales impactos negativos en los derechos humanos por parte de las actividades de las empresas y las que se ejecuten en sus cadenas de suministro. En el PNAEDH no se ha realizado una distinción de las empresas que tendrían que ejecutar estas acciones de debida diligencia, por lo que se puede concluir válidamente que se extenderá a las cadenas mundiales de suministro o cualquier empresa que opere en territorio peruano.

b) Proyecto de Ley N° 6940/2023-CR que regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia⁴¹

A la fecha, el Proyecto de Ley N° 6940/2023-CR se encuentra en evaluación en la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera; y en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Este proyecto tiene por objetivo el establecimiento de un marco normativo para la imputación de responsabilidad empresarial e implementación de mecanismos de debida diligencia para la protección de los derechos humanos y el medioambiente.

Esta norma se aplicaría a todas las empresas, sin importar su tamaño o nacionalidad de la participación accionaria, que ejecuten actividades u operaciones o tengan impacto en el territorio peruano, incluso cuando estas se ejecuten a través de sucursales, filiales, proveedores, subcontratistas o licenciarios, o se realicen a través de medios digitales, sea que estén o no domiciliadas en el Perú. Así, el proyecto tiene una vocación omnicomprendiva que abarca a cualquier tipo de actividad que se realice o tenga impacto en territorio peruano, sin importar su

⁴⁰ Acción N° 95 del PNAEDH.

⁴¹ Se puede acceder al texto del proyecto en el siguiente enlace: <https://ruthluque.com/pl-06940-2023-cr-ley-que-regula-la-actividad-empresarial-y-la-debida-diligencia/>

tamaño o volumen de operaciones. La norma también se aplicaría a las micro y pequeñas empresas, salvo que se establezcan normas especiales y se justifique un tratamiento diferenciado sustentado en causas objetivas y razonables. De esta manera, el proyecto se aparta del esquema implementado en la Ley de Debita Diligencia alemana y francesa, así como de la Directiva de Debita Diligencia de la Unión Europea comentada en este trabajo.

En lo que se refiere al deber de debida diligencia, el proyecto prevé que las empresas están obligadas a respetar los derechos humanos y el medio ambiente, lo que implica abstenerse de afectarlos a través de sus actividades, ya sea por acción u omisión, de forma directa o indirecta, o por efecto de sus relaciones comerciales, lo que implica que se extiende a sus filiales, sucursales, cadenas de proveedores, licenciarios, subcontratistas, y, en general, cualquier empresa que forme parte de su cadena de suministro. Este deber de diligencia representará la obligación de las empresas de identificar, prevenir y reparar los riesgos o los daños que la actividad empresarial pueda generar en los derechos humanos.

Las empresas tendrán que contar con un “Plan Empresarial en materia de derechos humanos y medio ambiente” que deberá elaborarse en consulta con las organizaciones sindicales o de trabajadores, incluyendo a los trabajadores involucrados en la cadena de suministro o con cualquier parte que puede verse potencialmente afectada por daños a los derechos humanos. Este plan debe contener como mínimo: (i) el compromiso de la empresa a todo nivel de respetar los derechos humanos y el medio ambiente; (ii) los recursos y medios para cumplir con su compromiso; (iii) los mecanismos existentes para prevenir y, de corresponder, la reparación de las consecuencias negativas a los derechos humanos; entre otros. Así, en el artículo 13° del Proyecto se prevé la realización periódica y obligatoria de la identificación, prevención y mitigación de los riesgos reales y potenciales en materia de derechos humanos que sus actividades puedan generar, incluyendo las de sus relaciones comerciales. Este procedimiento se trataría, por tanto, de una DDDH.

El incumplimiento del deber de diligencia determinará la asunción de responsabilidad por parte de las empresas. Sin embargo, se ha previsto en el proyecto que la realización de la DDDH no puede ser oponible o alegada como un eximente de responsabilidad, debiendo las empresas demostrar que adoptaron todas las medidas necesarias para no ocasionar o no contribuir a la vulneración de los derechos humanos o al medio ambiente, o para impedir dicha vulnera-

ción. Con este esquema la DDDH del proyecto se está configurando como un deber de éxito y no como un deber de esfuerzo por parte de las empresas; a diferencia de la Ley de Debida Diligencia de Alemania que solo exige que las empresas tienen que realizar esfuerzos razonables para no generar impactos negativos en los derechos humanos (GRABOSH, 2021). El proyecto incluye que la responsabilidad civil y penal por violaciones a los derechos humanos o al medioambiente también alcanzará a las personas físicas, incluyendo a los miembros de las instancias directivas encargadas de la gestión de los aspectos vinculados a los derechos humanos en las empresas.

En materia de afectaciones a los derechos humanos laborales, el Proyecto propone modificaciones a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, a fin de que las demandas de responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial por afectación de estos derechos se tramiten en la vía del proceso abreviado laboral. A la vez, se establece que si el Juez advierte que existe una afectación a derechos fundamentales laborales (específicos o inespecíficos), este deberá ordenar el pago de una indemnización cuya cuantía debe procurar la reparación integral de la víctima y un efecto preventivo en caso se repita la conducta.

2. Rol de las empresas peruanas en la implementación de la debida diligencia en derechos humanos

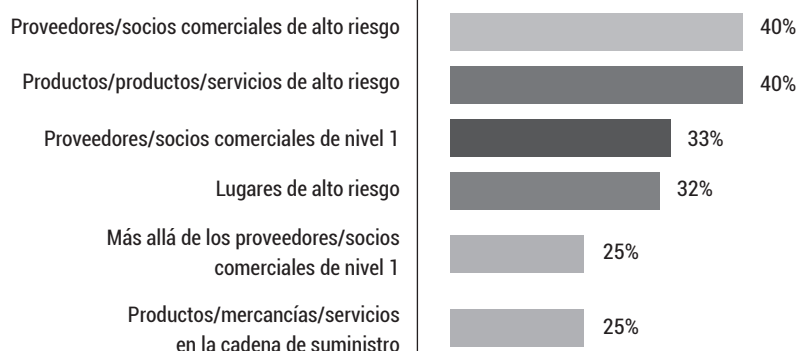
Los PRNU, las Líneas Directrices de la OECD y sus guías correspondientes, así como la Declaración Tripartita de la OIT constituyen el marco institucional a nivel global respecto a la Conducta Empresarial Responsable (CER) que, como mínimo, tendría que ser observado por cualquier empresa. Estos instrumentos recogen las expectativas a nivel mundial en materia de CER y representan una referencia importante para cualquier empresa que quiera obtener una licencia social para el desarrollo de sus actividades. Con base a estos instrumentos se ha impuesto una línea base de acción para que cualquier empresa -incluyendo a las actividades que se realicen en toda su cadena de suministro o las de sus proveedores o subcontratistas con quien mantenga una relación comercial- contribuya de forma positiva en el país o países en los que opera, a fin de evitar y asuma cualquier impacto negativo sobre los derechos humanos y laborales, incluyendo al medio ambiente y la sociedad (OECD, 2020).

La OECD realizó una encuesta sobre CER entre noviembre de 2020 y enero de 2021 para empresas con operaciones en América Latina y el Caribe, habiénd-

dose recogido datos de CER respecto a 110 empresas que tenían operaciones en Perú. En esta encuesta se investigó sobre la aplicación de procesos de DDDH y si esta evaluación incluía a las actividades realizadas en la cadena de suministro; y, si además verificaban los resultados de estos procesos (MINJUSDH, 2021).

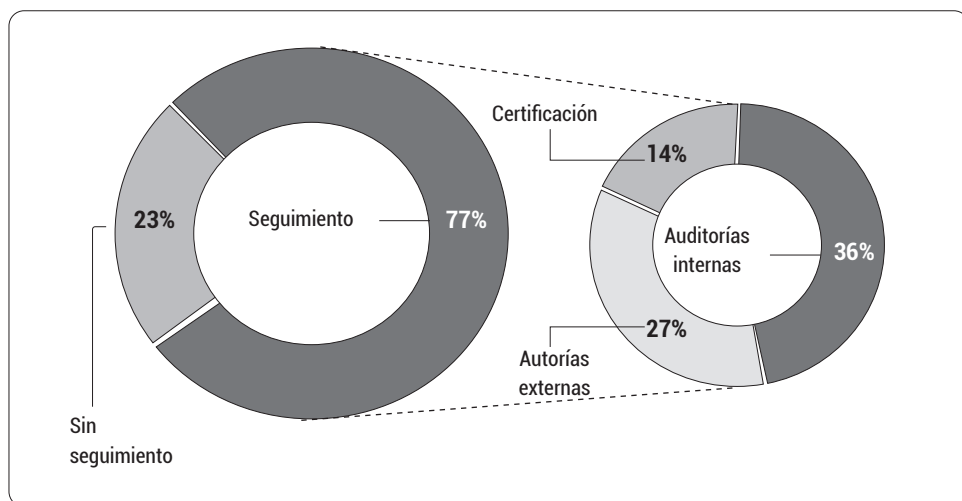
El resultado de la muestra evidenció que el 40% de las empresas realizan algún tipo de evaluación de riesgo como parte de un proceso de debida diligencia en la cadena de suministro; 40% aplican un procedimiento reforzado cuando advierten riesgo en la cadena de suministro; y menos de la mitad de las empresas ejecutan este procedimiento más allá del nivel 1 en su cadena de suministro (MINJUSDH, 2021):

GRÁFICO 2.3 INFORMACIÓN PÚBLICA DE LAS EMPRESAS SOBRE CUESTIONES DE CER



Fuente: Gráfico 2.3 del Informe sobre mecanismos empresariales de debida diligencia (MINJUSDH, 2021)

Con respecto a la verificación de los resultados de los procedimientos de debida diligencia, el 77% de las empresas encuestadas señaló que sí verifican estas prácticas; el 23% no realiza ningún seguimiento; y, respecto de las que sí realizan, esta se lleve a cabo mediante procedimientos de auditoría interna (36%); y otros por auditorías externas (27%), tal y como se detalla a continuación:



Fuente: Figura N° 11. Verificación por parte de las empresas de la eficacia de las prácticas de debida diligencia (OECD, 2021)

En el Perú, la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) fue designada como Secretaría Técnica de la Red del Pacto Mundial y asumió el rol de promotor de los principios universales del Pacto Mundial que abordan como ejes esenciales los derechos humanos, ámbito laboral y medio ambiente (CONFIEP, 2019). Esta institución, en marzo de 2019 creó el Comité Nacional de Empresas y Derechos Humanos para la difusión del compromiso del empresariado peruano respecto a sus acciones en materia de CER; recogiendo los siguientes componentes esenciales para una conducta empresarial diligente: (i) declaración de principios o compromiso político de respetar los derechos humanos mediante la aprobación de una política suscrita por la más alta autoridad de las empresas; (ii) incorporación de un proceso de debida diligencia; (iii) canales de comunicación efectivos para recoger denuncias, informar y recoger percepciones en materia de derechos humanos; (iv) procedimientos en caso de reparación o remedio; y, (v) procedimientos de supervisión, auditoría, entre otros (CONFIEP, 2019).

Las empresas del sector privado formal cumplen un rol fundamental para respetar los derechos humanos laborales y los derechos humanos en general, en el desarrollo de todas sus actividades, incluyendo aquellas cuya ejecución requiere la participación de proveedores, empresas contratistas; y, en definitiva, de todos los que participan en su cadena de suministro. Así, con la implementación de procedimientos de DDDH que se extienda a sus socios comerciales,

se pueden prevenir el impacto negativo en los derechos humanos que podrían estar produciendo no solo en los sectores más altos de su cadena de suministro, sino también en los más bajos, donde puede o suele recurrirse a empresas que se encuentren en el sector informal. Precisamente, se ha reconocido que la fuerte influencia de las empresas del sector formal respecto de las empresas informales puede contribuir a prevenir y abordar los impactos negativos que estas últimas ocasionen a los derechos humanos laborales; e, inclusive, podría contribuir a que transiten hacia el sector formal (OECD, 2020).

Finalmente, con relación a las prácticas desarrolladas por el empresariado peruano en materia de CER en derechos humanos, la CONFIEP (2019) realizó un estudio en el que, entre otros aspectos, se examinó cómo en el sector formal se ejecutan acciones para respetar los derechos humanos en sus actividades y cadenas de suministro. Respecto a los derechos laborales, se precisa en el estudio que se analizaron prácticas corporativas de respeto a la no discriminación y erradicación del trabajo forzoso; prevención en seguridad y salud ocupacional, erradicación del trabajo infantil, libertad sindical y negociación colectiva; entre otros. Por ejemplo, de las 252 empresas que reportaron información sobre prácticas de respeto a los derechos humanos se advirtió que: (i) el 5% de estas asumen un compromiso corporativo en materia de derechos humanos sujetándose a los Principios Rectores de Naciones Unidas, mediante una Política de Principios por el respeto a los Derechos Humanos; (ii) 7% de empresas han implementado políticas de derechos humanos, (iii) 31% de empresas declararon que realizan actividades respetando los derechos humanos; y, (iv) el 63% de empresas declaró contar con sistemas integrados de gestión de riesgos, en los cuales se podrían haber implementado los Principios Rectores de Naciones Unidas.

3. Desafíos para la implementación de la debida diligencia en materia de derechos humanos laborales en Perú

La realidad socioeconómica del Perú que es predominantemente informal trae consigo sendos desafíos para la progresiva implementación de la DDDH; y, específicamente, vinculada al respeto de los derechos humanos laborales en las actividades de las empresas y en sus cadenas de suministro. Conforme a la OCDE (2020) y al PNAEDH (MINJUSDH, 2021) se pueden identificar los siguientes desafíos:

a) La informalidad generalizada

La economía del Perú es informal. De acuerdo con la OECD (2020), aproximadamente el 90% de las empresas y poco más de dos tercios del total de trabajadores son informales. A la fecha de aprobación del PNAEDH, el mercado laboral peruano presentaba una tasa de empleo informal del 74.3% (MINJUSDH, 2021). La Encuesta Nacional de Hogares del 2022 realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) evidencia que, al cierre de dicho año, la tasa de empleo informal era de 74% del total de la Población Económicamente Activa Ocupada (INEI, 2024) .

En el PNAEDH se ha identificado que las prácticas informales tienen un impacto directo y transversal en el respeto de los derechos humanos, dado que las empresas informales omiten la realización de procedimientos de debida diligencia. Incluso, se ha detectado que, ya sea por acción u omisión, las empresas formales generan vínculos con las empresas informales a través de las cadenas de suministro, lo cual también impacta en la falta de respeto a los derechos humanos laborales. En ese ámbito, se ha comprobado la vinculación de la informalidad con la utilización de trabajo infantil (MINJUSDH, 2021).

Más aún, la OECD ha señalado que estos elevados y persistentes índices de informalidad del Perú afectan negativamente la realización efectiva de los derechos laborales fundamentales, dado que, con ello, se condiciona el cumplimiento de los objetivos en materia de CER. Incluso, la OECD que el Perú cuenta con un marco normativo laboral fragmentado y disperso de más de 40 dispositivos, lo que contribuye a sus bajos índices de cumplimiento, a pesar de ser uno de los países con mayor regulación en la materia. De ahí que el cumplimiento de las normas laborales fundamentales por parte de las empresas informales sea particularmente problemático e incida en situaciones generalizadas de violaciones a los derechos humanos vinculados al trabajo infantil, trabajo forzoso, bajos índices de sindicalización, entre otros (OECD, 2020).

Por este motivo, en la Acción N° 69 correspondiente al Objetivo Estratégico N° 2 del PNAEDH se establece que se elaborará una guía, en coordinación con el sector empresarial, el estado y la sociedad civil organizada, dirigida al sector de las micro y pequeñas empresas para que se promueva su formalización e incorporación progresiva de una cultura de debida diligencia en derechos humanos (MINJUSDH, 2021).

b) Libertad de asociación y negociación colectiva

El Perú tiene un bajo índice de afiliación sindical, tanto en el sector privado y público, lo que conlleva a que tenga la más baja tasa de cobertura en materia de negociación colectiva en América Latina (OECD, 2020). La OECD ha instado al Perú a “(...) *redoblar sus esfuerzos para garantizar una aplicación plena del derecho a la libertad de asociación y negociación colectiva tan en la legislación como en la práctica, según lo recomendado por los órganos de control de la OIT* (...)” (OECD, 2020, pág. 41).

Por esta razón, como una de las conclusiones específicas del PNAEDH se ha previsto que el Estado, juntamente con el sector sindical y empresarial, deben analizar mecanismos para examinar las causas del bajo índice de afiliación sindical y promover el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva (MINJUSDH, 2021).

c) Trabajo infantil

La OECD ha remarcado que esta problemática está generalizada en Perú y de forma predominante en el sector informal. Por ejemplo, se ha detectado que el 18% del trabajo infantil en el Perú contribuye a las exportaciones de otras regiones y el resto permanece en el mercado interno; además, del trabajo infantil que ingresa a las cadenas mundiales de suministro se estima que aproximadamente el 60% corresponde a exportaciones de productos intermedios; mientras que el 40% restante está relacionado a productos finales (OECD, 2020).

En el PNAEDH se ha reconocido que existen niños, niñas y adolescentes en condiciones críticas de precariedad laboral que se registran, principalmente, en el sector informal, así como en zonas rurales. Así, en el PNAEDH se asume de forma plena que el estándar internacional exige que el Perú deba elevar la edad mínima para trabajar a 15 años⁴², así como monitorear que los niños, niñas y adolescentes no realicen trabajos peligrosos (MINJUSDH, 2021).

42 En el numeral segundo del artículo 51° del Código de los Niños y Adolescentes se establece que la edad mínima para trabajar es de 14 años; pero, por excepción, se concederá autorización a partir de los 12 años, siempre que las labores no perjudiquen la salud o desarrollo del adolescente.

d) Trabajo forzoso

La OECD ha reportado que se estima que, por lo menos, 80 mil personas en Perú sufren trabajos forzados relacionados fundamentalmente a la tala ilegal, minería de oro ilegal en la cuenca del río Amazonas y tráfico de mujeres para el trabajo sexual (OECD, 2020).

En el PNAEDH se ha previsto que es necesario fortalecer la difusión de la problemática y el alcance de la prevención y erradicación del trabajo forzoso mediante la implementación del III Plan Nacional para la Lucha contra el Trabajo Forzoso. Como una de las medidas concretas en esta materia se ha previsto la Acción N° 23 de la PNAEDH, a fin de que se prevenga que el Estado contrate con empresas que incurran en graves violaciones a los derechos humanos, en específico, los relacionados al trabajo forzoso y peores formas de trabajo infantil, directamente o a través de su cadena de suministro (MINJUSDH, 2021).

e) No discriminación y brecha de género

La OECD ha señalado que uno de los desafíos más importantes del Perú en materia de no discriminación es garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Constituye un hecho concreto que el Perú registra una brecha de género importante en el mercado laboral, ubicándose en el lugar N° 66 del Índice Global de la Brecha de Género del Foro Económico Mundial y es una de las brechas de género más altas de la región (OECD, 2020).

En el PNAEDH se reconoce que el Estado Peruano está ejecutando acciones para incluir de forma transversal el enfoque de género y promover de la igualdad de género, a fin de enfrentar: (i) limitaciones para el acceso, permanencia y desarrollo en el mercado laboral; (ii) limitado acceso y participación en espacios de toma de decisiones; (iii) violencia de género en el mercado laboral; y, (iv) exceso de trabajo respecto de actividades no remuneradas de las mujeres.

IV. REFLEXIONES FINALES

1. La Debida Diligencia en Derechos Humanos para identificar, prevenir, respetar y remediar los impactos negativos que las actividades de las empresas, incluyendo las relaciones comerciales que forman parte de la cadena nacional y mundial de suministro está dejando de lado su naturaleza de recomendación internacional sujeta a la voluntarie-

dad de las empresas (de todo tipo, incluyendo las transnacionales) para convertirse en una exigencia global obligatoria para la obtención de licencia social.

2. En ese proceso, las declaraciones e instrumentos internacionales no vinculantes probablemente se conviertan en tratados o acuerdos globales o regionales o de cooperación económica vinculantes, generando la obligación internacional de los Estados de implementar en sus ordenamientos disposiciones o leyes que incorporen la DDDH como un deber de todas las empresas que operen o cuyas actividades, de forma directa o indirecta, tengan influencia sus territorios. Esta implementación será parte del deber general de los Estados de proteger los derechos humanos respecto de actos atribuibles a terceros.
3. El Perú ya está ejecutando un PNAEDH y algunas empresas ya están incorporando la DDDH como parte de sus políticas de prevención de riesgos y políticas de respeto a los derechos humanos. En esta tarea, las empresas tienen que asumir que cumplen un rol fundamental para garantizar que en el desarrollo o en el procedimiento de prestación de servicios o producción de bienes, cada actor y cada empresa con la que mantengan relaciones comerciales respete los derechos humanos en general y los derechos humanos laborales con énfasis en la libertad sindical y negociación colectiva, trabajo forzoso y peores formas de trabajo infantil, igualdad y no discriminación; seguridad y salud en el trabajo. A la vez, deben asumir que tienen un rol preponderante en la tarea de reducir los niveles de informalidad laboral, la cual es terreno fértil para las peores violaciones en derechos humanos laborales.
4. No debería entenderse a la DDDH como una nueva obligación exigible a las empresas, sino más bien que estas tendrían que aceptar e incorporar la DDDH como parte de su obligación general de respetar y cumplir con las leyes y disposiciones que existen en cada lugar en el que operan. Dicha obligación incluye su deber esencial de respetar los derechos humanos en todas las fases de su proceso de producción de bienes y servicios, alcanzando a las que se ejecutan en sus cadenas de suministro.

5. Es vital que todos los actores (empresa privada, estatal, organizaciones sindicales, sociedad civil organizada, entre otros) participen o se interesen en el debate del Proyecto de Ley N° 6940/2023-CR, a fin de que una eventual incorporación obligatoria de la DDDH cuente con la legitimidad suficiente y se ajuste a los lineamientos o estándares internacionales recogidos en los PRNU, las Líneas Directrices y Guías de la OECD, así como en la Declaración Tripartita de la OIT.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CANESSA MONTEJO, Miguel. (2014). *Los Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Lima: Programa Laboral de Desarrollo.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. (1992). *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- CIDH. (2019). *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales y Ambientales, Washington.
- COMISIÓN EUROPEA. (2020). *Study on due diligence requirements through the supply chain*. Unión Europea, Dirección General para la Justicia y Consumidores. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- CONFIEP. (2019). *Estudios sobre empresas y los derechos humanos en Perú*. Lima: CONFIEP. Obtenido de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1562398/Estudio-Empresas-y-Derechos-Humanos-CONFIEP-Cecilia-Flores.pdf>
- CONFIEP. (2019). *Guía para el Sector Empresarial Peruano sobre Empresas y Derechos Humanos*. Lima: CONFIEP.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. (10 de agosto de 2024). *OHCHR*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. (10 de agosto de 2024). *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf>
- CUATRECASAS. (2024). *Publicada la Directiva de debida diligencia*. Reporte de normativa, Madrid. Recuperado el 10 de agosto de 2024, de <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/derechos-humanos/art/directiva-debida-diligencia-publicacion>

- DE TRAZEGNIES, Fernando. (1988). *La responsabilidad extracontractual (arts. 1969 - 1988). Tomo I (Biblioteca para leer el Código Civil)* (Vol. IV). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. (1995). *Las Organizaciones Internacionales* (Novena ed.). Madrid: Tecnos.
- FANJUL, Enrique. (2022). *Derechos humanos y debida diligencia en las cadenas globales de suministro*. Madrid: CEU Ediciones.
- GARCÍA LANDABURÚ, María Katia. (2022). *El control del respeto de los derechos humanos laborales en las cadenas mundiales de suministro de la industria de la moda. El caso Inditex*. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Doctorado en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social.
- GRABOSH, Robert. (2021). *Ley de Debida Diligencia. Alemania establece los estándares en la protección de los derechos humanos*. Bonn: Friedrich-Ebert-Stiftung e.V. Obtenido de <https://library.fes.de/pdf-files/iez/18832.pdf>
- GUAMÁN, Adoración., & TOLE MARTÍNEZ, Julián. (23 de febrero de 2023). Iniciativas Legislativas y Leyes de debida diligencia empresarial en Derechos Humanos: visiones del Sur y experiencias del Norte. *Anuario Mexicano de Asuntos Globales*, 1(1), 299-328. doi:<https://doi.org/10.59673/amag.v1i1.20>
- INEI. (15 de agosto de 2024). *Observatorio del Proyecto Educativo Nacional*. Obtenido de <https://observatorio-pen.cne.gob.pe/biblioteca/bases-de-datos/inei/encuesta-nacional-de-hogares-enaho/>
- JEDRZEJOWSKA-SCHIFFANAUER, Izabela., SZOSZKIEWICZ, Lukasz, WILDE-RAMSING, Joseph., BOOTH, Katharine, BARRAUD DE LAGERIE, Pauline., & FARACIK, Beata. (2022). Towards EU-Wide mandatory human rights and environment due diligence for business: a breakthrough in Europe and beyond? *Polish Yearbook of International Law*, XLII, 245-278. doi:10.24425/PYIL.2023.147178
- KRAKEWSKI, Markus., REGALIA, Stephanie, & DAVAANYAN, Otgontuya (JEDRZEJOWSKA-SCHIFFANAUER, y otros, 2022). (2023). *Análisis del Proyecto Actualizado en 2023 del Instrumento Jurídicamente Vinculante Sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Bruselas: CIDSE. Recuperado el 10 de agosto de 2024, de https://www.manosunidas.org/sites/default/files/es-cidse-pr-lbi-analysis-final_1.pdf
- LEBARON, Genieve. (abril de 2021). The role of supply chains in the global business of forced labour. *Journal of Supply Chain Management*, 2(57), 29-42.
- MARIÑO MENENDEZ, Fernando M. (1999). *Derecho Internacional Público (Parte General)*. Madrid: Trotta.

- MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen. (Octubre de 2022). Instrumentos sobre debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas a futuro. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), 605 - 642. doi:10.20318/cdt2022.7198
- MARTÍN - ORTEGA, Olga. (marzo de 2013). Human rights due diligence for corporations: from voluntary standards to hard law at last? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 31(4), 44-74. doi:10.1177/01693454511403200104
- MARTÍN-ORTEGA, Olga. (2013). La debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad. *Papeles el tiempo de los derechos*(9), 1-23.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles. (2004). Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces? *Revista electrónica de estudios internacionales*(8), 1-40.
- MINJUSDH. (2021). *Mecanismos Empresariales de Debida Diligencia. Informe de diagnóstico y línea base del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA) 2021-2025*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado el 2018 de agosto de 12, de https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2023/01/Peru_Mecanismos-empresariales-de-debida-diligencia-Informe-de-DLB-del-PNA-2021-2025.pdf
- MINJUSDH. (2021). *Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA) 2021-2025*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.
- MTPE. (2024). *Medidas de Debida Diligencia de Respeto a Derechos Laborales Colectivos*. Cartilla informativa, MTPE, Lima. Obtenido de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6230973/5487059-cartilla-medidas-debida-diligencia-derechos-laborales-colectivos-vfinal.pdf>
- NIETO ROJAS, Patricia. (2019). Cadenas mundiales de suministro y trabajo decente: instrumentos jurídicos ordenados a garantizarlo. *Cuadernos de relaciones laborales*, 37(1), 419-434.
- OECD. (2018). *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una conducta empresarial responsable*. OECD.
- OECD. (2020). *Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable*. París: OECD.
- OECD. (2021). *Resultados de la Encuesta de la OCDE a Empresas sobre la Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe*. OECD. Recuperado el 12 de agosto de 2024, de <https://mneguidelines.oecd.org/resultados-de-la-encuesta-de-la-ocde-a-empresas-sobre-la-conducta-empresarial-responsable-en-america-latina-y-el-caribe.pdf>

- OECD. (2023). *Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*. Paris: OECD Publishing. doi:<https://doi.org/10.1787/7abea681-es>
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2022). *Debida Diligencia Empresarial en Materia de Derechos Humanos: Experiencias y Prácticas en América Latina*. Recuperado el 15 de agosto de 2024, de Proyecto CERALC: <https://empresasyderechoshumanos.org/wp-content/uploads/2022/10/Debida-Diligencia-Empresarial-en-Materia-de-Derechos-Humanos.pdf>
- OIT. (2016). *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*. Ginebra: OIT.
- OIT. (2016). Resolución relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. *Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 105° reunión*, págs. 1-8. Ginebra.
- OIT. (2022). *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*. Ginebra: OIT.
- OIT. (2022). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. Ginebra: OIT. Obtenido de <https://www.ilo.org/es/resource/otro/declaracion-de-1998-de-la-oit-relativa-los-principios-y-derechos>
- OIT. (2023). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias 2023*. Ginebra: OIT. Obtenido de <https://www.ilo.org/es/publications/perspectivas-sociales-y-del-empleo-en-el-mundo-tendencias-2023>
- ONU. (2011). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'*. Obtenido de https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE EMPLEADORES. (2021). *Key developments in mandatory human rights due diligence and supply chain law. Considerations for employers*. Ginebra: KONRAD ADENAUER STIFTUNG. Obtenido de <https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&c=156042&token=ee1bad43bfa8dbf9756245780a572ff4877a86d5>
- RAMASASTRY, Anita. (2015). Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. *Journal of Human Rights*(14), 237-2015. doi:10.1080/14754835.2015.1037953
- RUGGIE, John Gerard., & SHERMAN, John F. (2017). The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale. *The European Journal of International Law*, 28(3), 921-928. doi:10.1093/ejil/chx047

- SALCITO, Kendyl. (2024). Human rights and due diligence. En F. VANCLAY, & A. M. ESTEVES (Edits.), *Handbook of Social Impact Assessment and Management* (págs. 230-245). Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc. doi:<https://doi.org/10.4337/9781802208870>
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (2013). La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales. En W. SANGUINETI RAYMOND, *Derecho del Trabajo. Tendencias Contemporáneas* (págs. 309-345). Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- SERVAIS, Jean-Michel. (2011). *Derecho internacional del trabajo*. Buenos Aires: He-
liasta.
- SOUNDARARAJAN, Vivek., WILHEM, Miriam M., & CRANE, Andrew. (abril de 2021). Humanizing research on working conditions in supply chains: building a path to decent work. *Journal of Supply Chain Management*, 3-13.

PONENCIAS LIBRES

BLOCKCHAIN COMO HERRAMIENTA PARA ASEGURAR DERECHOS HUMANOS LABORALES EN LA INDUSTRIA

CAMILA SWAYNE SALAZAR

Abogada por la PUCP con estudios en derechos humanos por la misma
casa de estudios. Asociada en el estudio Vinatea y Toyama.

I. CONCEPTOS A TOMAR EN CUENTA: PREDEH Y CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO

1. Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (PREDEH): ¿por qué las empresas deben cumplirlos?

Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos surgen ante el reconocimiento de las empresas, por parte de la comunidad internacional, como actores importantes para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, porque son fuentes generadoras de actividades económicas y espacios donde convergen las libertades y derechos de las personas. Su alcance es para las empresas de todo tipo, en especial énfasis en las transnacionales las cuales están sujetas a distintas legislaciones porque las etapas de sus procesos se realizan en distintos espacios geográficos.

Con la finalidad de mitigar las afectaciones hacia los derechos humanos durante las actividades económicas, los PREDEH establecen un marco de responsabilidades y deberes para las empresas y los estados, cuyo contenido dimana de los tratados internacionales sobre derechos humanos, siendo los tres principios generales los siguientes:

- i) El deber del Estado de proteger los Derechos Humanos
- ii) La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos
- iii) Acceso a mecanismos de reparación

No son en estricto un instrumento internacional que genera obligaciones hacia los Estados, pero al tener como contenido lineamientos de protección de los derechos humanos, sus disposiciones pueden ser adoptadas por jurisdicciones ordinarias y hacerlas exigibles. Del mismo modo, funcionan como estándares internacionales porque su base es la protección de los derechos humanos ante los posibles abusos de actividades comerciales. En ese sentido, no son de carác-

ter estrictamente voluntario, pero no se puede obviar que son estándares que responden a obligaciones internacionales..

El respeto de los derechos humanos por parte de las empresas constituye una norma de conducta mundial y es adicional al cumplimiento de las leyes que le exige la jurisdicción ordinaria de cada país. (Principios rectores de las empresas y derechos humanos). (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014).

Este marco internacional establece una responsabilidad dual para las empresas respecto a los derechos humanos: (i) respetarlos identificando el riesgo e impacto de sus actividades en estos, y (ii) asumiendo las consecuencias negativas que se manifiesten a partir de sus acciones o en las que hayan contribuido. Esta responsabilidad es independiente de la que tienen los Estados sobre la protección y respeto de los derechos humanos,

Ahora bien, en cuanto a los derechos humanos laborales, el principio rector 12 establece que la responsabilidad de las empresas del respeto de los derechos humanos incluye a los derechos fundamentales reconocidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). Aplicándolo al tema concreto del presente artículo, se establece un estándar de conducta a nivel internacional que las empresas deben tener a lo largo de toda su cadena de producción, cuyo norte es garantizar el trabajo decente de quienes estén involucrados.

En estos casos, contar con un marco internacional permite que las empresas que tienen cadenas de suministro mundial, cuyos procesos se realizan en distintas partes del mundo con distintos estándares laborales, mantengan un nivel de conducta y debida diligencia que cumpla con la protección y respeto de los derechos humanos laborales. Por ejemplo, identificar escenarios de trabajo forzoso o trabajo infantil, o no contratar con empresas que operen en condiciones de trabajo inseguras. Esta responsabilidad no solo es un compromiso que se asume para evitar situaciones de abuso de los derechos humanos, sino que también aporta a la credibilidad de la empresa en un mercado internacional que va desarrollando consciencia sobre las prácticas que ejecuta y representa.

De esta manera, a través de los PREDEH, las empresas asumen compromisos sociales e internacionales que se traducen en implementar una gestión de riesgos que consideren los impactos negativos que sus actividades pueden tener

en los derechos humanos, en este caso los laborales. Forma parte de sus deberes el contar con herramientas que les permitan cumplir con estos estándares, porque son dos frentes de responsabilidad (principio rector 13):

- a) *Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan;*
- b) *Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.*

(Oficinal del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos, 2011)

Lo anterior se complementa con el principio rector 17 que habla expresamente de la debida diligencia que deben tener las empresas sobre los derechos humanos, lo que implica que evalúen, identifiquen, actúen y hagan seguimiento a las consecuencias negativas que pueden tener sus actividades sobre los derechos humanos. No obstante, no deben limitarse a que sean riesgos para la empresa, sino para los titulares de los derechos. (Oficinal del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011).

En tal caso, las empresas deben identificar las áreas generales que presentan mayor riesgo de consecuencias negativas sobre los derechos humanos, ya sea debido al contexto operativo de ciertos proveedores o clientes, a las operaciones, los productos o los servicios de que se trate, o a otras consideraciones pertinentes, y dar prioridad a la debida diligencia en materia de derecho humanos en esas áreas.

Esto implica que las empresas no solo se aseguren que sus prácticas laborales cumplan con los estándares internacionales, sino que también sus socios comerciales mantengan el mismo nivel de conducta, caso contrario, estarían generando un riesgo como contratar con una subsidiaria que no otorgue condiciones de trabajo. Estos riesgos son los que debe identificar la empresa, porque la protección de los derechos humanos laborales que realiza es de cara a sus trabajadores, es ahí donde recae su responsabilidad como espacio donde convergen personas con derechos y libertades.

Ahora bien, es válido cuestionar la efectividad de los PREDEH en los contextos que afrontan las empresas transnacionales, porque el tamaño de sus operaciones dificulta un control sobre estas prácticas. Para ello, el Derecho no tiene una solución porque se agota en una conducta, por lo cual, es necesario que se cuenten con herramientas desde otras disciplinas que contribuyan a cumplir con el deber de protección de los derechos humanos laborales.

Es así como, desde la tecnología se presentan alternativas innovadoras para estas interrogantes como es el sistema de blockchain, que responde al principal problema de las cadenas mundiales de suministro: permite la trazabilidad del producto desde su origen hasta su distribución al consumidor.

2. Cadenas mundiales de suministro y derechos humanos laborales: ¿cuál es el problema?

De acuerdo con la OIT, las cadenas mundiales de suministro son organizaciones transfronterizas de actividades que van desde el diseño o producción de un bien o servicio hasta la distribución a los consumidores (Organización Internacional del Trabajo, 2016). Debido a su amplio alcance en los procesos productivos, que involucra a distintos actores como proveedores o contratistas, tienen un impacto significativo en el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores que participan en cada etapa de estos procesos.

Los derechos humanos laborales, como ya mencionamos previamente, son los 5 reconocidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998):

- i) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- ii) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- iii) la abolición efectiva del trabajo infantil;
- iv) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y
- v) un entorno de trabajo seguro y saludable.

Estos 5 derechos tienen la característica de ser “humanos laborales” porque son un grupo de derechos que se recogen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Canessa Montejo, 2008). Tomando en cuenta estos

dos conceptos, en un plano de derechos humanos laborales, la característica que sean transnacionales es lo que complica que se pueda supervisar el respeto de los derechos por parte de las empresas. Principalmente, porque las subcontrataciones se realizan en distintos países y la regulación varía según territorio. Esto permite la falta de control y de transparencia en los procesos de producción y genera la existencia de trabajo en condiciones precarias, lo cual lleva a los trabajadores a estar en un constante estado de vulnerabilidad.

Si bien el marco regulatorio, tanto nacional como internacional, son fundamentales para establecer obligaciones, consecuencias y responsabilidades hacia las empresas y Estados, se deben considerar herramientas de protección de los derechos humanos en otras disciplinas que no sean el Derecho. Ante esto, cabe pensar como una alternativa y herramienta accesible las opciones que brinda la tecnología, como el uso de sistemas de información que detallaremos más adelante.

II. LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN: ¿QUÉ ES? ¿CÓMO SE PUEDE UTILIZAR COMO HERRAMIENTA DE GARANTÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES?

La tecnología blockchain nació para el sistema financiero, pero su primer éxito de aplicación fue con los bitcoins. Observando su potencial, se adaptó a otros sectores económicos por la practicidad de su estructura que permitía la automatización de procesos y la posibilidad de vigilar la ruta del producto o servicio en cuestión. (Playground, 2018). En pocas palabras, permite una gestión resiliente de las cadenas de suministro y su logística que es útil para industrias como la textil, agrícola, salud, o minera. (IBM, s.f.).

Su estructura está compuesta por bloques de almacenamiento de información, como su nombre lo dice, que están enlazados entre sí y forman una cadena cronológica de información. Para mantener la resiliencia del sistema, cada bloque se firma digitalmente por el propietario de la información e incluye los datos de interés de la transacción, una marca de tiempo y el hash del bloque anterior, el cual es único y permite el enlace entre bloques. (Díaz y otros, 2021, pág. 3).

A diferencia de otros sistemas, el blockchain tiene tres pilares: transparencia, inmutabilidad y descentralización. Estos se explican de manera simple: el sistema es una cadena de información de acceso para todos los participantes directos

del proceso que contenga, esto implica que la información que se registre sea siempre vigilada. No podrá modificarse o alterarse sin que se advierta de ello.

De acuerdo con (IBM, s.f.) una de las empresas que ofrece esta tecnología, utilizar blockchain genera 3 ventajas centrales:

- i) Transparencia en la cadena de suministro: al estar estructurada con bloques de información enlazados, las transacciones y actividades quedan registradas en un libro contable inmutable, al que pueden acceder todos los actores que participan en el proceso, lo cual, evita errores y fraudes en la información que compone la cadena de suministro.
- ii) Cadena de suministro resiliente: la funcionalidad de rastrear productos y gestionar procesos en tiempo real, permite a las empresas tomar medidas cuanto se presente algún escenario contingente y, a su vez, fortalecer sus gestiones de riesgo incluyendo estos nuevos escenarios.
- iii) Agilidad en la incorporación de proveedores: la tecnología blockchain permite automatizar procesos, como la validación y certificación de proveedores que participan en la cadena de suministro, lo cual contribuye a que se aseguren los estándares de calidad y regulaciones legales.

Otro punto de interés que se utiliza en la tecnología blockchain son los *smart contracts* o contratos inteligentes que se ejecutan a través de esta. Estos son códigos de información que se almacenan en cadenas de bloques y se ejecutan cuando se cumplen condiciones predeterminadas, lo cual evita contingencias entre proveedores, contratistas y trabajadores. Debido a esta característica, el contrato está automatizado para dos escenarios: (i) se ejecuta directamente para todos los usuarios participantes y (ii) el flujo de tareas pactadas.

Asimismo, su ventaja sobre los contratos documentales es que sus cláusulas no están sujetas a interpretación, porque están codificadas y funcionan como condiciones para su ejecución. Por lo tanto, si una de las partes los infringen, la codificación entenderá que no se cumplió el supuesto y por lo tanto no se puede ejecutar el contrato. Cabe resaltar que no se necesita de la intervención humana para poder ejecutar o inexecutar el contrario, como señalamos previamente estos procesos se encuentran automatizados, lo que refuerza aún más su cumplimiento y seguridad jurídica.

Este sistema protege que las condiciones pactadas en los contratos se respeten porque mantiene vigilada la relación laboral ante posibles viscidudes que deberán ser advertidas y solucionadas para salvaguardar la ejecución del contrato. (Hernández & Muñoz, 2023). Dado que cualquier contingencia que se presente será registrada en el sistema, surge como interrogante cómo se armoniza esta nueva tecnología como el *ius variandi* que ejerce el empleador.

Según Hernandez & Muñoz (2023, 25), los smart contracts facilitan la ejecución de condiciones como el pago de la remuneración, el respeto de la jornada, duración del contrato e inclusive cláusulas colectivas aplicables. La dificultad se presenta cuando el empleador debe realizar modificaciones al contrato de trabajo o rescindirlo por razones que no estén determinadas en éste, como un despido. (Rojas, 2017).

Para responder a esta interrogante, primero se debe aclarar que los contratos inteligentes no buscan reemplazar al formato documental de los contratos, solo ingresar su contenido automatizable al sistema de blockchain. Para ello, dentro del contrato común (en documento) se incluye una cláusula inteligente (smart term). (Rojas, 2017). En ese sentido, no se vería afectada la validez del contrato en el sistema jurídico.

Siendo así, la solución al ejercicio del *ius variandi* del empleador es simple, basta con agregar en la cláusula inteligente la posibilidad de modificar a futuro las condiciones del trabajo bajo términos de consentimiento entre las partes. (Rojas, 2017).

No obstante, no perdamos el foco del presente artículo, queda claro que la estructura de los smart contracts garantiza el cumplimiento de derechos laborales como el pago de la remuneración, vacaciones, duración del contrato, etc. Ahora ¿cómo su uso puede contribuir a la protección de los derechos humanos laborales? En el caso de blockchain, la trazabilidad del proceso permitía advertir el origen de los productos (que no haya participación de víctimas de trabajo forzo en su extracción y elaboración) y que las empresas participantes cumplan con estándares laborales.

En el caso de los smart contracts, se pueden orientar como herramienta de protección al derecho a la seguridad y salud en el trabajo, recientemente reconocido por las OIT como derecho fundamental, y al referido a la eliminación del trabajo forzoso, porque los smart contracts eliminan la necesidad de inter-

mediarios para realizar contrataciones laborales, que es un problema frecuente para las grandes corporaciones.

La transparencia y resiliencia que caracterizan al sistema blockchain son lo que permite que se pueda utilizar como una herramienta para la protección y vigilancia de los derechos humanos laborales. Por ello, presentamos dos ejemplos actuales de empresas que operan en el Perú que ya han implementado esta tecnología:

a) Caso Minsur: trazabilidad de la extracción de estaño

La empresa minera Minsur es una de las principales productores de estaño en el mundo y, desde el 2019 en alianza con Minespider, la primera en implementar blockchain para hacer 100% trazable la producción de este metal. (Minsur, 2023).

La implementación de esta tecnología permite a la Empresa hacer trazable la producción de estaño desde su origen en el yacimiento minero hasta su entrega comercial, lo cual contribuye a que sus procesos contemplen los principios de sostenibilidad, transparencia y responsabilidad porque cada etapa del proceso se puede registrar a tiempo real.

El enfoque de Minsur en el uso de esta tecnología tiene como objetivo alinear sus prácticas empresariales con sus valores corporativos, lo cual, también debería incluir revisar sus prácticas laborales y las de las contratistas con las que trabajan. Esto pues, en el sector minero los principales problemas relacionados a los derechos laborales son el trabajo forzoso, el trabajo infantil y la falta de condiciones laborales y de seguridad y salud en el trabajo.

Actualmente, la información pública de Minsur sobre el uso de blockchain se centra en hacerle frente a la minería ilegal, ya que con la posibilidad de identificar el yacimiento minero de donde se extrae el estaño, es posible evitar escenarios de obtención de metales que se extraigan en ese contexto. Sin embargo, creemos que este es uno de los escenarios de protección de derechos humanos laborales, pues considerando que la minería es uno de los sectores con mayores tasas de accidentes de trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2015) también hay oportunidad de fortalecer la gestión de riesgo en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Con la tecnología de blockchain permite la verificación de estándares de cumplimiento de seguridad y salud en el trabajo de la empresa y de sus contratistas, así como, advertir de posibles escenarios de accidentes de trabajo por incumplimiento de condiciones de seguridad y optimizar los procesos de investigación interna de accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales, ya que se contaría con el registro histórico de los procesos involucrados en su gestión.

b) Caso EULEN: smart contracts para garantizar la entrega de EPPs

El Grupo EULEN también opera en nuestro país, pero a diferencia del caso anterior, este tiene lugar en España. Para mejorar su gestión de seguridad y salud en el trabajo a partir de la experiencia de la COVID-19, implementó el uso de smart contracts (que se ejecutan a través de la tecnología blockchain) para la entrega de equipos de protección personal para sus trabajadores. (Hernández N. , 2022).

Previo al uso de smart contracts, la empresa manejaba un sistema manual de entrega de equipos de protección, como lo realizan otras. Este no le generaba inconveniente alguno, pero con el objetivo de innovar y fortalecer su gestión de riesgos en materia de seguridad y salud en el trabajo, implementa el uso de esta tecnología de la mano de la consultora atSistemas. (Hernández N. , 2022).

Esta práctica que busca garantizar y mejorar la certificación de la entrega de los equipos de protección personal a los trabajadores, es simple y consta de dos fases:

- (i) La primera, implica que la empresa registre en el sistema blockchain en una lógica de smart contracts la entrega de los equipos de protección y el estado actual de estos.
- (i) La segunda, al estar registrar la información en un smart contract, el empleado recibirá un enlace por correo electrónico para ingresar y confirmar la recepción y estado del equipo. Con esta acción, se sube al sistema la información generada, confiando en que es veraz.

Como se observa, el proceso de entrega y recepción de EPPs se digitaliza y se simplifica para ambas partes. A esto se suma que, por la naturaleza de los smart contracts, el proceso se hace trazable e inalterable, lo cual genera una seguridad y sostenibilidad en la gestión. (Equipos & Talento, 2022)

El Grupo EULEN se dedica a la prestación de servicios generales, es decir, actividades de limpieza o mantenimiento que contribuyen a mantener la higiene de las áreas. La naturaleza de las labores que realizan los trabajadores implica que se encuentran expuestos a distintos agentes que pueden perjudicar su salud, y a su vez, también a trabajo físico, pues se encuentran en movimiento constante.

Estos escenarios deben ser advertidos por su sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, para poder implementar herramientas que contribuyan a los riesgos que derivan de la exposición a agentes externos y trabajo físico constante. Ahí es donde entran los smart contracts, porque fortalecen un proceso que ya se realizaba.

Como se observa de lo expuesto, el uso de tecnología por parte de las empresas contribuye a la optimización de sus procesos internos y comerciales, y abre la posibilidad de que puedan advertir las contingencias que se presenten a tiempo real para que actúen de forma oportuna.

En el área laboral, esta ventaja debería ser utilizada para fortalecer la gestión de riesgos de las empresas y verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales que se les exige. En cuanto a este último punto, la trazabilidad de la información permite identificar cuando no se ha cumplido con alguna obligación legal y también contar con evidencia para acreditar ante la autoridad que esta se cumplió y los trabajadores (involucrados también en la cadena de información) tienen conocimiento de esto.

Hasta el momento parece ser que las empresas observan a la tecnología como una herramienta para fortalecer su gestión de riesgos y optimizar procesos. Esto crea una ventana de oportunidad para que también identifiquen escenarios de posibles vulneraciones a los derechos laborales y actúen ante ellas, y de esa manera, puedan cumplir con su responsabilidad hacia los trabajadores de proteger sus derechos laborales.

III. REFLEXIONES SOBRE LA SITUACIÓN EN EL PERÚ

La tecnología blockchain llega como parte de la cuarta revolución industrial que estamos atravesando, que implica la integración de tecnologías avanzadas que fusionan lo digital con lo físico (Díaz y otros, 2021). Se muestra como una herramienta para optimizar los procesos que realizan las grandes corporaciones, lo cual, les permite también fortalecer su gestión de riesgos y relaciones comerciales,

como se menciona previamente. No obstante, encontramos ciertos limitantes para su implementación en nuestro país:

- i) Falta de regulación sobre herramientas tecnológicas para empresas:
- ii) Infraestructura tecnológica limitada y altos costos de recursos tecnológicos
- iii) Demografía empresarial: gran cantidad de PYMES

A la luz de los puntos comentados, comentamos que a la fecha no existe una regulación respecto al uso de blockchain por parte de las empresas y en el caso de los smart contracts, podrían tratarse a través de las disposiciones del Código Civil que regulan los contratos (Montezuma y otros, 2022). El poco desarrollo legal sobre estos temas se limita a temas de transacciones comerciales y protección de datos personales, pero aún no hay un enfoque o debate activo respecto al sector laboral.

No obstante, tenemos el caso de Minsur que es una de las primeras empresas en utilizar blockchain y la experiencia de Perú Compras, mediante la cual nos convertimos en uno de los primeros países en utilizar esta tecnología para realizar compras públicas. (Oficina de Comunicaciones, 2020). Es importante difundir estos acercamientos para poder identificar las buenas prácticas que surgen a partir del uso de tecnologías en la gestión de las empresas, que va de la mano con lo expuesto en la primera sección sobre el deber de responsabilidad hacia los derechos humanos laborales.

Una de las limitaciones que se encuentran es la heterogeneidad de las empresas (exceso de MYPES), sin embargo, se debe recordar que tanto las MYPES como las PYMES participan también de las grandes cadenas de suministro como intermediarias. Esta situación genera que sus trabajadores estén expuestos a escenarios de vulnerabilidad, y por lo tanto, que las grandes empresas también tengan un deber de responsabilidad hacia la vigilancia de buenas prácticas laborales en los servicios que les presten.

Señalamos lo anterior porque los PREDEH no son ajenos al Perú, pues se han implementado a través de la política pública Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA) 2021 – 2025, aprobada por el Decreto Supremo N° 009-2021-JUS y la instalación en el 2019 del Comité Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos, liderado por la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), para difundir el

comportamiento empresarial responsable; el cual, debe observar la protección y respeto de los derechos humanos laborales.

Cabe resaltar que si bien el marco regulatorio plantea las expectativas de este comportamiento empresarial responsable, no se debe agotar en lo que señalen las disposiciones, por ejemplo, de la PNA sino que debe ser un comportamiento que se exprese en el día a día del empleador y del trabajador, es decir, en sus prácticas laborales. (CONFIEP, 2019, pág. 23). Es ahí donde se resalta la importancia de los PREDEH, porque funciona como una guía para el comportamiento responsable.

El blockchain y los smart contracts, como detallamos previamente, aparecen como una oportunidad de herramienta para la gestión de riesgos en las empresas, en especial, en relación con la prohibición del trabajo forzoso y garantizar las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, que son dos derechos que se ven constantemente vulnerados en los escenarios de las grandes cadenas de suministro. Es una esperanza que en el Perú ya se tenga experiencia con esta tecnología, y se espera que sea el paso para que otras grandes empresas (mineras, corporativas de alimentos y servicios, salud, etc.) también se implementen estas herramientas.

IV. CONCLUSIONES

1. Los PREDEH permiten garantizar que las empresas, especialmente las transnacionales, cumplan con respetar los derechos humanos y laborales en todas las etapas de sus cadenas de suministro, porque funcionan como estándares internacionales sobre materia de derechos humanos. El estándar que establecen para las empresas, exige que tengan debida diligencia para identificar y mitigar riesgos en las actividades empresariales; es decir, que adopten este comportamiento en su práctica diaria y también hacia sus socios comerciales. En el contexto de las cadenas de suministro globales, las empresas deben garantizar condiciones laborales dignas y evitar prácticas como el trabajo infantil y forzoso.
2. La tecnología blockchain y los smart contracts se presentan como herramientas innovadoras para hacer frente a estos desafíos en las cadenas mundiales de suministro. El primero, con su capacidad de asegurar transparencia y trazabilidad, permite a las empresas rastrear

el origen y los procesos productivos, asegurando que se respeten los derechos laborales en todas las etapas, en especial, la prohibición de trabajo forzoso en todas sus formas. Por su parte, los smart contracts automatizan el cumplimiento de las condiciones contractuales, asegurando que los derechos de los trabajadores se respeten sin intervención manual. Ya existe un caso de éxito en la entrega de equipos de protección personal, es decir, funciona como herramienta para garantizar las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, que también es un derecho humano laboral.

3. Los casos expuestos previamente, Minsur (Perú) con la trazabilidad total de su producción de estaño y el Grupo EULEN (España) utilizando smart contracts para fortalecer la entrega y recepción de equipos de protección personal, son evidencias de que estas tecnologías pueden aplicarse para mejorar la gestión de riesgos y garantizar el cumplimiento de condiciones laborales. Son casos de éxito que representan una oportunidad para que las empresas optimicen su gestión de riesgos y a la vez cumplan con el deber de respeto y protección hacia los derechos humanos, que incluyen los derechos humanos laborales.
4. Finalmente, en el caso peruano, observamos con esperanza en la innovación de prácticas laborales que ya existan empresas utilizando la tecnología blockchain. A pesar de las limitaciones que se puedan presentar como la falta de un marco regulatorio, el alto costo de la implementación o la heterogeneidad del grupo de empresas, ya se ha abierto la oportunidad de poder implementar estas herramientas. Está pendiente observar como se desarrolla en el mercado y su impacto a largo plazo en el sector laboral.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Canessa Montejo, M. (2008). Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*(72), 111-151.
- CONFIEP. (2019). Guía para el sector empresarial peruano sobre empresas y derechos humanos. Guía, Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas, Lima.

- Decreto Supremo N° 009-2021-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025 (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 10 de junio de 2021).
- Díaz, R. M., Valdés Figueroa, L., & Pérez, G. (21 de Julio de 2021). Oportunidades y desafíos para la implementación de blockchain en el ámbito logístico de América Latina y el Caribe. 387(3), 1-17. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- DW Español. (21 de mayo de 2022). Usos pocos conocidos del Blockchain en Latinoamérica. YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=9wbnhwR0bR0>
- Equipos & Talento. (11 de marzo de 2022). Grupo EULEN elige a atSistemas para garantizar la seguridad laboral. equipos&talento: <https://www.equiposytalento.com/noticias/2022/03/11/grupo-eulen-elige-a-atsistemas-para-garantizar-la-seguridad-laboral>
- Hernández, J. D., & Muñoz, K. V. (2023). Smart contracts a través del blockchain en el derecho laboral colombiano: retos jurídicos en su ejecutabilidad. Tesis, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho Villavicencio, Bogotá.
- Hernández, N. (21 de febrero de 2022). 'Blockchain' para prevenir riesgos laborales: así verifica que los empleados reciben sus equipos de protección. Invertida Diario Económico de El Español: https://www.lespanol.com/invertia/disruptores/grandes-actores/empresas/20220221/blockchain-prevenir-riesgos-laborales-verifica-empleados-proteccion/650935289_0.html
- IBM. (s.f.). Blockchain para la cadena de suministro. <https://www.ibm.com/es-es/blockchain-supply-chain>
- Minsur. (12 de setiembre de 2023). Minsur, primera empresa en el mundo en hacer trazable toda su producción de estaño mediante blockchain. <https://www.minsur.com/wp-content/uploads/2023/09/Minsur-primera-empresa-en-el-mundo-en-hacer-trazable-toda-su-produccion-de-estano-mediante-blockchain.pdf>
- Montezuma, O., Colonna, F., De la Piedra, A., Valdivia, A., & Niubux. (2022). Blockchain 2022. Chambers and Partners, Peru: Law & Practice. Chambers Global Practice Guides.
- Oficina de Comunicaciones. (2 de setiembre de 2020). PERÚ COMPRAS registró en blockchain más de 154 mil órdenes de compra. Central de Compras Públicas: <https://www.gob.pe/institucion/perucompras/noticias/297606-peru-compras-registro-en-blockchain-mas-de-154-mil-ordenes-de-compra>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2014). Preguntas frecuentes acerca de los Principios Rectores sobre las Empresas

y los Derechos Humanos. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Nueva York.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2011). Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Guía práctica, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Nueva York.

Organización Internacional del Trabajo. (2016). Conferencia Internacional del Trabajo, 105. El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Informe IV. Informe, Organización Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Organización Internacional del Trabajo. (23 de marzo de 2015). La minería: un trabajo peligroso: <https://www.ilo.org/es/resource/la-mineria-un-trabajo-peligroso>

Organización Internacional del Trabajo. (2023). ILO strategy on decent work in supply chains. Eight items on the agenda. Informe de punto de agenda, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra.

Playground. (30 de marzo de 2018). Qué es “Blockchain” en 5 minutos. YouTube: https://www.youtube.com/watch?v=Yn8WGaO__ak

REDESCA. (2019). Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

Rojas, R. (22 de mayo de 2017). Los Smart Contracts en el ámbito laboral. Sala de Prensa: <https://ecija.com/sala-de-prensa/los-smart-contracts-ambito-laboral/>

SEXTO TEMA

**Principales precedentes
del Tribunal de Fiscalización Laboral
sobre el procedimiento
inspectivo**

PONENCIAS OFICIALES

ENTRE LA DISCRECIONALIDAD Y EL GARANTISMO. LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL SOBRE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

LUIS MENDOZA LEGOAS*

Magíster en relaciones industriales y de empleo por la Universidad de
Turín y el Centro Internacional de Formación de la OIT y abogado por la
Pontificia Universidad Católica del Perú

* Magíster en relaciones industriales y de empleo por la Universidad de Turín y el Centro Internacional de Formación de la OIT y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del posgrado de la misma casa de estudios, como del posgrado de la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Miembro del Consejo Directivo de la Maestría en Relaciones Laborales de la PUCP. Ex presidente del Tribunal de Fiscalización Laboral y actual vocal titular de la Primera Sala. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6247-8400>. Correo electrónico: lmendozalegoas@pucp.pe.

I. LA CULTURA DEL PRECEDENTE Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO LABORAL PERUANO

En el sistema laboral peruano, los precedentes —o, me permito indicar, la cultura del precedente— ha gozado de una presencia creciente en los ámbitos forense y académico. En sede jurisdiccional, se ha deducido un creciente reconocimiento de la interpretación del derecho a partir de los órganos jurisdiccionales constitucionales y laborales. De esta forma, entre nosotros se ha afirmado que el Derecho no es solamente un derecho de reglas (Arce, 2013, p. 86), lo que ha tenido como uno de los paradigmas del desarrollo interpretativo y uniformador a la labor del Tribunal Constitucional peruano, cuya labor dentro de los primeros años del siglo XXI llevó a que, con razón, se considere que el Derecho del Trabajo había sido “reconstruido” por el Alto Tribunal (Sanguinetti, 2008, p. 76).

Entonces, en nuestro medio se ha afirmado ya extensamente a los precedentes con la idea de uniformidad y de predictibilidad. Con acierto, se ha observado que la receptividad de esta tradición dentro del sistema jurisprudencial latinoamericano tiene su origen en el *Common Law*; aunque es posible advertir que, en los ordenamientos de *Civil Law*, el grado de fuerza atribuido por los jueces respecto al precedente es probablemente menor (Taruffo, como se citó en Fernández, 2016, pp. 27-28). Se ha anotado con acierto que actualmente se experimenta una revalorización del precedente, tanto por su consideración doctrinal como por su reiterado empleo en la práctica forense (Esteve, 2024, p. 96). A esto debemos sumar que el ámbito de la inspección del trabajo ha sido catalogado como uno que, por definición, carece de uniformidad si se aterriza a las actividades fiscalizadoras-punitivas, tal y como se ha observado en sistemas administrativos encuadrados en el *Common Law* (Arrigo et al. 2011, p. 31).

Lo mismo es predicable respecto del ámbito administrativo, donde los órganos que resuelven expedientes operan, debiendo justificar sus decisiones dentro del bloque de legalidad invocable en relación con las instituciones materia de su valoración. De esta forma, a priori, el “descuelgue” de lo razonado en un precedente aplicable puede ser ciertamente inusual dentro de la vía administrativa,

salvo que existan fuertes sospechas de su ilegalidad (e inminente abrogación). Este es un supuesto diferente al caso en el que la regla interpretativa confeccionada a través del precedente no resulta aplicable al caso concreto o que aplicándose, arroja un resultado injusto: no habría apartamiento si no inaplicabilidad del criterio consagrado como rector de la actuación administrativa.

Así, en el ámbito administrativo laboral, la regencia del principio de legalidad —que condiciona el comportamiento de las autoridades dentro de marcos competenciales específicamente diseñados— impone un margen dentro del cual el precedente opera, aunque sin el atributo del control difuso, que conforme a nuestro modelo constitucional es propio de la jurisdicción.¹ No es esta una situación cuyos resultados sean sencillos. Como acertadamente se ha comentado, en relación con el cambio de criterio del Tribunal Constitucional, los órganos independientes y técnicos de la Administración (verbigracia: los tribunales administrativos) terminan resolviendo casos con facultades cuasi jurisdiccionales que, al fin y al cabo, están sujetas al control del proceso contencioso administrativo. Por ello, los colegiados administrativos que operan con independencia —a los que cierta doctrina denomina “órganos autárquicos”— deberían estar en posibilidad de prevenir que sus decisiones sean revocadas por el Juez a través de la aplicación del principio de jerarquía constitucional (Bullard, 2005, pp. 91-92).

El asunto se emparenta a la polémica sobre la vinculatoriedad del principio de legalidad sobre la Administración. Cierta argumentación jurídica se ha posicionado a favor de la virtual inaplicabilidad directa de la Constitución en la actividad administrativa, lo que toma como base a cierta lógica formalista que hace primar a la interpretación literal de las normas por sobre la argumentación constitucional o, siquiera, una sistemática que dé lugar a la Constitución como norma eficaz. Desde esta tesis, se aboga por que el control de legalidad a cargo

1 Así lo ha establecido el máximo intérprete de la Constitución peruana, a su vez, con un precedente de observancia obligatoria que modificó un criterio preexistente. A través de una sentencia emitida hace una década (Tribunal Constitucional, 2014) el Alto Tribunal removió la autorización a ejercer esta facultad para inaplicar normas inconstitucionales, que pocos años antes había otorgado el mismo órgano —a través de un precedente sentado por una resolución aclaratoria— en favor del ejercicio de esta atribución por parte de los tribunales administrativos de la Administración Pública (Tribunal Constitucional, 2006). En consecuencia, los precedentes que los órganos de la Administración pueden aprobar, deben estructurarse en arreglo con la normativa infra constitucional. La situación resulta compleja si se advierte que la aplicación de las reglas plasmadas en normas con el rango de ley formal o la reglamentación de desarrollo pudiera llegar a tener consecuencias inconstitucionales.

de la Administración se ejecute en los términos que la propia ley y normativa de desarrollo haya establecido.

Por otro lado, parece necesario reconocer en un sistema constitucional administrativo que el bloque de legalidad aplicable por los órganos independientes, tales como el Tribunal de Fiscalización Laboral, incluyen con fuerza especial a la Constitución y a los Tratados de Derechos Humanos.²

Así las cosas, acudir a la idea de un “bloque de legalidad” resulta, en cierta medida, importante para que la Administración no deje de comportarse como un agente vinculado jurídicamente por la Constitución. Como recuerda la doctrina, la norma constitucional no actúa solamente como límite, sino como “instrumento para realizar valores y principios fundamentales [adquiriendo] (...) un papel de impulso del ordenamiento, del cual los intérpretes deben hacerse cargo en el momento en que determinan el significado a atribuir a las disposiciones del sistema, independientemente del grado jerárquico al que pertenezcan tales fuentes” (Canale y Tuzet, 2021, p. 187).

Otra vertiente importante para abordar la aplicación de precedentes en el ámbito administrativo resulta de la muy cierta posibilidad de que, por su rol interpretativo, un órgano de la Administración Pública con competencia legal para sentar precedentes se enfrente a normas de rango formal *infralegal*. La dogmática administrativista ha abordado este punto desde una perspectiva que da lugar al llamado principio de inderogabilidad singular del reglamento, por el que normas sectoriales dadas por la propia Autoridad Administrativa de Trabajo resultan vinculantes para la emisión de cualquier acto administrativo, pues se trata de regulaciones y reglamentaciones que preexisten a la actuación de tales órganos de la Administración Pública (Morón, 2003, p. 86), de la misma forma que los criterios establecidos en los precedentes componen al bloque de legalidad cuyo cumplimiento resultará exigible a otros órganos (Cairampoma, 2014, pp. 502-503).

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, además, la idea del garantismo de los derechos del sujeto llevado a la determinación de una posible

2 Se ha subrayado al papel que corresponde a los órganos de la Administración Pública en relación con la obligación internacional de Perú de efectuar el control de convencionalidad, pudiendo inaplicarse normas estatales contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Landa, 2016, p. 204), aunque bajo la formulación de un modelo propio de control, en intensidad y justificación variable (Wunder, 2022, p. 510).

multa por incumplir normas de trabajo suele presentarse de forma reforzada. Como recuerda Cassagne, el constitucionalismo moderno redefine la sujeción de la Administración a la ley, en el sentido de proscribir la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos (2019, p. 48). En general, no es esta una materia novedosa: los precedentes en el ámbito administrativo sancionador laboral únicamente presentan atributos innovativos desde el hecho de la fuente generadora de tal reflexión. El órgano que tiene competencia legal para sentar criterios vinculantes está constituido desde marzo de 2021 y la creciente pragmática desarrollada por dicho colegiado ofrece espacio suficiente para esta profundización.

El Sistema de Inspección del Trabajo tiene a la SUNAFIL como ente rector de un servicio público que se despliega desde un surgimiento a contracorriente del modelo constitucional de gobierno descentralizado (artículo 43). La fiscalización laboral entonces experimentó una “centralización” parcial hacia el nivel de gobierno nacional —a propósito de la emisión de la Ley 29981—³ mientras que se mantuvo la competencia de los niveles de gobierno regional (que ha sido provisionalmente asignada por la Ley 30814, en principio, hasta el año 2026) en relación con ciertas microempresas. Este reparto competencial origina dificultades manifiestas para la unicidad de criterios aplicativos sobre las normas de trabajo y las sancionadoras, a cargo de este sistema administrativo.

Un primer fundamento en la búsqueda de la seguridad jurídica en la inspección del trabajo tiene entonces a la propia SUNAFIL como expresión orgánica. La Superintendencia ejerce sus competencias fiscalizadoras y sancionadoras a través de un reparto competencial denominado “desconcentración administrativa”. Como recuerda la dogmática, este concepto alude a la delegación de funciones en servidores jerárquicamente dependientes del gobierno central, en cuyo nombre despliegan sus actuaciones (Nogueira, 1985, p. 136) y con respecto a quienes debe fluir una corriente de informaciones y comentarios, junto con una supervisión muy eficaz (Husband, 1987, p. 47). Así, el gobierno central reparte las funciones para supervisar y sancionar a empleadores que incumplen normas de trabajo, lo que corresponde a veinticinco intendencias regionales

3 Recuérdese que para la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, la Administración del Trabajo debe adaptar permanentemente sus acciones, servicios y prestaciones a las mutaciones presentes y futuras que afectan la mejora de condiciones de trabajo, el desarrollo de una formación profesional bien adaptada, la solución, el desarrollo del diálogo social y la prevención de conflictos sociales (1997, p. 74). En este último eje situamos a la centralización experimentada por la inspección del trabajo en Perú, habida cuenta de los condicionantes intrínsecos presentes en el país.

(que operan como instancias de apelación en los procedimientos administrativos sancionadores originados tras la detección de infracciones administrativas laborales). Desde luego, esto expone a la Administración del Trabajo a que los órganos desconcentrados puedan más si consideramos que ciertos empleadores tienen operaciones en más de una región. De esta forma, si bien el mecanismo administrativo de repartición funcional aspira a la eficiencia, su práctica sin controles de legalidad desde alguna perspectiva supra regional puede acarrear graves riesgos.

Desde la creación de la SUNAFIL, con la Ley 29981, se apreció la necesidad de establecer una instancia de revisión —el Tribunal de Fiscalización Laboral— entre cuyos atributos se encuentra el de constituirse como órgano independiente y con capacidad de sentar precedentes de observancia obligatoria (artículo 15). Conforme con el inciso b) del artículo 22 del Decreto Supremo 4-2017-TR, Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, son precedentes las decisiones de la Sala Plena del órgano que “interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia” (replicando así la fórmula contenida en el inciso 2 del artículo VI del título preliminar de la LPAG en relación con los precedentes administrativos).

Debe caerse en cuenta que el modelo “centralizado” supone la imposición, a través de la vía recursiva que siguen los administrados, de un órgano de revisión que actúa como una suerte de instancia excepcional de nivel nacional dentro de procedimientos que ven su origen en supervisiones de la inspección del trabajo que ocurren en el ámbito regional. El recurso de revisión permite la actuación de la tutela administrativa, a través de la que una autoridad de ámbito nacional ejerce un control de legalidad sobre la oportunidad de la actuación del ente descentralizado (Nogueira, 1985, p. 136). Contemporáneamente, Morón precisa que este recurso ha quedado relegado pues, a inicios de siglo XXI, el proceso de descentralización no estaba avanzado y era necesario garantizar que algunos procedimientos llegasen hasta una instancia nacional (2019a, p. 205). Pareciera debatible, en todo caso, que la necesidad de una instancia nacional que ejerza tutela administrativa haya desaparecido en todos los casos. Al contrario, se mantiene plenamente vigente, más aún en ámbitos como los del Sistema de Inspección del Trabajo.

Nos parece destacable entonces que, al generarse un efecto que hemos descrito como “contracorriente” al modelo constitucional de descentralización

gubernativa, el marco normativo haya procurado componer la situación resultante de una forma que no se produzca una suerte de sujeción a la discrecionalidad de la dirección política de la SUNAFIL o del propio sector Trabajo (al que se adscribe la citada superintendencia). Por el contrario, en vez de acudir a fórmulas por las que el control de legalidad efectuado desde el nivel centralizado se ejecute bajo criterios jerárquicos (un órgano que impone un estándar interpretativo bajo una fuerza cuasi normativa), esto se ejecuta a través de métodos en los que el valor de la decisión vinculante reposa en la argumentación jurídica: es la persuasión y no la jerarquía que se desprende de la motivación habida en las resoluciones adoptadas con autonomía y sin sujeción a las vicisitudes provenientes del control político.

La constitución del Tribunal de Fiscalización Laboral, en mayo de 2021, supuso la implementación del diseño legal, que había previsto un modelo de control de legalidad recursivo, ejercido por un órgano independiente y apto legalmente para producir precedentes de observancia obligatoria.⁴

II. LOS PRECEDENTES COMO CATEGORÍA JURÍDICA Y EL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL COMO ÓRGANO EMISOR. PRECISIONES INDISPENSABLES

Los precedentes se definen por tres factores: i) lo que constituye el precedente o *ratio decidendi*, que es definida doctrinariamente como la regla jurídica empleada por el Juez para calificar hechos jurídicos controvertidos al resolver; ii) la necesaria analogía entre los hechos del caso elevado al rango de precedente y los hechos del caso posterior, existiendo una suficiente similitud entre el primer caso y el segundo; y iii) la influencia sobre órganos que tomarán decisión en el futuro (Taruffo, 2016, p. 332 y 336).

Prescindiendo de complejidades innecesarias para el propósito de este escrito, podemos señalar que el precedente opera bajo un razonamiento aterrizado al contexto de un primer caso (“a”). La concurrencia de un cierto estado de cosas

4 Hasta marzo de 2021 (y después de esa fecha), la SUNAFIL aprobó, a través de un cuerpo colegiado conformado *ad hoc* por funcionarios de la entidad, un *Comité de criterios en materia legal* que, conforme con varias resoluciones de superintendencia, aprueba “criterios normativos”. Por resultar paradójica la referencia, creemos que deben entenderse a tales como “criterios interpretativos” cuya existencia parece propia a la naturaleza de las actividades administrativas a cargo de la entidad, que aplica normas diversas del Derecho del Trabajo y del Derecho Administrativo. Como bien reconoce el artículo VI del título preliminar de la LPAG, las entidades pueden adoptar criterios interpretativos (inciso 2).

genera, de parte del aplicador con competencia para sentar el criterio vinculante, la utilización de tal facultad para sentar parámetros de aplicación predecible del derecho. Así, en casos posteriores que compartan la misma *ratio decidendi* con el primero, elevado a rango de precedente vinculante, se prevé la adopción de un cierto resultado semejante, sea que se trate del mismo órgano decisor o sea que se trate de otro distinto. De esa forma, operará el mismo razonamiento ante el caso “b”, salvo que, ante el segundo caso, el órgano pueda inaplicar al precedente, apartándose motivadamente del mismo bajo un razonamiento explicitado en las justificaciones de la decisión adoptada.

Lo apreciable en un modelo de justicia constitucionalmente diseñado es que la eficacia del precedente, entonces, se puede situar en la capacidad de ejercer, por vía de la persuasión de los argumentos, una influencia que puede llegar a ser determinante (Taruffo, 2016, p. 335). El órgano destinatario del efecto vinculante del precedente administrativo es un órgano que, ciertamente, puede apartarse del mismo, pero se encontrará ante la necesidad de efectuar un plus de justificación que permitirá comprobar la legalidad de su interpretación, elegible antes que la repetición de un precedente que, aplicado al caso, resultaría en efectos injustos.

¿Es entonces un efecto vinculante, cuya observancia genera la obligatoriedad anunciada en el rótulo? En la práctica peruana se utiliza con cierto nivel indistinto a la voz “precedente vinculante” como sinónimo del “precedente de observancia obligatoria”, tal y como un vistazo en la dogmática permite apreciar (Cairampoma, 2014, p. 72). Pese a que existen resistencias frente al uso del término que alude al atributo de la vinculatoriedad de la decisión (Taruffo, 2016, p. 335), entendemos que sí se trata de un concepto apto para ser empleado al describir el efecto ordenador, pues si bien los órganos alcanzados por el precedente de observancia obligatoria pueden inaplicarlo motivadamente, se encuentran igualmente vinculados por la *ratio decidendi* expresada del precedente, debiendo sopesar tales razones para emitir su pronunciamiento. Incluso, el apartamiento del precedente en un caso posterior requiere de una motivación especialmente cualificada, lo que se traduce en mayores garantías para los justiciables.

En todo caso, seguimos a Esteve, quien sugiere que el precedente carece de fuerza normativa por sí mismo, pero los principios del Derecho que el precedente activa —como la interdicción de la arbitrariedad, la protección de la confianza y la igualdad— sí dan como resultado a este efecto vinculante (2024,

p. 96-97). Como puede advertirse, los precedentes se basan en el trato igualitario de los administrados (Esteve, 2024, p. 96; Cassagne, 2019, p. 34; Ortiz, citado por Cairampoma, 2014, p. 485), lo que otorga sustento constitucional a su invocación en un Sistema administrativo que se reconozca informado por los derechos fundamentales. Desde mi punto de vista, en el Sistema de Inspección del Trabajo, esta cuestión se proyecta por quienes no son parte de la relación material de Derecho Administrativo (SUNAFIL-empleador), sino que también alcanza, de forma indirecta, a la parte trabajadora que es objeto de las acciones de supervisión y cuyos derechos, por último, pueden verse efectivizados gracias a esta intervención administrativa.

Una adicional consideración en relación con los precedentes debe ser tomada en cuenta. Extrapolando lo examinado por Fernández (2016, p. 29) en relación con el ámbito judicial, cabe deducir un peligro que también puede extenderse sobre los órganos resolutivos del sistema de inspección del trabajo y sobre los propios inspectores. De alguna manera, todos ellos se ven constreñidos en su discrecionalidad por el precedente administrativo, que les limita al efectuar la interpretación de las normas. Así, fruto de la carga de trabajo existente en intendencias y subintendencias —y por la obligación de seguir las corrientes resolutivas y precedentes administrativos existentes— es un riesgo posible que decaiga la calidad analítica y argumentativa de las decisiones adoptadas por los órganos sancionadores de origen o de la instancia de apelación. Ante esto, el examen crítico de los órganos que aplican los precedentes es un imperativo exigible desde el correcto cumplimiento de las funciones que legalmente le son confiadas.

Sentado lo anterior, podemos evaluar algunas consideraciones sobre el órgano productor de los precedentes de observancia obligatoria para el Sistema de Inspección del Trabajo.

Como se sabe, este rol le compete, en forma específica, al Tribunal de Fiscalización Laboral a través de la configuración de la Sala Plena (artículo 22 de su Reglamento). Pero no se trata de los únicos precedentes que pueden ser invocados en las inspecciones laborales. En particular, es preciso tener en cuenta a los sentados por el Tribunal Constitucional (por ejemplo, el que impone un coto al control difuso en sede administrativa o las que, en una vasta casuística, se refieren a la afirmación del debido procedimiento administrativo como derecho fundamental).

Ciertos precedentes vinculantes se aplican directamente a las actividades subsuntivas del inspector que, como calificador jurídico de hechos tipificados en normas sancionadoras, debe tener cuidados especiales a la hora de plasmar no solamente hechos, sino también la valoración de argumentos y pruebas. Esto es particularmente sensible en casos en los que puede advertirse la existencia de un bajo desempeño del agente fiscalizador ante la exigencia del deber de motivar ciertos documentos, como ha sido detectado incluso en la propia jurisprudencia constitucional.

En efecto, en la revisión de los actuados por la inspección del trabajo en el análisis de un caso de tercerización de servicios se dejó sentado que “[...] lo que llama particularmente la atención es el completo desinterés de la demandada por todas y cada una de las pruebas aportadas por la demandante y que no han sido valoradas [...]” (Tribunal Constitucional, 2012).⁵ Del mismo modo, se ha razonado que un acta de infracción sobre la que se ha extendido el efecto nulificante tras el control de legalidad no debería ser tomada en cuenta como medio probatorio para una decisión ulterior (Tribunal Constitucional, 2016).

Por otro lado, debe invocarse el “uso horizontal” de precedentes que, siendo invocables desde otros ámbitos de nuestro sistema jurídico, dan cuenta de la aplicación uniforme del Derecho, más allá de las posibles distinciones competenciales que diversas oficinas tengan (Castillo, 2008, p. 36). Así, ciertos precedentes administrativos relevantes para el Sistema de Inspección del Trabajo pueden provenir de contextos competenciales exógenos. Por ejemplo, podemos citar al precedente sentado en el ámbito de la tutela de los derechos de los usuarios del sistema de salud, por el que se ha considerado que los daños son, en general, subsanables siempre que sus efectos pueden minimizarse o ser efectivamente reparados (Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud, 2021).

Otro ejemplo de precedente horizontalmente invocable sería el sentado por el Sector Trabajo a través de otra instancia de revisión, que estableció que el plazo de seis días previsto en el artículo 15º de la LPCL es, en realidad, un plazo que impulsa a la celeridad y diligencia de la actuación de la fiscalización

5 Desde hace más de una década el Tribunal Constitucional estableció que las actas de infracción deben cumplir con estándares de motivación suficientes para garantizar los derechos al debido proceso, el derecho a la prueba y a una decisión motivada, así como a la defensa de los sujetos inspeccionados (Tribunal Constitucional, 2012). Asimismo, considero que esto puede extenderse a ciertos documentos que son relevantes por tener significancia respecto de la esfera jurídica de los administrados, tales como los documentos que sientan hechos, calificándolos de “insubsanables”.

laboral llamada a intervenir en la comprobación de la cesación de actividades, en el contexto de la suspensión perfecta de labores. Así, a criterio de la Autoridad de Trabajo, la superación del sexto día del plazo legal para las verificaciones no faculta al empleador a obstruir a la supervisión que practique la inspección laboral. Este criterio subrayó, en particular, “la importancia de la inspección laboral para el control del cumplimiento de las normas de trabajo y la promoción de los derechos laborales” y a la aplicación del principio de primacía de la realidad encomendada precisamente a esta autoridad, en específico (Dirección General del Trabajo, 2012).

Lo que debe subrayarse, en este sentido, es que el Tribunal de Fiscalización Laboral no podría razonar de forma autosuficiente, en relación con estos importantes posicionamientos existentes en el Sistema Jurídico. Pero, ante un fragmentario abordaje del problema de la fiscalización laboral, la instancia de revisión del Sistema de Inspección del Trabajo es llamada a ejecutar su labor en pos de la uniformidad interpretativa bajo una lógica unificadora, atenta a las especificidades de la fiscalización administrativa en las relaciones de trabajo. Como tribunal administrativo especializado, se espera que resuelva los recursos de revisión elevados, tomando en cuenta a los importantes condicionantes y vicisitudes advertidas en la pragmática de la inspección del trabajo, así como los intereses públicos depositados en la labor de esta forma especial de intervención administrativa.

Desde mediados de 2023, tras la emisión de una serie de precedentes sobre libertad sindical, acoso moral y contratación temporal, diversas voces han cuestionado la legalidad o la razonabilidad de que el Tribunal de Fiscalización Laboral apruebe precedentes. No parece conveniente dejar abierta esta discusión fundamental, por lo que en este segmento nos referiremos a este posicionamiento que —conviene ponerlo de manifiesto— proviene del sector de abogados laboristas que ejercen la defensa de intereses privados ante la Administración del Trabajo.

Se ha objetado, en primer lugar, una cuestión numérica. Que el número de vocales titulares que fijan los precedentes administrativos vinculantes sea el equivalente al número de quienes conforman la Primera Sala. Así, existe una crítica sobre el número suficiente de vocales para sentar criterios vinculantes para el Sistema de Inspección del Trabajo (Puntriano, 2024; Vinatea & Toyama, s.f.). En la apreciación de esta corriente de opinión no solo se valora positiva-

mente que la pluralidad de salas que, conforme a ley, integran al Tribunal se encuentren instaladas. Se da un paso más allá en la argumentación, sosteniéndose que esta es una condición indispensable para que pueda configurarse el órgano productor de precedentes: la Sala Plena del Tribunal de Fiscalización Laboral.

Tales cuestionamientos pueden analizarse desde dos ángulos. El primero es el de la aplicación del principio de legalidad en sentido estricto. En primer término, la LPAG, norma ordenadora de los sistemas administrativos, únicamente establece a los precedentes como componentes derivados de actos administrativos que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, reconociéndose su rol de fuente del procedimiento administrativo (artículo VI e inciso 2.8 del artículo V del Título Preliminar). La definición esencial establecida por este importante cuerpo normativo ha prescindido de requisitos numéricos, al punto que se verifica que en la Administración Pública existen órganos unipersonales con capacidad para sentar precedentes de observancia obligatoria.

En todo caso, si se argumentase la ausencia de reglas específicas en la LPAG que determinen esta cuestión, será preciso acudir a la normativa especial. El artículo 15 de la Ley núm. 29981 y el artículo 22 del RTFL coinciden en su regulación sobre los precedentes de observancia obligatoria. Ambas reglas transmiten que: se aprueban por la Sala Plena, exigiéndose que tal acuerdo expresamente establezca el contenido vinculante para el Sistema de Inspección del Trabajo. El análisis exegetico debiera considerar que el último párrafo del citado artículo reglamentario reserva la exigencia de una mayoría calificada para el apartamiento, modificación o revocación de un precedente anteriormente fijado (enfaticando además al especial deber de motivación que resultaría entonces exigible).

De esta manera, es posible determinar con los métodos de interpretación literal y sistemático de la norma que si bien la pluralidad de salas es un escenario deseable, no es imprescindible aguardar hasta la instalación de alguna sala adicional para que se puedan sentar precedentes de observancia obligatoria. Así, no resulta cierto que “para definir precedentes de observancia obligatoria o llegar a acuerdos plenarios, es necesario tener la mayoría calificada del total de vocales de las tres salas, es decir, seis vocales” (Vinatea & Toyama, s.f.).

Además, el método sistemático puede ser empleado para evidenciar si acaso el requisito de pluralidad de salas es determinante o lo es el de la calidad independiente del órgano —y de los funcionarios que lo conforman— para adoptar

tales decisiones en un ámbito determinado y bajo un sistema de control de las decisiones adoptadas bajo el estándar de motivación desarrollado en cada caso. Acogemos esta segunda tesitura, que entendemos se ve bien reflejada en otros órganos del Sistema Jurídico, siendo algunas instancias de revisión o apelación del ámbito administrativo⁶ y jurisdiccional.⁷

Desde la propia exégesis, debe decirse que el RTFL únicamente exige que la Sala Plena se complete por la mayoría calificada de vocales, sin exigir que tal mayoría sea compuesta por una pluralidad de salas. Ante esto, por práctica establecida desde la primera instalación de la Sala Plena, en 2021, únicamente se elevan a precedente los criterios en los que existe una posición unánime entre los vocales. El diagnóstico del propio órgano ha llevado a que, desde muy temprano se tenga en cuenta que, provisionalmente, los vocales de la primera sala son los únicos constituidos en sus funciones y, por tanto, los únicos que conforman la Sala Plena, ante la falta de implementación de las salas segunda y tercera. De esta forma, todos los precedentes aprobados hasta la fecha han dejado de lado a las materias en las que se han manifestado disidencias, hasta que la pluralidad de salas sea una realidad tangible.

Pero, más allá de la revisión de la norma, las razones para fijar precedentes son la propia naturaleza de la instancia de revisión. Su existencia no configura a una instancia recursiva más, solamente. La naturaleza de la instancia de revisión se plasma, precisamente, en la necesidad imperiosa de formar criterios de uni-

6 Entre otros ejemplos, cabe citar al artículo 2º del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, Decreto Supremo núm. 008-2010-PCM, que establece que la Sala Plena del Tribunal de SERVIR debe adoptarse por una mayoría calificada de vocales del Tribunal. Así, el 17 de agosto de 2010 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el primer precedente del Tribunal del Servicio Civil. La Sala Plena —compuesta exclusivamente por los vocales de la Primera Sala— tuvo como firmantes a los vocales de la Primera Sala, únicamente. Parece ilustrativo mencionar que entre los vocales titulares firmantes del precedente vinculante se encuentran Jorte Toyama, Jaime Zavala y Richar Martin. Como curiosidad adicional, cabe subrayarse que este colegiado adoptó el acuerdo incluyendo a los vocales titulares y alternos, sin que se encuentre un fundamento razonado para la adopción de esta metodología (que resulta particularmente llamativa, habida cuenta del ejercicio funcional que denota la posición de titularidad y alternatividad).

7 Así, por ejemplo, conforme con el artículo 79 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Plena de la Corte Suprema se compone por “todos los vocales supremos titulares y provisionales que ocupan cargo vacante”, denotando al universo de funcionarios que ejercen el poder público jurisdiccional dentro de la citada jerarquía. Es notable que el alto número de magistrados que, de hecho, se ven involucrados, se debe al estado de implementación de tan importante corte para la Administración de Justicia en el país.

ficación interpretativa y, vista la pragmática de la composición desconcentrada de la SUNAFIL, tal interés público resulta impostergable.

Y es que, como bien sintetiza Cairampoma:

(...) la fijación de precedentes administrativos por parte de la Administración Pública supone un primer paso irreversible hacia la creación de una institucionalidad sustentada en el aseguramiento de derechos y reglas claramente preestablecidas que no permitan una variación injustificada. Por lo tanto, si bien la seguridad jurídica parte también de la garantía que supone una uniformidad en la aplicación de normas, los precedentes administrativos constituyen una uniformidad relevante de criterio. Este proceder podría ser arbitrario y riesgoso si no se encuentra delimitado y fortalecido por prácticas de fijación de lineamientos de observancia obligatoria. (2014, p. 500)

Otro ángulo para abordar rigurosamente a este asunto es el de la razonabilidad. ¿Realmente sostiene este sector de la doctrina un aporte a favor de la predictibilidad? En términos simples, podemos determinar una coincidencia en esta argumentación: la conformación de, cuando menos, una segunda sala, es indispensable para garantizar que los precedentes vinculantes garanticen un proceso de especial reflexión, antes de que se aprueben criterios cuya proyección es general (Puntriano, 2024). No parece esta una argumentación que soporte el análisis de lógica formal o siquiera intuitiva: nuestro sistema jurídico (como esta visto) permite deducir la existencia de contraejemplos suficientemente notables.

Dentro del sector trabajo, por ejemplo, la Dirección General de Trabajo es una instancia de revisión competente para sentar precedentes de observancia obligatoria en el ámbito de los procedimientos regulados en el Decreto Supremo núm. 17-2012-TR. Aquel órgano de la Administración Pública del Trabajo es unipersonal: ocupa dicho cargo un funcionario —quien es designado discrecionalmente por las autoridades políticas— que sienta precedentes vinculantes como instancia de revisión. No se han encontrado, a pesar de este importante detalle, objeciones sobre la necesidad de la pluralidad como requisito habilitante para que los criterios vinculantes emitidos alcancen una debida razonabilidad o legitimidad.

Una omisión importante dentro de este tipo de argumentos es la función última que tiene la creación de un órgano capaz de emitir precedentes: otorgar criterios que tienen valor por su argumentación jurídica y no por criterios jerárquicos. En ese sentido, se trata de criterios cuya justificación jurídica es

comprobable y confrontable. Por ello, sea el número de los vocales tres (por la única sala actualmente implementada) seis o hasta nueve vocales titulares que conformen el tribunal administrativo, se aplicará el mismo criterio esencialmente deliberativo y razonado: si quienes deciden resultan ser una mayoría calificada o si fueran unanimidad, ello no variará la forma en la que debe examinarse y criticarse a un precedente. Ellos responderán a los mismos parámetros jurídicos para la estandarización de criterios vinculantes (una motivación que sea controlada por los agentes llamados a aplicar los criterios vinculantes) y también por el control jurisdiccional posterior, siendo ambas garantías implícitas del Sistema Jurídico.

Más múltiplos de tres pueden añadirse a la conformación de vocales que deliberan precedentes y esta razón, nos parece, permanecerá invariable. Un dato adicional de la praxis actual del Tribunal de Fiscalización Laboral es invocable en este punto: todos y cada uno de los precedentes emitidos por la Sala Plena han sido emitidos en materias donde existe un voto unánime de sus integrantes. El criterio de la Sala Plena, desde el inicio de operaciones de la instancia de revisión, ha sido aguardar hasta que haya pluralidad de salas para adoptar precedentes administrativos por decisión de la mayoría calificada.

Revisados entonces los argumentos que se han expuesto contra la competencia del TFL para sentar precedentes de observancia obligatoria y las razones que un análisis más detenido permiten afirmar, es necesario admitir que la legalidad y razonabilidad de los precedentes se debe entender suficientemente justificada. Me parece que no cabe sino deducir que la construcción argumental revisada es falaz, por las consideraciones expuestas.

En suma, ni las premisas ni las conclusiones de estas inquietantes proposiciones que cuestionan la validez jurídica de los precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral han sido suficiente comprobadas por quienes las formulan. O bien una de las premisas no es verdadera —como cuando se afirma que “para definir precedentes de observancia obligatoria o llegar a acuerdos plenarios, es necesario tener la mayoría calificada del total de vocales de las tres salas, es decir, seis vocales” (Vinatea & Toyama, s.f.)— o bien existe un razonamiento viciado de validez por precipitarse a concluir precisamente aquello que se quiere demostrar, como cuando se sostiene que el mayor número genera mejor calidad de las decisiones elevadas a precedentes (Puntriano, 2024).

Otro grupo de falacias (quizá de mayor peligro por su replicación en medios masivos) tiene que ver con un supuesto impacto negativo de los precedentes

del Tribunal de Fiscalización Laboral en la generación del empleo informal (Puntriano, 2024) o un presunto sesgo ideológico en la emisión de decisiones (Toyama, 2023). En rigor, se trata de argumentos que apelan a las emociones —de la sociedad civil, de tomadores de decisión política o de adquirentes de servicios legales— y podría decirse, además, que son del tipo de argumentos que la literatura de la lógica interpreta como argumentos que suelen pasar por argumentos deductivos (Hamblin, 2018, p. 269).

No debiera extrañar a nadie que existan discrepancias con relación al sentido de los precedentes de observancia obligatoria, las que —por cierto— es posible que se manifiesten desde la defensa de intereses privados (de empleadores o de trabajadores). Ante tales alegaciones nuevamente cabe referir al marco constitucional de las competencias administrativas como límite de la función resolutive y de la propia creación de los precedentes de observancia obligatoria.

Sin embargo, la dinámica (tan habitual en nuestro medio) por la que se emiten alarmantes afirmaciones no impide que los precedentes de observancia obligatoria puedan cumplir su propósito. Así, los criterios vinculantes se comportan en dos sentidos propios de su función uniformadora: bien para afirmar la interdicción de la arbitrariedad de la Administración Pública con relación a los sujetos inspeccionados (limitación del poder público, en beneficio del ciudadano empleador o de la empresa como organización protegida por el Sistema Jurídico), o bien para reafirmar las funciones que la inspección del trabajo tiene para prevenir y sancionar los comportamientos antijurídicos laborales (limitación del poder privado, en beneficio del ciudadano trabajador).⁸

Frente a los enfoques que definen a la intervención estatal sobre las relaciones laborales como un agente antagónico, es preciso rescatar a la Administración Pública en su concepción filosófica. Siguiendo a corrientes de las ciencias sociales basadas en el hegelianismo, concordamos con la idea de que la Administración Pública debe manifestarse como un cuerpo que encarna a la mediación entre el Estado y la Sociedad, siendo apto para transformar a los valores y regulaciones generales del Estado en actos singulares (Guerrero, 2010, pp. 79-80).

Jurídicamente, esto debe apreciarse desde el papel que la Constitución desempeña sobre el espectro de las relaciones de trabajo. Así razona, por ejemplo,

8 Lo anotado recuerda a las palabras de Umberto Romagnoli, cuando invocaba a la importancia (a veces soslayada en el Derecho del Trabajo) del derecho público, que se comporta como “artífice y garante de la ciudadanía” (citado por Cazzetta, 2010, p. 92).

Wilfredo Sanguineti, quien —tras una valoración cualitativa de los preceptos constitucionales que dan cuenta del modelo democrático y equilibrado de relaciones laborales— sustenta a la “garantía de la intervención estatal de carácter tutelar en aspectos clave del desenvolvimiento de la relación laboral” (2008, p. 77).

Inclusive, la propia Organización Internacional de Empleadores tiene reconocido que un sistema eficaz de Administración del Trabajo permite la afirmación de un entorno de negocios más predecible, de manera que la garantía de cumplimiento de las leyes nacionales es una característica atractiva para las empresas, que se verán impactadas por la actividad administrativa (2011, p. 4). Entonces, cabría suponer que el papel que cumplen los precedentes de observancia obligatoria aprobados por el Tribunal de Fiscalización Laboral de cara a la seguridad jurídica debe determinarse sobre la base de enfoques más ecuanímenes, a fin de efectuar una valoración crítica que se adentre en las mejoras indispensables.

En el siguiente segmento pasaremos revista de los que se han aprobado en relación con la actuación de la inspección del trabajo al ejercer sus facultades sobre el empleador. Este insumo debería ser apreciado como una base para que cada quien pueda evaluar si se trata de pronunciamientos basados en una perspectiva ponderada o no.

III. RETROSPECTIVA (2021-2024) DE LOS PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA SENTADOS POR EL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA

La instancia de revisión del Sistema de Inspección del Trabajo se acerca a su cuarto año de operaciones, habiéndose sentado criterios que pretendo exponer de forma simplificada. Así, me referiré a un grupo de precedentes que me parecen fundamentales sobre la actividad de la inspección del trabajo para luego revisar otros de orden más pragmático, que presentaré de forma secuencial, conforme pudiera seguirse la secuencia de una fiscalización administrativa contra un empleador.

1. Precedentes fundamentales sobre la labor de la inspección del trabajo
Un elenco de precedentes —reducidos en su número, pero muy importantes por su proyección sobre una porción grande de la casuística

conocida— aspiran a cerrar ciertas posibilidades interpretativas sobre ciertas cuestiones aplicables a la praxis de la fiscalización laboral.

Así, el Tribunal de la SUNAFIL se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de las infracciones contra la llamada labor inspectiva (*sic*).

- a. Resolución de Sala Plena núm. 1-2021-SUNAFIL/TFL (publicada el 8 de agosto de 2021 en el diario oficial El Peruano). En ella se aprobó el primer precedente sentado por el Tribunal de Fiscalización Laboral. En el formato de un acuerdo plenario, se refirió a la naturaleza independiente o autónoma de las infracciones contra la labor ejecutada por la inspección del trabajo, comportamientos descritos en los tipos regulados en los artículos 45 (infracciones graves) y 46 (infracciones muy graves) del RLGIT.

Dentro del contexto de un Sistema de inspección del trabajo reposa en un contexto jurídico en el que la intervención estatal es subsidiaria y, a la vez, se encuadra en el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, debe reconocerse al empleador como un centro de imputación de responsabilidades administrativo-laborales. Así lo ha entendido el legislador, que le ha impuesto la posición jurídica de deudor de colaboración con respecto a la fiscalización laboral. A través de este precedente, entonces, se aclara que la punición por faltas contra la “labor inspectiva” (*sic*) no se dejan de lado ni por irrazonables ni por aplicación del *non bis in idem* (al no existir identidad objetiva ni de fundamento jurídico entre la infracción de una norma de trabajo y el faltamiento al deber de colaboración).

Luego, la instancia de revisión del Sistema de Inspección del Trabajo ha sentado criterio vinculante sobre la naturaleza discrecional de la facultad sancionadora al examinarse medios de prueba tardíamente presentada.

- b. Resolución de Sala Plena núm. 8-2023-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de mayo de 2023. Esta decisión dejó claro que la entrega fuera de plazo de información al inspector de trabajo puede conducir a dos escenarios: la aplicación de la sanción correspondiente a la negativa de entrega

de información, como reza el artículo 46.3 del RLGIT; o bien, puede examinar esas piezas, tardíamente presentadas. En esta segunda opción se denota que la potestad sancionadora es facultativa y no obligatoria para el fiscalizador actuante, quien “podrá o no considerar la documentación remitida en función de la programación de las actuaciones inspectivas que tenga a cargo” (considerando 9 del acuerdo plenario).

El Tribunal de Fiscalización Laboral también ha sentado un criterio vinculante respecto a la concurrencia de la inspección y el sindicato que, actuando defensivamente, logra que el empleador enmiende un comportamiento antijurídico con inmediatez. De forma subyacente, este pronunciamiento aborda al principio de oportunidad en el ejercicio de facultades sancionadoras.

- c. La Resolución de Sala Plena 001-2024-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de febrero de 2024. Esta resolución deja claro que el Sistema de Inspección del Trabajo debe orientar sus esfuerzos a reprimir comportamientos antijurídicos en los que el agente sindical —de existir uno en el ámbito— no haya logrado la rectificación del comportamiento del empresario inspeccionado. No sin polémica,⁹ la apuesta de este criterio vinculante es clara: donde el agente sindical existe y es capaz de frenar una situación antijurídica dentro de un lapso razonable, es preferible que la intervención estatal se repliegue.

Así, el precedente aborda un asunto problemático: la inspección del trabajo atiende denuncias de sindicatos y, en esa correlación, se puede sostener que la racionalización la demanda del servicio público fiscalizador a los casos en los que se discierna su real necesidad pasa por entender al rol defensivo del sindicato como uno que debe valorarse.

Podemos rescatar este lineamiento para deducir que no es que en todo caso puedan ejercerse acumuladamente todas las potes-

⁹ Este criterio ha sido señalado como uno que, si bien, cumple con argumentar basándose en la aplicación al caso concreto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, “no profundiza en cómo deberían ser reparados los derechos afectados, especialmente en casos donde se ha producido un daño, aunque no haya sido prolongado en el tiempo. Esto sugiere una limitación en el enfoque del tribunal hacia la verdadera restauración de los derechos vulnerados” (Bernabé, 2024, p. 29).

tades de la inspección sobre el mismo sujeto y al propio albur de la Administración (Rebollo, 2013, p. 70) y que cabe reflexionar sobre el ejercicio facultativo de la potestad sancionadora de la administración pública, que resulta jurídicamente distinguible de una supuesta obligación jurídica de sancionar (Nieto, como se citó en Maraví, 2011, p. 118).

La instancia de revisión también ha dejado sentados importantes criterios vinculantes sobre la prueba.¹⁰

- d. Resolución de Sala Plena núm. 12-2023-SUNAFIL/TFL, publicada el 24 de setiembre de 2023 en el diario oficial El Peruano: La amplia capacidad de razonar sobre las piezas exhibidas por los fiscalizados no es necesariamente un valor positivo si esto encierra el peligro de que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad subjetiva, como recuerda Taruffo (2011, p. 420). Por ello, así como el empleador es un deudor de prestaciones de colaboración en favor de la inspección del trabajo, la inspección debe cumplir —por su parte— con derrotar la presunción de licitud en favor del inspeccionado, siendo exigible la examinación exhaustiva de las pruebas pertinentes disponibles.

No debe olvidarse que el valor probatorio del acta de infracción es relativo, por lo que los razonamientos sancionadores deben primero comprobar el comportamiento infractor, que en definitiva debe “encajar” dentro del conjunto de otros medios existentes, aplicándose un “principio de apreciación conjunta” (Cano, 2013, p. 237). De haber dos hipótesis en contienda, debe atenderse minuciosamente a las diferencias pues está claro

10 Los criterios enlistados en este apartado se relacionan con el criterio vinculante aprobado por la resolución de Sala Plena núm. 2-2021-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de noviembre de 2021, aprobó como precedente vinculante a la capacidad del Tribunal de Fiscalización Laboral de prescindir de audiencias e informes orales, orientándose a la examinación de los actuados del expediente y las alegaciones contenidas en el recurso excepcional de revisión (considerando 29).

Todo esto guarda relación con la repartición de la labor argumentativa que los tribunales tienen en un sistema de justicia: “a algunos juzgadores se le encargan determinadas tareas y no otras” (Canale y Tuzet, 2021, p. 84). Entonces, la ausencia de audiencias ante el tribunal de fiscalización laboral —cosa que ha ocurrido únicamente bajo una justificación extraordinaria— se constituye como un precedente estrechamente vinculado al conjunto de criterios vinculantes relacionados con el estándar probatorio exigible a la investigación jurídica a cargo de los inspectores.

que ambas hipótesis no pueden ser verdaderas (Taruffo, 2011, pp. 288-290).

Por ello, los considerandos de la citada resolución que se elevaron a precedente vinculante recuerdan que la función principal de la inspección consiste en la verificación del cumplimiento de las normas de trabajo. Bajo esa premisa, el precedente (en sus considerandos 11, 12 y 13) establece que la falta de respuesta a un requerimiento informativo por parte de la SUNAFIL, si bien sancionable per se, no agota las actividades que debe explorar el inspector actuante en relación a una situación antijurídica. En razón de ello, el fiscalizador debe evaluar otras modalidades de actuación que la ley reconoce para que determine materialmente si ciertos derechos corren riesgos o si se sufren daños que merezcan el despliegue de la represión por vía de las sanciones administrativas.

Desde este punto de vista, el criterio vinculante denota que la mera repetición de sucesivos requerimientos de información que fracasan en su propósito de permitir al servidor de la SUNAFIL acceder a la verdad material relevante para su actividad fiscalizadora no es un comportamiento acorde al rol que el ente supervisor cumple.

Por otro lado, el mismo acuerdo plenario exige a los inspectores actuantes que sustenten pedidos de información en soportes específicos y que argumenten sobre su negativa ante la intercambiabilidad propuesta por el empleador supervisado.

- e. Resolución de Sala Plena núm. 17-2024-SUNAFIL/TFL, publicada el 3 de agosto de 2024 en el diario oficial El Peruano: Al resolver un caso donde se analizó la presunta hostilidad tras el desplazamiento geográfico de un trabajador que fue beneficiado con el pago de un bono que compensó dicho traslado, la instancia de revisión echó de menos que el inspector actuante matice los dichos del denunciante con una tesis propia, basada en la valoración de la prueba actuada por la empresa denunciada.
- f. Resolución de Sala Plena núm. 2-2023-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de febrero de 2023:

se enunciaron límites a la capacidad probatoria de cierta documentación que puede presentar el empleador dentro de la fiscalización, en función de su idoneidad para transmitir la verdad material de forma plausible: piénsese en una declaración firmada por un trabajador que sostiene que su empleador sí capacitó en ciertos riesgos a otro (que padeció un accidente que materializó dichos peligros), un informe dirigido al inspector por un sindicato que sostiene que el empleador no comete actos antisindicales (cuando ha sido otra organización de trabajadores quien denunció tal comportamiento) o una carta firmada por un trabajador, retractándose de haber denunciado un acto de discriminación ante la SUNAFIL.

En el mismo acuerdo plenario se exige a los fiscalizadores a efectuar un juicio de razonabilidad sobre el medio de prueba alcanzado (que pudiera ser apto para la examinación o fútil para tal propósito). Esto lleva a que la inspección pueda calificar a aquella entrega de mala fe de la documentación que recarga las labores del agente fiscalizador como un supuesto sancionable bajo las infracciones contra el deber de colaboración.

2. Precedentes que ofrecen parámetros sobre el ejercicio de los atributos de la Administración Pública y el de los derechos de los sujetos inspeccionados durante las secuencias específicas de la fiscalización laboral

En primer lugar, citaremos al único criterio arreglado por unanimidad en relación a la notificación de requerimientos diversos o citaciones a través de la casilla electrónica.

- a. Resolución de Sala Plena núm. 2-2023-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de febrero de 2023: El incremento de fiscalizaciones que utilizan medios digitales debiera seguir un modelo de Administración verdaderamente electrónica, que sea capaz de crear valor público y conocimiento a partir del empleo de las tecnologías de la información y la comunicación (Huapaya, 2019, p. 48). Sin embargo, se advierten problemas alrededor del insuficiente marco regulatorio y desarrollo de la identidad digital (Morón, 2019, 131-133).

Así, la casilla electrónica regulada por el Decreto Supremo núm. 3-2020-TR ha ofrecido una pragmática ejemplificativa de esta problemática.¹¹

Lo que sí se ha producido en el seno de la instancia de revisión del Sistema de Inspección del Trabajo ha sido un criterio vinculante aplicable a casos en donde el empleador ha tenido oportunidad de conocer las notificaciones, al contarse con evidencia de su ingreso al sistema de la casilla electrónica. De esta forma, haya o no cumplido con el deber de consignar los contactos necesarios, la evidencia de su acceso a la casilla electrónica denota, de forma incontrovertible, su responsabilidad administrativa.

Es interesante comprobar que el citado precedente deja lugar a que una posterior pluralidad de salas aborde el tema, ya que este criterio mínimo —se dice, en el considerando 13 del acuerdo plenario— se adoptó reconociendo la discrepancia existente entre los vocales que conforman a la primera Sala.

También se tienen varios precedentes sobre los requerimientos informativos, orillándolos a un ejercicio que reconozca su indispensable discrecionalidad y su sujeción al principio de razonabilidad:

- b. Resolución de Sala Plena 12-2023-SUNAFIL/TFL, publicada el 24 de setiembre de 2023: Se ha fijado como precedente de observancia obligatoria el que la inspección del trabajo utilice los requerimientos informativos de forma cuidadosa, con respecto al objetivo de su investigación y los medios necesarios para el despliegue de las actuaciones propias de la supervisión practicada. Existiendo amplitud de herramientas para la comprobación del cumplimiento de las normas de trabajo, resulta sensato que los servidores a cargo de la fiscalización laboral tengan cierta discrecionalidad en su práctica; aunque, por otro lado, es nece-

11 Ha sido tanto así que en esta materia se han manifestado discordias persistentes entre los vocales que conforman el colegiado. Inclusive, a propósito de este asunto, la Resolución núm. 340-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala permite ver el único caso en el que tres vocales tienen criterios interpretativos distintos, siendo necesario el uso del voto dirimente de la presidencia de la Primera Sala.

sario que se fijen parámetros relacionados a la razonabilidad y proporcionalidad en su elección y ejecución.

Por ejemplo, un inspector de trabajo que comprueba la inexistencia de cierta documentación imposible de ser subsanada por razones materiales (la constancia de entrega de una política salarial a quien se sabe que nunca la recibió) tiene la facultad de sancionar este incumplimiento, pero no así la facultad de exigir nuevamente requerimientos de información en relación al mismo asunto o, peor aún, exigir por vía de la medida inspectiva de requerimiento que se cumpla con exhibir aquello que ya sabe que no existe, se estaría produciendo un comportamiento arbitrario.

Además, se ha exigido al inspeccionado un estándar de diligencia cuando remite piezas requeridas por el inspector actuante para su examinación.

- c. Resolución de Sala Plena núm. 2-2021-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de noviembre de 2021: Esta resolución, que ya fue citada en este recuento, es ahora destacada bajo un ángulo complementario: existe una intercambiabilidad limitada de la modalidad de entrega de la información: de medios digitales a impresos y viceversa. No obstante, esta variación debe producirse bajo el amparo del principio de razonabilidad, para que se entienda que tanto la petición de entrega de información en un formato específico como la entrega de las piezas en soporte diferente al esperado son situaciones que pudieran tener una explicación atendible, que guíe a las partes en un comportamiento mutuamente leal.
- d. Resolución de Sala Plena núm. 8-2023-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de mayo de 2023, aborda una situación experimentada en cierta práctica que puede despertar sospechas sobre posibles actos de mala fe, por parte del inspeccionado, al examinarse su proceder ante la fiscalización laboral. Así, la entrega tardía de información, sin expresión de justificaciones comprobables, a través de circuitos indirectos (por ejemplo: el depósito en la mesa de partes institucional en

vez de la casilla electrónica o el correo electrónico señalado para ello) o hasta de forma incompleta son hechos que merecen una calificación razonada por el inspector actuante.

Así, el agente fiscalizador debería determinar si una entrega tardía representa una negativa a la entrega de información (subsuntible en el artículo 46.1 del RLGIT) o un retraso (en este caso, sancionable bajo la aplicación del tipo previsto en el artículo 45.2 del RLGIT) o, inclusive, si la entrega posterior constituye, para un caso concreto, la subsanación (quedando sin sancionarse la demora). Todo esto en consideración de la autonomía técnica y funcional enunciada en el artículo 2.5 de la LGIT y la indispensable protección de las actividades programadas. De esta forma, se reconoce un necesario margen para que el inspector discrecional (pero motivadamente) proponga una sanción por incumplirse el deber de colaboración en el lapso esperado, velando así porque el tiempo del retraso no quede impune si afecta al cumplimiento de sus actividades fiscalizadoras —respecto a una pluralidad de casos que le son asignados simultáneamente y no solo respecto a un caso en concreto— o si la demora puede llegar a entenderse subsanada.

Por otro lado, el acuerdo bajo comentario sentó un precedente vinculante sobre algo que jurídicamente es poco debatible aunque se repite en la práctica forense: la entrega de información posterior al cierre de actuaciones de la inspección del trabajo debe subsumirse como negativa de entrega de información (considerando 12 de la misma resolución).

El tribunal administrativo también ha sentado un criterio aplicable a la visita de la inspección al centro de trabajo, enunciando a la discrecionalidad del inspector actuante para determinar riesgos implícitos en la supervisión y así decidir proseguir con ella o suspenderla.

- e. Resolución de Sala Plena núm. 1-2022-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de febrero de 2022: Así como recuerda la doctrina, la potestad de acceso a lugares privados resulta necesariamente amplia para la observación directa y

elaboración de mediciones o toma de muestras (Rebollo, 2013, pp. 61-61), las que han sido expresamente positivizadas en el artículo 5 de la LGIT, este criterio abordó un caso en el que un sujeto inspeccionado pretendió sustentar la negativa de ingreso al inspector actuante con relación a una sección específica del centro de trabajo por no encontrarse al momento el personal de seguridad a cargo de las charlas de prevención necesarias.

En el caso se arguyó que un acuerdo del comité de seguridad y salud en el trabajo de la empresa fijó la obligación de que cualquier persona acceda a dicho espacio siendo previamente capacitada por el personal de seguridad, que no estaba presente durante la visita nocturna practicada por el fiscalizador. El precedente reposa la confianza para resolver casos así en la preparación que reciben los inspectores de trabajo en su instrucción e impone al inspector actuante en un caso concreto el deber de informar al inspeccionado sobre su capacitación preventiva ante situaciones riesgosas manifiestas. Si, durante la supervisión, el inspector no contase con algún equipo de protección personal necesario para el cumplimiento de su función, el sujeto inspeccionado tendría —conforme con el criterio vinculante— que prestar la ayuda necesaria otorgando los implementos necesarios para que se realice la fiscalización.

El criterio vinculante añade que la discrepancia entre el sujeto inspeccionado y el inspector actuante en torno a la preparación de este para ingresar al lugar de interés a pesar de los riesgos existentes puede generar dos tipos de situaciones: i) o bien el inspector puede catalogar al comportamiento como una obstrucción actual y proponer la sanción tipificada en el artículo 46.1 del RLGIT (por impedimento a la entrada o permanencia a ciertas aras del centro de trabajo); o ii) suspender las actuaciones y aguardar al sustento técnico comprobable sobre el particular que presente el inspeccionado con la inmediatez razonable bajo pena de sancionarse al inspeccionado bajo la misma norma del RLGIT.

De esta forma, validándose la lógica por la cual la sanción agravada del incumplimiento contra la obstrucción sea eleva,

en consideración de la razonabilidad y proporcionalidad de tal medida con relación a los fines de la fiscalización laboral (Arce, 2020, pp. 75-76), se otorga al inspector la importante tarea de calificar razonadamente la calificación del comportamiento “obstruccionista” cuando existan demoras. Todo esto redunda en la afirmación de la relevancia del interés público plasmado en la programación de las actividades de la inspección del trabajo, programación que tiene encuadramiento general (por los órganos programadores de las fiscalizaciones) y específico (siendo este establecido por el inspector que recibe el encargo de fiscalizar a un número de empleadores simultáneamente).

Una medida tan extensamente empleada por los inspectores de trabajo, como es la medida de requerimiento, tiene una pragmática nutrida en recursos de revisión elevados al Tribunal de Fiscalización Laboral, lo que se advierte en ciertos precedentes vinculantes.

- f. Resolución de Sala Plena núm. 2-2021-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de noviembre de 2021: Esta decisión fijó restricciones a la procedencia de recursos de revisión por sanciones originadas en medidas de requerimiento incumplidas cuyo contenido es distinto al de las faltas “muy graves”. Entonces, la pragmática citada a continuación corresponde a casos en los que se han evaluado recursos de revisión sobre medidas de requerimiento cuyo contenido alude a infracciones muy graves (como es propio de la competencia del tribunal) y también al de contenido diverso (infracciones graves o leves) si es que la pretensión impugnatoria del administrado aspira a la evaluación del debido proceso, la legalidad o la razonabilidad de la medida de requerimiento.

La posibilidad de que la fiscalización adopte medidas que procuren el cumplimiento de la normativa es algo transversal en la intervención administrativa. Con ella, se ha escrito, la fiscalización no solamente verifica el cumplimiento de la legalidad, sino que también reacciona ante los incumplimientos para restablecer la legalidad y proteger los intereses públicos en juego (Izquierdo, 2019, p. 397). El profesor Arce destaca que el requerimiento

puede comportarse como “una segunda oportunidad” por la que, dentro de un plazo señalado por el inspector, se pueden practicar rectificaciones con o sin el concurso de las medidas correctivas y disuasivas (Arce, 2020, p. 102). Concordamos con Rebollo, para quien “lo digan o no las normas habilitantes, la proporcionalidad exigirá tener en cuenta si se trata de una inspección rutinaria y retrospectiva o si se parte de una sospecha de incumplimiento” (2013, p. 70), caso este último en el que resultará procedente el ejercicio discrecional de la facultad de imponer este tipo de medidas, por parte de la fiscalización laboral.

Conceptualmente, se ha puesto en debate si es realmente oportuno que la actividad de fiscalización tenga la facultad correctiva, respecto de cuya naturaleza jurídica no compartiría estructuralmente la misma condición jurídica (Izquierdo, 2019, p. 399-400). Con todo, en nuestro sistema la llamada “medida inspectiva de requerimiento” tiene una connotación especial: su inobservancia por parte del empleador requerido acarrea una responsabilidad administrativa independiente a la que es objeto de la investigación.

Naturalmente, ya que el incumplimiento de las medidas de requerimiento ha sido catalogado como “infracción muy grave”, así las materias objeto de la exhortación comunicada al empresario sean tipificadas como “faltas graves” o “leves”.

- g. Resolución de Sala Plena núm. 9-2023-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de junio de 2023: En este acuerdo plenario el Tribunal sentó como precedente vinculante que las medidas de requerimiento debían poder determinar con claridad su ámbito subjetivo (individualización de trabajadores afectados) y objetivo (el hecho constituyente de infracción y la forma en la que debería procederse para la reversión del hecho antijurídico). Así, se reconoció a estas medidas como unas informadas por la razonabilidad y buena fe procedimental (y, al satisfacerse estos principios, resulta perfectamente exigible la colaboración con la inspección del trabajo).

El considerando 26 de la resolución comentada establece así un parámetro interpretativo de referencia ineludible para los inspectores que ejercen la facultad de exhortar al cumplimiento a través de estas importantes medidas —que, de ser inobservadas, acarrearán una sanción adicional para el empleador concernido— sin que quepa deducir exigencias formales no previstas en el marco legal. Así el precedente deja en claro que no es causal de nulificación de una medida de requerimiento el que el inspector determine el monto dinerario necesario para honrar, por ejemplo, una obligación económica del empleador hacia su trabajador. Bastaría, en dicho supuesto, que la medida de requerimiento establezca a quién debe pagársele y por qué conceptos, siendo de cargo del empleador que desea subsanar la infracción detectada el cumplir con los términos legales, que le son exigibles haya o no fiscalización laboral.

- h. Resolución de Sala Plena núm. 14-2022-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2022: complementa al precedente anterior, al añadir en el contenido vinculante sobre medidas de requerimiento adoptadas por la inspección del trabajo al lapso otorgado para la subsanación del empleador. Así, a criterio de la instancia de revisión, el inspector actuante debe considerar la naturaleza de los incumplimientos detectados para determinar el tiempo requerido para la adopción de las medidas subsanatorias como el tiempo real en el que el administrado podría haber adoptado tales acciones. El parámetro ofrecido por el tribunal para esto segundo implica al tiempo transcurrido a través del cual el sujeto inspeccionado pudo conocer su situación de incumplimiento tras la práctica de fiscalizaciones previas o bien si en la supervisión correspondiente ya es posible la percepción de una situación material de incumplimiento.

En esta medida, al utilizar facultativamente a la medida de requerimiento, los inspectores de trabajo deben estimar un plazo factible para que el empleador pueda emprender las acciones rectificatorias necesarias. De esta forma, el precedente comentado invoca a que los inspectores determinen de forma específica

a criterios tales como los antecedentes del caso (si la materia ha sido ya conocida por el empleador, por ejemplo, porque haya sido determinada previamente en otras fiscalizaciones) o la gravedad de la infracción en específico (pudiendo pensarse aquí en supuestos de seguridad y salud en el trabajo u otros derechos en los que la situación amerite una respuesta célere de parte del empleador).

- i. Resolución de Sala Plena núm. 8-2023-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2023: en complemento a otros tantos previamente aprobados (contenidos estos últimos en la Resolución de Sala Plena núm. 2-2021-SUNAFIL/TFL, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de noviembre de 2021), se ha reconocido a la razonabilidad como límite para la medida de requerimiento. De esta forma, debe entenderse que el requerimiento es inapto para producir el resultado esperable (el desembolso del pago pendiente a favor del trabajador interesado) cuando la empresa se encuentra en situación de crisis económica, salvo que el inspector actuante pueda determinar lo contrario (considerando 14).

Este acuerdo plenario también aborda el caso de las medidas de requerimiento exigidas hacia las entidades públicas, con relación a los peligros inminentes contra la vida o seguridad de los trabajadores. Más allá de cualquier cuestión tramitológica argumentable, el precedente afirma que la adopción de las medidas necesarias para conjurar tales situaciones resulta exigible de forma inmediata.

- j. Resolución de Sala Plena núm. 2-2021-SUNAFIL/TFL (publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de noviembre de 2021): Ante una situación normativa de dudosa constitucionalidad, el Tribunal de Fiscalización Laboral se ha mantenido dentro del bloque de legalidad que le resulta vinculante. Por ello, determinando la aplicación más equilibrada de reglas que generan diferenciaciones no justificadas entre empleadores privados y el empleador estatal, se reconoce que los requerimientos efectuados a una entidad estatal deben determinar si es que la entidad requerida no tiene control decisivo sobre su propio presupuesto.

El ejemplo sería el de una entidad obligada a pagar los beneficios derivados de un laudo arbitral que resuelve el conflicto económico, pero se enfrenta a la desaprobación del Ministerio de Economía y Finanzas para ejecutar los cambios presupuestales necesarios para el desembolso.

- k. Resolución de Sala Plena núm. 12-2023-SUNAFIL/TFL (publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de setiembre de 2023): en esta resolución se elevó al rango de precedente de observancia obligatoria ciertas aclaraciones con respecto al régimen de reducción de sanción administrativa (aunque esto debiera fluir de la interpretación literal de las normas). A pesar de la fórmula disyuntiva evidente contenida en el artículo 17 del RLGIT, referida al descuento del 90% de la multa calculable, en la práctica se ha interpretado que la procedencia del citado depende de la concurrencia de dos requisitos reglamentarios. Así, el Tribunal de la SUNAFIL ha aclarado que cualquiera de estas dos posibilidades permite el descuento: (i) que el sujeto inspeccionado acredite la subsanación de las infracciones detectadas contra normas de trabajo, lo que puede ocurrir antes de la expedición del acta de infracción; o (ii) que no se hayan verificado infracciones contra la labor de la inspección del trabajo.

IV. CONCLUSIONES

El estudio realizado me permite proponer tres conclusiones que ponen en relieve los aspectos más importantes sobre los precedentes de observancia obligatoria aprobados por el Tribunal de Fiscalización Laboral referidos a la “labor inspectiva” (sic) durante los años de su funcionamiento:

1. Es necesario señalar que el concepto de precedente de observancia obligatoria es implícito al sistema de reparto de competencias administrativas laborales establecido en el Sistema de Inspección del Trabajo. Es más: la única función que justifica plenamente la conformación de una instancia de revisión técnicamente independiente es la emisión de criterios vinculantes, que abonen hacia la predictibilidad de la aplicación de normas de trabajo y de la fiscalización laboral por parte de los inspectores.

2. Estos precedentes administrativos se están aprobando al compás de los desafíos que atraviesa el referido sistema, impactando de forma indirecta en la esfera de derechos e intereses tutelables de los sujetos inspeccionados (y de forma más remota aún, en la de los trabajadores). Así, los criterios vinculantes aplicables a la actuación fiscalizadora de la SUNAFIL —cuya examinación y valoración requiere de enfoques ponderados— representan la afirmación de una serie de máximas.
3. En suma, los precedentes sobre la labor fiscalizadora de los inspectores de trabajo ponderan a los intereses públicos que persigue esta intervención administrativa con los límites implícitos que la discrecionalidad de la intervención estatal sobre las relaciones laborales. Esto arroja resultados diversos que pueden ir en favor del cumplimiento de la posición de las funciones encomendadas a la Administración del Trabajo dentro del encuadre constitucionalmente exigible: una intervención subsidiaria, garantista y que aspire a cumplir el papel que la Constitución laboral encomienda al Estado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Arce, E. (2013). Derechos fundamentales en la relación de trabajo: metodología del juicio de ponderación en el Derecho Laboral. *Laborem* (13), 85-102.
- Arce, E. (2020). *El Sistema de Inspección del Trabajo*. Palestra Editores.
- Arrigo, G., Casale, G., Fasani, M. (2011). *A guide to selected labour inspection systems (with special reference to OSH)*. Internacional Labour Organization.
- Bernabé, S. (2024). *Informe jurídico sobre la Resolución de Sala Plena No. 001-2024-SUNAFIL/TFL*. Trabajo de suficiencia profesional para optar por el título de abogado, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bullard, A. (2005). Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas. *Themis* (51), pp. 79-96.
- Cairampoma, A. (2014). “La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano”. *Derecho Pucp* (73), 483-504.
- Canale, D. y Tuzet, G. (2021). *La justificación de la decisión judicial*. Palestra Editores.
- Cano, T. (2013). La actividad inspectora. Díez, J. (coord.), *La presunción de veracidad de las actas de inspección*, pp. 223-239.
- Cassagne, J. C. (2019). *El principio de legalidad y el control de judicial de la discrecionalidad administrativa*. B. de F. de Ltda.

- Cazzetta, G. (2010). *Estado, juristas y trabajo. Itinerarios del Derecho del trabajo en el siglo XX*. Marcial Pons.
- Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (1997). *Administración del Trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo.
- Esteve, J. (2024). *Lecciones de Derecho Administrativo* (11.^a edición). Marcial Pons.
- Fernández, V. (2016). La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador? *Revista Derecho (Valdivia)*, 29 (2), 9-33.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200001>
- Guerrero, O. (2010). *La administración pública a través de las ciencias sociales*. Fondo de Cultura Económica.
- Hamblin, C. (2018). *Falacias*. Palestra Editores.
- Huapaya, R. (2019). Reflexiones para el tránsito de una Administración electrónica hacia una Administración digital en el ordenamiento público peruano. Zegarra, D. (coord.), *La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el centenario de la Faculta de Derecho de la PUCP* (pp. 43-105). Palestra Editores.
- Husband, J. (1982). *Introducción a la administración del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo.
- International Organization of Employers (2011). *An International Organization of Employers to current policy and practice. Labour administration and labour inspection*. Geneva.
- Izquierdo, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho Peruano. Zegarra, D. (coord.), *La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el centenario de la Faculta de Derecho de la PUCP* (pp. 387-418). Palestra Editores.
- Landa, C. (2016). La constitucionalización del Derecho Administrativo. *Themis* (69), 199-217.
- Maraví, M. (2011). Avances a los diez años de vigencia del Procedimiento Administrativo General. *Derecho PUCP* (67), 109-123.
- Mendoza, L. (2023). Fundamentos y límites de la inspección del trabajo en las resoluciones del Tribunal de Fiscalización Laboral (2021-2023). Estudio Preliminar. *Cuadernos de Jurisprudencia* (2). Palestra Editores.
- Morón, J. (2003). El vicio de la derogación singular de las normas reglamentarias. *Ius et veritas* (26), pp. 86-98.
- Morón, J. (2019a). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo II. Gaceta Jurídica.

- Morón, J. (2019b). Las notificaciones telemáticas en el procedimiento administrativo: una visión desde la perspectiva del ciudadano. Zegarra, D. (coord.), *La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP* (pp. 107-135). Palestra Editores.
- Nogueira, H. (1985). El estado unitario, los procesos de descentralización regional y el estado federal. *Eure: revista latinoamericana de estudios urbano regionales* 12(34), 135-143.
- Rebollo, M. (2013). La actividad inspectora. Diez, J. (coord.), *Función inspectora*, pp. 55-116.
- Sanguinetti, W. (2008). La reconstrucción jurisprudencial del Derecho del Trabajo en la experiencia del Tribunal Constitucional peruano. *Derecho & Sociedad* (30), 75-83.
- Taruffo, M. (2016). Consideraciones sobre el Precedente. *Ius et veritas* (53), pp. 330-343.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta.
- Wunder, D. (2022). El control de convencionalidad ejercido por la Administración pública: una mirada interamericana. En Von Bogdandy, A., Morales, M., Sánchez, Z. y Covilla, J. (coords.), *La interamericanización del Derecho Administrativo en América Latina. Hacia un Ius Commune* (pp. 485-513). Max Planck Institute, UNAM e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7268/1.pdf>

Listado de referencias jurisprudenciales citadas¹²

- Dirección General de Trabajo (2012). Resolución Directoral General núm. 11-2012/MTPE/2/14, considerandos 16. Diario oficial El Peruano, 8 de octubre de 2021.
- Tribunal Constitucional del Perú (2006). Resolución aclaratoria del expediente 3741-2004-AA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2014). Sentencia del expediente 4293-2012-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2012). Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. 2698-2012-AA/TC, del 12 de octubre de 2012, fundamentos jurídicos 17-25.
- Tribunal Constitucional (2016). Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. 2135-2012-PA/TC, del 26 de enero de 2016, fundamentos jurídicos 24-28 del voto dirimente del magistrado Espinosa-Saldaña.
- Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud (2021). Acuerdo adoptado en sesión de Sala Plena núm. 11-2021, considerando 16. Diario oficial El Peruano, 8 de octubre de 2021.

12 Excluimos de este listado a las resoluciones del Tribunal de Fiscalización Laboral que se han tratado como materia de análisis en la línea de discurso de este trabajo.

Listado de notas de prensa referidas

Puntriano, C. (2024, 18 de enero). “El tribunal de Sunatil y la predictibilidad”. *Gestión*, 11.

Toyama (2023, 15 de junio). “Tribunal Laboral hoy tiene una tendencia por fortalecer posición de sindicatos”. <https://gestion.pe/gestion-tv/gestion-a-la-n/jorge-toyama-tribunal-de-fiscalizacion-laboral-tiene-una-tendencia-mas-a-fortalecer-posicion-de-sindicatos-sunafil-gestion-a-la-n-laboral-noticia/>

Vinatea & Toyama (s.f.). *Tribunal de Sunafil y la urgente predictibilidad*. <https://vinateatoyama.com/tribunal-de-sunafil-y-la-urgente-predictibilidad/>

PRINCIPALES PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL SOBRE EL PROCEDIMIENTO INSPECTIVO

BEATTY EGUSQUIZA PALACIN

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de especialización en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca y en Derecho Administrativo Sancionador por la Universidad de Valladolid. Cuenta con amplia experiencia en inspección del trabajo, políticas públicas laborales y consultoría laboral. Se ha desempeñado como Asesora del Despacho Ministerial en el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo y en la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. Actualmente es inspectora del trabajo de la Sunafil y es docente en la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la UNMSM.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano joven, pues, a diferencia de otros Tribunales, se ha instalado recién en el año 2021; en cambio, otros tribunales administrativos como el Tribunal Fiscal emite criterios desde el año 1980, tiene en la actualidad 13 salas y ha emitido más de 500 precedentes¹, sus vocales desempeñan el cargo a tiempo completo y a dedicación exclusiva, estando prohibidos de ejercer su profesión, actividades mercantiles e intervenir en entidades vinculadas con dichas actividades, salvo el ejercicio de la docencia universitaria²; situación similar se presenta con el Tribunal Registral, que emite precedentes vinculantes desde el año 2003 y ha emitido aproximadamente, a la fecha, 290 precedentes, sus vocales titulares son exclusivos mientras que los suplentes no lo son³.

A diferencia de ellos, el Tribunal de Fiscalización Laboral a la fecha ha emitido 49 precedentes vinculantes (dos precedentes en el año 2021, catorce el año 2022, dieciséis el año 2023 y diecisiete en lo que va del año 2024) y ha emitido un total de 4092 resoluciones (en el año 2021, 701 resoluciones, en el año 2022, 1241; en el año 2023, 1242; y en el presente año 2024, 908).

Bajo este escenario, al Tribunal de Fiscalización Laboral tiene aún mucho camino por recorrer, aunque, desde ya, podemos afirmar que sus criterios están permanentemente redefiniendo no solo la normativa propia del Sistema de Inspección del Trabajo, sino también el derecho laboral material.

En el presente trabajo analizaremos el concepto de precedente administrativo laboral vinculante, los efectos que tiene para los operadores inspectivos y su función unificadora. Asimismo, intentamos analizar todos los precedentes emitidos con relación al tema inspectivo, intentando agruparlos, para un me-

1 <https://www.mef.gob.pe/tribunal-fiscal/>

2 Artículo 98 del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF.

3 <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6220225/2032359-precedentes-de-observancia-obligatoria-actualizados-al-ccxciii.pdf?v=1736437479>

jor entendimiento, en función a las modalidades de actuación (resaltando el requerimiento de información, ya que es el tema que más precedentes posee) y los caminos más utilizados de culminación del procedimiento inspectivo, como lo es la medida de requerimiento y la constancia de infracción insubsanable.

II. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO INSPECTIVO LABORAL VINCULANTE. SU IMPORTANCIA Y EFECTOS PARA EL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

1. El marco normativo general y especial del precedente administrativo laboral

La figura del precedente administrativo obligatorio constituyó una novedad para el Sistema de Inspección del Trabajo pues su introducción en este ámbito recién se produce con la dación de la Ley N° 29981, Ley de creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, publicada el 15 de enero del 2013. En esta norma, en el artículo 15 en el que se diseña como órgano administrativo el Tribunal de Fiscalización Laboral (en adelante TFL), se dispuso lo siguiente:

“El Tribunal de Fiscalización Laboral es un órgano resolutorio con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

El Tribunal constituye última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión. Expide resoluciones que constituyen **precedentes de observancia obligatoria** que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia. (...)”.

Posteriormente, con el Decreto Supremo N° 004-2017-TR, norma que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral y que fuera publicado el 31 de marzo del 2017, se contemplaron disposiciones adicionales al momento de desarrollar el precedente. Así, se señaló en su artículo 2 que “los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria para todas las entidades conformantes del Sistema”; y, en su artículo 3 se señaló que una competencia de este Tribunal es “expedir resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria, que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia, para el Sistema”.

Del mismo modo, en esta norma reglamentaria, se precisa con mayor alcance qué debe entenderse por precedente para el Sistema de Inspección del Trabajo, cuando en su artículo 22 se regula sus características:

“Los pronunciamientos de la Sala Plena que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia constituyen precedentes de observancia obligatoria para las entidades del Sistema cuando así se precise expresamente, siempre que una norma con rango de ley o decreto supremo no establezca lo contrario.

Cuando el Tribunal resuelva apartándose de un precedente anterior, modificándolo o revocándolo, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la resolución y las razones del apartamiento.

Para dichos efectos se deberá contar con mayoría calificada”.

Por otro lado, se contempla en el artículo 23 que “el texto íntegro de (...) los precedentes de observancia obligatoria que emita el Tribunal se publica obligatoriamente en el portal institucional de la SUNAFIL”, que “los precedentes de observancia obligatoria además se publican en el Diario Oficial El Peruano, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación, salvo que el Tribunal expresamente disponga su vigencia diferida” y, adicionalmente, que “la publicación en el Diario Oficial El Peruano de los precedentes de observancia obligatoria se hace dentro de los quince (15) días hábiles de expedidos, bajo responsabilidad del Titular de la SUNAFIL”.

Finalmente, en el artículo 24 se agrega la posibilidad de que el Tribunal “puede ejecutar actividades de difusión de los mismos entre los integrantes del Sistema, así como entre los empleadores, trabajadores y demás miembros de la sociedad civil”.

Ahora bien, indicamos que esta figura del precedente fue una novedad en las fiscalizaciones laborales, porque, previamente, no se había planteado la existencia de un precedente administrativo en el Sistema de Inspección del Trabajo y, por ello, cada funcionario u órgano administrativo que participaba en la atención y resolución de procedimientos de fiscalización laboral tenía un margen mayor de discrecionalidad al momento de arribar a una solución de cada caso concreto.

Pese a esta esfera de discrecionalidad resolutive, es importante precisar que, de modo general, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril del 2001, en su artículo V contempló que una fuente del procedimiento administrativo lo constituye “las resoluciones emitidas

por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede”. Y, en el mismo sentido, el artículo VI de esta norma contemplaba una regulación sobre el precedente administrativo precisando lo siguiente:

“Artículo VI.- Precedentes administrativos

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.
2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.
3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes”.

Puede advertirse, entonces, que si bien la normativa especial que regula el procedimiento inspectivo laboral ha contemplado con cierta contemporaneidad la figura del precedente administrativo, la normativa general ya había regulado esta figura para todos los procedimientos administrativos. En ese mismo sentido, se ha indicado que

El precedente administrativo se manifiesta en cualquier escenario en el que la Administración debe interpretar el sentido de la legislación. Ello puede ocurrir en el otorgamiento de permisos, autorizaciones y licencias; en la imposición de sanciones; en la determinación de obligaciones tributarias; en la inscripción de actos jurídicos; en el otorgamiento de pensiones, subsidios o subvenciones; en la resolución de controversias entre dos particulares (procedimientos bilaterales), etc. (Gómez, 2021, p. 319).

Sin embargo, ha sido con la creación del TFL y la regulación expresa de la potestad de este órgano administrativo de emitir precedentes administrativos que se han empezado a emitir una serie de precedentes en materia de fiscalización laboral, revistiendo, actualmente, una trascendencia no solo para el mismo sistema inspectivo laboral, sino, en general, para todo el sistema de relaciones laborales.

2. La definición del precedente administrativo laboral

El precedente administrativo ha sido definido como “aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares” (Díez-Picasso, 1998, p. 7).

En un sentido similar, se sostiene que “el precedente administrativo es aquel acto administrativo firme que, dictado para un caso concreto, pero que, por su contenido, tiene aptitud para condicionar las resoluciones futuras de las mismas entidades, exigiéndoles seguir un contenido similar para casos similares” (Morón, 2015, p. 110).

Buena parte de nuestra doctrina califica al precedente administrativo obligatorio como una fuente del Derecho Administrativo. Así, se ha señalado que

un elemento de particular importancia dentro de las fuentes del derecho administrativo son los precedentes, que son muy relevantes para asegurar el cumplimiento de este principio. Los precedentes administrativos se constituyen respecto a resoluciones que resuelven casos particulares interpretando de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, sea sustantiva o adjetiva, aplicable al procedimiento empleado por la entidad. (Guzmán, 2009, p. 248).

A su vez, existen posiciones que definen al precedente administrativo como “la fuente de derecho administrativo mediante la cual la Administración Pública define los criterios vinculantes a supuestos de hecho idénticos, en ejercicio de su potestad discrecional; a excepción de los supuestos en los que el interés general sustente el apartamiento del mismo” (Cairampoma, 2014, p. 489).

De manera más específica en el ámbito inspectivo laboral, se ha indicado que

El precedente administrativo inspectivo vendría a ser un criterio establecido por el Tribunal de Fiscalización Laboral que, como órgano competente en última instancia de los procedimientos sancionadores en materia inspectiva, expide una resolución administrativa considerada como un acto administrativo firme, es decir, sin posibilidad de ser impugnado, ante un caso concreto. Tal criterio se daría tras una interpretación expresa y con carácter general de la legislación en materia inspectiva, dotando al criterio de carácter normativo. (Toyama y Rodríguez, 2014, p. 48).

Podemos advertir, a partir de estas definiciones, que el precedente administrativo obligatorio laboral constituye, pues, una fuente del Derecho Administrativo, lo cual además se sustenta en el artículo V de la Ley N° 27444 que le reconoce dicha naturaleza jurídica. Entonces, como fuente de Derecho, genera normas jurídicas que deben ser aplicadas en el desarrollo de los procedimientos de fiscalización laboral.

Pero el precedente, como tal, no crea normas jurídicas como lo hace el legislador (que emite normas jurídicas positivas como fuente de Derecho), sino que lo hace a través de la creación de normas jurídicas adscritas a las disposiciones normativas que se interpretan al momento de emitirse el precedente. Al respecto, debe tenerse presente que

la producción normativa no se agota con la "configuración dispositiva", pues con posterioridad a ella el órgano de aplicación debe asignar un significado a la disposición, adscribiéndole una "norma" que será finalmente la que resuelva el caso. Dicho de otra manera, el procedimiento de producción normativa sólo queda agotado cuando, vía interpretación o integración, se adscribe al ordenamiento dispositivo la norma que será aplicada en el caso y no antes (Rodríguez, 2007, p. 55).

Por eso consideramos importante precisar que, para el cabal entendimiento de los alcances de la normativa legal que regula el sistema de inspección del trabajo, se convierte en imprescindible conocer los precedentes administrativos obligatorios emitidos por el TFL; pues la disposición normativa que desarrolla los distintos aspectos del procedimiento de fiscalización y sanción administrativa laboral solo completa sus alcances y contenido a través de la interpretación que de ella realice el órgano administrativo con facultades vinculantes para los demás.

Por otro lado, pensamos que es necesario precisar que la función de interpretación vinculante que tiene asignado el Tribunal de Fiscalización Laboral se limita, de manera directa, a las disposiciones normativas que regulan el sistema de inspección del trabajo. Sostenemos esto a partir de la revisión literal del marco normativo vigente, que ha precisado que este tribunal emite precedentes "que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su **competencia**. (...)".

Cuando la normativa precisa "la legislación bajo su competencia", desde nuestra óptica, se hace referencia a la normativa que regula el procedimiento de fiscalización laboral, por lo que, al menos de modo directo, no le corresponde

a este Tribunal interpretar de manera vinculante la normativa sustantiva pues dicha interpretación le corresponde a otros entes administrativos (Ministerio de Trabajo) o judiciales (Corte Suprema o Tribunal Constitucional).

Sin embargo, de manera indirecta o mediata, cuando el Tribunal interprete, por ejemplo, los alcances de una infracción administrativa terminará interpretando también los alcances de la norma sustantiva que queda comprendida en el supuesto de hecho contemplado en dicha infracción; por ejemplo, si se discute una interpretación sobre la infracción administrativa por no reconocer trabajo en sobretiempo o reconocer como jornada de trabajo el tiempo de vestimenta, la interpretación de dicha infracción (normativa del sistema de inspección) necesitará la interpretación de la norma sustantiva que regula la jornada de trabajo. Esta posición es sostenida por De Lama Laura cuando nos indica que

Hay diversos ejemplos que reflejan que la inspección del trabajo ha desarrollado, en buena cuenta, un ejercicio interpretativo de la normativa socio-laboral, atendiendo a casos específicos que se ponen a su revisión, y cuyo cumplimiento se encarga de velar, en su labor de investigación y posterior identificación de alguna de las infracciones previstas en el RLGT, de corresponder (2024, p. 289).

3. Los principios jurídicos protegidos con el precedente administrativo laboral

El reconocimiento de los precedentes como fuentes del Derecho Administrativo Laboral se sostiene en la defensa y respeto de varios principios y garantías constitucionales. Sostiene Diez-Picasso que “la mayor parte de la doctrina española moderna opina que el fundamento del carácter vinculante del precedente administrativo radica en el principio de igualdad ante la ley. Asimismo, es posible señalar otros fundamentos complementarios del principio de igualdad: la seguridad jurídica, la buena fe, la interdicción de la arbitrariedad” (1998, p. 9). Y, de manera específica en materia inspectiva laboral, se ha afirmado que “un sistema de precedentes vinculantes permite el cumplimiento de una serie de principios de nuestro ordenamiento jurídico tales como: el principio de seguridad jurídica, principio de predictibilidad y principio de igualdad ante la Ley” (Toyama y Rodríguez, 2014, p. 50).

Sobre estos principios, queremos comentar los de igualdad, seguridad jurídica y predictibilidad. En tal sentido, respecto del **principio de igualdad**, se señala que la emisión de precedentes

resulta una garantía para los derechos de los administrados y un límite directo a la actuación administrativa al momento de resolver las controversias y casos que recurran a su tutela y se encuentren en el marco de su competencia. La aplicación de los precedentes administrativos supone el establecimiento de consideraciones vinculantes que resultan aplicables a todos los administrados, en tanto los alcances de la decisión sean utilizables en un caso concreto, ya que el efecto *erga omnes* de los precedentes se encuentra establecido sobre la base del presente principio (Caraipoma, 2014, p. 500).

En este punto, el respeto del principio de igualdad, si bien es cierto está pensado como garantía del administrado que en el caso de la fiscalización laboral lo es el empleador, también debería alcanzar a la otra parte de la relación laboral que es el trabajador (considerándolo de manera individual o colectiva), pues pese a que no es el administrado, en la mayoría de casos resulta siendo el que motiva con su denuncia el inicio de la fiscalización o el que se encuentra atento al resultado que este procedimiento pueda tener.

Por ello, la uniformidad en la resolución de las fiscalizaciones laborales debería buscar garantizar la expectativa razonable en la solución de estos procedimientos tanto para empleadores como para trabajadores: en el caso de los empleadores se deberá conocer con cierta razonabilidad, sobre la base del precedente, en qué casos similares se será sancionado o se considerará válida una práctica empresarial; y, en el caso de los trabajadores, con la emisión de precedentes, se deberá conocer qué denuncias tendrán acogida por la fiscalización laboral y cuáles no a efectos de evaluar su no interposición.

Otro principio que se buscaría garantizar con la emisión de precedentes es de la **seguridad jurídica**. Sobre la base de esta garantía, se busca que dos casos que son sustancialmente iguales se resuelvan de forma similar. Por lo tanto, como indica la doctrina

Un ciudadano debe tener la plena convicción de que si se presenta determinado supuesto de hecho éste será merecedor de una consecuencia jurídica establecida con anterioridad, la misma que será igualdad para todos aquellos que se encuentren en la misma situación y que no podrá variarse arbitrariamente según la mera voluntad del juzgador (Adrián, 2007, p. 118).

En materia laboral, con la emisión de precedentes administrativos laborales se buscaría dotar de seguridad jurídica a empleadores y trabajadores, pues ambos conocerían, de manera anticipada, en qué casos el ejercicio de las facultades empresariales es válido o no y puede o no acarrear posibles infracciones administrativas; y, en el caso de los empleadores, adicionalmente, les permitirá conocer qué posibles situaciones que se produzcan en el desarrollo de una fiscalización califican o no como infracciones procedimentales.

Del mismo modo, esa seguridad jurídica tendría también una eficacia vertical ya que vincularía a los funcionarios y órganos administrativos -ubicados jerárquicamente por debajo del Tribunal de Fiscalización- que participan en la fiscalización administrativa; y una eficacia horizontal pues el mismo Tribunal se vincularía a sus propios precedentes.

Finalmente, sobre el **principio de predictibilidad** debe mencionarse, como lo indica Guzmán Napurí (2009, pp. 248-249), que tiene dos finalidades: la primera, permitirle al administrado poder determinar previamente el posible resultado de un procedimiento, lo cual le permitirá elaborar los mecanismos de defensa más adecuado para sus intereses; y la segunda, desincentivar la presentación de solicitudes sin mayor efectividad o legalidad, pues el administrado podrá conocer con cierta certeza la inviabilidad de su petición pudiendo decidirse por la abstención en el ejercicio de la misma.

En el caso del precedente administrativo laboral, pensamos que esta doble finalidad se respetaría pues, en el caso de la primera finalidad, el administrado que sería el empleador sabría de antemano en qué casos existen argumentos de defensa o en qué casos no lo habría, a efectos de tomar la decisión de proseguir con parte o con todo el procedimiento sancionador. Y, en el caso de la segunda finalidad, los trabajadores, en caso se asesoren debidamente y conozcan los precedentes administrativos y sus alcances, podrían tomar la decisión de presentar o no una denuncia conociendo las posibilidades de éxito (que se les reconozca el derecho afectado) conforme los criterios vinculantes del Tribunal de Fiscalización. Con este panorama, las denuncias o los procedimientos no se estirarían innecesariamente y esto permitiría reducir la carga procedimental que tiene la SUNAFIL.

4. Precedente administrativo inspectivo vs precedentes constitucionales y/o judiciales

Como hemos indicado anteriormente, la doctrina en su mayoría sostiene que los precedentes administrativos obligatorios forman parte de las fuentes del Derecho Administrativo. Sin embargo, surge la duda sobre el nivel o jerarquía de estos precedentes administrativos cuando, sobre la misma materia o asunto, existe otro precedente que expone un criterio distinto; específicamente, y para el presente análisis, nos referimos a otros precedentes como los precedentes judiciales o constitucionales.

Con relación a los precedentes constitucionales, cuyo reconocimiento normativo lo encontramos en lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del vigente Código Procesal Constitucional que establece que “las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente”, debe tenerse presente que estos precedentes tienen la naturaleza de una norma constitucional, tal como lo sostiene la doctrina:

Este precedente vinculante tendrá la calidad de una norma constitucional adscrita, es decir, que será una norma que conformará parte de la Constitución. De esta manera, al igual que la Norma Suprema, el precedente constitucional vinculará a todos los operadores jurídicos, pues, en suma, el precedente constitucional no es más que una extensión de la Constitución. La no observancia del precedente constitucional por parte del operador jurídico acarreará, de esta manera, la inconstitucionalidad de dicho actuar (Huamán, 2010, p. 64).

Queda claro, entonces, que al tener el precedente constitucional vinculante la naturaleza jurídica de una norma constitucional -y formar parte del bloque de constitucionalidad- se encontrará en una posición jerárquica superior que el precedente administrativo vinculante; y, en tal sentido, si sobre un mismo tema existen posiciones contrarias desarrolladas por estos dos precedentes, el operador jurídico (privado o público) deberá aplicar el precedente constitucional.

Por otro lado, con relación al precedente judicial laboral contemplado en el artículo 40 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, consideramos que, debido a la supremacía del Poder Judicial por sobre la Administración Pública, los criterios jurídicos contemplados en precedentes judiciales laborales

-o contenciosos administrativos- prevalecerán a los criterios vinculantes de los precedentes administrativos.

Sobre esto, coincidimos en reconocer la supremacía del Poder Judicial que reconoce Morón Urbina cuando señala que este respeto

Se sustenta en un deber moral de acatar la doctrina que emana de las decisiones jurisdiccionales; en el acatamiento pleno al deber de sujeción a la legalidad, dado que es el Poder Judicial quien da la interpretación final del alcance y sentido de las normas jurídicas; el cumplimiento de principios administrativos de celeridad, economía y eficacia, dado que, de lo contrario, todo lo gestionado en sede administrativa a sabiendas que luego será anulado por el Poder Judicial; hasta criterios más patrimoniales, como el dispendio de recursos que se incurre, al saber que posteriormente habrán costas, intereses y gastos inútiles en la defensa que se sabe infructuosa (Morón, 2021, pp. 298-299).

Precisamente, existen recientemente varios temas que, en nuestro medio, han enfrentado posiciones a nivel inspectivo y judicial (por ejemplo, si es posible ordenar la reposición de un trabajador cesado en sede administrativa, si puede la inspección del trabajo sancionar al empleador que despide un dirigente sindical, si puede la Inspección inaplicar disposiciones de un Reglamento Interno de Trabajo, o si puede la Inspección declarar inválidas sanciones empresariales menores al despido), casos en los que es importante advertir que, finalmente, los criterios administrativos terminan siendo analizados en sede judicial.

5. La vinculatoriedad de los precedentes para los distintos actores del Sistema de Inspección del Trabajo

Para terminar esta parte de nuestra ponencia, queremos resaltar la vinculatoriedad que ostentan los precedentes administrativos del TFL para los distintos funcionarios y órganos administrativos que participan, atienden y resuelven procedimientos de inspección y sancionadores.

Pues bien, tomando en cuenta la misma previsión contemplada en el artículo 22 del Decreto Supremo N° 004-2017-TR, que señala que “los pronunciamientos de la Sala Plena que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia constituyen precedentes de observancia obligatoria para las entidades del Sistema cuando así se precise expresamente, siempre que una norma con rango de ley o decreto supremo no establezca lo contrario”, queda claro que todos los integrantes del Sistema

Inspectivo, tanto los que participan en la etapa previa a la fiscalización, durante la fiscalización o durante el procedimiento sancionador, tienen la obligación de aplicar el precedente vinculante en la atención de los casos que se les hayan encargado.

Pero ¿qué ocurriría si un inspector, el órgano instructor o el subintendente de resolución o un intendente regional pretenden, al momento de resolver un caso, inaplicar un precedente del Tribunal de Fiscalización Laboral y dar una solución distinta a la contenida en dicho precedente? En este escenario, coincidimos con Gómez Apac cuando indica que

Lo que puede hacer la primera instancia, si discrepa abiertamente del precedente, es consignar las razones de su discrepancia, pero acatar el precedente, pues es vinculante. Así, manifiesta su posición y salva su conciencia, pero al mismo tiempo, en aplicación de los principios de legalidad y jerarquía, respeta la obligatoriedad del precedente. La segunda instancia, eventualmente, podría considerar atendibles los fundamentos esbozados en la discrepancia, y podría modificar el criterio interpretativo. (...) Nada impide que el tribunal administrativo (de segunda instancia) recapacite, acepte su error y modifique el precedente, y esta reconsideración puede deberse en gran medida a la influencia positiva de la discrepancia mencionada por la primera instancia (Gómez, 2021, p. 336).

Por lo tanto, el precedente administrativo resulta vinculante para los funcionarios y órganos inferiores jerárquicamente al TFL, los que si bien puede disentir del criterio contenido en el precedente -e incluso lo pueden exponer en la resolución que emitan- deben aplicarlo a fin de salvaguardar los principios que se buscan proteger con la emisión de los precedentes. Como diría Díez-Picasso

La doctrina del precedente administrativo constituye una técnica de control de la discrecionalidad (incluso interpretativa) que existe en casi todas las potestades de la Administración. Esta, al hacer uso de esas potestades que el ordenamiento le confiere, se **autolimita** en un determinado sentido, porque los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, a los que está sujeta, le exigen que mantenga cierta uniformidad en sus criterios y actuaciones (1998, p. 43).

En cambio, el mismo Tribunal, que en principio debe aplicar sus propios precedentes en la atención de casos futuros, sí puede apartarse, dejar sin efecto, modificar o incluso derogar un precedente administrativo siempre que exprese “los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la resolución y las razones

del apartamento”. En tal sentido, “el cambio de interpretación no puede ser caprichoso, sino, como se ha venido exponiendo, debe estar justificado sobre la base de razones objetivas (de aplicación para todos los casos similares) debidamente sustentadas y explicadas” (Gómez, 2021, p. 327).

II. LA FUNCIÓN UNIFICADORA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL A TRAVÉS DE LOS PRECEDENTES

Resulta importante indicar que la SUNAFIL ha publicado en un compendio⁴ los criterios más importantes de estos precedentes emitidos hasta abril del 2024 (treinta y cinco hasta dicha fecha) a fin de sistematizar y facilitar su búsqueda para todos aquellos que interactúan en los asuntos legales laborales. Asimismo, en su página web⁵, se publican, además de las resoluciones que resuelven los casos concretos y otras resoluciones de índole administrativa, los precedentes vinculantes ordenados por años.

De esta manera, el TFL viene cumpliendo cabalmente su función que, en palabras de Elmer Arce, es “unificar la jurisprudencia administrativa dentro de la SUNAFIL y, con ello, crear precedentes de obligatorio cumplimiento para los operadores del sistema de inspección (inspectores, subintendentes e intendentes) sobre la correcta interpretación de las leyes laborales” (2020, p. 39).

En un mismo sentido, se ha afirmado con precisión que “los criterios desarrollados en los precedentes y criterios del Tribunal de Fiscalización Laboral (...) permiten comprender cómo es que este órgano ha acometido la importante tarea que le ha asignado la ley: la construcción de reglas de aplicación para casos semejantes (que puedan darse en semejantes procedimientos sancionadores o, incluso, en la etapa de fiscalización)” (Mendoza, 2023, p. 29).

Con base en estos aportes doctrinarios, consideramos valiosa la función que tiene encomendada el Tribunal de Fiscalización Laboral para el Derecho Laboral Peruano. Asimismo, al tratarse este órgano de un resolutor de casos en vía administrativa, la revisión de sus criterios nos permite observar que viene cumpliendo su función de manera balanceada que es buscar la “garantía de derechos laborales de quienes pueden verse afectados por los incumplimientos de

4 <https://drive.google.com/file/d/1ZV9jmrVlHmyuW-UzzHvea2jgD06kn-hi/view>

5 <https://www.sunafil.gob.pe/portal/sobre-sunafil/tribunal-de-fiscalizacion.html>

normas laborales, pero también respetar los derechos del sujeto inspeccionado, quien sí tiene rol en el procedimiento sancionador” (Mendoza, 2023, p, 32).

En los puntos siguientes de nuestra ponencia, y sobre la base de que nuestra disertación se enmarca en el análisis de los precedentes vinculantes del TFL en materia inspectiva, revisaremos los principales precedentes agrupando su análisis en dos categorías: la primera referida a aquellos criterios que examinan las facultades inspectivas; y, la segunda, los criterios referidos a las modalidades de actuación inspectiva. Por un tema de espacio y direccionamiento de nuestro análisis, no abordaremos, por consiguiente, los precedentes sobre temas sustantivos laborales.

III. LAS FACULTADES INSPECTIVAS EN LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

Las facultades que tienen los inspectores del trabajo se encuentran establecidas en el artículo 5 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante LGIT). Una de las facultades por las cuales se pronunció el TFL es la señalada en el numeral 5.1. que dispone:

“Entrar libremente a cualquier hora del día o de la noche, y sin previo aviso, en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. (...) Al efectuar una visita de inspección, deberán comunicar su presencia al sujeto inspeccionado o a su representante, así como al trabajador, al representante de los trabajadores o de la organización sindical, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar la eficacia de sus funciones, identificándose con la credencial que a tales efectos se expida”.

Esta facultad se materializa en la modalidad de actuación de visita inspectiva. Consideramos que es una de las facultades más importantes, ya que “permite al inspector el ingreso cuando se sospechen maniobras que puedan disimular una infracción, modificar con tal intención las condiciones de la prestación, alejar un testigo, desaparecer documentos o transformar en imposible el control” (Arce, 2020, p. 96). Es decir, la capacidad de iniciar una fiscalización sin previo aviso permite in situ verificar cumplimientos o incumplimientos de la normativa laboral, por lo que muestra el funcionamiento habitual de una empresa, la revela “sin maquillaje”, puesto que el inspector tiene la posibilidad de que la empresa le muestre sus documentos reales.

Debemos resaltar que esta facultad cumple su función sólo si no existe una notificación previa y el empleador deja ingresar al inspector en un tiempo que no exceda los 10 minutos que establece el artículo 2 del Decreto Supremo N° 002-2007-TR⁶. Sobre el particular, un sector de la doctrina considera que “en relación con las personas jurídicas, existe una omisión preocupante y las resoluciones de su tribunal dan cuenta de las amplísimas potestades de ingreso y permanencia que tienen sus inspectores” (Silva, 2024, p. 225).

Al respecto, en la Resolución de Sala Plena N° 001-2022-SUNAFIL/TFL se estableció como precedente que ante la negativa del ingreso del inspector sin ser esta debidamente justificada o comprobada, la empresa debe ser sancionada considerando la infracción contemplada en el numeral 46.1 del artículo 46 del Reglamento de la RLGIT⁷. Cabe resaltar que esta infracción tiene una sobre-tasa, que implica que la sanción se establece considerando que los trabajadores afectados son todos los trabajadores que tiene la empresa. En el caso analizado por el TFL, la justificación de la empresa para no dejar ingresar a la inspectora del trabajo, fue que la empresa era de alto riesgo y toda aquella persona que ingresara el centro de trabajo debía recibir previamente una capacitación por parte del personal de seguridad y salud en el trabajo, quien no se encontraba laborando, debido a que sólo asistía en el turno diurno. En estas circunstancias la inspectora actuante indicó que “llamara al encargado de seguridad del turno noche, pues al ser una empresa de alto riesgo, los trabajadores del turno nocturno deberían tener un personal encargado de la seguridad”.

Bajo este contexto, el TFL señaló que ante la discordancia de lo que señale la empresa y el inspector, respecto a la preparación adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo de este último, podrían presentarse dos supuestos:

- 6 En concordancia con lo establecido en el numeral 7.13.2.4. de la Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva, Directiva N° 001-2020-SUNAFIL/INII, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 216-2021-SUNAFIL: “Desde que el Inspector comisionado comunica su presencia al sujeto inspeccionado hasta su ingreso al centro de trabajo, no debe mediar más de diez (10) minutos, salvo causas objetivas y razonables que justifiquen la demora en el ingreso. Si vencido el tiempo señalado, el sujeto inspeccionado no ha permitido o ha impedido el ingreso del Inspector al centro de trabajo, se configura una infracción a la labor inspectiva por negativa injustificada o impedimento de ingreso al centro de trabajo, según el caso (...)”
- 7 “Artículo 46, numeral 46.1: La negativa injustificada o el impedimento de entrada o permanencia en un centro de trabajo o en determinadas áreas del mismo a los supervisores inspectores, los inspectores de trabajo, los inspectores auxiliares, o peritos y técnicos designados oficialmente, para que se realice una inspección” Cabe indicar que la Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva, en su numeral 7.13.2, ya desarrollaba cuándo estamos frente a una negativa injustificada y cuando ante un impedimento de entrada.

- 1) El empleador por decisión unilateral no deja ingresar al inspector a la zona de interés de la fiscalización. En esta situación la multa será procedente.
- 2) El inspector escucha las alegaciones del empleador y se retira. En este escenario la sanción por obstrucción a la labor inspectiva resultará procedente si, durante las actuaciones se verifica que no existió una justificación real

En este punto, debemos recordar que el Comité de Criterios estableció en el tema N° 1 de la Resolución de Superintendencia N° 167-2019, que el impedimento de ingreso o permanencia en el centro de trabajo será calificado como infracción muy grave cuando se acredite que la citada infracción se dio por órdenes o directivas del empleador (aplicamos el numeral 46.1 del artículo 46 del Reglamento de la RLGIT), en caso de no acreditarse ello, la infracción será calificada como grave (aplicamos el numeral 45.1 del artículo 46 del Reglamento de la RLGIT).

Surge la interrogante ¿Este requisito para multar a la empresa por todos los trabajadores se mantiene vigente? Entenderíamos que no, porque el TFL no lo ha establecido como requisito.

Asimismo, debe precisarse que el precedente que también aborda el tema de la visita inspectiva se encuentra contenido en la Resolución de Sala Plena N° 012-2023-SUNAFIL/TFL, que señala que el sujeto inspeccionado es el responsable de la atención que brinde su personal de ingreso a los inspectores del trabajo; por ello, debe establecer las precauciones pertinentes para su oportuna atención en cualquiera de sus sedes (central, domicilio fiscal, establecimientos anexos y otros). Este último precedente refuerza la idea de que lo sostenido por el Comité de Criterios en el tema N° 1 de la Resolución de Superintendencia N° 167-2019, no se encuentra vigente, ya que independientemente de quien no deja ingresar al inspector, la infracción será considerada como muy grave.

IV. EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN POR MEDIOS DE SISTEMAS DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA COMO UNA DE LAS PRINCIPALES MODALIDADES DE ACTUACIÓN INSPECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

El artículo 11 de la LGIT señala cuáles son las modalidades de actuación que puede utilizar el inspector del trabajo:

Las actuaciones inspectivas de investigación se desarrollan mediante requerimiento de información por medio de sistemas de comunicación electrónica, visita de inspección a los centros y lugares de trabajo, mediante requerimiento de comparecencia del sujeto inspeccionado ante el inspector actuante para aportar documentación y/o efectuar las aclaraciones pertinentes o mediante comprobación de datos o antecedentes que obren en el Sector Público. (...)

La importancia de estas modalidades de actuación inspectiva radican en permitirle al inspector “corroborar si la conducta del empleador se puede valorar como una infracción al orden sociolaboral” (Arce, 2020, p. 94). Y, en tal sentido, exigen para el empleador un deber de colaboración, esto es, una “posición jurídica obligatoria que lleva a concebir al empleador como deudor de prestaciones de colaboración con inspecciones en marcha (en visitas de inspección, comparecencias, requerimientos de información o hasta medidas de requerimiento, por ejemplo)” (Mendoza, 2023, p. 24).

Antes de la introducción de las tecnologías de la información en la inspección del trabajo (que se produce a partir de la emisión del Decreto Legislativo N° 1383 de fecha 04 de septiembre del 2018 y luego con la Resolución de Superintendencia N° 31-2020-SUNAFIL de fecha 03 de febrero del 2020), la modalidad de actuación más utilizada era la visita inspectiva. Así, toda fiscalización iniciaba necesariamente con una visita de inspección, pues era la única forma en la que el sujeto inspeccionado tomaba conocimiento de que tenía en curso una fiscalización laboral. En cambio, en la actualidad toda fiscalización laboral tiene por lo menos un requerimiento de información.

El TFL, al momento de ejercer su facultad de unificar criterios administrativos con la emisión de precedentes, ha tenido la oportunidad de analizar estas modalidades inspectivas buscando, con ello, presentar criterios a tener en cuenta por los inspectores al momento de ejercer su facultad de fiscalizar a los empleadores. Por ello, a continuación, analizaremos el requerimiento de información por medio de sistemas de comunicación electrónica como una de las principales modalidades de actuación a la luz de los precedentes del TFL.

1. Definición del requerimiento de información

El concepto de requerimiento de información se encuentra establecido en la Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva que establece lo siguiente:

Las actuaciones inspectivas de investigación pueden consistir en el requerimiento de información por sistemas de comunicación electrónica, en la medida que se pueda recibir respuesta de recepción de dicho sistema o se genere automáticamente por una plataforma tecnológica o sistema informático que garantice que se efectuó la notificación del requerimiento, que para el caso son los siguientes: la casilla electrónica y el correo electrónico habilitados por la Autoridad Inspectiva de Trabajo para tal fin, pudiéndose utilizar sólo uno de estos mecanismos durante las actuaciones inspectivas, lo cual queda a consideración del inspector.

En efecto, esta modalidad de actuación inspectiva es prácticamente de reciente reconocimiento legal pues, como antes hemos indicado, fue incorporada en el marco normativo con el Decreto Legislativo N° 1383 (2018), en tanto antes los requerimientos de información eran cumplidos mediante comparecencias presenciales en las que el inspector del trabajo citaba al empleador a las oficinas de la SUNAFIL para que pueda presentar la documentación solicitada y/o brindar declaraciones respecto a algún punto controvertido, y en ese mismo momento el inspector revisaba la documentación solicitada al empleador y proporcionada por éste en dicha diligencia.

El TFL se ha pronunciado sobre este tema en los precedentes vinculantes establecidos en la Resolución de Sala Plena N° 001-2021-SUNAFIL/TFL, Resolución de Sala Plena N° 008-2023-SUNAFIL/TFL y Resolución de Sala Plena N° 012-2023-SUNAFIL/TFL, en los que, desde nuestra posición, ha perfilado distintas situaciones que pueden presentarse al momento de que el empleador incumple su deber de colaboración con respecto a los requerimientos de información solicitados por los inspectores:

- a) **Entrega tardía de la información:** ocurre cuando, antes del cierre de la orden de inspección, el sujeto inspeccionado pone a disposición del inspector la totalidad de la información requerida por el inspector a través de cualquier medio previsto por el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG).

En este caso, deberá imputarse la infracción prevista en el numeral 45.2 del artículo 45 del RLGIT pues el requerimiento fue cumplido fuera de plazo lo que implica una desobediencia a la autoridad inspectiva que se ve complicada en su labor fiscalizadora.

- b) **Perturbación de la investigación:** cuando la fiscalización pueda proseguir desplegando sus funciones, a pesar del comportamiento del inspeccionado que haya perturbado o retrasado la investigación.

En este caso el empleador incumple un primer requerimiento, pero luego cumple con el o los posteriores requerimientos de información, permitiendo, con ello, que el inspector pueda revisar y analizar lo que hubiera presentado el empleador a fin de arribar a la conclusión sobre la existencia o inexistencia de un incumplimiento laboral.

Por ejemplo, se está fiscalizando pago de asignación familiar y se solicita en un primer requerimiento de información que el sujeto inspeccionado presente boletas de pago de todo un año, requerimiento que incumple; y recién en el segundo requerimiento (en el que se vuelve a requerir la misma documentación y/o información) el empleador lo presenta acreditando que sí ha cumplido con el pago de este beneficio.

En este caso, frente al incumplimiento del primer requerimiento, que ha retrasado la investigación inspectiva (pues si el empleador hubiese cumplido con presentar la información el inspector hubiera podido concluir en la inexistencia de infracciones pudiendo con ello finalizar su labor en un menor tiempo evitando la elaboración de requerimientos adicionales) deberá imputarse la infracción prevista en el numeral 45.2 del artículo 45 del RLGIT.

- c) **Frustración de la investigación:** señalan los precedentes del TFL que cuando la demora del sujeto inspeccionado frustra la fiscalización, esto es, no se le permite al inspector determinar la existencia o inexistencia de una posible infracción, la tipificación invocable será la del numeral 46.3 del artículo 46 del RLGIT; especificándose que para la aplicación de dicho criterio, la propuesta de sanción y su posterior motivación en el procedimiento administrativo sancionador que se origine, debía de fundamentar que la conducta del administrado constituye una falta al deber de colaboración de acuerdo al numeral 46.3 del artículo 46⁸ del RLGIT y no del numeral 45.2 del artículo 45⁹ del RLGIT.

8 Numeral 46.3. del artículo 46 del RLGIT: La negativa del sujeto inspeccionado o sus representantes de facilitar a los supervisores inspectores, los inspectores de trabajo o los inspectores auxiliares, la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones.

9 Numeral 45.2. del artículo 45 del RLGIT: Las acciones u omisiones que perturben, retrasen o

El TFL considera como supuesto cuando “la documentación solicitada durante el último día de etapa fiscalizadora y que por su volumen o complejidad no le permite a la autoridad analizar y adoptar decisiones en base a dicho contenido, colisionando con el principio de buena fe”; o que el empleador remita “la información solicitada por los inspectores actuantes, luego de haberse cerrado la orden de inspección”.

Continuando con el ejemplo, el inspector se encuentra fiscalizando el pago de la asignación familiar, y el sujeto inspeccionado no presenta las boletas de pago, el contrato de trabajo o no informa el monto de la remuneración que percibe el trabajador.

Ahora bien, en este escenario, puede darse diversas situaciones. Por ejemplo, que el sujeto inspeccionado no remita la información porque actúa de mala fe, o no le queda claro la información que debe remitir. En estos supuestos el sujeto inspeccionado que no ha podido remitir la información en el plazo previsto debe de exponer y acreditar las razones por las que no la remitió : el Sistema de Casilla Electrónica falló, supuestamente su plataforma se colgó, la información necesita ser construida (cuadro de Excel de trabajadores que tiene jornada acumulativa, lista de Excel de trabajadores sindicalizados), etc.

Plantear las razones por las que no remitió la información solicitada le permitirá al inspector del trabajo optar por imputar la infracción contenida en los numerales 45.2 del artículo 45 o el 46.3 del artículo 46 del RLGIT. El sujeto inspeccionado podría optar por incumplir un primer requerimiento y recién cumplir lo solicitado por el inspector en el segundo requerimiento; si bien es cierto el inspector del trabajo puede efectuar más de un requerimiento a fin de poder analizar la comisión de posibles infracciones, sin embargo, ese tiempo adicional generado por el incumplimiento del empleador podría ser dedicado a otra inspección que tiene a cargo, lo cual contribuiría a una eficiencia de la inspección del trabajo considerando que el número de inspectores del trabajo siempre es insuficiente¹⁰, sustento razonable para que el empleador sea sancionado

impidan el ejercicio de las funciones inspectivas de los supervisores inspectores, los inspectores de trabajo o los inspectores auxiliares, siempre que no estén tipificados como infracciones muy graves.

10 Egúsqiza Palacin, Beatty e Illa Pantigoso, Miriam. Tesis: “La actualidad de la inspección del trabajo y la irrupción de la tecnología: algunas propuestas normativas y de gestión para mejorar su proceso de modernización (p. 26)”. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/23653>

-por lo menos- con la multa por la infracción grave contemplada en el numeral 45.2 del artículo 45 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

2. Modalidad de entrega del requerimiento de información

En atención a la normativa vigente, la modalidad de entrega de la información puede darse de manera digital o física. No obstante, ¿qué sucede si el empleador quiere entregar la información bajo una modalidad distinta a la solicitada? Al respecto el TFL ha establecido en la Resolución de Sala Plena N° 002-2021-SUNAFIL/TFL¹¹ que será el inspector quien deberá justificar las razones por las cuáles no resulta válido dicho proceder; del mismo modo, el empleador deberá precisar las razones por las que presenta la información en un formato distinto.

Uno de los primeros antecedentes respecto a este precedente lo encontramos en la Resolución N° 184-2021-SUNAFIL/TFL. Este caso versa sobre una inspección efectuada en el año 2019, es decir, no teníamos casilla electrónica, los expedientes eran físicos y todas las actuaciones inspectivas era presenciales, la materia fiscalizada era “verificación de despido” (el plazo es de 4 días), y el inspector lo multa por no presentar de forma física la “Toma de lecturas a medidores por ruta” y “Cédulas de notificación”; el empleador, por el contrario, manifiesta que no presenta la información porque la impresión de la documentación asciende aproximadamente a dos millares de papel.

La mencionada Resolución se pronuncia sobre la Resolución de Intendencia N° 069-2021-SUNAFIL/IRE-AQP que se señala “... *si bien la Empresa presentó como argumento de defensa que su apoderado dentro de las actuaciones inspectivas de investigación, en ningún momento negó tener la información solicitada y que éste comunicó al Inspector que la documentación “toma de lecturas a medidores por ruta” y “cédula de notificación” la tenía en versión digital; dicha afirmación no se advierte de la documentación obrante de las diligencias llevadas a cabo; siendo además imprescindible subrayar, que su apoderado luego de levantada el acta de verificación de despido arbitrario procedió a consignar su firma sin hacer precisión sobre lo argumentado, ni dejar constancia de lo argumentado respecto a la información faltante, por cuanto no basta afirmar hechos que no se encuentran respaldados con medio probatorio que acredita su fehabiciencia.*” Es decir, el empleador alegó

11 En este precedente el TFL confunde requerimiento de información con medida de requerimiento (fundamento 19, 23 y el título).

haber querido presentar la documentación en formato digital en su apelación, no durante el procedimiento inspectivo.

Asimismo, en el Acta de Verificación de Despido Arbitrario se consignó en el numeral cuarto que *“no presenta, señalando que es documentación muy voluminosa, y que no dispone en la ciudad de Mollendo de dichos documentos”*, añadiéndose que *“se pregunta al INSPECCIONADO si es que cuenta con otro tipo de documentación o información donde se pueda verificar si LA RECURRENTE prestó servicios para otra empresa tercerizadora o intermediadora y señala que desconoce. El incumplimiento a la presentación de lo requerido constituye infracción a la labor inspectiva”*.

En la mencionada Resolución N° 184-2021-SUNAFIL/TFL el Tribunal señaló *“6.16 En este orden de ideas es irrazonable la exigencia de imprimir un número tan alto de documentos cuando no es necesario, puesto que contraría no sólo políticas públicas, sino que resulta excesivamente oneroso, por diversos motivos, para el administrado y también para el cuidado y preservación del medioambiente. En consecuencia, el administrado estaba en su derecho de no cumplir con tal requerimiento”*.

Puede verse, entonces, que el empleador no manifestó durante la diligencia de verificación de despido que el pedido equivalía a 2 millares de papel y que quería presentarlo de manera digital, siendo que este argumento fue esbozado recién durante el procedimiento sancionador. Entendemos que el inspector pretendió actuar diligentemente, ya que quería obtener la fecha de inicio del vínculo laboral y determinar quién era el empleador.

Por eso, consideramos que incide mucho la modalidad de actuación utilizada por el inspector del trabajo. Si realiza una comparecencia presencial, una visita presencial, podría en estas diligencias pedir que la documentación solicitada sea presentada de manera digital o física; o si sólo realiza requerimientos de información a través de la casilla electrónica, estos últimos tendrían que ser necesariamente digitalizados.

3. Número máximo de requerimientos de información ante una no respuesta

¿Cuántos requerimientos de información puede hacer el inspector del trabajo? Actualmente, en nuestra normativa no se encuentra establecido un

número máximo, por lo que esta determinación dependerá del inspector del trabajo, atendiendo a su autonomía técnica y funcional.

Sin embargo, si se encontraba regulado el número mínimo de visitas que debía hacer el inspector de trabajo antes de cerrar un expediente.

Esta disposición se encuentra en la Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva, que en su numeral 7.13.4.1. señalaba que en caso que el Inspector comisionado realice una segunda visita inspectiva (en el que dejaba su requerimiento de información), y nuevamente se le impida o niegue injustificadamente el ingreso al centro de trabajo, éste da por concluida la etapa inspectiva y emite la correspondiente acta de infracción. El contexto de la emisión de esta regla se efectúa en un escenario en el que las inspecciones eran presenciales, actualmente podríamos aplicar este criterio a las fiscalizaciones mixtas y establecer que el número de requerimientos mínimos es dos.

Bajo este contexto, coincidimos cuando el TFL en la Resolución de Sala Plena N° 012-2023-SUNAFIL/TFL establece que “la labor del personal inspectivo debe orientarse a verificar el cumplimiento de las normas objeto de su competencia, para lo cual corresponde que adopte y ponga en práctica todas las medidas y acciones de investigación que tiene a su disposición y que sean pertinentes para cada caso concreto”.

Por ello, el TFL establece que, ante el incumplimiento del primer requerimiento de información a través de la casilla electrónica, el inspector debe optar por utilizar otras modalidades de actuación. Consideramos que lo más pertinente puede ser realizar una visita inspectiva, o tratar de comunicarse por teléfono o correo electrónicos consignados en la casilla electrónica, web o redes sociales de la empresa con la finalidad de comunicarse con el sujeto inspeccionado. El TFL pone como ejemplo utilizar la comparecencia; sin embargo, no creemos que ese sea el camino, ya que para notificar una comparecencia necesariamente tiene que haber previamente un requerimiento de información leído por casilla electrónica o una visita inspectiva.

Ahora bien, si el inspector realiza una visita inspectiva y no encuentra al sujeto inspeccionado, debe insistir en comunicarse por otros medios de comunicación y luego recién cerrar el expediente y proponer la correspondiente acta de infracción, pero surge la interrogante ¿el inspector debe utilizar todos los mecanismos y con ello acoger buscar incansablemente números de teléfono, correos electrónicos, redes sociales, etc.,? ¿cuántas veces sería lo razonable?

Consideramos que la solución a esta problemática debería ser que todos los empleadores tengan obligatoriamente una casilla electrónica y no contar con ella debería ser considerado una infracción. Por ejemplo, en Chile (artículo 508 del Código de Trabajo), se considera una infracción administrativa no realizar el registro del correo electrónico para efectos de la notificación de la Dirección del Trabajo.

4. Requerimiento de información inexistente y pertinente

El inspector del trabajo solicita información considerando las materias que se encuentra fiscalizando, es decir las materias dispuestas en la orden de inspección. El ejemplo que señala el TFL en el precedente establecido en la Resolución de Sala Plena N° 012-2023-SUNAFIL/TFL es una fiscalización donde la materia es “registro de trabajadores en planilla”, el empleador tenía a sus trabajadores formalmente como locadores de servicio, el inspector le estaba solicitando el contrato de trabajo. Al respecto, el TFL dispuso que el inspector debe “evitar efectuar requerimientos reiterativos pese al conocimiento certero de la **ausencia o inexistencia** de la documentación requerida, y adoptando acciones alternativas para lograr los fines de la fiscalización”.

Nosotros consideramos que cuando el inspector del trabajo solicita documentación, por ejemplo, vía casilla electrónica, lo ideal es que el empleador, a pesar de no tener la información, responda precisando lo que está ocurriendo con justificaciones como “no disponemos de la información” “insistir que es un locador y no un trabajador”, ya que el inspector no es vaticinador. Sobre el particular, el inspector del trabajador podría pensar que el empleador tiene la información pero que no lo quiere presentar para esa fecha o que lo tiene y no lo quiere presentar o que se olvidó colgar la información en la casilla electrónica.

Adicionalmente, el TFL dispone que el inspector del trabajo no puede circunscribirse a realizar su fiscalización sólo a través de requerimientos de información, sino también puede utilizar las otras modalidades de la actuación con la finalidad de verificar el cumplimiento de las normas laborales.

Es decir, en caso que el empleador no le presente la información solicitada, el inspector del trabajo debe utilizar las otras modalidades de actuación inspectiva, asimismo el inspector de trabajo no debe solicitar información que es inexistente

Con relación a la **información pertinente**, en el precedente establecido en la Resolución de Sala Plena N° 002-2023-SUNAFIL/TFL, el TFL señaló que si

bien los inspectores del trabajo se encuentran obligados de valorar los medios de prueba presentados por los sujetos inspeccionados, no obstante “la presentación o exhibición de información impertinente; es decir, no conducente a probar alguna conducta o hecho materia de análisis o no idónea para ello, suponiendo un puro recargo documental, podrá ser calificada como un acto contrario al deber de colaboración, conforme con los hechos ocurridos en cada caso”. Este comportamiento “contrario al deber de colaboración” implica que la empresa puede ser multada por la infracción establecida en el numeral 45.2. del artículo 45 del RLGIT, consideramos que sí.

En este mismo precedente el TFL señala que a “la luz de los principios de veracidad y verdad material expresamente reconocidos en el TUO de la LPAG, debe reafirmarse que las declaraciones juradas, informes y comunicaciones en general presentadas por la parte interesada —sea por representantes de la compañía o por personal subordinado del sujeto fiscalizado, incluyendo al propio denunciante— no son instrumentos suficientes para generar convicción a su favor, sea que ello se exponga en la inspección o durante el procedimiento sancionador” 12. La principal razón en el caso del personal subordinado es la naturaleza asimétrica de la relación laboral. Por lo tanto, la documentación presentada por el empleador no es suficiente para contrarrestar la presunción de certeza establecida en el artículo 16 de la LGIT.

V. LA MEDIDA INSPECTIVA DE REQUERIMIENTO Y SUS ELEMENTOS DESARROLLADOS POR EL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

La medida inspectiva de requerimiento se encuentra normada en el tercer párrafo del artículo 14 de la LGIT, dispositivo que contempla lo siguiente:

“Cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas. En particular

12 En este precedente hacen referencia a los casos expuestos en la Resolución N° 127-2022-SUNA-FIL/TFL-Primera Sala: “documentos de parte que han sido elaborados y suscritos por el Jefe de Equipos y Mantenimiento del propio sujeto responsable; es decir que los referidos certificados de operatividad no han sido emitidos por un tercero especializado en certificaciones que de forma imparcial, verifique y dejara constancia detallada de la revisión y evaluación realizada a la Plancha Compactadora”. Puede verse, entonces que, en el caso expuesto, la empresa pretende presentar documentos elaborados por el personal de la empresa a fin de eximirse de sus responsabilidades y responsabilizar al trabajador del accidente de trabajo.

y en materia de prevención de riesgos laborales, requerirá que se lleven a cabo las modificaciones necesarias en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo para garantizar el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores. Los requerimientos que se practiquen se entienden siempre sin perjuicio de la posible extensión de acta de infracción y de la sanción que, en su caso, pueda imponerse”.

Esta medida, en palabras de Paul Cavalié, constituye “un mandato del fiscalizador para que el administrado (empleador) enmiende su conducta infractora, posibilitando subsecuentemente la restitución del orden jurídico alterado por él con su incumplimiento. Tal subsanación devendrá en la restitución al trabajador de un derecho que le fue vulnerado”¹³. De la misma manera, se afirma que las medidas de requerimiento “consisten en exhortaciones al empleador para que rectifique una conducta que el inspector ya ha determinado como incumplimiento de la normativa laboral” (Mendoza, 2023, p. 29).

Puede verse, entonces, que, en una fiscalización laboral, luego de que el inspector explye sus facultades inspectivas y determina que existe un incumplimiento de la normativa laboral que puede ser subsanado, emitirá una medida de requerimiento a fin de que el empleador corrija dicho incumplimiento y, si ello ocurre, finalizará su fiscalización con la emisión de un informe de actuaciones inspectivas (y ya no se emitirá un acta de infracción).

El TFL, a su vez, ha definido a esta medida de requerimiento en la Resolución de Sala Plena N° 002-2021-SUNAFIL/TFL de esta manera:

“31. En tal sentido, la emisión de medidas de requerimiento constituye una potestad de los inspectores de trabajo, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las normas objeto de fiscalización en aquellos supuestos en los que la autoridad determine que la vulneración o infracción del ordenamiento jurídico es subsanable dentro de un plazo razonable, calificándose como una infracción a la labor inspectiva el incumplimiento del mandato dictado por el inspector.

32. Por tanto, la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento es la de ser una medida correctiva que tiene como objeto revertir los efectos de la ilegalidad de la conducta cometida por el inspeccionado de manera previa al inicio del procedimiento sancionador”.

13 <https://elperuano.pe/noticia/218912-suplemento-juridica-la-medida-de-requerimiento-en-la-vision-del-tribunal-de-fiscalizacion-laboral>

En este punto, y como lo sostiene el TFL en el precedente indicado en el párrafo anterior, es importante como cuestión previa precisar la tarea a cargo del inspector de determinar cuándo un incumplimiento es subsanable o insubsanable, pues solo habrá medida de requerimiento cuando estamos frente a un incumplimiento subsanable; cuando el incumplimiento es insubsanable, no habrá emisión de una medida de requerimiento sino de una constancia de hechos insubsanables.

Así, en una oportunidad anterior hemos sostenido que la subsanación, en nuestro ordenamiento jurídico vigente en materia de fiscalizaciones laborales, evita que se presente el elemento de la punición como requisito de la configuración de una infracción administrativa:

La subsanación, entonces, solo puede operar respecto de infracciones subsanables. Y, con respecto de las infracciones insubsanables, que serían aquellas que han producido efectos que no pueden ser remediados en el presente, la subsanación no prosperaría, lo cual traería consigo que no exista la posibilidad del sujeto inspeccionado de evitar la existencia del elemento “punición” en la configuración de la infracción administrativa y la imposición de las sanciones correspondientes (Egusquiza, 2023, p. 114).

Por otro lado, el TFL ha señalado ciertas características especiales de la medida de requerimiento que no se encuentran contempladas de manera expresa en la normativa vigente y que ha desarrollado a través de sus precedentes vinculantes, las que procedemos a detallar:

1. La medida de requerimiento es independiente de la obligación sustantiva

El TFL ha precisado, en la Resolución de Sala Plena N° 001-2021-SUNA-FIL/TFL-Primera Sala, que “en tanto que el ordenamiento jurídico no disponga cosa distinta, los actos o hechos que impiden o dificulten la labor inspectiva y que se consignan en el acta de infracción, constituyen infracciones que no tienen una naturaleza secundaria, adjunta ni dependiente, respecto de posibles infracciones ocurridas y detectadas en la visita inspectiva referentes a aspectos sustantivos objeto de control por la inspección del trabajo”.

Si bien en este precedente no se hace énfasis específico en la infracción por no cumplir una medida de requerimiento (numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT), se hace referencia a toda infracción a la labor inspectiva y se re-

conoce la independencia y carácter no secundario de las infracciones a la labor inspectiva en contraposición a las infracciones sustantivas. Por ejemplo, si existe una fiscalización por no pago de un beneficio laboral, la infracción sustantiva se produciría si se detecta que el empleador no ha pagado dicho beneficio; pero, en la fiscalización, pueden producirse infracciones a la labor inspectiva como no participar de una comparecencia, no responder un requerimiento de información por medios informáticos, impedir el ingreso del inspector al centro de trabajo o, como lo analizado en el presente caso, no subsanar lo indicado en la medida de requerimiento.

De esta manera, con este razonamiento del TFL, se rechazaría el argumento típico esbozado en las fiscalizaciones por los sujetos inspeccionados que señalan que multar al empleador por una infracción de una obligación sustantiva y, a la vez, por no cumplir con una medida de requerimiento relacionada a la obligación sustantiva incumplida, implica una afectación al principio del *non bis in ídem*; y esto sería así ya que, como puede verse, las sanciones se imponen por dos obligaciones incumplidas de distinta naturaleza: la primera, la obligación laboral propiamente sustantiva, y la segunda, la obligación de respeto y cumplimiento de los requerimientos de la inspección del trabajo. Por lo tanto, no habría identidad material entre las dos sanciones impuestas y, en consecuencia, afectación a la garantía del *non bis in ídem*.

2. La medida de requerimiento no podrá vulnerar los principios de razonabilidad y culpabilidad

El TFL ha precisado en la Resolución de Sala Plena N° 002-2021-SUNA-FIL/TFL que “en aquellos casos en los que el inspector tiene conocimiento de la insubsanabilidad de la conducta o de la imposibilidad del sujeto inspeccionado de cumplirla, su emisión atentaría contra el principio de razonabilidad y el principio de culpabilidad reconocidos en los numerales 1.4 y 1.10 del artículo 1 del TUO de la LPAG, respectivamente” (considerando 32).

Por ello, “conforme con el principio de culpabilidad, los empleadores que acrediten fehacientemente situaciones especiales por las cuales su disponibilidad patrimonial se encuentre supeditada a la aprobación, autorización o desafectación de terceras partes, exceptuando las situaciones de fraude, no podrán ser objeto de medidas de requerimiento a fin de que efectúen el desembolso de pagos debidos” (considerando 33).

Añade el TFL que “son ejemplos de esta afectación patrimonial los embarcos trabados por la Autoridad Tributaria contra la totalidad del patrimonio del empleador o una parte sustancial que le impida afrontar los gastos operativos en un periodo determinado, o la intervención de una administración concursal o situación de liquidación que impida al sujeto obligado de hacerse de obligaciones económicas adicionales” (considerando 35). En cambio, “no son ejemplos de la afectación patrimonial a la que se refiere este criterio la simple pérdida económica en los registros financieros, contables y/o económicos de la empresa, y la existencia de meras acreencias con otras personas naturales o jurídicas (incluidas entidades financieras) (considerando 36).

Se observa, entonces, que para el TFL resulta irrazonable emitir una medida de requerimiento de pago -y sancionar por el incumplimiento de dicha medida- a un empleador que demuestra una imposibilidad real de cumplir con ese pago. Pero, como puede verse, no cualquier complicación económica sustentaría la liberación del sujeto inspeccionado de no recibir una medida de requerimiento, sino que aquella tiene que ser muy grave y tiene que poner a la empresa en una situación económica tan complicada que antes de asumir el pago de una multa adicional tiene que ver, primero, cómo afrontar sus obligaciones sustantivas.

No obstante, como es evidente, con este criterio no se libera al empleador de sus obligaciones sustantivas ni de las infracciones y sanciones por incumplir dichas obligaciones, sino que sólo se dejará de requerirle este pago (o subsanación al empleador) y no se le sancionará en caso se efectúe dicho requerimiento.

Ahora bien, nos queda como duda, bajo este criterio, el hecho de si los inspectores deben o no emitir en estos casos medidas de requerimiento o elaborar una constancia de hechos insubsanables. Indicamos esto porque podría emitirse la medida de requerimiento ante la posibilidad -mínima, pero posibilidad, al fin y al cabo- de que el empleador aún pueda obtener fondos económicos para subsanar su deuda y, de esa manera, evitar cualquier incumplimiento laboral.

Consideramos que, en todo caso, la medida de requerimiento **sí** debe efectuarse, porque -como antes lo hemos indicado- podría ocurrir que el empleador, luego de ser notificado con dicha medida, se encuentre realizando gestiones económicas para afrontar sus obligaciones (un préstamo, un financiamiento, la venta del negocio, etc.); y, en todo caso, si el empleador luego de notificada la medida de requerimiento continúa en su grave situación económica y lo demuestra presentado sustentos ante la notificación de dicha medida, las sanciones

que se impondrían serían únicamente por las infracciones sustantivas y no por incumplir con la medida de requerimiento. En todo caso, este vacío generado a partir de la interpretación realizada por el Tribunal debería ser contemplada normativamente o, en todo caso, en una directiva o protocolo de la SUNAFIL que desarrolle con mayores alcances esta situación.

Debe resaltarse, que el TFL, en la Resolución de Sala Plena N° 008-2023-SUNAFIL/TFL, en la que también aborda este tema, precisa que estas alegaciones no pueden generar un estado de inaplicación u omisión de obligaciones sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo a cargo del empleador, cuyo cumplimiento y exigibilidad conoce de antemano y resalta que los temas de seguridad y salud en el trabajo que impliquen un peligro o riesgo grave o inminente a la vida o a la salud de los trabajadores, exceden los alcances de los criterios aprobados en la Resolución de Sala Plena N° 002-2021-SUNAFIL/TFL.

3. La medida de requerimiento y su doble naturaleza

El Tribunal, en el precedente vinculante contenido en la Resolución de Sala Plena N° 009-2023-SUNAFIL/TFL ha precisado que “la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento es la de ser una disposición ordenada por el servidor – inspector(a) de trabajo – que puede tener como objeto el revertir los efectos de la ilegalidad de la conducta cometida por el inspeccionado de manera previa al inicio del procedimiento sancionador (**medida de requerimiento en modalidad de subsanación** de una infracción determinada por la inspección del trabajo)” y, a su vez, existe “otra variante por la que los inspectores conminan al sujeto inspeccionado a adecuar su comportamiento a lo prescrito en las normas de trabajo (**medida de requerimiento en modalidad de rectificación** de una infracción determinada por la inspección del trabajo)”.

Por lo tanto, el TFL reconoce una doble naturaleza de la medida de requerimiento: como una modalidad de subsanación de una infracción y como una modalidad de rectificación de una infracción, pero no detalla en qué se diferencia la subsanación de la rectificación de una infracción (ambos términos incluso pueden tener el mismo significado). Creemos, en todo caso, que, en la primera modalidad, por ejemplo, el empleador no ha pagado cierto beneficio al trabajador por lo que el inspector le requiere el pago; y, en la segunda, el empleador comete actos antisindicales bajo la creencia de que su actuar es válido

por encontrarse ejerciendo su poder de dirección, por lo que la inspección emite un requerimiento para que el empleador deje de realizar este tipo de prácticas.

Si bien esta interpretación no tiene una regulación precisa en la normativa vigente, reconoce los alcances de la medida de requerimiento a fin de comprender no solo las situaciones de claro incumplimiento de la normativa laboral sino también aquellas situaciones en las que el empleador considera que su actuar es legítimo, pero, al amparo del análisis de la inspección del trabajo, no lo es por lo que se le solicita rectificar su incorrecto proceder.

4. La medida de requerimiento debe tener un contenido mínimo

El TFL ha precisado, en la Resolución de Sala Plena N° 009-2023-SU-NAFIL/TFL, que “la medida de requerimiento debe cumplir con expresar el ámbito subjetivo y objetivo, siendo estos extremos suficientes para producir el resultado esperado por la medida: la rectificación de una situación antijurídica”.

- a) **Sobre el ámbito subjetivo:** la medida de requerimiento “debe individualizar a los trabajadores afectados por el incumplimiento reprochado al sujeto inspeccionado”.
- b) **Sobre el ámbito objetivo:** la medida de requerimiento debe: primero, “identificar la afectación resultante de un comportamiento imputable al empleador”, y, segundo, “establecer cómo es que debe cumplirse dicha medida, es decir, qué acciones debe ejecutar el inspeccionado a fin de revertir la conducta reprochada”. Por lo tanto, “el ámbito objetivo de la medida de requerimiento no se agota con la mención de la normativa legal vigente afectada o inobservada por el sujeto inspeccionado, sino que incluye el mandato de su cumplimiento, en la forma y modo esperado”.

Por lo tanto, los inspectores, al momento de elaborar sus medidas de requerimiento, deben emitir un documento que, notificado al sujeto inspeccionado, le permita ejercer su derecho de defensa y, específicamente, le permita analizar con claridad la posible infracción cometida y qué acciones debe adoptar si pretende subsanar sus incumplimientos a fin de evitar cualquier imputación de infracción administrativa. Es decir, lo que se busca con esta exigencia de contar un contenido mínimo de la medida de requerimiento es darle claridad y precisión al sujeto inspeccionado respecto de qué hacer para cumplir con aquella, evitando la infracción sustantiva y la infracción contra la labor inspectiva.

Respecto a la individualización de los trabajadores, específicamente tenemos la Resolución de Sala Plena N° 012-2024-SUNAFIL/TFL que señala que debemos determinar de manera fehaciente cuántos y quienes son los trabajadores afectados, utilizando la información disponible que tiene la SUNAFIL a través de la interoperabilidad, y que bajo ningún supuesto se puede disponer que los trabajadores afectados son todos los que cuenta la empresa, salvo las infracciones que expresamente lo señale el RLGIT.

Estos trabajadores deben ser identificados con su número de DNI y automáticamente el Sistema Informático de Inspección del Trabajo (SIIT) que se encuentra conectado a la RENIEC los identifica. Esta individualización entendemos que es obligatoria, incluso para aquellas infracciones en las que se considera como trabajadores afectados a todos los trabajadores de la empresa (como son los numerales 25.10, 25.11, 25.16, 25.17, 28.10, 28.11, 46.1, 46.12, 46.13 y 46.14 del RLGIT).

En esta parte nos surge una duda. El número de trabajadores afectados ¿Serán los trabajadores que tenía la empresa cuando se produjo el incumplimiento, cuando se generó la orden de inspección o cuando se emite la medida de requerimiento y/o anexo de infracción insubsanable? Debemos recordar que el número de trabajadores de una empresa varía incluso todos los días. Nosotros consideramos que el número de trabajadores afectados en estos casos, debería ser el número de trabajadores que tenía la empresa al momento de cometer la infracción.

En el caso de incumplimientos considerados como sociolaborales, la medida de requerimiento puede resultar clara en su elaboración y en su cumplimiento (por ejemplo: adjuntar la constancia de transferencia que acredite el pago de la remuneración y de los beneficios sociales); en el caso de incumplimientos considerados como derechos fundamentales puede resultar, en algunos supuestos, difusos el contenido de la medida (el inspector del trabajo verifica que el empleador viene cometiendo actos de hostilidad contra el trabajador, la medida de requerimiento sería, por ejemplo, que el empleador remita una carta de rectificación por los actos cometidos o que reúna a todos los trabajadores para pedir disculpas públicas).

5. La medida de requerimiento debe tener plazo

El TFL ha señalado que la aplicación del principio de razonabilidad en la emisión de **medidas de requerimiento exige que el plazo de estas medidas**

-dirigidas a que el empleador subsane un incumplimiento- **sea razonable**. Pero dicho plazo, no obstante, no debe analizar por aislado sino que, conforme se indica en la Resolución de Sala Plena N° 014-2022-SUNAFIL/TFL, “el plazo otorgado en la medida inspectiva de requerimiento debe analizarse de acuerdo con el contexto en el que dicha facultad de la inspección del trabajo es ejercida, lo que incluye a los hechos derivados del propio expediente así como a situaciones directamente acreditadas en otros expedientes que puedan ser un antecedente concretamente invocable”.

Bajo este escenario, consideramos que el inspector debe valorar si el empleador conocía de antemano la infracción, o si había sido sancionado previamente bajo la misma causa; por lo que en estos casos otorgarle un plazo de 3 o 5 días no vulneraría el principio de razonabilidad.

Creemos que debemos partir de la premisa que el empleador debe conocer sus obligaciones y debería cumplirlas, sin esperar ser visitado por el inspector del trabajo. Y debemos recordar que el inspector del trabajo antes de emitir la medida de requerimiento, siempre le otorga un plazo previo para cumplir con sus obligaciones, es decir emite requerimientos de información (durante el plazo que tiene la orden de inspección sea de 30 días hábiles o 60 días hábiles). Otro punto importante para considerar, en este análisis, es la fecha del incumplimiento; por ejemplo, un inspector fiscaliza en el año 2024, el pago de la gratificación de julio de 2022, otorgarle el plazo de 3 o 4 días no debería ser considerado irrazonable. La empresa conocía hace dos años de su incumplimiento y pretende alegar ahora que el plazo otorgado es irrazonable.

VI. LA PREFERENCIA POR LA SUBSANACIÓN DE LAS INFRACCIONES Y EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA INSUBSANIBILIDAD

Una lectura de los precedentes del TFL nos revela que la perspectiva de este órgano administrativo es la preferencia por reconocer, como regla, que los incumplimientos laborales son subsanables y, excepcionalmente, serán insubsanables para el administrado.

Sostenemos esta postura a partir de la revisión del precedente vinculante contenido en la Resolución de Sala Plena N° 003-2024-SUNAFIL/TFL en la que ha resaltado el deber de los inspectores de motivar el carácter insubsanable de una infracción laboral cuando señala lo siguiente:

6.29. Cabe señalar que la determinación del carácter insubsanable de una infracción a las normas de trabajo debe encontrarse plenamente identificada por los comisionados, teniendo la obligación de fundamentar las razones por las que el daño producido por los efectos del incumplimiento o incumplimientos atribuidos a las inspeccionadas no puede ser revertido. Ante la ausencia de esta motivación, se entenderá que el inspector actuante podría estar quebrantando el debido procedimiento administrativo. **En otras palabras, constituye una obligación de los inspectores comisionados el requerir la subsanación correspondiente cuando ello sea factible, conforme a la proporcionalidad y razonabilidad de la intervención de la inspección del trabajo en las relaciones de trabajo objeto de su supervisión** (el resaltado es nuestro).

Una lectura de este precedente permite advertir que para el TFL los inspectores deberían tener como premisa inicial en su actividad fiscalizadora el reconocimiento de que una infracción laboral debe, en principio, ser reconocida como subsanable. Y, como excepción, que la infracción es insubsanable y que para reconocer este carácter el inspector debe fundamentarlo expresamente en la etapa inspectiva. Entendemos que esta motivación debería empezar a mostrarse en la “constancia de hechos insubsanables” que se le notifica al sujeto inspeccionado antes del acta de infracción, motivación que, posteriormente, deberá estar reflejada en el acta de infracción y los actos administrativos que, luego, se emiten en el procedimiento sancionador.

Asimismo, en este precedente, indica el TFL que “lo relevante en la calificación de un incumplimiento como “insubsanable” es —tal y como se ha establecido previamente— la determinación del carácter irreversible de los daños producidos por la infracción sobre los derechos e intereses tutelables de los trabajadores afectados por el incumplimiento” (considerando 6.30). Por ello, sostiene este Tribunal que “deben considerarse como infracciones insubsanables a aquellos incumplimientos tipificados en el RLGIT, cuyos efectos originaron daños comprobados por la inspección del trabajo y cuya naturaleza suponga que no pueden ser reparados, conforme a la motivación definida en el documento de fiscalización correspondiente (constancia de hechos insubsanables, acta de infracción u otro que sea incluido en el expediente de fiscalización)”.

Al amparo de este precedente del TFL, se advierte lo indicado previamente: que la mirada de los inspectores en la etapa inspectiva debe apuntar preferentemente a que el incumplimiento empresarial pueda reconocerse como subsanable y solo excepcionalmente como insubsanable, es decir, deben haber “más medidas de requerimiento que constancias de hechos insubsanables”. Precisamente,

en este razonamiento es que se introduce como un elemento configurador de la insubsanabilidad de una infracción que el incumplimiento genere un daño real al trabajador, pues si solo existe un riesgo potencial de daño (y no existe concretización del daño) la infracción sería subsanable.

Sobre la subsanación de los incumplimientos laborales, en una anterior oportunidad hemos criticado la fórmula legal actual que reconoce la exoneración de responsabilidad al empleador que subsana el incumplimiento en la etapa inspectiva, pues “la importancia de los derechos laborales (objeto de tutela de la fiscalización laboral), la alta tasa de informalidad y de incumplimientos laborales, debería sustentar que la subsanación, en todo caso, constituya una causal de atenuación de la sanción, pero no de exoneración como sí se contempló en el Decreto Supremo N° 010-2003-TR” (Egusquiza, 2023, p. 121).

Pero adicionalmente a esta postura de *lege ferenda*, consideramos que considerar como insubsanable todo incumplimiento que genere un daño real, podría constituir un perverso incentivo para la promoción de incumplimientos empresariales. Por ejemplo, bajo el criterio del TFL, el empleador que no contrató un seguro obligatorio por ley (seguro de vida ley, seguro complementario de trabajo de riesgo, etc.), pero que lo contrata una vez que se ve inmerso en la fiscalización laboral, y cuyos trabajadores afortunadamente no sufrieron ninguna contingencia durante el período de no cobertura por la no contratación del seguro, se verá liberado de toda responsabilidad al haber subsanado la falta de contratación del seguro pues ningún trabajador habría sufrido un daño real sino solo “potenciales daños”.

Desde nuestra posición, en este tipo de situación y continuando con el mismo ejemplo, la posición del inspector debería tener dos variables: la primera, que sería reconocer como insubsanable el incumplimiento empresarial por el período de no contratación del seguro lo que implicaría emitir una constancia de hechos insubsanables y la propuesta de una multa por esta infracción sustantiva; y la segunda y simultánea variable en caso el empleador persista en su decisión de no contratar el seguro, que implicaría emitir una medida de requerimiento para que el empleador subsane su incumplimiento en adelante y contrate dicho seguro, requerimiento que de no cumplirse justificaría la propuesta de multa por la infracción por incumplir la medida de requerimiento inspectiva.

En tal sentido, esperar a que un incumplimiento genere un daño real al trabajador para asignarle el carácter de insubsanable a la infracción conexas,

reiteramos, podría en otros escenarios motivar al empleador a no cumplir la normativa laboral y mantener en un estado de riesgo vigente y “potencial” (por ejemplo, en materia de seguridad y salud, no brindar equipos de protección de personal por largos períodos de tiempo sería una infracción subsanable si es que los trabajadores por obra de la fortuna no han sufrido un accidente) a los trabajadores; y sólo proceder a corregir dicho incumplimiento cuando la fiscalización laboral le toque la puerta¹⁴. Con esta posición, la función inspectiva y su finalidad como mecanismo desincentivador de los incumplimientos laborales perdería su real potencia.

VII. CONCLUSIONES

El precedente administrativo emitido por el TFL resulta vinculante para los funcionarios y órganos inferiores jerárquicamente al Tribunal de Fiscalización; por lo tanto, deben aplicarlo a fin de salvaguardar los principios que se buscan proteger con la emisión de los precedentes (igualdad, seguridad jurídica y predictibilidad). Este respeto permitiría a los empleadores determinar, antes de una decisión empresarial, cuál sería el resultado de un procedimiento inspectivo y a los trabajadores desincentivar la presentación de denuncias que no tienen sustento legítimo.

Con relación a los precedentes judiciales y administrativos, consideramos que los criterios jurídicos contemplados en precedentes judiciales laborales -o contenciosos administrativos- prevalecerán a los criterios vinculantes de los precedentes administrativos.

Sobre las modalidades de actuación el TFL ha consolidado la importancia y respeto que deben tener los empleadores ante una visita inspectiva, asimismo, ha establecido parámetros que debe tener el requerimiento de información y en qué casos la infracción puede resultar ser grave o muy grave.

Además de ello, el TFL ha considerado establecer como precedente de observancia obligatoria los requisitos que debe tener las medidas de requerimiento a fin de no vulnerar los principios del TUO de la LPAG, dilucidar una cuestión

¹⁴ Al respecto, cabe precisar que actualmente se tiene a nivel nacional aproximadamente 775 inspectores del trabajo, a fines de este año se incorporará 86 inspectores, es decir aproximadamente 861 inspectores para más de 7.5 millones de trabajadores. Es decir, con esta capacidad operativa es humanamente imposible verificar el cumplimiento de los derechos laborales de cada uno de los trabajadores del país; por ello, consideramos que este criterio incentivaría el incumplimiento.

sostenida por muchos años como lo es determinar que la medida de requerimiento es independiente de la obligación sustantiva, asimismo ha considerado establecer su doble naturaleza (modalidad de subsanación y rectificación). Por otro lado, situación con la que no estamos de acuerdo, el TFL, propicia una inclinación por la subsanación y establece el carácter residual de la insubsanabilidad.

Queremos agregar una apreciación final. Recordábamos que al inicio de esta investigación hacíamos notar que el TFL es un órgano joven y, por ello, podría considerarse que el TFL podría abocarse a dilucidar materias que son muy recurrentes en la inspección y que se presentan con diferente criterio a nivel nacional. Es así como el mayor número de inspecciones que se realizan en nuestro país es el referido al pago de beneficios sociales (debemos recordar que todas las infracciones en esta materia no son consideradas muy graves); por lo tanto, podríamos avizorar que, a pesar de existir la necesidad de criterios vinculantes, nunca se tendrá precedentes sobre estas materias.

Bajo este escenario, ¿Qué hacemos? ¿Planteamos modificaciones al Reglamento del TFL para que este órgano administrativo pueda revisar infracciones graves?. Al respecto, consideramos que lo conveniente es que el Comité de criterios, que en su momento se aprobó mediante Resolución N° 096-2021-SU-NAFIL, nuevamente se pronuncie, pero sobre esas materias que no serán analizadas por el TFL, a efectos de contar con criterios unificadores o parámetros interpretativos en estos asuntos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer. *El sistema de inspección del Trabajo en el Perú. Aspectos jurídicos*. Palestra editores, Lima, 2020.
- CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto. “La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *Derecho PUCP*, N° 73, Lima, 2014.
- ADRIÁN CORIPUNA, Javier. “La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial”. En: *Estudios al precedente constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2007.
- DE LAMA LAURA, Manuel. “La relevancia del Sistema de Inspección del Trabajo como vía de protección de la normativa sociolaboral: razones adicionales para reforzar esta idea desde la jurisprudencia del Tribunal de Fiscalización Laboral”. En: AA.VV. *Derecho del Trabajo. Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual. Estudios en homenaje al profesor Alfredo Villavicencio Ríos*. Volumen II, Palestra editores, Lima, 2024.

- DIEZ-PICASSO, Luis. “La doctrina del precedente administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid, 1998.
- EGUSQUIZA PALACÍN, Beatty. “La naturaleza jurídica de la subsanación La naturaleza jurídica de la subsanación de infracciones en la fiscalización de infracciones en la fiscalización laboral peruana”. En: *Soluciones Laborales*, N° 186, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2023.
- GOMEZ APAC, Hugo. “El régimen jurídico de los precedentes administrativos vinculantes”. En: AA.VV. *Estudios sobre Derecho Administrativo. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Volumen I, Lima, 2021, Derecho & Sociedad.
- GUZMAN NAPURÍ, Christian. “Los principios generales del Derecho Administrativo”. En: *Ius et veritas*, N° 38, Lima, 2009.
- HUAMÁN ESTRADA, Elmer. “El precedente constitucional vinculante y el precedente judicial en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Hacia la búsqueda de la seguridad jurídica y el respeto de la igualdad en el actual proceso laboral”. En: *Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica, N° 26, febrero 2010.
- MENDOZA LEGOAS, Luis. *Principios del Sistema de Inspección del Trabajo. Jurisprudencia del Tribunal de Fiscalización Laboral*. Volumen I, Palestra editores, Lima, 2023.
- MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 11ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. “El aporte de la jurisprudencia en el desarrollo y consolidación de la Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: AA.VV. *Estudios sobre Derecho Administrativo. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Volumen I, Derecho & Sociedad, Lima, 2021.
- RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. “El precedente constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En: AA.VV. *Estudios al precedente constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2007.
- SILVA ROMERO, Cristian Manuel. *La fiscalización administrativa. Naturaleza. Garantías. Procesos. Análisis dogmático y jurisprudencial*, Pacífico Editores S.A.C., Lima, 2024.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y RODRIGUEZ GARCÍA, Fernando. *Manual de Fiscalización Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

PONENCIAS LIBRES

EL DEBIDO PROCEDIMIENTO INSPECTIVO: UNA MIRADA A LA LUZ DE TRES PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

CAMILA MELÉNDEZ

Bachiller en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Actualmente, se desempeña como Asociada Junior del área de
Inspecciones Laborales del estudio Vinatea & Toyama.

I. RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad brindar una aproximación a tres precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal de Fiscalización Laboral, en el 2023 y 2024, relacionados a cómo debería desarrollarse el procedimiento inspectivo respetando el derecho al debido procedimiento, delineando de esa manera el actuar de autoridad administrativa.

Además, adelantando nuestra posición acerca del aporte que estos precedentes brindarían al desarrollo del procedimiento administrativo, también se evidenciará, mediante ejemplos, la necesidad de que estos criterios se uniformicen, a nivel de todas las instancias administrativas, a fin de evitar que se recaiga en contradicciones en los pronunciamientos, ya que ello solo afectaría los derechos de los administrados y una mayor incertidumbre jurídica.

II. INTRODUCCIÓN

Mediante la Ley No. 29981, aprobada por el Congreso de la República del Perú y publicada en el diario “*El Peruano*” el 15 de enero del 2013, se estableció la creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, la “SUNAFIL”).

En la estructura de dicho organismo técnico especializado, se planteó la creación del Tribunal de Fiscalización Laboral (en adelante, el “TFL” o el “Tribunal”) cuya regulación se dio mediante el Decreto Supremo No. 004-2017-TR, que aprobó el Reglamento que regulaba su funcionamiento, definiéndolo como aquel órgano colegiado encargado de resolver aquellos procedimientos sancionadores donde se hubiera interpuesto un recurso de revisión, poniendo fin a la vía administrativa.

No obstante, sus funciones no se limitan a ello, sino también a una muy importante: establecer precedentes de observancia obligatoria. Los precedentes de observancia obligatoria se definen, según el artículo 3 del Decreto Supremo No. 004-2017-TR, como interpretaciones, expresas y de carácter general, realizadas

por el TFL sobre la legislación nacional, bajo su competencia, con la finalidad de buscar mejorar la predictibilidad jurídica en materia laboral.

De esa manera, se entiende que es obligación de la autoridad administrativa, tanto en el procedimiento inspectivo y sancionador, tomar en consideración los precedentes de observancia obligatoria que son emitidos por el TFL.

III. EL PROCEDIMIENTO INSPECTIVO

1 Inicio del procedimiento inspectivo y las actuaciones inspectivas de investigación

El Sistema de Inspección del Trabajo se encuentra compuesto por dos procedimientos: el inspectivo y el sancionador. Centrándonos en el procedimiento inspectivo, este procedimiento implica la realización de diligencias previas de investigación e inspección con la finalidad de verificar el cumplimiento de la normativa sociolaboral y acreditar la existencia de circunstancias que permitan justificar que a un administrado se le debe iniciar un procedimiento sancionador, con una multa propuesta de por medio.

Así, la actuación inspectiva está conformada por aquellas diligencias que son llevadas a cabo por los Inspectores de Trabajo que conforman la SUNAFIL, de manera previa al inicio de un procedimiento administrativo sancionador, con la finalidad de investigar y analizar si un administrado está cumpliendo con la normativa, ya sea sociolaboral como de Seguridad y Salud en el Trabajo (Saco & Campos, 2013, p. 455).

Al respecto, la Ley General de Inspección, Ley No. 28806, cuyo reglamento fue aprobado por el Decreto Supremo No. 019-2006-TR, señala que las actuaciones inspectivas se pueden originar por seis razones:

Artículo 12.- Origen de las actuaciones inspectivas

Las actuaciones inspectivas pueden tener su origen en alguna de las siguientes causas:

- a) Por orden de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o de los órganos de las Administraciones Públicas competentes en materia de inspección del trabajo.
- b) A solicitud fundamentada de otro órgano del Sector Público o de cualquier órgano jurisdiccional, en cuyo caso deberán determinarse las actuaciones que se interesan y su finalidad.

- c) Por denuncia.
- d) Por decisión interna del Sistema de Inspección del Trabajo.
- e) Por iniciativa de los inspectores del trabajo, cuando en las actuaciones que se sigan en cumplimiento de una orden de inspección, conozcan hechos que guarden relación con la orden recibida o puedan ser contrarios al ordenamiento jurídico vigente.
- f) A petición de los empleadores y los trabajadores así como de las organizaciones sindicales y empresariales, en las actuaciones de información y asesoramiento técnico sobre el adecuado cumplimiento de las normas.

Todas estas actuaciones, como se observa, tienen su origen en distintas razones o individuos, siendo la más común la denuncia laboral interpuesta por trabajadores (o extrabajadores), y los Operativos que son realizados por la SUNAFIL cada cierto periodo de tiempo sobre materias específicas.

Es en dicho marco que se origina una Orden de Inspección, mediante la cual los Inspectores realizarán actuaciones de investigación, comprobación u orientación con la finalidad de verificar el cumplimiento de la normativa sociolaboral o de Seguridad y Salud en el Trabajo, conforme al artículo 12 de la Ley General de Inspección.

Las modalidades de actuación inspectiva son: requerimientos de información, visitas inspectivas, requerimientos de comparecencia y comprobación de datos.

Tal y como reconoce la Versión No. 2 de la Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva, aprobada mediante Resolución de Superintendencia No. 216-2021-SUNAFIL, estas actuaciones se realizan de manera previa a un procedimiento sancionador y pueden darse tanto de manera presencial como virtual.

Una vez realizadas las actuaciones inspectivas correspondientes, dentro del plazo otorgado para ello, los Inspectores de Trabajo deberán verificar la existencia, o no, de alguna infracción o vulneración a la normativa sociolaboral o de Seguridad y Salud en el Trabajo.

De haberse verificado que no existe ningún incumplimiento a la normativa por parte del administrado, el Inspector emitirá un Informe de actuaciones inspectivas; no obstante, si se detectará algún incumplimiento:

1. Se emitirá una Medida de Requerimiento, con la finalidad de que el administrado subsane las infracciones que hubieran sido detectadas.

2. Si la infracción es calificada como insubsanable, se emitirá una Constancia de Hechos Insubsanales.

En caso no se hubiera cumplido con la Medida de Requerimiento, se dará fin a la etapa inspectiva y el Inspector emitirá un Acta de Infracción, iniciando así la etapa instructora y sancionadora.

2 El derecho al debido procedimiento administrativo en el procedimiento inspectivo

En el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, el “TUO de la LPAG”), en el numeral 1.12 del artículo IV del Título Preliminar, se reconoce como un principio del procedimiento administrado el del debido procedimiento, mediante el cual:

Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

A modo de resumen, entonces, las garantías que lo componen son: (i) derecho a ser notificados; (ii) derecho a acceder al expediente; (iii) derecho a refutar los cargos imputados; (iv) derecho a exponer argumentos y presentar alegatos complementarios; (v) derecho a ofrecer y producir pruebas; (vi) derecho a solicitar el uso de la palabra; (vii) derecho a una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente y en un plazo razonable; y, (viii) derecho a impugnar resoluciones.

Además, el mismo numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, reconoce que este debido procedimiento se rige por los principios del Derecho Administrativo (principio de legalidad, principio de razonabilidad, principio de debida motivación, etc.), siendo aplicable la regulación del derecho procesal, cuando sea compatible.

Mediante la Sentencia recaída en el Expediente No. 06149-2006-AA/TC, del 12 de noviembre del 2016, el Tribunal Constitucional del Perú estableció

que el debido proceso no se encuentra limitado solo a los procesos judiciales; por lo contrario, abarca a cualquier procedimiento o proceso, debiéndose extender su aplicación a ellos:

35. Este Tribunal tiene afirmado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales.

Del mismo modo, esta posición fue reafirmada mediante la Sentencia contenida en el Expediente No. 2209-2022-AA/TC, donde se indicó lo siguiente:

15. Aunque no se ha sustentado, se ha deslizado también la tesis de que el acto reclamado por el recurrente habría vulnerado el derecho al debido procedimiento. Este derecho, como ha recordado el Tribunal Constitucional en diversos casos, es una garantía que si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable el ámbito de los procedimientos administrativos.

Ahora, el debido procedimiento administrativo, según Eduardo Ortiz, se define como:

(...) el conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir (Ortiz, 1981, p.383).

Esta definición del procedimiento administrativo lo sitúa como una actividad de carácter instrumental destinada a satisfacer el interés y fin público, siendo el administrado una parte integral de este procedimiento.

Su esencia, según Enrique Rojas, es la de asegurar que los fines de la Administración sean cumplidos respetando los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados, respetando sus garantías (Rojas, 2011, p.182).

Si bien en el Perú la ley General de Inspección del Trabajo no prevé de manera expresa la aplicación del principio del debido procedimiento en las inspecciones laborales, como ocurre con los procedimientos administrativos

sancionadores, consideramos que estás si vienen siendo tomadas en cuenta durante el desarrollo de las actuaciones inspectivas.

Ello debido a que, como las resoluciones que desarrollaremos en el siguiente apartado, existen inobservancias de los inspectores de trabajo a alguna de estas garantías que son advertidas por las Sub-Intendencias, Intendencias o hasta incluso por el TFL, lo cual ha generado que en diversos casos se hubiera dejado sin efecto multas, por implicar una vulneración, a los derechos de los administrados.

Es más, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desprende que las garantías del debido procedimiento no están únicamente reservadas para el procedimiento administrativo sancionador sino a cualquier actuación donde la decisión de la autoridad recae en el administrado, así se menciona en el fundamento 36 de la sentencia recaída en el expediente Nro. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC:

(...) las exigencias de su respeto y protección deben observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), y también ante tribunales arbitrales, entre otros.

Consecuentemente, se entiende que, dada la naturaleza de las actuaciones inspectivas realizadas por los Inspectores, les pueden ser aplicables las garantías que enmarcan del debido procedimiento administrativo.

IV. EL PROCEDIMIENTO INSPECTIVO DESDE LA MIRADA DE TRES PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

Ahora, como hemos venido desarrollando a lo largo del presente artículo, el derecho al debido procedimiento, y los principios que lo componen, cumple la función de una suerte de protector de las garantías del administrado frente al actuar de, en este caso, los Inspectores de Trabajo o las Autoridades Administrativas.

Por ello, pasaremos a abordar tres principales precedentes de observancia obligatoria, emitidos recientemente por el Tribunal de Fiscalización Laboral

cuya finalidad es delimitar el actuar de los Inspectores de Trabajo durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador.

1. Resolución de Sala Plena No. 001-2023-SUNAFIL/TFL: sobre el principio de verdad material durante el procedimiento inspectivo.

Una de las garantías que otorga el debido procedimiento, a los administrados, es la del derecho a probar. En palabras de Morón, dicha garantía implica “el derecho a presentar material probatorio, a exigir que la Administración produzca y actúe los ofrecidos por el administrado en tiempo hábil, y a contradecir aquellos que otro administrado o la Administración considere relevante para resolver el asunto” (Morón, 2019, p. 87).

Es así como este derecho, en el procedimiento inspectivo, se materializa en el principio de verdad material. Según el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, este principio es definido de la siguiente manera:

1.11 Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En palabras de Jiménez-Vargas (2012), las actuaciones llevadas a cabo por la autoridad administrativa deberán buscar la clarificación de los hechos que en realidad ocurrieron, prevaleciendo la verdad material por encima de la verdad formal (Jiménez, 2012, p. 28); razón por la cual, todo medio probatorio que obre tanto en el expediente inspectivo como sancionador debe ser analizado a fin de llegar a la verdad de los hechos.

A razón de ello, la autoridad administrativa deberá adoptar todas las medidas necesarias para evaluar los medios probatorios, aun cuando estos no hubiesen sido brindados por el administrado, conforme a lo señalado en el artículo 44 de la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley No. 28806, que señala que el procedimiento sancionador se basa en la observación del debido proceso y, por ende, en obtener una decisión fundada en hechos y derechos.

Si bien es cierto que este principio no implica que se debe presumir como cierto y verdadero todo lo que es presentado como medio probatorio de parte del administrado, esto no significa que debe considerarse como falso o insuficiente lo que es presentado por este mismo sin haberlo evaluado de manera previa y correcta.

Por el contrario, la correcta valoración de los medios probatorios no solo asegura que se respeten los principios de legalidad y debido procedimiento, sino que también protege los derechos fundamentales de los administrados. Así, esto se configura como un pilar esencial para el ejercicio objetivo e imparcial del poder de parte de la autoridad administrativa.

Así, según Roberto Jiménez, la actuación de la Administración no debe limitarse a la recepción de las denuncias laborales o el inicio de operativos, sino que debe estar guiada a realizar lo necesario para obtener los medios probatorios que permitan plasmar la verdad material dentro de un procedimiento (2011, p. 201).

Fue en esa línea que, el 05 de enero del 2023, el Tribunal de Fiscalización Laboral emitió la Resolución de Sala Plena No. 001-2023-SUNAFIL/TFL, mediante la cual sentó los siguientes precedentes de observancia obligatoria en cuanto a la valoración de los medios probatorios y la obligación de la autoridad administrativa de respetar el principio de verdad material, lo cual se desprende de sus fundamentos 6.19, 6.20, 6.21 y 6.22 respectivamente:

- La autoridad administrativa debe asegurar el cumplimiento del principio de verdad material. Por ello, deberá verificar de manera fehaciente los hechos que motivaron sus decisiones y la determinación de una multa o de obligaciones por parte del administrado. A raíz de ello, tanto la autoridad fiscalizadora como la sancionadora deberán evaluar ampliamente la prueba directa e indirecta que ha sido actuada en los expedientes y, además, extender las medidas razonables que permitan satisfacer la carga probatoria que reca en la Administración.
- Tanto en el procedimiento de fiscalización como en el sancionador, se deberá tener los indicios suficientes que aseguren que se ha comprobado la existencia de una infracción a la normativa laboral de parte del administrado, y que merezca ser sancionada. Esto será vital para sostener una imputación de responsabilidad al administrado.

- La carga de la prueba recae en la autoridad administrativa, y responde al derecho fundamental de administrado a brindar los medios probatorios que considere pertinentes que le permitan sustentar sus argumentos. Estos medios probatorios deberán ser analizados y valorados por la autoridad administrativa al momento de determinar si corresponde, o no, imponerle una sanción.
- La alegación del principio de presunción de licitud por parte del administrado no es sustento suficiente para que se desvirtúe la comisión de las infracciones que le han sido imputadas. Por el contrario, si la autoridad administrativa sustenta la responsabilidad del administrado, la carga de la prueba se traslada a este; por lo que, para desestimar dichos reproches deberá presentar medios de prueba, correspondiéndole a la Administración resolver en base a la valoración conjunta de las pruebas aportadas durante todo el procedimiento.

Así, es imperativo, para tener una decisión fundada en derecho, el que la autoridad administrativa valore todos los medios de prueba que obren en el expediente, inspectivo y sancionador, de manera conjunta y poder uniformizar los estándares de valoración de las pruebas.

Pese a ello, este precedente sobre el principio de verdad material no ha sido aplicado de manera uniforme por parte de la autoridad administrativa. Esto debido a que, por ejemplo, se sancionaba a una Empresa por incumplimientos en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, pese a que, a lo largo del procedimiento sancionador, había evidenciado con medios probatorios que no se le notificó el Anexo 2 del Acta de Infracción, con el detalle de los 891 trabajadores señalados como afectados.

Resolución No. 048-2024-SUNAFIL/TFL-Primera Sala	
Tribunal de Fiscalización Laboral	19 de enero del 2024
Resumen del caso: se sancionaba a una Empresa bajo dos infracciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, por el monto total de S/ 276,848.00; esto debido a que, supuestamente, la Empresa no habría cumplido con entregar equipos de protección personal a sus trabajadores y porque no habría cumplido la Medida de Requerimiento.	
Sustento de la decisión del Tribunal: • Las notificaciones efectuadas se realizaron de manera correcta, debido a que la Empresa había recibido las alertas a correspondientes a su correo electrónico; por lo que, los argumentos esbozados por la Empresa debían ser desestimados.	

Datos relevantes:

- El Acta de Infracción notificada a la Empresa, inicialmente, solo contenía solo 10 páginas, cuando el documento original tenía 72.
- Este hecho fue puesto a conocimiento de la autoridad administrativa desde el recurso de apelación, interpuesto en marzo del 2022; sin embargo, no fue tomado en consideración por las instancias correspondientes.
- No fue hasta junio del 2024 que el Tribunal, decidió tomar en cuenta lo señalado por la Empresa en su solicitud de nulidad de oficio, ya que pudo evidenciar que sí había existido una notificación defectuosa de la Imputación de Cargos y del Acta de Infracción.

Existen, además, otros casos en los que la autoridad administrativa considera que los medios probatorios presentados por una Empresa no son suficientes para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones; no obstante, no se esbozan las razones de su insuficiencia. Así, una Empresa fue sancionada por, supuestamente no haber cumplido con el pago de las remuneraciones y beneficios sociales de una trabajadora, pese a que la Empresa presentó no solo las boletas de pago, sino también las constancias de depósito.

Resolución de Sub-Intendencia No. 1236-2024-SUNAFIL/ILM/SISA1	
Sub-Intendencia de Sanción 1 de Lima Metropolitana.	20 de agosto del 2024
Resumen del caso: se sancionaba a una Empresa seis infracciones por no haber acreditado el pago de las remuneraciones y beneficios sociales de una trabajadora, por el monto total de S/ 46,112.00.	
Sustento de la decisión de la Sub-Intendencia: • La Empresa no habría cumplido con acreditar el pago de las remuneraciones y los beneficios sociales de la trabajadora, debido a que no habría presentado medio probatorio idóneo que acredite el cumplimiento de sus obligaciones.	
Datos relevantes: • La Empresa, tanto en la etapa inspectiva como en la sancionadora, presentó las boletas de pago y las constancias que acreditaban que sí había cumplido con el pago de las remuneraciones y beneficios sociales de la trabajadora. • No se esbozaron razones ni argumentos, en la Resolución de Sub-Intendencia, por las cuales las constancias de pago no eran un medio probatorio válido para la acreditación del cumplimiento de las obligaciones.	

De ello, es crucial, para una aplicación efectiva de este derecho, que la autoridad administrativa actúe de manera rigurosa en la valoración de los medios probatorios, asegurando que la totalidad haya sido tomada en consideración para emitir una decisión, y criterios, más firmes.

A modo de resumen, es indispensable el respeto al principio de verdad material para la legitimidad de las decisiones que son emitidas en el marco de un procedimiento inspectivo y sancionador. Solo con la observancia estricta de

este principio, se asegurará una protección efectiva a las garantías y derechos de los administrados.

2. Resolución de Sala Plena No. 012-2023-SUNAFIL/TFL: sobre el deber de los Inspectores de agotar todas las modalidades de actuación inspectiva a fin de cumplir con la finalidad de la Inspección Laboral

En la actualidad, el uso de las nuevas tecnologías digitales ha permitido que múltiples procesos, que antes eran muy tediosos, se puedan simplificar y agilizar permitiendo una mayor productividad. La Inspección del Trabajo, no fue ajena a la incorporación de estas tecnologías buscando una mayor eficiencia en fiscalización y en la orientación; es más, el Decreto Legislativo No. 1499, permitió que dichas facultades se ejercieron mediante el uso de los sistemas de comunicación digital y de tecnologías de la información y comunicación, creando los requerimientos de información por medio de sistemas de comunicación electrónica (Gayoso, 2023, p.128).

Los Inspectores de Trabajo, para poder fiscalizar y orientar a los empleadores sobre el cumplimiento de la normativa, se encuentran facultados para que, en el marco de una Orden de Inspección, puedan realizar todas las modalidades inspectivas que consideren pertinentes para cumplir con la verificación del cumplimiento de la normativa por parte del administrado.

En esa línea, la Versión No. 02 de la Directiva No. 001-2016-SUNAFIL/INII, “Reglas generales para el ejercicio de la función inspectiva”, señala lo siguiente:

7.13.2.5. El Inspector actuante tiene la obligación de agotar los medios necesarios para lograr el objeto de la orden de inspección que motivó la realización de la visita inspectiva, sin perjuicio de extender el acta por la infracción constatada (2016, p. 32).

Pero estas actuaciones se deben realizar sin perder de vista la carga probatoria del Sistema de Inspección del Trabajo. Esta carga probatoria, como señala Baca, se encuentra enmarcada en el principio de presunción de licitud y obliga a la autoridad administrativa a realizar una actividad probatoria que le permita acreditar y sustentar la imputación de la comisión de una infracción al administrado (Merino, 2020, p. 271).

Al respecto, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia recaída en el Expediente No. 238-2002-PA-TC, ha precisado lo siguiente en su fundamento 5:

(...) Toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; este debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad. Así la presunción de inocencia(...) constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en sus diversas manifestaciones.

Es en ese marco que el 24 de septiembre del 2023, el Tribunal de Fiscalización Laboral estableció, a través de la Resolución de Sala plena No. 012-2023-SUNAFIL/TFL, en sus fundamentos 11, 12 y 13 declara como precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

- En caso de que el Inspector de Trabajo advierta que existe una falta de respuesta a un primer requerimiento de información, a través de los sistemas de comunicación electrónica, deberá realizar alguna de las otras modalidades de actuación inspectiva a fin de emplear alternativas adicionales de investigación que le permitan determinar la existencia de algún incumplimiento por parte del administrado.
- Si el actuar del Inspector se limita a reiterar, vía casilla electrónica, un requerimiento de información, pese a que no recibió respuesta al requerimiento de información previo, y no realiza otra modalidad de actuación inspectiva, no se logrará cumplir con la finalidad de la Orden de Inspección.
- El Inspector podrá comunicarse, siempre que sea razonable, con el administrado mediante vía telefónica, mensajes de texto, mensajería instantánea u otro mecanismo a fin de informar acerca de la notificación realizada vía casilla electrónica, buscando agotar todos los medios necesarios para poder lograr el objetivo de la investigación.

Si bien los requerimientos de información constituyen los medios más idóneos para que los Inspectores de Trabajo puedan acreditar o verificar el cumplimiento de la normativa o de los deberes de los administrados, estas actuaciones se deben ajustar a la necesidad de asegurar el fin que justifica el inicio de una inspección administrativa, ya que, de lo contrario, se estaría incurriendo en un actuar arbitrario (Tirado, 2011, p. 258).

En concordancia con ello, el criterio establecido por el Tribunal de Fiscalización Laboral entonces es claro: debe existir un agotamiento de medios utilizados por los Inspectores de Trabajo, y su actuar no debe limitarse a la emisión reiterada de requerimientos de información; de lo contrario, no se cumplirá la finalidad que dio origen a la Orden de Inspección.

Pese a que la normativa y el precedente son claros sobre la necesidad de agotar todas las modalidades de actuación inspectiva, hemos identificado casos en los que las conclusiones a las que arriban las autoridades parecen contradecir dicha obligación.

Resolución de Intendencia No. 180-2024-SUNAFIL/ILM	
Intendencia de Lima Metropolitana	29 de enero del 2024
Resumen del caso: se sancionaba a una Empresa bajo dos infracciones contenidas en el numeral 46.3 del RLGIT ¹ , por el monto total de S/ 23,144.00; esto debido a que, supuestamente, la Empresa no habría cumplido con dar respuesta a dos requerimientos de información.	
Sustento de la decisión de la Intendencia: • Si bien la Resolución de Sala Plena No. 012-2023-SUNAFIL/TFL determinó la obligación del Inspector de desplegar diversas modalidades de actuación inspectiva, ello no desestima las infracciones determinadas en este caso. • El precedente de dicha Resolución se emitió en el año 2023; por lo que, no es aplicable al caso dado que las infracciones se configuraron el 20 de octubre y 05 de noviembre del 2021. • El comportamiento del administrado frustró la fiscalización de las materias de la Orden de Inspección.	
Datos relevantes: • Los requerimientos de información por los que se sancionaba a la Empresa solicitaban la misma documentación. • En los treinta días hábiles, la Inspectora solo realizó los dos requerimientos de información por los que se sancionó a la Empresa.	

En otro caso, el Tribunal de Fiscalización Laboral decidió declarar infundado el recurso de revisión interpuesto por la Empresa debido a que, de manera contradictoria, sostiene que el actuar diligente por parte de los Inspectores al que hace referencia el Precedente se limitó a la correcta notificación de los requerimientos de información.

1 En adelante, se entenderá por “RLGIT” al Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo 019-2006-TR

Resolución No. 471-2024-SUNAFIL/TFL-Primera Sala	
Tribunal de Fiscalización Laboral	17 de mayo del 2024
Resumen del caso: se sancionaba a una Empresa bajo dos infracciones contenidas en el numeral 46.3 del RLGIT, por el monto total de S/ 46,200.00; esto debido a que, supuestamente, la Empresa no habría cumplido con dar respuesta a dos requerimientos de información.	
Sustento de la decisión del Tribunal: • La Empresa no cumplió en presentar información dentro del plazo otorgado; por lo que, se frustró la fiscalización. • Los requerimientos se notificaron válidamente, remitiéndose incluso las alertas correspondientes; en ese sentido, las acciones adoptadas por la Inspectora fueron diligentes y razonables, habiéndose cumplido con lo establecido en la Resolución de Sal Plena No. 012-2023-SUNAFIL/TFL.	
Datos relevantes: • La Empresa sí había presentado documentación; a pesar de que el tipo infractor no calzaría con la conducta imputada, el Tribunal decidió sancionar a la Empresa. • Durante el desarrollo de las actuaciones inspectivas, que buscaban verificar el cumplimiento de la normativa en materia de relaciones colectivas y actos de hostilidad, únicamente se realizaron dos requerimientos de información.	

A pesar de dichas contradicciones, consideramos que la obligación de la autoridad administrativa agotar todas las modalidades inspectivas para que se cumpla con la finalidad de la Inspección, es un requisito para asegurar que se obtuvo una resolución basada en lo más cercano a la verdad de los hechos. Por otro lado, si esta obligación fuera cumplida a cabalidad por los Inspectores de Trabajo, no cabría lugar a cuestionamientos acerca de si su labor fue o no deficiente al momento de verificar el cumplimiento de la normativa materia de investigación.

3. Resolución de Sala Plena No. 006-2024-SUNAFIL/TFL: sobre la importancia de que los Inspectores de Trabajo acrediten la responsabilidad del administrado en casos de actos de hostilidad

Como sabemos, entre los derechos de los empleadores se encuentra el de poder ejercer su potestad disciplinaria y poder controlar de manera directa la forma en la que se lleva a cabo las relaciones laborales, y las actividades que realizan los trabajadores.

Pero esta facultad tiene un límite, y es su uso razonable y no arbitrario. Esto se puede considerar como aquellas situaciones en las que se modifiquen las condiciones laborales de un trabajador con la finalidad de causarle un perjuicio,

o cuando el trabajador sea objeto de actos que perturben su tranquilidad y el cumplimiento de sus funciones (Díaz, 2011, p. 5).

En ese sentido, los actos de hostilidad se definen como aquellos en los que incurre un empleador cuando excede el ejercicio de su facultad de dirección y no pueden ser controlados por los trabajadores (Toyama, 2015, p. 251).

En el Perú, mediante el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, entre los actos de hostilidad equiparables al despido tenemos aquellos que atenten la moral y la dignidad de un trabajador, los cuales le generen un perjuicio.

El Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo 019-2006-TR, regula, en el numeral 14 del artículo 25, como una infracción muy grave a la normativa sociolaboral los actos de hostilidad y cualquier otro que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales.

Para delimitar el accionar de los Inspectores de Trabajo al momento de proponer una sanción por la comisión de actos de hostilidad por parte de un empleador, el Tribunal de Fiscalización Laboral emitió el 23 de abril del 2024 la Resolución de Sala Plena No. 006-2024-SUNAFIL/TFL, mediante la cual se sentó los siguientes precedentes de observancia obligatoria en sus fundamentos 6.9, 6.10, 6.11 y 6.12 respectivamente:

- En una relación laboral, el empleador puede reglamentar las funciones del trabajador, dictar órdenes y ejercer su poder disciplinario para sancionar a quienes no acaten dichas ordenes; no obstante, esto debe realizarse respetando la Constitución Política del Perú, las leyes, los derechos fundamentales y el principio de razonabilidad como límite para evitar tomar decisiones arbitrarias.
- Así, un acto de hostilidad implica un uso desmedido del poder de dirección por parte del empleador. Por ello, la Inspección de Trabajo tiene la obligación de determinar la existencia de una afectación desproporcionada a los derechos del trabajador, en los medios y fines disponibles para el ejercicio de dicho poder, considerando las garantías de indemnidad y las normas laborales vigentes. En ese sentido, los Inspectores mediante las actuaciones inspectivas y la valoración de los medios probatorios recopilados, deben determinar y demos-

trar la existencia de un daño, y la conexión de esta acción u omisión y el empleador.

- No es suficiente que solo se describa el supuesto comportamiento hostil por parte del empleador para concluir con su existencia; se debe probar, con medios probatorios directos o indirectos, la existencia de responsabilidad administrativa por la comisión de dicho acto hostil. Los inspectores deberán demostrar los motivos por los que se ha afectado la dignidad o los derechos constitucionales del trabajador afectado.
- De ahí radica la importancia de que, durante las actuaciones inspectivas, los Inspectores recaben todos los medios probatorios suficientes que le permitan acreditar la existencia del elemento objetivo y subjetivo para poder proponer que a un administrado se le sancione por la supuesta comisión de un acto de hostilidad.

Esto se encuentra estrechamente vinculado a la garantía contenida dentro del debido procedimiento, sobre el derecho de los administrados a obtener una Resolución debidamente motivada, ya que, de no acreditarse o demostrarse que se configuraron los elementos constitutivos de un acto de hostilidad, la autoridad administrativa estaría incurriendo en una indebida motivación.

De esa manera, en resumen, no basta que la autoridad administrativa se limite a describir el supuesto acto de hostilidad que el administrado habría cometido en perjuicio de un trabajador; sino que deberá probar con medios probatorios idóneos que dicho ha acto ha buscado afectar los derechos constitucionales de los trabajadores.

No obstante, contrario a este criterio hemos identificado casos donde pese a que no se acreditó la existencia de una afectación desproporcionada de parte del administrado, se continúa sosteniendo la comisión de una infracción a la normativa sociolaboral, en materia de actos de hostilidad, de parte del empleador.

Resolución de Sub-Intendencia No. 503-2024-SUANFIL/ILM/SISA3	
Sub-Intendencia de Sanción 3 de la Intendencia de Lima Metropolitana	27 de marzo del 2024
Resumen del caso: se sancionaba a una Empresa bajo las infracciones contenidas en el numeral 25.14 y en el 46.7 del RLGIT, por el monto total de S/ 19,350.00; esto debido a que, supuestamente, la Empresa habría cometido un acto de hostilidad al cambiar su centro de trabajo habitual a dos trabajadores, afectando su dignidad.	

Sustento de la decisión de la Sub-Intendencia:

- No se acreditó que la decisión de la Empresa de modificar el centro de labores de los trabajadores hubiera sido una decisión razonable o que contaba con causa justa, pues lo que se buscaba era la intención de generar un perjuicio a los trabajadores disminuyendo sus ingresos mensuales y perjudicando su desarrollo familiar.

Datos relevantes:

- La Sub-Intendencia reconoció que los contratos de los trabajadores presentados durante las actuaciones inspectivas, que no fueron valorados por los inspectores, facultaban a la Empresa a que sean trasladados a cualquier otra sede, y que se le había otorgado una bonificación económica debido a la rotación. Pero ello no era elemento suficiente para que el traslado se haya dado en base a una causa objetiva.
- Esta Resolución se emitió por orden del Tribunal, en la Resolución No. 1040-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, que resolvió declarar fundado en parte el recurso de revisión de la Empresa porque no analizó los argumentos esbozados por la Empresa sobre la información contenida en el contrato de trabajo, que el distrito al que se les roto no era un ámbito geográfico distinto (ambos eran parte de Lima Metropolitana), y sobre el bono económico entregado a los trabajadores; no acreditándose la existencia de un acto hostil.

Otro caso común de las resoluciones revisadas para el presente artículo, donde se alega una vulneración a la dignidad y derechos constitucionales de un trabajador como el derecho a la defensa, es aquel donde, a criterio de la autoridad administrativa, no se le otorga un plazo para efectuar sus descargos antes de la imposición de una medida disciplinaria; ello a pesar de que la normativa peruana no establece dicha obligación.

Informe Final de Instrucción No. 720-2024-SUNAFIL/ILM/SINS/AI3	
Sub-Intendencia de Sanción de la Intendencia de Lima Metropolitana	24 de julio del 2024
Resumen del caso: se propuso sancionar a una Empresa bajo las infracciones contenidas en el numeral 25.14 y en el 46.7 del RLGIT, por el monto total de S/ 26,037.00; esto debido a que, supuestamente, la Empresa habría cometido un acto de hostilidad al no haberle otorgado un plazo de seis días hábiles para ejercer su derecho de defensa en el marco de un procedimiento disciplinario del que fue parte.	
Sustento de la decisión de la Sub-Intendencia: • La Empresa no acreditó haberle brindado al trabajador un plazo de 06 días hábiles para brindar sus descargos luego de la imputación de la comisión de una falta disciplinaria que le fue imputada.	
Datos relevantes: • La normativa peruana establece, en el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competencia Laboral, que fue una de las normas vulneradas señaladas desde la etapa inspectiva, establece únicamente un procedimiento específico cuando se trata de la imposición de la sanción máxima, que es el despido. • Ni la autoridad inspectiva, ni la instructora, tomó en consideración que el trabajador sí había brindado sus descargos mediante correo electrónico, el mismo día que le fue notificada la sanción.	

Al tratarse de una supuesta vulneración a derechos constitucionales, es de gran importancia que, al atribuir responsabilidad administrativa a un empleador, la autoridad administrativa esboce las razones claras y objetivas por las cuales se debería imputar una sanción al administrado.

Sustentarlo desde una mirada únicamente proteccionista de los trabajadores, solo genera que se deje de lado los derechos del administrado a obtener una decisión fundada en derecho; ello sin tomar en cuenta el perjuicio reputacional que se generaría de comprobarse que, en realidad, no existió un ánimo de generar un perjuicio a los trabajadores.

V. CONCLUSIONES

Como hemos venido mencionando a lo largo del presente artículo, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha reconocido que el derecho al debido procedimiento no solo debe ser observado por la autoridad administrativa en el procedimiento sancionador, sino que también en el procedimiento.

Los tres precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal, que fueron analizados para el presente artículo, tienen un elemento clave en común que es la necesidad de que las autoridades administrativas respeten por el derecho del administrado a un debido procedimiento, inspectivo y sancionador.

Si bien consideramos que es un gran acierto los criterios establecidos mediante estos precedentes de observancia obligatoria, también consideramos que aún existen pronunciamientos que podrían poner en tela de juicio la coherencia y eficacia del propio sistema inspectivo, así como podrían evidenciar una falta de equidad o una interpretación antojadiza con respecto a la aplicación de los criterios establecidos por el máximo ente del Sistema Inspectivo, y de las normas laborales y administrativas.

La falta de una aplicación unificada y rigurosa de los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal no permitiría sustentar de manera adecuada y objetiva la imputación de infracciones laborales a los administrados; por lo cual, consideramos imperativo que la autoridad administrativa realice un esfuerzo por unificar y aclarar dichos criterios.

Esta aclaración y unificación de criterios sobre la aplicación de las obligaciones, tanto de los administrados (como empleadores) y de parte de la autoridad

administrativa, permitirían que el sistema de inspección laboral se fortalezca y se genere un entorno con mayor seguridad jurídica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de la República de Perú. (2006, 22 de julio). *Ley 28806. Por la cual se expide la Ley General de Inspección del Trabajo*. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H921718>
- Congreso de la República del Perú. (2013, 15 de enero). *Ley 29981. Por la cual se crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), modifica la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales*. Diario Oficial El Peruano. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29981.pdf>
- Díaz, R. (2011). *Actos de hospedamiento en la relación laboral*. Gaceta Jurídica. <https://es.scribd.com/document/553651871/Libro-Actos-de-Hostigamiento-en-La-Relacion-Laboral-Raquel-Diaz>
- Gayoso, G. (2023). Las infracciones continuadas en la inspección del trabajo en el Perú. *Contrariedades del Tribunal de Fiscalización Laboral. Laborem*, 21(28), 127–148. <https://doi.org/10.56932/laborem.21.28.5>
- Jiménez, R. (2011). Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (67), 189-206. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.008>
- Jiménez, R. (2012). Los Principios del Proceso Contencioso Administrativo. *Revista De Derecho Administrativo*, (11), 21-33. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13543>
- Merino, R. B. (2020). Alcances de la presunción de licitud en el procedimiento administrativo sancionador. *Derecho & Sociedad*, (54), 267-276. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22419>
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2020, 10 de mayo). Decreto 1499. Que establece diversas medidas para garantizar y fiscalizar la protección de los derechos socio laborales de los/as trabajadores/as en el marco de la emergencia sanitaria por el covid – 19. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1258948>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017, 31 de marzo). *Decreto 004. Por el cual se aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral*. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1226958>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017, 20 de marzo). *Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444- Ley del Procedimiento*

- Administrativo General*. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1176693>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (1997, 27 de marzo). *Decreto 003. Por el cual se expide el Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H774215>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2006, 29 de octubre). *Decreto 019. Que aprueba el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H930717>
- Ortiz, E. (1981). Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública. *Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. 1-445.
- Resolución Nro. 012-2023-SUNAFIL/TFL. (2023, 24 de setiembre). Tribunal de Fiscalización Laboral (Orsini, D.). <https://drive.google.com/file/d/1PECHw0ReRFxqWQMNNzO-kGG4YSFdmC-B/view>
- Resolución Nro. 006-2024-SUNAFIL/TFL. (2024, 23 de abril). Tribunal de Fiscalización Laboral (Orsini, D.). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6434537/5630205-resolucion-de-sala-plena-n-006-2024-sunafil_tfl.pdf?v=1717690592
- Rojas, F. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Derecho Pucp*, (67), 177-188. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.008>
- Saco, M y Campos, D. (2013). En búsqueda de un sistema de fiscalización y supervisión laboral adecuado: A propósito de la creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, *IUS ET VERITAS*, 23(46), 450-465. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11983>
- Sentencia 238-2002-PA-TC (2002, 20 de agosto). Tribunal Constitucional (Rey Terry, Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00238-2002-AA.html>
- Sentencia 2209-2022-AA/TC (2003, 12 de mayo). Tribunal Constitucional (Rey Terry, Gonzales Ojeda, García Toma). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02209-2002-AA.pdf>
- Sentencia 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (2006, 11 de diciembre). Tribunal Constitucional (García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Landa Arroyo, Mesía Ramirez). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.pdf>
- Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. (2021, 10 de agosto). Resolución de Superintendencia Nro. 216-2021-SUNAFIL. *Por la cual se aprueba la Versión 2 de la Directiva Nro. 001-2020-SUNAFIL/INII, denominada Directiva sobre el*

ejercicio de la función inspectiva. <https://www.gob.pe/institucion/sunafil/normas-legales/2062901-216-2021>

Tirado, J. (2011). Reflexiones en Torno a La Potestad de Inspección o Fiscalización de La Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, (37), 251-262. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177>

Toyama, J. (2015). *El derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*. Gaceta Jurídica.

IMPLICANCIAS DEL DEBER DE COLABORACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS INSPECTIVOS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

CARLOS RODRIGO ABARCA RUBIANES*

Abogado por la Universidad Católica San Pablo, Magíster en Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universitat de Valencia
(España)

* Abogado por la Universidad Católica San Pablo, Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universitat de Valencia (España), Magíster en Derecho Público por la Universitat Abad Oliba – CEU – Barcelona (España) y Doctorando en Derecho en la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Docente de pre y post grado en la Universidad Tecnológica del Perú, Universidad Católica San Pablo y Universidad de La Salle. Árbitro inscrito en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

I. INTRODUCCIÓN

En la nonagésima séptima reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo se emitió la “*Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*” en donde se plantea la necesidad de promover sistemas de empleabilidad que garanticen condiciones dignas de trabajo sin que ello implique una obstaculización al desarrollo de los objetivos económicos y sociales de cada nación en entornos cada vez más tecnológicos y competitivos.

Esta premisa internacional es compatible con nuestro sistema jurídico nacional que en el artículo 23 de la Constitución Política establece que el Estado “*promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo*”; y es que no podemos olvidar que el trabajo constituye un medio de desarrollo no solo personal sino también colectivo y este hecho queda plasmado en el artículo 22 de la Carta Magna; por este motivo es que se busca no solo promover mayor acceso a puestos de trabajo, sino también verificar que los mismos cumplan con estándares óptimos para su desarrollo, respetando a su vez la dignidad de la persona humana; y es que, como nos recuerda el profesor español MONTOLYA MELGAR (2020) en su comentario sobre el óleo “*La fragua de Vulcano*” de Diego Velásquez:

“El inmenso cambio operado con la gran invención del Derecho del Trabajo hace hoy felizmente anacrónica la imagen de esos operarios descalzos, desprovistos de los más elementales medios de prevención de riesgos, y, aunque esto no se vea en el cuadro, también faltos de los grandes derechos (libre sindicación y huelga, limitación del tiempo de trabajo, formación profesional, seguridad social) que hoy les reconocen la Constitución y las leyes.” (p.57)

De esta forma, la inspección de trabajo juega un rol preponderante en cualquier sociedad civilizada, toda vez que no solo basta con el reconocimiento de derechos de naturaleza sociolaboral por parte del legislador, sino que también se debe procurar su ejecutabilidad y ante su incumplimiento la imposición de

la sanción correspondiente; y es que, como nos dicen con acierto los profesores españoles PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA:

“La existencia de órganos administrativos especializados en relaciones laborales es, así pues, la consecuencia histórica de la originaria intervención – normativa y administrativa- del Estado en la cuestión social, causa eficiente de los ordenamientos jurídicos y administraciones laborales modernas” (2022: 772)

En los últimos años, la Superintendencia de Fiscalización Laboral (en adelante SUNAFIL) está asumiendo un papel cada vez más activo en la verificación del cumplimiento de obligaciones de carácter laboral por parte de los empleadores y esto se evidencia en sus cifras oficiales. Por ejemplo, de enero a abril de 2024 se han atendido 21,798 denuncias y se ha orientado a 92,901 personas en derechos laborales, siendo las Intendencias más activas las de Lima Metropolitana, La Libertad e Ica.¹.

El éxito de un procedimiento de inspección por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo sin duda alguna se logra cuando el fiscalizador cuenta con la información y documentación necesaria que le permita verificar con certeza el cumplimiento o no de las disposiciones normativas laborales por parte del empleador; para lograr este fin se cuenta con una herramienta sumamente efectiva como es el deber de colaboración regulado en el artículo 09 de la Ley N° 28806 -Ley General de Inspección (en adelante LGI) y en el artículo 15 de su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante RLGI) mediante el cual los representantes del empleador, los trabajadores así como cualquier individuo responsable de cumplir con las disposiciones laborales se encuentran obligados a colaborar con los inspectores de trabajo; este imperativo legal se encuentra también enmarcada en la regulación general en el inciso 2 del artículo 67 y en el artículo 243 del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS – Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante TUO de la LPAG) que establecen que los administrados deben prestar su colaboración en el esclarecimiento de los hechos en un procedimiento administrativo.

1 SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL – SUNAFIL: Boletín SUNAFIL Te Informa, Abril 2024, disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6307465/5544737-sunafil-informa_abril_2024.pdf?v=1715104789

Lamentablemente, este mecanismo es utilizado no solo de forma incorrecta, sino muchas veces de manera abusiva por parte de los inspectores, quienes invocando esta obligación, en la etapa de investigación, i) requieren documentación excesiva en un plazo irrazonable, ii) solicitan la elaboración de documentación no prevista en la ley, iii) requieren el cumplimiento de requisitos no contemplados en la norma e iv) incluso llegan a exigir actuaciones que contravienen los principios básicos del procedimiento administrativo general, ello bajo la amenaza de imponer una sanción pecuniaria por infracción contra la labor inspectiva, al considerarse su oposición como una conducta obstruccionista del sujeto inspeccionado.

Estas irregularidades han generado que un grueso de recursos de revisión presentados ante el Tribunal de Fiscalización Laboral (en adelante TFL), a raíz de su instalación, cuestionen precisamente sanciones impuestas por el incumplimiento del deber de colaboración, y así se señala en los antecedentes de la Resolución de Sala Plena N° 001-2021-SUNAFIL/TFL donde se indica que:

“El Tribunal de Fiscalización Laboral, como órgano colegiado con independencia técnica que resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que proceda la interposición del recurso de revisión como última instancia, siendo sus resoluciones las que ponen fin a la vía administrativa, viene conociendo a cuatro meses de su instalación, un número considerable de casos respecto de los siguientes temas: (i) La naturaleza jurídica de las faltas administrativas contra la labor inspectiva como manifestación de incumplimiento del deber de colaboración; (ii) La subsunción del retraso en la respuesta a un requerimiento de información en el tipo sancionador correspondiente, de acuerdo a los hechos que sean determinados en la fiscalización laboral; y (iii) La excepcional validez de la extensión de jornadas acumulativas, por acuerdo colectivo y con base en las medidas preventivas ante los riesgos de contagio por Covid-19”

A partir de este primer precedente administrativo, el TFL ha ido emitendo otros pronunciamientos, tanto ordinarios como vinculantes, destinados a generar una jurisprudencia coherente y amplia sobre los alcances del deber de colaboración que tiene el empleador en un procedimiento de fiscalización y a su vez delimitar el ámbito de actuación por parte de los inspectores para evitar precisamente situaciones de abuso; y es que, como nos señala con acierto el profesor peruano MENDOZA LEGOAS “*el ejercicio público debe ser respetuoso de ciertos límites propios o internos (la razonabilidad o la proporcionalidad, por ejemplo) y*

a límites externos, que en este caso se definen por los derechos fundamentales de los sujetos fiscalizados” (2023, p. 28).

En el presente trabajo vamos a abordar, en primer lugar, desde un aspecto teórico – normativo, los fundamentos de la inspección de trabajo y la necesidad de que se establezcan parámetros claros para los administrados para garantizar la seguridad jurídica del sistema normativo. Posteriormente vamos a analizar la naturaleza y los alcances del deber de colaboración en los procedimientos inspectivos a partir de los precedentes vinculantes emitidos por el TFL a la fecha, es decir las Resoluciones de Sala Plena N° 001-2021-SUNAFIL/TFL, N° 008-2023-SUNAFIL/TFL, N° 012-2023-SUNAFIL/TFL y la N° 013-2024-SUNAFIL/TFL; finalmente emitiremos nuestras conclusiones.

II. LA FINALIDAD DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y LA NECESIDAD DE CONTAR CON LINEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES CLAROS PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA

El profesor español PÉREZ AMORÓS nos dice con acierto que:

“(…) las normas jurídicas, y entre tales las sociolaborales, se caracterizan por- que su cumplimiento resulta exigible por definición, y es por ello que el propio Estado crea sus órganos públicos de aplicación de las mismas; instancias que, unas son de condición judicial, y las otras administrativas, las primeras conforman el orden social de la jurisdicción social y las otras la denominada administración laboral” (2008, p. 25)

En efecto, un ordenamiento jurídico que solo se base en la emisión de normatividad resultaría poco óptimo si no se implementaran mecanismos que garanticen el cumplimiento de las obligaciones y derechos fijados en la legislación; recordemos que la inobservancia a la norma jurídica, a diferencia de lo que ocurre con los lineamientos éticos-morales, conlleva a la imposición de una sanción, es decir, el Estado ejerce su poder coercitivo contra los ciudadanos que se resistan a su cumplimiento; es por ello que el profesor peruano ARCE ORTIZ nos señala que:

“(…) todo sistema jurídico necesita no solo de normas, sino también de poderes que de manera coercitiva obliguen a su cumplimiento. El poder que respalda la aplicación de la norma permite evitar que la misma se transforme en una disposición simbólica” (2021, p. 27)

Los sistemas jurídicos para hacer efectiva la normatividad han implementado dos mecanismos de control: i) el judicial que requiere de la presentación de una demanda para activarse y que está revestido de una serie de formalidades contempladas en la legislación procesal y ii) la administrativa, a través de la inspección y posteriormente del proceso sancionador, que puede iniciarse de parte o de oficio y cuyo desarrollo se basa entre otros en los principios de respeto mutuo, colaboración y buena fe procedimental, tal como se indica en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

El control administrativo laboral no es una novedad en nuestro panorama legal; en efecto, en el Tratado de Versalles, suscrito el 28 de junio de 1919, no solo se pacta los términos de paz entre Alemania y los países aliados con el cual finaliza la primera guerra mundial, sino que además se crea también la Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT), fijándose en el inciso 09 del artículo 427, como un principio general que:

"Cada Estado deberá organizar un servicio de inspección en el que haya mujeres, con el fin de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos de protección de los obreros"

En atención al fundamento mencionado y a la necesidad de que exista un organismo público especializado que verifique el cumplimiento de las disposiciones laborales dentro de cada país, es que la OIT emite el Convenio N° 81 mediante el cual se establece, en el artículo 01, que los países que suscriben y ratifican el mismo deberán mantener un sistema de inspección de trabajo el cual esté encargado, según el inciso 01 del artículo 03, de:

"(a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;

(b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;

(c) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes."

La emisión de este instrumento internacional, en palabras del profesor español MERCADER UGUINA, ha generado que las normas laborales aparezcan:

"(...) dotadas de un mayor grado de imperatividad – de ultraimperativas se las ha calificado – al crear el Estado órganos especiales, cuya misión estriba, precisamente en garantizar su observancia y sancionar o proponer sanciones por infracción de sus preceptos." (2021, p. 927)

El Convenio N° 81 fue ratificado por el Perú el 01 de febrero 1960 y en virtud de ello es que se crea el Sistema de Inspección de Trabajo a través de la LGIT tal como se detalla en el primer párrafo del artículo 01:

"La presente Ley tiene por objeto regular el Sistema de Inspección del Trabajo, su composición, estructura orgánica, facultades y competencias, de conformidad con el Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo"

Por lo tanto, el sistema de inspección de trabajo se convierte en un mecanismo fundamental de la administración para dotar de real eficiencia a la normatividad laboral; el artículo 41 de la LGIT tangibiliza este hecho al dotar a la SUNAFIL de "*competencias sancionadoras*" y la facultad para "*aplicar sanciones económicas*" y prevé que sea el TFL el ente que resuelva con carácter excepcional los recursos de revisión presentados en los procedimientos sancionadores en donde se discutan infracciones catalogadas como muy graves.

El profesor peruano GÓMEZ APAC acertadamente nos dice que "*no solo los jueces interpretan la legislación, las autoridades administrativas aplican la Constitución, las leyes y los reglamentos, y no son pocas las veces que tienen la necesidad de interpretarlos*" (2021, p.315); en efecto, los pronunciamientos del TFL no solo agotan la vía administrativa, sino que juegan un rol fundamental para la seguridad jurídica, ya que sus lineamientos van a determinar cómo es que se interpretan y deben aplicarse las normas que regulan el sistema inspectivo, generando de esta forma predictibilidad para los administrados.

Hay que tener presente, como nos recuerda acertadamente, el profesor español BLASCO GASCÓ que:

"La jurisprudencia (...) desempeña una doble función: de un lado, resuelve el conflicto planteado ante el Tribunal, conflicto concreto entre dos partes; de otro lado, coadyuva al desarrollo del ordenamiento jurídico al aplicar e interpretar sus normas, es decir, conforma el ordenamiento jurídico. La primera

función la realizan todos los órganos judiciales al resolver el litigio planteado ante ellos; la sentencia así, contiene una regla de conducta individualizada que deben observar los sujetos cuya disputa ha sido sometida a litigio. La segunda función, generalmente, queda reservada a los tribunales de superior jerarquía y, por lo que respecta a nuestro sistema, al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores de Justicia." (2000, p. 17)

Como se puede apreciar, la jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, tiene una doble vertiente: por una parte, resuelve casos concretos entre particulares, es decir, que estamos frente a la manifestación propia de la administración de justicia, y, por otro lugar, los órganos resolutores actúan por medio de ella, como unas especies de "legisladores de soporte" toda vez que dictaran directrices o normas generales que ayudaran al desarrollo del ordenamiento jurídico en cuanto a la aplicación o interpretación normativa.

De esta forma, la jurisprudencia aporta el dinamismo necesario que todo ordenamiento jurídico requiere, ya que como nos dice con acierto el profesor mexicano RÍOS GARCÍA, *"los artículos contenidos en las leyes o en códigos no son siempre claros; en contraste con la errónea creencia de que los sistemas jurídicos son perfectos y coherentes [cuando] la realidad ha demostrado que no es así"* (2022, p.153), por lo que es indispensable contar con parámetros claros y flexibles que se amolden a determinadas circunstancias y espacios temporales.

El TFL, en atención a lo dispuesto en el artículo 03 del Decreto Supremo N° 004-2017-TR no solo resuelve, en última instancia administrativa, procedimientos sometidos a conocimiento vía recurso de revisión, sino que también puede adoptar Acuerdos Plenarios, de carácter vinculante, con la finalidad de generar criterios uniformes; esta segunda facultad es vital para el sistema inspectivo porque está vinculada directamente con la seguridad jurídica; el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en la STC N° 00010-2014-PI/TC (CASO MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS C/. LA LEY N° 29947) ha establecido que es una garantía de todo individuo tener *"una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y en general los individuos al desarrollar e interactuar en la vida comunitaria"* y es que como nos precisa el profesor español HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO sobre esta garantía:

"Se trata, lisa y llanamente, de que los sujetos de derecho conozcan de antemano las consecuencias jurídicas que se anudan a sus actos, programando así sus actividades; han de saber a qué atenerse. La sorpresa es ajena al Estado de Derecho; nadie puede ser sorprendido, sin advertencia.

Pero la seguridad jurídica no sólo ha de operar en el plano normativo, a la hora de definir las conductas y sus consecuencias jurídicas (con especial intensidad en los ámbitos penal y administrativo sancionador —artículo 25.1 de la Constitución Española), sino también, y principalmente, al tiempo de su aplicación." (2014, p. 183)

De esta forma, los precedentes vinculantes del TFL se constituyen como faros orientadores para la resolución de casos comunes o similares, generando una concordancia en la jurisprudencia que consolida sin duda alguna el ya mencionado principio de seguridad jurídica en la aplicación de la norma, toda vez que se dota de previsibilidad a los administrados, logrando un equilibrio entre el cumplimiento de los fines de la inspección (garantizar el cumplimiento de normas laborales) y el respeto de los derechos de los inspeccionados.

III. REGLAS FIJADAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL SOBRE EL DEBER DE COLABORACIÓN EN LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

El literal b) del artículo 05 del Convenio 81 de la OIT establece que las autoridades nacionales deben fomentar "*la colaboración de los funcionarios con los empleadores y trabajadores o sus organizaciones*"; en atención a este precepto, es que el artículo 09 de la LGIT regula el principio de colaboración con la inspección de trabajo bajo los siguientes términos:

"Los empleadores, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos responsables del cumplimiento de las normas del orden sociolaboral, están obligados a colaborar con los Supervisores-Inspectores, los Inspectores del Trabajo y los Inspectores Auxiliares cuando sean requeridos para ello. En particular y en cumplimiento de dicha obligación de colaboración deberán:

- a) Atenderlos debidamente, prestándoles las facilidades para el cumplimiento de su labor,
- b) Acreditar su identidad y la de las personas que se encuentren en los centros o lugares de trabajo,
- c) Colaborar con ocasión de sus visitas u otras actuaciones inspectivas,
- d) Declarar sobre cuestiones que tengan relación con las comprobaciones inspectivas; y, e) Facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones.

Quienes representen a los sujetos inspeccionados deberán acreditar tal condición si las actuaciones no se realizan directamente con ellos. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a proporcionar a la Inspección del Trabajo los

datos, antecedentes o información con relevancia en las actuaciones inspectivas, siempre que se deduzcan de sus relaciones con los sujetos sometidos a la acción inspectiva y sea requerida para ello de manera formal.”

Y es que sin duda alguna la labor de inspección no resultaría eficiente si es que el empleador se negase u ocultara información que le permitiese a la autoridad administrativa verificar el cumplimiento de la normatividad sociolaboral o si su actuar estuviese orientado por la mala fe con el fin de frustrar el proceso investigativo; es por ello que el deber de colaboración se convierte en una piedra angular de la inspección de trabajo y se le asigna una tutela especial, que en palabras del profesor ARCE ORTIZ puede traducirse como “*un ánimo legal de sancionar cualquier obstáculo en la investigación del inspector*” (2020, p. 79) situación que se aprecia en su máximo esplendor en los artículos 45 y 46 del RLIT donde se establece que las infracciones contra la labor inspección están catalogadas como grave o muy grave.

Desafortunadamente, en los últimos años, los inspectores amparados en lo genérico del deber de colaboración, sobre todo en la obligación de “*facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones*” vienen realizando requerimientos desproporcionados, irrazonables o incluso ilegales, con la finalidad de imponer multas a los empleadores por supuestas infracciones contra la labor inspectiva, generando una sobrecarga legal contra los administrados que a su vez genera sobrecostos que desincentivan la formalidad en nuestro país. Es por esta razón que cuando el TFL inicia sus operaciones un gran número de recursos de revisión se encontraban orientados a cuestionar precisamente sanciones impuesta por infracciones contra el deber de colaboración hecho que se encuentra descrito en los antecedentes de la Resolución de Sala Plena N° 001-2021-SUNAFIL/TFL y la situación no ha variado mucho con el pasar de los años lo que ha obligado a que este tribunal administrativo tenga que profundizar dicho tema a través de otros pronunciamientos vinculantes como, la Resolución de Sala Plena N° 08-2023-SUNAFIL/TFL, la Resolución de Sala Plena N° 012-2023-SUNAFIL/TFL o la Resolución de Sala Plena N° 013-2024-SUNAFIL/TFL.

Este problema no es nuevo dentro de la administración, el TC en la STC N° 1873-2009-PA/TC (CASO WALDE JÁUREGUI) señala de forma muy acertada que:

“ El ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa requiere de un procedimiento legal establecido, pero también de garantías suficientes para los

administrados, sobre todo cuando es la propia administración la que va a actuar como órgano instructor y decisor, lo que constituye un riesgo para su imparcialidad; y si bien no se le puede exigir a los órganos administrativos lo misma imparcialidad e independencia que se le exige al Poder Judicial, su actuación y decisiones deben encontrarse debidamente justificadas, sin olvidar que los actos administrativos son fiscalizables a posteriori."

Esta postura bajo los mismos términos ha sido adoptada por la Corte Suprema en pronunciamientos como la Casación N° 11855-2021-LIMA de fecha 11 de julio de 2023; en efecto, en los casos en donde se discuten infracciones sobre la labor inspectiva se debe analizar la actuación del empleador, en atención al deber de colaboración, bajo criterios de razonabilidad, legalidad, necesidad y proporcionalidad; ya que su configuración puede resultar subjetiva por el hecho que la administración juega un papel de fiscalizador y órgano sancionador a la vez; y es que muchas veces los requerimientos de información pueden atentar contra el debido procedimiento de los administrados y así lo reconoce el TFL en la Resolución N° 184-2021- SUNAFIL/TFL-Primera Sala. Veamos:

"(...) no debe perderse de vista que tales requerimientos pueden resultar lesivas a los administrados, dado los márgenes de discreción con que el Estado inevitablemente actúa, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas."

Gratamente, este órgano en su jurisprudencia administrativa está estableciendo límites a las actuaciones de los inspectores en cuanto al requerimiento de información, y ello conlleva a su vez a una revisión de la configuración de las infracciones a la labor inspectiva por incumplimiento al deber de colaboración.

En el año 2021 el TFL emitió un total de 56 resoluciones ordinarias en donde se abordaba el deber de colaboración, en el año 2022 esta cifra aumentó a 60 y en el 2023 a un total de 28 pronunciamientos; pasemos a continuación a analizar algunos pronunciamientos relevantes emitidos antes de la Resolución de Sala Plena N° 001-2021-SUNAFIL/TFL (primer precedente vinculante sobre el deber de colaboración) que nos van a permitir ver, a manera de antecedente, los primeros alcances de la obligación de colaborar con la administración laboral para luego adentrarnos a revisar los lineamientos fijados en la jurisprudencia vinculante durante los años 2021 a julio 2024.

La Resolución N° 018-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala y la Resolución N° 021-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala son los dos primeros casos en donde el TFL sienta su posición respecto al deber de colaboración en la labor inspectiva y señala de forma escueta que la no presentación de información, por parte del empleador, no configura *per se* una infracción a la labor inspectiva, sino que se requiere adicionalmente que el inspector comisionado sustente y demuestre “*la intención de no colaborar*” y es que pueden existir circunstancias alternas que impidan al empleador cumplir con un requerimiento de información como es el caso de plazos irrazonables.

En la Resolución N° 062-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala se declara fundado el recurso de revisión presentado por Cencosud Retail Perú S.A. en contra de la Resolución de Intendencia N° 590-2021-SUNAFIL/ILM; en este caso, el TFL determinó que el requerimiento del inspector de solicitar un informe sobre la situación y calificación de un trabajador concreto suscrito por su jefe u otro funcionario no resultaba válido ya que el empleador no se encontraba en la obligación legal de tener o emitir dicho informe y no puede atribuírsele la infracción estipulada en el artículo 46.3 del RLGIT toda vez que presentó otra documentación que le permitía al inspector extraer la información que pretendía en el requerimiento. Este pronunciamiento en palabras sencillas nos indica que los inspectores de trabajo solamente pueden requerir documentación que el empleador se encuentre en la obligación de tenerlas, no pudiendo exigir formalidades, soportes o elaboración de documentos no fijados en la normatividad en atención al principio de legalidad.

Otro caso más interesante lo encontramos en la Resolución N° 184-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, en donde se declara fundado el recurso de revisión presentado por SEDAPAR S.A. en contra de la Resolución de Intendencia N° 069-2021-SUNAFIL/IRE-AQP; en este caso el inspector en la etapa investigativa requirió al empleador presentar los documentos titulados “*toma de lecturas de medidores por ruta*” y “*cedulas de notificación*” en físico; el administrado oportunamente señala que dicha documentación es absolutamente voluminosa (más de dos millares de hojas) debido al periodo requerido (del 2016 en adelante) y es por ello que ofrece presentarlo en soporte digital; sin embargo el inspector se niega y alega un incumplimiento contra el deber de colaboración en su faceta de facilitar información y documentación; el máximo órgano administrativo critica válidamente el comportamiento del inspector al sostener que:

"(...) es irrazonable la exigencia de imprimir un número tan alto de documentos cuando no es necesario, puesto que contraría no sólo políticas públicas, sino que resulta excesivamente oneroso, por diversos motivos, para el administrado y también para el cuidado y preservación del medioambiente. En consecuencia, el administrado estaba en su derecho de no cumplir con tal requerimiento."

Resulta llamativa la acotación de que cuando los requerimientos son contrarios a las políticas públicas y/o excesivamente onerosos para el administrado, este tiene derecho a no cumplir con el mismo, no configurándose una infracción contra la labor inspectiva; de esta forma el TFL, acatando lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, no ampara el ejercicio abusivo del derecho de los inspectores de requerir documentación e información de forma excesiva, desmesurada o irracional.

Y es que no podemos olvidar, como nos dice el profesor peruano ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA, que:

"La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso de poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general." (2021: 181)

En la Resolución N° 229-2021- SUNAFIL/TFL-Primera Sala, se declara fundado el recurso de revisión interpuesto por Opecovi S.A.C. en contra de la Resolución de Intendencia N° 52-2021-SUNAFIL/IRE-PIU; en este caso se impone una multa por configurarse una infracción contra la labor inspectiva, toda vez que el apoderado de la empresa en una comparecencia no contaba con su poder de representación y no se le permite participar a pesar de que en anteriores ocasiones había presentado dicho documento y que en dicha oportunidad manifestó que tenía en su poder toda la información que había sido requerida previamente por el inspector. El TFL revoca la multa y señala que el proceder del inspector era incorrecto, toda vez que el deber de colaboración no puede analizarse de forma aislada, sino que debe evaluarse el comportamiento del empleador durante todo el proceso administrativo de forma integral. Veamos:

"Si bien es cierto, que las normas de orden legal deben ser aplicadas en todos los casos, también se debe evaluar la actitud procesal de la impugnante a la luz de lo señalado en principio de buena fe procesal, en concordancia con la

finalidad de la inspección laboral, que es vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo entre otras.

En el caso en concreto, se ha cumplido con la finalidad del procedimiento inspectivo, en tanto la impugnante acreditó el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el –materia de inspección-. Además, a lo largo de éste, la inspeccionada ha demostrado su disposición a colaborar y su buena fe procesal, aptitudes que se deben tener en cuenta en el procedimiento administrativo sancionador. Así, en la línea interpretativa de la representación a que se refiere el artículo 17 de la LGIT, excepcionalmente, esta Sala toma en cuenta lo establecido en el numeral 3.4.8.9 de la Directiva N° 001-2020-SUNAFIL/INNI, que señala: “La acreditación del representante o apoderado del empleador se dará al inicio de la primera comparecencia, conservando sus efectos hasta el final de las actuaciones inspectivas, salvo revocación expresa y escrita ante la mesa de partes de la entidad o el inspector actuante en la diligencia de comparecencia”, en aplicación del principio de la irretroactividad establecida en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG.”

De esta manera se consolida el principio de buena fe procedimental como un parámetro para determinar un incumplimiento al deber de colaboración y a su vez se requiere un análisis global de la actuación del administrado.

Ahora bien, a nivel de la jurisprudencia vinculante, el TFL también ha fijado parámetros para determinar los alcances del deber de colaboración de los administrados en un proceso inspectivo y para ello ha determinado reglas de observancia obligatoria respecto a la naturaleza de las infracciones contra la labor inspectiva; en efecto, en la Resolución de Sala Plena N° 001-2021-SUNAFIL/TFL se ha señalado en el fundamento noveno que:

“(…) los actos o hechos que impiden o dificulten la labor inspectiva y que se consignan en el acta de infracción, constituyen infracciones que no tienen una naturaleza secundaria, adjunta ni dependiente, respecto de posibles infracciones ocurridas y detectadas en la visita inspectiva referentes a aspectos sustantivos objeto de control por la inspección del trabajo.”

Esto implica que las faltas administrativas contra la labor inspectiva como manifestación del deber de colaboración tienen una naturaleza principal e independiente, es decir que se pueden configurar con autonomía de que se sancione al empleador por incumplimientos contra normas sociolaborales o de seguridad y salud en el trabajo. De tal forma que es válido que en un acta de infracción se pueda, presentar dos supuestos:

- a) Primer supuesto: Que se configure una infracción sociolaboral o de seguridad y salud en el trabajo y a su vez una infracción contra la labor inspectiva.
- b) Segundo supuesto: Que solo se configure una infracción contra la labor inspectiva sin que se sancione al empleador por el incumplimiento de disposiciones laborales o de seguridad laboral.

De esta forma se destierra la idea planteada de que las infracciones a la labor inspectiva solo se configurarían cuando se compruebe el incumplimiento de disposiciones laborales o de seguridad laboral bajo el principio de que la suerte del accesorio sigue a la del principal.

Por otro lado, se indica en el fundamento décimo quinto y décimo sexto que:

"De esta manera, en la formulación de actas de infracción y en su calificación posterior, deberá observarse que, cuando la fiscalización pueda proseguir desplegando sus funciones, a pesar del comportamiento del inspeccionado que haya perturbado o retrasado la investigación, deberá imputarse la infracción prevista en el artículo 45.2 del RLGIT. En cambio, cuando la demora del sujeto inspeccionado frustre la fiscalización, la tipificación invocable será la del artículo 46.3 del RLGIT.

Para la aplicación de este criterio, siempre será determinante el examen de la motivación que consta en el Acta de Infracción, que debe ser no sólo puntual y concisa, sino también suficiente, para poder concluir que la conducta del administrado constituye una falta al deber de colaboración de acuerdo al artículo 45.2 del RLGIT, o al artículo 46.3 del RLGIT, según se haya acreditado en el procedimiento."

Con ambas reglas se soluciona un problema de tipificación de tal forma que i) si el empleador presenta información de manera tardía no puede considerarse como una negativa a la presentación de documentación, por ende en este supuesto solo procede calificarse a la infracción como grave según lo previsto en el inciso 02 del artículo 45 del RLGIT, ii) en cambio **sí** nunca presenta la información o la documentación, ahí si se configura una falta muy grave bajo los alcances del inciso 03 del artículo 46 del RLGIT.

En la Resolución de Sala Plena N° 008-2023-SUNAFIL/TFL en el fundamento noveno se va a ampliar la regla que detallamos en los dos párrafos previos bajo la siguiente premisa de carácter vinculante:

"En la misma medida, cuando el inspeccionado no cumpla con la entrega de la información requerida dentro del plazo señalado por el inspector, se sujeta a la calificación del propio inspector actuante, quien podrá o no considerar la documentación remitida en función de la programación de las actuaciones inspectivas que tenga a cargo. En tal supuesto, debe atenderse a que el retraso en la entrega puede producir el efecto de la subsanación o puede imposibilitar la revisión integral de lo solicitado, por lo que se atenderá a la descripción del inspector de trabajo para establecer si tal supuesto constituye un supuesto de aplicación del artículo 46.3 del RLGIT."

Como se puede apreciar, el TFL ante el hecho que el empleador presente la información solicitada fuera de plazo habilita a los inspectores a poder tomar dos decisiones: i) la primera es tener por no presentada la misma de tal forma que se configuraría una falta muy grave bajo los alcances del inciso 03 del artículo 46 del RLGIT o ii) la segunda es valorar esta información, configurándose únicamente la infracción contenida en el inciso 02 del artículo 45 del RLGIT. La elección de ambas opciones por parte de los inspectores, sin duda alguna, debe orientarse en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad, ya que no es lo mismo que el administrado haga entrega de la documentación requerida un día después del vencimiento del plazo a que se presente el último día de la etapa de fiscalización.

Posteriormente, el TFL emite la Resolución de Sala Plena N° 012-2023-SU-NAFIL/TFL en donde ya no se va a avocar a la calificación de la falta administrativa como en los dos precedentes previos sino que se va a centrarse en los deberes que implica la colaboración en el proceso inspectivo; para ello, en el fundamento vigésimo quinto se parte recordando que *"es una obligación ineludible de los empleadores de colaborar con el desarrollo de las actuaciones inspectivas"* por lo tanto *"es una posición jurídica por la cual deben ejecutar prestaciones de las que son responsables administrativamente"* y en base a ello establecerá tres reglas de observancia obligatoria que pasamos a detallar:

- a) Que los requerimientos realizados por los inspectores deben ser tomados por los empleadores de forma muy seria; por ende, cuando el comportamiento del administrado impide llevar a cabo el objeto de la inspección al frustrar la labor inspectiva, se configura un incumplimiento al deber de colaboración. (Fundamento vigésimo sexto).
- b) Si el empleador incurre en error al remitir la información solicitada por el inspector, frustrando de esta manera el proceso inspectivo,

se considera que la falta de colaboración se ha configurado sin que exista la posibilidad de apelar a una justificación o a un eximente al momento de la imposición de la sanción. El deber de colaboración es “*de vital importancia*” por lo tanto, se exige que el administrado “*tenga una conducta diligente y rigurosa.*” (Fundamento vigésimo séptimo)

- c) El empleador es el responsable de su personal, así como de su organización; por ende, está obligado a ajustar toda su capacidad logística para atender los requerimientos efectuados por la administración. (Fundamento vigésimo octavo)

Nuestro ordenamiento legal actualmente solo regula las relaciones laborales desde un aspecto individual y colectivo, entendiendo que los deberes y obligaciones solamente alcanzan al empleador-trabajador bajo una dinámica tradicionalista sin contemplar que existen estructuras societarias más complejas donde se desarrollan también actividades de implicancia laboral; el TFL de forma acertada y progresista en la Resolución de Sala Plena N° 013-2024-SUNAFIL/TFL prevé esta situación bajo los siguientes parámetros:

- a) Si un empleador forma parte de un consorcio y se evidencia que en la actividad de este último pueden presentarse manifestaciones con consecuencias laborales, SUNAFIL en su rol fiscalizador está habilitado plenamente para actuar y solicitar información referente al consorcio, haciéndose extensivo el deber de colaboración a la labor inspectora sobre el mismo y su omisión será objeto de reproche. (Punto 61 del fundamento sexto)
- b) Las estructuras societarias no determinan por si mismas si una organización puede actuar o no como empleador; es la intervención sobre el prestador de servicio quien va a fijar la existencia de una relación laboral; por lo tanto, un consorcio, en aplicación al principio de primacía de la realidad, puede adoptar un comportamiento de empleador, convirtiéndose en sujeto de obligaciones laborales y administrativas. (Punto 60 del fundamento sexto)
- c) La inspección de trabajo para hacer extensivo el deber de colaboración a un consorcio está en la obligación de plantear “*una hipótesis razonable sobre su comportamiento empleador al existir uso de las facultades organizadora, fiscalizadora y disciplinaria (...) todo lo cual reposa*

en la exigibilidad del deber de colaboración del mismo consorcio hacia la inspección” (Punto 70 del fundamento sexto)

Como hemos visto, la jurisprudencia vinculante TFL de forma orgánica y complementaria ha delimitado no solo la tipicidad de las infracciones relacionadas con la falta de colaboración y de la orientación que deben asumir los inspectores de trabajo en el procedimiento investigativo, sino que también ha ajustado la balanza al fijar reglas sobre las obligaciones que tiene el empleador y las organizaciones que giran a su alrededor derivadas del deber de colaboración.

IV. CONCLUSIONES

1. El sistema inspectivo de trabajo se convierte en un mecanismo fundamental de la administración para dotar de real eficiencia a la normatividad laboral.
2. El deber de colaboración del administrado en la inspección de trabajo debe ser evaluado a la luz de la razonabilidad, legalidad, necesidad, proporcionalidad y buena fe procedimental. Cabiendo la posibilidad que el empleador se niegue a la presentación de documentación cuando el requerimiento atente contra el deber de legalidad o signifique un gasto oneroso no configurándose en estos supuestos una infracción contra la labor inspectiva.
3. Las faltas administrativas contra la labor inspectiva como manifestación del deber de colaboración tiene una naturaleza principal e independiente de otras infracciones sociolaborales o de seguridad y salud en el trabajo.
4. La presentación tardía de documentación configura una falta grave mientras que la no presentación una infracción muy grave, ambos casos son casos de incumplimiento contra el deber de colaboración con la administración.
5. El administrado (empleador, consorcio o cualquier otra figura societaria con alcance laboral) tiene la obligación legal de colaborar con la administración laboral de forma diligente y responsable.

V. BIBLIOGRAFÍA

Arce Ortiz, E. (2020) *El sistema de inspección del trabajo en el Perú*. Palestra.

- Blasco Gascó, F. (2000). *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*. Tirant lo Blanch.
- Espinosa-Saldaña Barreda, E. (2021). Principios del procedimiento administrativo: una mirada luego de veinte años de vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: Espinosa-Saldaña Barreda, E. (director). *Estudios sobre derecho administrativo* (pp. 157 – 192). Derecho y Sociedad.
- Gómez Apac, H. (2021). El régimen jurídico de los precedentes administrativos vinculantes. En: Espinosa-Saldaña Barreda, E. (director). *Estudios sobre derecho administrativo* (pp. 311 – 342). Derecho y Sociedad.
- Huelin Martínez de Velasco, J. (2014) La jurisprudencia como factor de seguridad jurídica. Un modelo de recuso de casación. En: Penagos López, P. (director) *Seguridad jurídica en el sistema democrático* (pp. 183 – 200). Tirant lo Blanch.
- Mercader Uguina, J. (2021) *Lecciones de derecho del trabajo* (14 ed.). Tirant lo Blanch.
- Mendoza Legoa, L. (2023) *Principios del Sistema de Inspección del Trabajo*. Palestra.
- Montoya Melgar, A. (2020) La Fragua de Vulcano. En: Roca Trías, E. y Gonzales – Trevijano, P. (directores) *Los derechos constitucionales: un paseo por El Prado* (pp. 56 – 57). Tribunal Constitucional de España y Museo de El Prado.
- Organización Internacional de Trabajo. (2023) Promoción de la justicia social. OIT. Disponible en: <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzQVzNqrlnrnzLdcxfgNVNBXPRXz?projector=1&messagePartId=0.1>
- Palomeque López, M. y Álvarez de la Rosa, M. (2022) Derecho del trabajo. (Trigésima Ed.). Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Pérez Amorós, F. (2008) El intervencionismo estatal y el derecho del trabajo: la inspección de trabajo y seguridad social. En: María Jesús Espuny Tomás, M. y Paz Torres, O. (directores) *La inspección de trabajo* (pp. 11 – 38). Tirant lo Blanch.
- Ríos García, O. (2022). Manual de argumentación e interpretación jurídica. Tirant lo Blanch.
- Tirado Barreda, J. (2021). El deber de soportar y colaborar con las actuaciones de fiscalización o inspección administrativa. En: Espinosa-Saldaña Barreda, E. (director). *Estudios sobre derecho administrativo* (pp. 479 – 534). Derecho y Sociedad

PRINCIPALES PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL Y LA NULIDAD DE OFICIO COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO

CAROLINA SARMIENTO MANSILLA.

Abogada con especialidad en solución de controversias por la
Universidad de Lima. Asociada del estudio Vinatea & Toyama.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, revisaremos los criterios del Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL) establecidos en las Resoluciones de Sala Plena Nro. 002-2023-SUNAFIL/TFL, Nro. 003-2024-SUNAFIL/TFL y Nro. 012-2024-SUNAFIL/TFL, precedentes de observancia obligatoria, las cuales están relacionadas con las obligaciones de los inspectores durante la etapa de investigación.

A mayor detalle, las resoluciones mencionadas y nuestro análisis realizado en el segundo apartado de este trabajo tratan de los procedimientos inspectivos sancionadores relacionados con las notificaciones electrónicas, la subsanabilidad e insubsanabilidad de infracciones, y la correcta determinación del número de trabajadores afectados en el marco del sistema de inspección laboral.

Es importante precisar que el procedimiento inspectivo está conformado por distintas actuaciones de investigación, que en consonancia con los principios de eficacia y jerarquía, deben llevarse a cabo en cumplimiento de lo dispuesto en la Versión 2 de la Directiva Nro. 001-2020-SUNAFIL/INII, denominada “Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva” y aprobada por la Resolución de Superintendencia Nro. 2016-2021-SUNAFIL (Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva); en la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley Nro. 28806 (LGIT); en el Reglamento de Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nro. 019-2006-TR (RLGIT); y, en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nro. 27444 (TUO de la LPAG).

Finalmente, presentaremos una propuesta la nulidad de oficio como una herramienta efectiva para corregir situaciones que perjudicaron los derechos de los administrados, generadas por resoluciones que agotaron vía administrativa y son previas a la emisión de un precedente de observancia obligatoria del TFL, con la finalidad de garantizar el debido procedimiento y reducir al mínimo el actuar arbitrario por parte de la Administración.

II. ANÁLISIS DE LOS PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL, DESDE EL DEBIDO PROCEDIMIENTO Y EL DEBER MOTIVACIÓN

1. Resolución de Sala plena Nro. 002-2023-SUNAFIL/TFL: sobre la notificación de requerimientos de información en casilla electrónica

El Decreto Supremo Nro. 003-2020-TR, el cual aprueba el uso obligatorio de la casilla electrónica para efectos de notificación de los procedimientos administrativos y actuaciones de la SUNAFIL, establece las reglas de notificación de los documentos y/o actos administrativos, en línea con el artículo 20 del TUO de la LPAG.

Dentro de estas reglas, y con la finalidad de desarrollar en el presente acápite la validez y eficacia de la notificación de las comunicaciones depositadas en casilla electrónica, consideramos necesario destacar lo siguiente: (i) la SUNAFIL tiene la obligación de comunicar al administrado cada vez que se le notifique un acto administrativo a través de alertas dirigidas al correo electrónico y/o mediante servicio de mensajería (artículo 6 del Decreto Supremo Nro. 003-2020-TR); y, (ii) los administrados deben revisar periódicamente la casilla electrónica asignada, a efectos de tomar conocimiento de los actos administrativos que se le notifiquen (numeral 8.1 del artículo 8 del Decreto Supremo Nro. 003-2020-TR).

Ahora bien, dado que la implementación de la casilla electrónica inició en el año 2020 y ha sido de manera progresiva, se advirtieron algunas irregularidades en su utilización. En efecto, en reiteradas oportunidades, la SUNAFIL omitió la emisión de alertas dirigidas al administrado antes mencionadas, con lo cual, si bien la casilla electrónica del administrado recibía la notificación, este desconocía sobre la misma. Esta falta de conocimiento oportuno del acto administrativo podía generar, a su vez, una atención tardía de los requerimientos de información, o un menor plazo para el cumplimiento de estos -porque este regía desde la fecha de notificación-, así como también la no presentación de descargos y/o recursos impugnatorios, lo que conlleva a una afectación del debido procedimiento y, en particular, el derecho de defensa en el procedimiento.

Aun cuando se establezca el deber del administrado de revisar periódicamente la casilla electrónica, lo cierto es que la falta de conocimiento previo y oportuno de las imputaciones que se le realizan, resultan relevantes para garantizar el debido procedimiento. Ello se puede apreciar en Expediente Sancionador Nro.

7420-2020-SUNAFIL/ILM/SISA3, iniciado con la Orden de Inspección Nro. 24845-2021-SUNAFIL/ILM, en el cual no se alertó al empleador por correo electrónico y/o mensajería instantánea la notificación de la resolución, quedando consentidas las multas propuestas por el inspector en la primera instancia, sin que este haya podido presentar descargos ni presentar un recurso impugnatorio a tiempo. Por ello, la segunda instancia decidió declarar la nulidad de oficio, retrotrayendo el procedimiento al momento en cual se produjo el vicio -notificación del acta de infracción y la imputación de cargos-, a efectos de que el administrado pueda tener conocimiento previo y oportuno de las imputaciones realizadas en su contra, permitiendo el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento inspectivo sancionador.

En ese sentido, evidenciándose la necesidad de establecer una uniformidad de criterios respecto al tema, pues no solo bastaría la notificación del acto administrativo, sino también la alerta sobre dicha notificación de manera al administrado, el Tribunal de Fiscalización Laboral, a través de la Resolución de Sala Plena Nro. 002-2023-SUNAFIL/TFL de fecha 2 de febrero de 2023, precedente de observancia obligatoria, concluyó que, si se identifica que la fecha de ingreso del administrado a casilla electrónica fue previa o simultánea al requerimiento de información y el mismo no registró sus datos de contacto, procederá la sanción por el incumplimiento del requerimiento:

*"13. En ese sentido, reconociendo la discrepancia existente (la que habría de resolverse en cuanto haya más Salas del TFL implementadas), la Primera Sala mínimamente ha consensuado un supuesto de responsabilidad administrativa: **si, luego de la consulta con la Oficina General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (OGTIC) de la SUNAFIL, se identifica que la fecha de ingreso del usuario de la casilla electrónica (entiéndase, el administrado) es previa o simultánea al requerimiento de información que fue objeto del procedimiento sancionador y el usuario no cumplió con registrar sus datos de contacto respectivos** (a través de los cuales se depositarían las alertas complementarias a la notificación por vía de la casilla electrónica).*

*14. En tal supuesto, **resulta procedente la sanción por incumplimiento del requerimiento o de los requerimientos de información que se hubieren depositado en la casilla electrónica.** (...)*

*15. Debe precisarse que **la adopción del anterior acuerdo no sella el debate vigente sobre la casilla electrónica** existente en la Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral."*

De esta manera, el Tribunal de Fiscalización Laboral no deja de lado el deber del administrado de registrar sus datos al ingresar en la casilla electrónica, de lo contrario la emisión de una alerta sería imposible para la SUNAFIL si es que no se cuenta con dicha información. Adicionalmente, el Tribunal recalcó el deber de los administrados de revisar periódicamente la casilla electrónica asignada a efectos de tomar conocimiento de los actos administrativos que se le notifiquen:

"7. (...) d. Los usuarios tienen la obligación de revisar periódicamente la casilla electrónica asignada a efectos de tomar conocimiento de los documentos y/o actos administrativos que se les notifiquen (numeral 8.1 del artículo 8°)."

Como puede apreciarse, hasta aquí el Tribunal de Fiscalización Laboral imponía la obligación de alertas para la eficacia de la notificación electrónica, si es que el administrado había consignado sus datos de contacto, no teniendo validez la notificación del acto administrativo.

Ahora bien, de manera posterior, se emitió el precedente de observancia obligatoria sobre el agotamiento de los medios de investigación, mediante la Resolución de Sala Plena Nro. 012-2023-SUNAFIL/TFL de fecha 24 de setiembre de 2023, donde, citando la Resolución de Intendencia Nro. 270-2022-SUNAFIL/IRE-LIB, el Tribunal señaló expresamente que no era prescindible la emisión de las alertas correspondientes para la eficacia de la notificación:

"viii. Así, se puede afirmar que la alerta consignada en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 003-2020-TR implica una carga a la Administración Pública, pero no se observa fundamentos que permitan determinar que se trata de una condición de validez para las notificaciones practicadas vía casilla electrónica, más aún cuando es la misma norma quien señala la obligación del administrado de revisar periódicamente la casilla electrónica a fin de obtener el correcto conocimiento de los documentos notificados y cumplir con su deber al ejercicio de la labor inspectiva.

(...)

x. Respecto a la Resolución N° 555-2021-SUNAFIL/ TFL-Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral invocada, también se identifican otras resoluciones con una postura distinta respecto de la emisión de las alertas y la validez de la notificación por casilla electrónica, como por ejemplo mediante las Resoluciones Nos 375- 2021, 387-2021, 388-2021, 403-2021, 469-2021, 477- 2021 y 479-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, así como la Resolución N° 340-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, por medio de las cuales el propio Tribunal ha considerado que no es prescindible la emisión de las alertas correspondientes para la eficacia de la notificación, pues se

considera válida desde su depósito, además que desde dicho momento la inspeccionada tiene conocimiento de la notificación."

Tal y como podemos advertir, contradiciendo no solo el precedente de observancia obligatoria emitido meses antes, sino también el segundo párrafo del artículo 6 del Decreto Supremo Nro. 003-2020-TR que impone el deber de comunicación de la SUNAFIL al administrado sobre la notificación, el Tribunal de Fiscalización Laboral otorga eficacia o validez a la notificación realizada en la casilla, sin que exista alguna alerta en el correo electrónico y/o mediante servicio de mensajería. Siendo así, pese a que las intenciones de la SUNAFIL están orientadas a establecer una uniformización de criterios, todavía quedan ciertas contradicciones en cómo resolver situaciones similares con algunos meses de diferencia, considerando además la trascendencia que pueda tener la validez de una notificación sin la emisión de alertas y su relación con el derecho del administrado a presentar descargos y/o presentar algún recurso impugnatorio.

Lo cierto es que, con el más reciente precedente de observancia obligatoria, no resulta necesaria la comunicación o alertas dirigidas al correo electrónico y/o mediante servicio de mensajería, para la validez y eficacia de la notificación a la casilla electrónica, volviendo facultativo el deber de comunicación de la SUNAFIL del segundo párrafo del artículo 6 del Decreto Supremo Nro. 003-2020-TR. Ello porque el Tribunal, en el reciente precedente, consideraría que la emisión de alertas se flexibiliza con el deber del administrado de revisar periódicamente la casilla electrónica:

"iv. A través de la Resolución N° 552-2021-SUNAFIL/ TFL-Primera Sala, el Tribunal de Fiscalización Laboral señala que el cumplimiento de la obligación de revisar periódicamente la casilla electrónica está estrictamente ligada a la recepción de las alertas."

Al parecer el Tribunal daría a entender que, si el administrado cumple con ingresar periódicamente a su casilla electrónica, entonces se hace innecesaria la emisión de alertas o comunicaciones de parte de SUNAFIL. Desde nuestra posición, consideramos que la falta de comunicación de la notificación a la casilla electrónica, además de incumplir con las reglas de notificación del Decreto Supremo Nro. 003-2020-TR, también contravendría los principios de legalidad y de predictibilidad, volviendo inválida la notificación que no cumpla con dichas reglas y principios. Así lo ha establecido el Poder Judicial en el criterio emitido a

propósito del Expediente Nro. 10768-2021-0-1801-JR-LA-73, donde determinó que, la emisión de las alertas por parte de la SUNAFIL cada vez que notifique un acto administrativo al sujeto inspeccionado, es un requisito de validez y eficacia de la notificación vía casilla electrónica:

***"Décimo:** Al respecto, el artículo 6° del Decreto Supremo N° 003-2020-TR establece que la Administración, por medio de su Sistema Informático de Notificación Electrónica, comunicará al usuario o administrado, cada vez que se le notifique un documento a la casilla electrónica, mediante una alerta al correo electrónico y/o mediante el servicio de mensajería. Se concluye entonces que los administrados tienen una expectativa justificada de que tendrán conocimiento de cualquier notificación depositada en la casilla electrónica por medio de la mencionada alerta.*

Décimo primero:** El principio de predictibilidad y confianza legítima que establece artículo 1.8 de la Ley 27444, señala que la "autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener". **En el caso de la notificación por medio de la casilla electrónica, SUNAFIL ha establecido, que su Sistema Informático enviará una alerta al administrado por medio del correo electrónico o servicio de mensajería. En consecuencia, se trata de un requisito concurrente con el establecido en el artículo 11 del D.S. 003-2020-TR."

En virtud de lo antes expuesto, creemos que el debate sobre la notificación de los requerimientos de información en la casilla electrónica aún no se encuentra cerrado, y que para llegar a la finalidad que persigue la emisión de un precedente de observancia obligatoria por parte del Tribunal de Fiscalización Laboral, que es la uniformización de criterios, se hace necesario evaluar también la finalidad de una notificación de parte de la SUNAFIL en el marco de un procedimiento inspectivo. Y es que los requerimientos que los inspectores de trabajo emiten, persiguen la comprobación del cumplimiento *"de las disposiciones vigentes en materia sociolaboral y poder adoptar las medidas inspectivas que en su caso procedan, para garantizar el cumplimiento de las normas sociolaborales"*, conforme al artículo 1 de la LGIT.

Entonces, la emisión de alertas al correo electrónico y/o servicio de mensajería del administrado no solo está cumpliendo con el deber expreso señalado en el artículo 6 del Decreto Supremo Nro. 003-2020-TR, sino que además garantiza, en el procedimiento inspectivo, que el administrado pueda conocer

el requerimiento mismo de la SUNAFIL y, con ello, el inspector del trabajo pueda comprobar si las disposiciones laborales vigentes se vienen cumpliendo para que, de lo contrario, pueda adoptar medidas que busquen garantizar dicho cumplimiento. De esta forma, la eficacia de las actuaciones inspectivas dependen de que el administrado pueda tener conocimiento oportuno de los requerimientos del inspector del trabajo.

2. Resolución de Sala Plena Nro. 003-2024-SUNAFIL/TFL: sobre la motivación del carácter insubsanable de las infracciones en el procedimiento inspectivo

La emisión de la medida inspectiva de requerimiento, en el marco del procedimiento inspectivo, implica garantizar el cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia sociolaboral, siendo no solo una de las facultades inspectivas con las que cuenta el inspector de trabajo, conforme al numeral 5.3 del artículo 5 de la LGIT, sino que constituye una obligación del mismo en caso se haya verificado un incumplimiento de parte del sujeto inspeccionado en la etapa inspectiva, conforme con el artículo 14 de la LGIT:

“Cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas”.

De hecho, la medida inspectiva de requerimiento tiene relación directa con la búsqueda de una subsanación por parte del sujeto inspeccionado, de manera previa a la imputación de una infracción y sin la necesidad de que se inicie un procedimiento sancionador, pues se trata de que el incumplimiento detectado por el inspector se subsane en el procedimiento inspectivo.

En esa línea, el artículo 17 del RLGIT establece las consecuencias frente a la subsanación o no subsanación del incumplimiento detectado por parte del sujeto inspeccionado. Por una parte, si es que el sujeto inspeccionado subsana las infracciones de forma oportuna, conforme a la medida inspectiva de requerimiento, se emitirá un informe dejando constancia del cumplimiento, sin que se inicie un procedimiento sancionador al respecto; mientras que, si transcurrido el plazo para la subsanación, el sujeto inspeccionado no levanta las observaciones,

entonces se finaliza la etapa inspectiva y se emitirá un acta de infracción, con la cual se iniciará un procedimiento sancionador.

Como podemos observar, existe una relación directa entre la subsanabilidad de una infracción detectada durante el procedimiento inspectivo, con la emisión de una imputación de responsabilidad para el sujeto inspeccionado mediante el acta de infracción, privilegiándose la búsqueda de la subsanación como una etapa final del procedimiento inspectivo.

Ahora bien, aun cuando no haya sido desarrollado de manera específica en la LGIT ni en el RLGIT, encontramos referencias expresas a la posibilidad de que algunas infracciones no tengan el carácter de subsanables, pese a que la medida inspectiva de requerimiento sea la regla conforme al procedimiento descrito. Es el caso del literal d) del numeral 48.1 del artículo 48 del RLGIT, que enuncia como infracciones insubsanables las tipificadas en el artículo 25 del RLGIT, respecto de los numerales 25.7, relacionada al trabajo infantil, y 25.18, referida al trabajo forzoso.

De esta manera, mediante la calificación expresa de insubsanabilidad de las infracciones, como es el caso de las relacionadas a trabajo infantil y trabajo forzoso, como también la disposición general que son insubsanables aquellas cuyos efectos no puedan revertirse (artículo 49 del RLGIT), se está planteando una excepción a la regla general de la medida inspectiva de requerimiento en el procedimiento inspectivo, lo cual amerita una motivación específica pues, no solo no se podrá cumplir con la finalidad de comprobar el cumplimiento de las normas sociolaborales en la etapa inspectiva, sino que el administrado tampoco tendrá la oportunidad de poder subsanar las observaciones planteadas por el inspector del trabajo y, con ello, evitar la imputación de una responsabilidad e inicio de un procedimiento sancionador.

En ese sentido, a propósito de la insubsanabilidad de las infracciones, la Directiva sobre el ejercicio de la función inspectiva establece que, en caso se verifiquen infracciones insubsanables, se debe dejar constancia de éstas:

“En caso se verifiquen infracciones insubsanables no se emite medida inspectiva de requerimiento, debiendo dejar constancia del carácter insubsanable de la infracción en la respectiva constancia de actuaciones inspectivas y anexos, ello sin perjuicio de que, adicionalmente, se haya podido identificar infracciones de naturaleza subsanable, respecto de las cuales sí corresponda emitir tal medida. La calificación de un incumplimiento

como insubsanable debe ser notificado al sujeto inspeccionado conforme a lo previsto por el Decreto Supremo 003-2020-TR, en el caso de la SUNAFIL, y el TUO de la LPAG, en el caso de los demás órganos del SIT, teniendo que estar debidamente motivado y sustentado en el hecho que son conductas infractoras que, antes de ser detectadas por el inspector comisionado, agotaron sus efectos dañosos y, por consiguiente, ya no es posible remediar el perjuicio producido – o evitar el que se pudiera producir – al trabajador por medio de la adopción de una medida inspectiva de requerimiento, sustento que también debe ser consignado en el Acta de Infracción."

Por su parte, el Tribunal de Fiscalización Laboral, mediante su Resolución de Sala Plena Nro. 003-2024-SUNAFIL/TFL, precedente de observancia obligatoria, determinó que la insubsanabilidad tiene relación con la imposibilidad de corregir o rectificar un daño producto de un incumplimiento normativo:

"6.26. Por tanto, deben considerarse como infracciones insubsanables a aquellos incumplimientos tipificados en el RLGIT, cuyos efectos originaron daños comprobados por la inspección del trabajo y cuya naturaleza suponga que no pueden ser reparados, conforme a la motivación definida en el documento de fiscalización correspondiente (constancia de hechos insubsanables, acta de infracción u otro que sea incluido en el expediente de fiscalización).

*6.29. Cabe señalar que **la determinación del carácter insubsanable de una infracción a las normas de trabajo debe encontrarse plenamente identificada por los comisionados, teniendo la obligación de fundamentar las razones por las que el daño producido por los efectos del incumplimiento o incumplimientos atribuidos a las inspeccionadas no puede ser revertido.** Ante la ausencia de esta motivación, se entenderá que el inspector actuante podría estar quebrantando el debido procedimiento administrativo. En otras palabras, constituye una obligación de los inspectores comisionados el requerir la subsanación correspondiente cuando ello sea factible, conforme a la proporcionalidad y razonabilidad de la intervención de la inspección del trabajo en las relaciones de trabajo objeto de su supervisión."*

Este precedente de observancia obligatoria establece la necesidad de que el inspector del trabajo, a propósito de la detección de un incumplimiento cuyo daño podría no ser corregido, fundamente las razones por las cuales dicho incumplimiento es insubsanable, en lugar de sólo mencionar esta calificación. Ello porque el deber de fundamentar o motivar las razones de la insubsanabilidad implica que la medida inspectiva de requerimiento no sea emitida y, por tanto, el sujeto inspeccionado tenga que afrontar, necesariamente, la imputación de las infracciones y el inicio de un procedimiento sancionador.

Considerando el deber de fundamentación comentado, en el Expediente Sancionador Nro. 10615-2021-SUNAFIL/ILM, correspondiente a la Orden de Inspección Nro. 34609-2021-SUNAFIL/ILM, se aplica el precedente de observancia obligatoria y, en virtud de ello, se determinó que la capacitación de prevención del hostigamiento sexual al inicio de la relación que, a criterio del inspector de trabajo, no fue otorgada oportunamente al personal, constituía una infracción subsanable, en tanto no se verificó un acto de hostigamiento sexual que se haya producido a raíz de la falta de capacitación. Es decir, no se habría producido un daño cuyos efectos no se hayan podido revertir.

Por ese motivo, si bien se pudo verificar un incumplimiento por la falta de capacitación; sin embargo, la SUNAFIL consideró que el daño que se habría producido por el mismo podía ser corregido o revertido y, en consecuencia, se trataba de una infracción subsanable. De hecho, al no haberse emitido la medida inspectiva de requerimiento, el acta de infracción no resultaba válida y, por tanto, se dejó sin efecto la infracción imputada.

No obstante ello, hay otros casos en los cuales no se termina aplicando el criterio establecido por el precedente de observancia obligatoria desarrollado, como es el caso del Expediente Sancionador Nro. 2776-2023-SUNAFIL/ILM, correspondiente a la Orden de Inspección Nro. 4688-2023-SUNAFIL/ILM, donde el inspector del trabajo requirió el reintegro de las remuneraciones dejadas de percibir, relacionado con una medida disciplinaria de suspensión aplicada por el empleador, porque consideraba que la falta de un plazo para descargos afectaba la dignidad del trabajador y constituía un acto de hostilidad laboral.

De este modo, el inspector estaba considerando como subsanable el supuesto incumplimiento del no pago de remuneraciones, pero sin cumplir con motivar debidamente cómo es que se debe proceder al pago de los días de suspensión, si es que la suspensión misma, en tanto medida disciplinaria, se mantenía válida y sin cuestionamiento por parte de la inspección laboral.

Siendo así, si es que la inspección laboral considera que la medida disciplinaria no puede ser cuestionada debido a su competencia -siendo ello competencia de los jueces laborales-, y se mantiene vigente, entonces el supuesto daño producido por la aplicación de esa sanción o no existiría, en cuyo caso no correspondería la emisión de ninguna medida inspectiva de requerimiento ni imputación de infracción alguna, o el mismo no podría ser corregido en la etapa inspectiva, al no encontrarse obligado el empleador a revertir el efecto de

un no pago de remuneraciones por una sanción, en cuyo caso, y siguiendo el parámetro que tuvo el inspector en el caso concreto, podría calificar la infracción como insubsanable -sin perjuicio de que no compartimos esta posibilidad por tratarse de una contravención de la competencia con la que cuentan los jueces en la revisión de medidas disciplinarias. En el caso comentado, las instancias del procedimiento inspectivo sancionador acogieron la posición del inspector del trabajo y, con ello, la falta de análisis y motivación respecto de la subsanabilidad, confirmando la infracción imputada y la multa impuesta.

Adicionalmente, hemos podido apreciar otro caso similar de parte de la SUNAFIL con una consideración contradictoria, como es el Expediente Sancionador Nro. 6617-2022-SUNAFIL/ILM, correspondiente a la Orden de Inspección Nro. 29641-2022-SUNAFIL/ILM. En este caso, se consideró que el incumplimiento de un procedimiento previo a la aplicación de una medida disciplinaria constituía un acto de hostilidad que afectaba la dignidad del trabajador; no obstante, a diferencia del caso anterior, se consideró que se trataba de una infracción insubsanable sin mayor motivación alguna sobre la posibilidad de revertir los daños supuestamente generados, dando a entender que, por la sola razón de que se afectó la dignidad, ya la infracción resulta incorregible.

Como se aprecia, dos casos parecidos resueltos con criterios contradictorios respecto de la subsanabilidad de una misma infracción, hace evidente la necesidad de un deber de motivación o fundamentación de las razones por las que el daño de un incumplimiento no pueda ser revertido, que es finalmente el criterio que el precedente de observancia obligatoria ha establecido, y que busca garantizar el principio del debido procedimiento y del derecho del administrado a obtener una resolución motivada adecuadamente. Dicha fundamentación del inspector del trabajo, al momento de detectar el incumplimiento en la etapa inspectiva, es lo que permitirá al sujeto inspeccionado poder conocer los alcances de su infracción y el daño producido, así como la magnitud de su responsabilidad frente al daño, de ser el caso.

3. Resolución de Sala Plena Nro. 012-2024-SUNAFIL/TFL: sobre la correcta determinación del número de trabajadores afectados

En el artículo 38 de la LGIT se establece que las infracciones en materia de relaciones laborales, seguridad y salud en el trabajo, y seguridad social son sancionadas con multas administrativas, las mismas que se gradúan atendiendo

a lo siguiente: (i) gravedad de la falta; (ii) número de trabajadores afectados; y, (iii) tipo de empresa. En virtud de ello, se ha establecido un cuadro de multas según estos criterios en el artículo 48 del RLGIT.

Por su parte, la Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva requiere que, en la medida de requerimiento y/o el acta de infracción, se precise el número de trabajadores afectados como parte del contenido obligatorio que debe ser consignado por el inspector de trabajo (numerales 7.15.1 y 8.2.5. de la Directiva).

Lo anterior guarda relación con el principio de razonabilidad como principio de la potestad sancionadora, conforme al numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, según el cual *“las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción”*, siendo uno de los criterios de graduación *“la gravedad del daño”*.

Asimismo, y en particular respecto del número de trabajadores afectados, la determinación de estos permite tener certeza de la magnitud del incumplimiento por parte del empleador, no pudiendo presumirse la afectación a un grupo de trabajadores que no se hayan encontrado dentro de la comprobación del incumplimiento por parte del inspector del trabajo. En esa línea, consideramos que también la determinación del número, como criterio de graduación de la multa, guarda relación directa con el principio de licitud establecido en numeral 9 del artículo 248 del TUO de la LPAG, pues la inspección laboral debe presumir que el administrado ha actuado conforme a sus deberes, mientras no cuente con evidencia en contrario.

En consecuencia, si el inspector del trabajo imputa una infracción considerando un número de trabajadores afectados que no ha comprobado debidamente, está determinando una responsabilidad del empleador contraviniendo los principios de razonabilidad y de presunción de licitud, pues el incumplimiento respecto de los trabajadores no verificados está siendo supuesto y no debidamente comprobado en el procedimiento inspectivo.

Por ello, en los casos que el personal inspectivo compruebe la comisión de una conducta por parte de un administrado, constituye un requisito esencial la determinación de los trabajadores afectados, con la finalidad de determinar correctamente la cuantía de la multa administrativa correspondiente y la magnitud de la responsabilidad del empleador en la comisión de la infracción.

En esa línea, el Tribunal de Fiscalización Laboral, a través de su Resolución de Sala Plena Nro. 012-2024-SUNAFIL/TFL, precedente de observancia obligatoria, concluye que, además de la afectación de los principios de razonabilidad y

proporcional, la falta de una correcta determinación de los trabajadores afectados constituye un supuesto de indebida motivación:

"6.15. En ese sentido, la falta de una correcta determinación de los trabajadores afectados atendiendo a las condiciones identificadas durante las actuaciones inspectivas de investigación – y complementadas durante la etapa instructiva – conlleva a una afectación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; incurriéndose además en un supuesto de indebida motivación de las infracciones imputadas o a imponer."

En vista de las normativas antes expuestas, los administrados esperan que el equipo inspectivo determine correctamente quiénes son los trabajadores afectados o potencialmente afectados con el incumplimiento de sus obligaciones. Lo anterior, por dos razones: (i) permitirá al administrado cesar la acción indebida y resarcir el daño ocasionado a estos trabajadores, cuando está frente a una medida de requerimiento; y, (ii) actuará como una garantía a la debida motivación y a los principios de presunción de licitud, razonabilidad y proporcionalidad, ya que de ello dependerá la cuantía de la multa administrativa propuesta en el acta de infracción. Sin una debida determinación del número de trabajadores afectados, no se garantiza la eficacia de una medida inspectiva de requerimiento ni el derecho de defensa del administrado al cuestionar la imputación, afectándose con ello el debido procedimiento.

Ahora bien, en la práctica hemos podido revisar algunos casos donde, la correcta identificación de los trabajadores afectados en las actuaciones inspectivas de investigación no se ha cumplido, lo que ha generado que las propuestas de multas administrativas no solo sean mayores, considerando que las mismas han sido calculadas en base a la totalidad de trabajadores, sino que tampoco pueda conocerse la motivación de la imputación de responsabilidad al empleador respecto de trabajadores que no se encontraron comprendidos en la verificación del inspector.

Es el caso, por ejemplo, del Expediente Nro. 0332-2021-SUNAFIL/IRE-HUA, correspondiente a la Orden de Inspección Nro. 617-2021-SUNAFIL/IRE-HUA, donde la SUNAFIL sancionó a una empresa por la presunta comisión de una infracción regulada en el numeral 46.3 del artículo 46 del RLGIT -sobre la negativa de facilitación de la información requerida por el personal inspectivo-, con una multa calculada en función de más de 17,000 trabajadores, cuando solo se podía determinar si el incumplimiento terminaba afectando a los 48

trabajadores que laboraban en el centro de trabajo inspeccionado. Esta presunción de afectación respecto del total del personal, sin una debida motivación ni verificación, implicó no solo una diferencia de una multa equivalente a casi 90 UIT, sino que colocó al sujeto inspeccionado en una situación de indefensión, al no poder conocer las razones de su responsabilidad respecto de trabajadores cuya supuesta afectación no fue debidamente determinada.

Sin perjuicio de la consecuencia económica para el administrado, por tener que afrontar una multa mayor, lo cierto es que también se afectó la garantía a la debida motivación y los principios de presunción de licitud, razonabilidad y proporcionalidad, ya que la responsabilidad por la supuesta afectación de 17 mil trabajadores estaría siendo determinada en función de una suposición sin mayor justificación por parte del inspector del trabajo.

III. LA NULIDAD DE OFICIO DE LAS RESOLUCIONES FIRMES EMITIDAS CON ANTERIORIDAD A LOS PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

1. La finalidad del precedente de observancia obligatoria como sustento para la revisión de resoluciones emitidas con anterioridad

A propósito de lo comentado en los acápite anteriores, donde se observa la relevancia que tienen los precedentes de observancia obligatoria en la búsqueda de uniformización de criterios en el sistema de inspección laboral, para evitar pronunciamientos contradictorios que contravengan la predictibilidad jurídica, y que se garantice el debido procedimiento del sujeto inspeccionado junto con su derecho a obtener una decisión debidamente motivada de parte de la Administración, nos planteamos la posibilidad de si un precedente de observancia obligatoria puede también servir de sustento para invalidar un pronunciamiento previo que haya resultado contradictorio a éste. Sobre todo, en los casos donde este pronunciamiento le haya generado un perjuicio al administrado y se busque corregir dicha situación.

Tengamos en cuenta que, en el caso del Tribunal de Fiscalización Laboral, el precedente de observancia obligatoria es la interpretación “*de modo expreso y con carácter general*” del sentido que debe tener la legislación bajo su competencia, de conformidad con el artículo 22 del Decreto Supremo Nro. 004-2017-TR, Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral (Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral). Asimismo, la necesidad de un precedente de observancia obligatoria, en tanto precedente administrativo es, entre otros, “*uniformizar la*

emisión de actos administrativos por parte de la entidad, a fin de permitir a los administrados una mayor facilidad para predecir el resultado de los procedimientos que inicien” (GUZMÁN NAPURÍ, 2013, p. 90). El mismo sustento se encuentra en el TUO de la LPAG, cuando se menciona que los “*actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad*” (artículo VI del TUO de la LPAG).

De esta forma, el Tribunal de Fiscalización Laboral termina estableciendo un criterio de interpretación de observancia obligatoria para las autoridades del procedimiento inspectivo sancionador y, por ello, tiene sentido la necesidad de su publicación, con la finalidad de que las instancias que componen la inspección laboral apliquen el mismo, mientras que todos los administrados tengan esa predictibilidad. Ello denota una necesidad de que el criterio prevalezca a modo de regla general, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios, mediante una resolución uniforme para casos similares.

Esta necesidad explica, justamente, que el apartamiento del precedente de observancia obligatoria sea una de las causales para el planteamiento del recurso de revisión en el procedimiento inspectivo sancionador (artículo 14 del Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral), a fin de que el incumplimiento detectado, la imputación de la sanción y la imposición de una multa, terminen siendo revisados por el propio Tribunal de Fiscalización Laboral, pues se busca “*un mayor respeto a los derechos del administrado y reducir al mínimo el actuar arbitrario de la Administración Pública*” (GUZMÁN NAPURÍ, p. 90).

En ese orden de ideas, cabe preguntarse si es que, al igual que la posibilidad de revisar un pronunciamiento en contra de un precedente de observancia obligatoria, emitido de manera posterior a este, puede también ser posible que se revise un pronunciamiento emitido de manera previa al precedente, aun cuando la resolución correspondiente haya quedado firme, sobre todo si es que la misma terminó siendo perjudicial para el administrado quien, en el caso del procedimiento inspectivo sancionador, fue imputado con una infracción y tuvo que afrontar el pago de una multa.

Al respecto, consideramos que sí resulta posible a partir de una interpretación de la normativa general que regula el procedimiento administrativo general, teniendo en consideración la facultad de revisión de nulidad de oficio

que tiene la Administración y la finalidad de garantizar el debido procedimiento del administrado.

De hecho, el numeral 2 del artículo VI del TUO de la LPAG, señala que la nueva interpretación, en el marco de la emisión de un precedente de observancia obligatoria, *“no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados”*; y, si bien el numeral 3 del mismo artículo establece que *“la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes”*, creemos que pueden ser revisar los actos anteriores de la Administración que terminaron siendo contrarios al precedente de observancia obligatoria emitido y también los que fueron perjudiciales para el administrado.

2. La nulidad de oficio como vía para la revisión de resoluciones emitidas con anterioridad cuando hayan causado perjuicio al administrado

Con la posibilidad normativa de revisión de los actos previos al precedente, planteamos que la vía a evaluarse para ello es la nulidad de oficio, regulada en el artículo 213 del TUO de la LPAG, por la cual *“puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravién el interés público o lesionen derechos fundamentales”*. De esta manera, junto con la finalidad de la emisión de un precedente de observancia obligatoria, encontramos también la facultad de revisión de oficio de la propia Administración, respecto de actos emitidos por ella misma que puedan resultar contrarios al debido procedimiento del administrado, como derecho fundamental.

La nulidad de oficio, como manifestación de la *“autotutela revisora”* (MORÓN, 2023, p. 120, tomo II), tiene sustento en la *“la necesidad que tiene la autoridad administrativa de dar satisfacción al interés de respetar la vigencia del principio de juridicidad o del orden jurídico”* (MORÓN, 2023, p. 164, tomo II), y no impide la revisión de actos previos emitidos a un precedente de observancia obligatoria, al amparo del artículo 213 del TUO de la LPAG pues, en ese caso, *“podría ser posible que se emita un acto administrativo posterior, revocando un acto administrativo que perjudicó al administrado, al amparo del nuevo precedente”* (GUZMÁN NAPURÍ, 2013, p. 91, citando a MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Derecho procesal administrativo*, Página Blanca, Lima, 1997, p. 55).

Siendo así, la revisión de los actos previos al precedente, a fin de hacer prevalecer este aun cuando haya sido posterior, vía la nulidad de oficio, garantiza el debido procedimiento del administrado de poder tener una vía de cuestio-

namiento para la vigencia del principio de juridicidad, resarciendo el perjuicio generado por un pronunciamiento firme.

Adicionalmente, si tenemos en cuenta la situación perjudicial que tiene un administrado por un pronunciamiento previo al precedente, podemos apreciar la necesidad de que se declare su nulidad de oficio y, de este modo, se corrija la situación generada. Ello porque, la trascendencia del debido procedimiento tiene especial relevancia en el marco de la inspección laboral, por los efectos que tiene una resolución firme respecto de su responsabilidad, aun cuando sea cuestionada en el Poder Judicial en la vía contencioso-administrativa, ya que la interposición de este cuestionamiento no impide la vigencia ni los efectos del acto administrativo firme.

Recordemos que, de conformidad con el artículo 24 del TUO de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, aprobado por el Decreto Supremo Nro. 011-2019-JUS, se dispone que *“la admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario”*. Por su parte, el artículo 51 de la LGIT, establece la ejecutoriedad de las resoluciones de la Autoridad de Inspección del Trabajo, al señalar que *“la sola presentación de una demanda contencioso administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa o aquellas emitidas por el Tribunal de Fiscalización Laboral referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el Sistema de Inspección del Trabajo, salvo resolución judicial que disponga lo contrario”*.

Tal y como podemos apreciar, aun cuando pueda considerarse que un administrado tiene una vía en la cual pueda buscar garantizar su derecho al debido procedimiento que pudo haber sido vulnerado con la emisión de una resolución firme, acudiendo a la demanda contencioso administrativa, lo cierto es que esta acción no impide que igual la multa sea ejecutada antes de que el Poder Judicial pueda revisar el procedimiento inspectivo sancionador, generándole una situación de perjuicio no solo por la ejecución de la multa, sino también porque ha sido considerado, en ese procedimiento, como sujeto infractor, lo que implica responsabilidad sobre un incumplimiento laboral. Ello sin dejar de considerar que, un precedente de observancia obligatoria puede ser emitido de manera posterior al plazo de caducidad de tres meses para interponer la demanda contencioso-administrativa.

Por los motivos antes expuestos, la nulidad de oficio se vuelve no solo en necesaria, sino en la única vía efectiva que tendría el administrado para poder cuestionar las resoluciones previas que le afectaron y que, a partir del precedente del Tribunal de Fiscalización Laboral emitido de manera posterior, aquéllas resultaron ser contradictorias y, por tanto, perjudiciales para su situación.

Solo así se estaría garantizando la eficacia del debido procedimiento del administrado frente a la Inspección Laboral, además de atender la necesidad de uniformización que generó la emisión del propio precedente de observancia obligatoria, reduciendo al mínimo cualquier actuar arbitrario por parte de la Administración. Si la finalidad del precedente de observancia obligatoria es la adecuación de los pronunciamientos al mismo, nada obsta para que el mismo sea aplicado a resoluciones firmes emitidas con anteriores, en cuyos casos el administrado o sujeto inspeccionado, se haya visto perjudicado.

IV. CONCLUSIONES

- (i) La Resolución de Sala Plena Nro. 002-2023-SUNAFIL/TFL establece la obligación de alertas para la eficacia de la notificación electrónica, si es que el administrado había consignado sus datos de contacto, no teniendo validez la notificación del acto si es que, adicionalmente, no se habían emitido las alertas correspondientes al correo electrónico y/o mensajería instantánea. Sin embargo, de manera contraria, la posterior Resolución de Sala Plena Nro. 012-2023-SUNAFIL/TFL señaló que no era imprescindible la emisión de las mencionadas alertas, contradiciendo no solo el precedente de observancia obligatoria antes señalado, sino también el segundo párrafo del artículo 6 del Decreto Supremo Nro. 003-2020-TR que impone el deber de comunicación de la SUNAFIL al administrado sobre la notificación, criterio además adoptado por el Poder Judicial. La emisión de alertas garantiza, en el procedimiento inspectivo, que el administrado pueda conocer el requerimiento mismo de la SUNAFIL y, de esa manera, el inspector del trabajo pueda comprobar si las disposiciones laborales vigentes se vienen cumpliendo para que, de lo contrario, pueda adoptar medidas que busquen garantizar dicho cumplimiento.
- (ii) La Resolución de Sala Plena Nro. 003-2024-SUNAFIL/TFL establece que las infracciones laborales pueden ser clasificadas como subsanables o insubsanables. Las infracciones insubsanables son aquellas cuyos efectos no pueden ser revertidos, dado que el incumplimiento

del empleador generó un daño que ya no puede ser corregido, en cuyo caso no se emitirá una medida inspectiva de requerimiento y se procederá directamente a la imputación de responsabilidad y al inicio de un procedimiento sancionador. Es crucial que los inspectores fundamenten adecuadamente la insubsanabilidad de una infracción para garantizar el debido procedimiento y el derecho del sujeto inspeccionado a una resolución motivada.

- (iii) La Resolución de Sala Plena Nro. 012-2024-SUNAFIL/TFL establece que la correcta determinación del número de trabajadores afectados por infracciones laborales es esencial para garantizar la proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones administrativas. La falta de una identificación precisa puede llevar a multas desproporcionadas y afectar los principios de debido procedimiento y presunción de licitud.
- (iv) La nulidad de oficio en resoluciones firmes emitidas antes de precedentes de observancia obligatoria es trascendental para garantizar el debido procedimiento de los administrados. Esta herramienta permite corregir decisiones administrativas que, aunque firmes, resultaron perjudiciales debido a interpretaciones legales que posteriormente fueron uniformizadas por precedentes obligatorios. La facultad de revisión de oficio asegura que las resoluciones se ajusten al principio de juridicidad y evita la arbitrariedad administrativa, proporcionando una vía efectiva para resarcir los perjuicios causados y asegurar la predictibilidad y uniformidad en la aplicación de la normativa laboral.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Guzmán Napurí, C. (2013). Manual del Procedimiento Administrativo General. Instituto Pacífico.
- Ley Nro. 28806, Ley General de Inspección del Trabajo. 22 de julio de 2006.
- Morón Urbina, J. (2023). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444 (Decreto Supremo Nro. 004-2019-JUS), Tomo II. Gaceta Jurídica.
- Reglamento de la Ley Nro. 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo Nro. 019-2006-TR. 29 de octubre de 2006.
- Resolución de Sala Plena Nro. 002-2023-SUNAFIL/TFL [Tribunal de Fiscalización Laboral]. Precedente administrativo sobre la notificación de los requerimientos de información a la casilla electrónica. 2 de febrero de 2023.

- Resolución de Sala Plena Nro. 012-2023-SUNAFIL/TFL [Tribunal de Fiscalización Laboral]. Precedente administrativo sobre la carga probatoria de la inspección del trabajo con relación al agotamiento de los medios de investigación. 24 de setiembre de 2023.
- Resolución de Sala Plena Nro. 003-2024-SUNAFIL/TFL [Tribunal de Fiscalización Laboral]. Precedentes administrativos sobre el carácter insubsanable de las infracciones a las normas de trabajo. 23 de abril de 2024.
- Resolución de Sala Plena Nro. 012-2024-SUNAFIL/TFL [Tribunal de Fiscalización Laboral]. Precedentes administrativos sobre la delimitación del número de trabajadores afectados. 7 de julio de 2024.
- Decreto Supremo Nro. 004-2017-TR. Aprueban el uso obligatorio de la casilla electrónica para efectos de notificación de los procedimientos administrativos y actuaciones de la SUNAFIL. 14 de enero de 2020.
- Decreto Supremo Nro. 011-2019-JUS, Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. 4 de mayo de 2019.
- Decreto Supremo Nro. 004-2019- JUS. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. 25 de enero de 2019.
- Decreto Supremo Nro. 004-2017-TR. Reglamento del Tribunal de Fiscalización. 7 de octubre de 2019.
- Poder Judicial. Vigésimo Cuarto Juzgado Laboral de Lima. Expediente Nro. 10768-2021-0-1801-JR-LA-73.
- SUNAFIL. Procedimiento Administrativo Sancionador. Expediente Nro. 7420-2020-SUNAFIL/ILM/SISA3.
- SUNAFIL. Procedimiento Administrativo Sancionador. Expediente Nro. 10615-2021-SUNAFIL/ILM.
- SUNAFIL. Procedimiento Administrativo Sancionador. Expediente Nro. 2776-2023-SUNAFIL/ILM.
- SUNAFIL. Procedimiento Administrativo Sancionador. Expediente Nro. 6617-2022-SUNAFIL/ILM.
- SUNAFIL. Procedimiento Administrativo Sancionador. Expediente Nro. 0332-2021-SUNAFIL/IRE-HUA.
- Versión 2 de la Directiva Nro. 001-2020-SUNAFIL/INII, denominada “Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva”. Aprobada por la Resolución de Superintendencia Nro. 2016-2021-SUNAFIL. 10 de agosto de 2021.

APLICACIÓN DE LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL EN LA FACULTAD DE LOS INSPECTORES PARA REQUERIR LA REPOSICIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS POR MOTIVOS SINDICALES

ELIO ABIMAEI BÉJAR CÁRDENAS

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM); miembro principal del Círculo de Estudios Laborales y de la Seguridad Social (CELSS). Inspector Auxiliar de Trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL); con especialización en Seguridad Ocupacional y Salud en el Trabajo por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Expasante en Normas Internacionales del Trabajo en la OIT. Autor de artículos publicados a nivel nacional e internacional.

I. LA FACULTAD DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO PARA REQUERIR LA REPOSICIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS

Se ha dicho que la Inspección del Trabajo carece de facultades para requerir la reposición de trabajadores despedidos. Lo que no se niega es que los trabajadores, en caso de despidos nulos, incausados y fraudulentos, tienen el derecho a la reposición en sus puestos de trabajo originales en virtud del derecho a la estabilidad laboral absoluta, basado en el Principio de Continuidad, así como en un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. El principio de Continuidad, su correlato en la estabilidad laboral absoluta y la protección reforzada de la Libertad Sindical

Américo Plá Rodríguez (1998, pág. 220) definió el principio de continuidad como aquel que expresa *la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos*. Cuando Plá señala que la más larga duración que se atribuye a la relación de trabajo opera *desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos*, está indicando que la aplicación del principio es indefectiblemente *flexible y omnicomprendivo*. Se aplica, pues en todos los aspectos, es decir, tanto al inicio de la relación laboral cuanto a su desarrollo y cese. Al inicio de la relación de trabajo habrá de preferirse la contratación indefinida a la temporal y se establecerán límites a la aplicación de los periodos de prueba; durante el desarrollo del vínculo laboral se aplicará la continuidad ante las constantes transformaciones experimentadas por el empleador (fusiones, escisiones, reconversiones, etc.); y al cese del vínculo de trabajo se condicionará tal hecho a la existencia de causas justas relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador, si el cese se produce por voluntad unilateral del empleador, o a la existencia de un hecho objetivo y excepcional debidamente verificado por la Autoridad Administrativa del Trabajo, si el cese se produce por causas ajenas a la voluntad del empleador. Además, se intenta establecer medidas reparadoras ante los ceses antijurídicos tales como la reposición, si el sistema es de estabilidad laboral absoluta, o la indemnización pecuniaria, si el sistema es de estabilidad laboral relativa. Todas

estas son manifestaciones del Principio de Continuidad aplicado flexiblemente desde todos los puntos de vista y en todos los casos. El principio de continuidad es, de este modo, el fundamento del derecho a la estabilidad laboral¹ que, según el tipo de protección que se brinde al trabajador puede adoptar la forma relativa o la forma absoluta. Por otra parte, este principio también se encuentra vinculado con el derecho fundamental al trabajo regulado en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú, respecto del cual no hace falta abundar aquí.

Tampoco es necesario abundar en cuanto a la protección reforzada con que cuentan los trabajadores que, por causa del ejercicio de su Libertad Sindical, son víctimas de despidos, en cuyo caso el interés tutelable excede el de la mera estabilidad laboral del trabajador despedido e individualmente considerado para abarcar los intereses colectivos de todos los miembros de la organización sindical y, en determinados casos, de la totalidad de trabajadores de la empresa u organización de que se trate. Este tipo de despidos son considerados unánimemente nulos. Desde la propia Organización Internacional del Trabajo (2018, pág. 213) se prevé que:

Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo –tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales– y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato.

Dejemos señalado que tanto el Principio de Continuidad cuanto la protección reforzada de la Libertad Sindical son el sustento del derecho del trabajador a no ser despedido por motivos sindicales y a ser repuesto en su lugar de trabajo si el cese se hubiera producido en tales condiciones.

2. El objetivo fundamental del Sistema de Inspección del Trabajo

Todas las normas que regulan el Sistema de Inspección del Trabajo coinciden en indicar que la finalidad última de la Inspección del Trabajo no es

¹ Sobre este punto léase la primera edición de “*El derecho de estabilidad en el trabajo*” de Carlos Blancas Bustamante publicado en Lima el año 1991 por la Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.

otra sino la de garantizar la plena vigencia de los derechos de los trabajadores en todos los ámbitos de la producción. El Artículo 1° de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (en lo sucesivo LGIT) establece que la Inspección del Trabajo es un sistema único, polivalente e integrado, constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que *contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral*, de prevención de riesgos laborales, colocación, empleo, trabajo infantil, promoción del empleo y formación para el trabajo, seguridad social, migración y trabajo de extranjeros, y cuantas otras materias le sean atribuidas. La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, la Sunafil), a partir del 01 de abril de 2014, se constituyó, en virtud del artículo 2 de la Ley n.° 29981, en el organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE), responsable de *promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo*. El artículo 3 del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, núm. 81, (en adelante, C.81) establece que el sistema de inspección está a cargo de *velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines*, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones.

Esta finalidad última de garantizar el cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores puede ser cumplida a través de dos métodos:

- a) La prevención: ejercida mediante las acciones de orientación y asesoramiento técnico cuya finalidad es, precisamente, evitar que ocurran los incumplimientos, presuponiendo que, en determinada medida, éstos se producen por desconocimiento de parte de los empleadores y los trabajadores de sus derechos y obligaciones.
- b) La restitución de los derechos: en la medida en que es virtualmente imposible prevenir absolutamente todos los incumplimientos, la Inspección del Trabajo cuenta con mecanismos para la restitución del derecho cuando haya sido conculcado. A esta herramienta restitutiva de derechos se le conoce como *medida inspectiva de requerimiento*. Su finalidad es la *rectificación de la situación antijurídica* provocada por el empleador.

3. Qué es la medida inspectiva de requerimiento

Es la principal herramienta y el instrumento característico con que cuenta la Inspección del Trabajo para exigir el cumplimiento de las normas sociolaborales. La *medida inspectiva de requerimiento* se encuentra regulada en el artículo 14 de la LGIT:

Cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las **medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas**. (el resaltado es nuestro)

En el artículo 17, numeral 17.2 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 019-2006-TR (en adelante, RLGIT) se establecen otras determinaciones de la medida de requerimiento:

17.2 Si en el desarrollo de las actuaciones de investigación o comprobatorias se advierte la comisión de infracciones, los inspectores emiten medidas de advertencia, requerimiento, paralización o prohibición de trabajos o tareas, según corresponda, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas objeto de fiscalización. (...)

Transcurrido el plazo otorgado para que el sujeto inspeccionado subsane las infracciones sin que éste las haya subsanado, se extiende el acta de infracción correspondiente, dando fin a la etapa de fiscalización

En ese orden de ideas, la medida inspectiva de requerimiento es aquella por la cual el inspector, una vez constatada la infracción, otorga un plazo al sujeto inspeccionado para que cumpla con las normas laborales bajo apercibimiento de sanción económica; de donde se desprende que la medida de requerimiento tiene las siguientes características:

- 1) Se adopta solo cuándo se ha constatado la existencia de una infracción, es decir, después de que el inspector, con base en sus investigaciones, ha logrado determinar el incumplimiento.
- 2) Constituye la última oportunidad, dentro de las actuaciones inspectivas, que se brinda al sujeto inspeccionado para que cumpla con las normas laborales sujetas a inspección.
- 3) Tiene por finalidad la restitución del derecho vulnerado.

El modo en que se encuentra configurado en nuestro país la *medida inspectiva de requerimiento* se encuentra en perfecta armonía con la finalidad de la Inspección del Trabajo que es, conforme con el artículo 3 del C.81 de la OIT, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión. Entonces, brindar una oportunidad para que el empleador corrija su incumplimiento se encuentra al servicio del fin supremo que es *la restitución los derechos laborales vulnerados*. Pensar de otro modo equivaldría a señalar que la finalidad de la Inspección es la aplicación y cobro de la multa, cosa que es desde todo punto de vista inadmisibile. La multa tiene una importancia vital como elemento disuasivo que busca prevenir futuros incumplimientos, pero no constituye la finalidad última de la Inspección.

Así, el RLGIT ejemplifica, en su artículo 20, numeral 20.3, de manera ejemplificativa y abierta, las formas en que se puede ejercer la facultad de adoptar la medida inspectiva de requerimiento:

20.3 Las medidas de requerimiento son órdenes dispuestas por la inspección del trabajo para el cumplimiento de las normas socio-laborales y de seguridad y salud en el trabajo. **Pueden consistir** en ordenar al empleador, que en relación con un trabajador, siempre que se fundamente en el incumplimiento de la normatividad legal vigente, se le registre en planillas, se abonen las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, se establezca que el contrato de trabajo sujeto a modalidad es a plazo indeterminado **y la continuidad del trabajador cuando corresponda**, la paralización o prohibición inmediata de trabajo o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, **entre otras**. (las negritas son nuestras)

4. La reposición de trabajadores despedidos como contenido posible de las medidas inspectivas de requerimiento

No existe ninguna norma que excluya el Derecho al Trabajo, en su fase de prohibición de ceses sin causa justa, y la Libertad Sindical de los ámbitos de la Inspección del Trabajo con arreglo a perseguir la restitución del derecho vulnerado. Por el contrario, toda la regulación nacional e internacional apunta a que esta facultad debe encontrarse plenamente garantizada con la finalidad de proteger a los trabajadores contra los despidos antijurídicos, sobre todo cuando el despido restringe el ejercicio de derechos fundamentales tales como el de la

igualdad, no discriminación, los derechos de maternidad, el derecho de acción y petición, y con una relevancia especial, el derecho a la Libertad Sindical.

El artículo 3 del C.81 de la OIT establece una lista abierta de materias que la Inspección del Trabajo tiene a su cargo. Veremos que esta lista, en ningún momento excluye a las normas relacionadas con la estabilidad laboral de los trabajadores.

Artículo 3

1. El sistema de inspección estará encargado de:
 - (a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;

Condiciones de trabajo y la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores, son solo ejemplos de las materias que la Inspección puede conocer.

Bien vistas las cosas, este artículo divide las disposiciones que son objeto de la inspección en dos grupos: 1) las disposiciones sobre condiciones de trabajo y 2) las disposiciones referidas a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión. Este segundo grupo incluye, como no puede ser de otro modo, todos los derechos que son de carácter protector; verbigracia, los límites de la jornada, los límites mínimos de salarios y también los límites del poder del empleador, entre los cuales se encuentran los límites a su facultad unilateral para movilizar trabajadores, para cambiar horarios, modificar remuneraciones, modificar funciones y *dar por concluida la relación de trabajo*. Hasta aquí, no existen razones intrínsecas al mencionado convenio para concluir que la Inspección del Trabajo carece de facultades para ordenar la reposición de trabajadores.

Desarrollando el mandato del C.81 de la OIT, el Perú ha reconocido a la Inspección del Trabajo, en el artículo 3 de la LGIT, la facultad para conocer los asuntos relacionado a las siguientes materias:

Artículo 3.- Funciones de la Inspección del Trabajo

Corresponde a la Inspección del Trabajo el ejercicio de la función de inspección y de aquellas otras competencias que le encomiende el Ordenamiento Jurídico Sociolaboral, (...).

Las finalidades de la inspección son las siguientes:

1. De vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, ya se refieran al régimen de común aplicación o a los regímenes especiales:

a) Ordenación del trabajo y relaciones sindicales.

a.1) Derechos fundamentales en el trabajo.

a.2) Normas en materia de relaciones laborales individuales y colectivas.

a.3) Normas sobre protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en las empresas.

La protección contra el despido antijurídico es un derecho fundamental si se adopta el concepto flexible y abierto que basa dicha categorización en que el derecho tenga por sustento ontológico la dignidad de la persona encuéntrase o no detallado en el artículo 2 de la Constitución Política. La protección contra el despido o estabilidad laboral es también un derecho laboral de carácter individual sin lugar a dudas. Sin embargo, cuando el despido antijurídico se ejerce contra un representante de los trabajadores tales como un dirigente sindical o un miembro de la comisión negociadora, o contra un candidato a dirigente, el interés jurídicamente tutelable se expande hacia la esfera jurídica de todos los trabajadores incorporados dentro del ámbito de influencia del sindicato y adquiere caracteres colectivos.

Nada pues, hasta ahora apunta a que la Inspección del Trabajo esté prohibida de ejercer sus funciones respecto de los derechos de estabilidad laboral. Por el contrario, en el marco de la protección de la libertad sindical cuando por esta causa se vulnera la estabilidad laboral de los trabajadores, es decir, en el marco de la protección frente a los despidos antisindicales, la Opinión Consultiva OC-27/2021 del 05/05/2021 sobre los derechos de Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido claramente en su fundamento 108 el siguiente argumento en cuanto al deber de los Estados de investigar, sancionar y procurar, no solamente el castigo por el incumplimiento, sino también **el restablecimiento del derecho conculcado a los trabajadores:**

108. La segunda obligación de los Estados es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. **Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.** La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. *(el resaltado y subrayado es nuestro).*

En los capítulos de la Opinión Consultiva OC-27/21 en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos evalúa la relación entre la libertad de asociación, el derecho de reunión, la libertad de expresión, la libertad sindical y la negociación colectiva y su **consecuencia sobre los contenidos del derecho al trabajo** y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias (párrafo 121); se resalta la importancia del derecho al trabajo y la estabilidad laboral indicando que la protección del Derecho a la Libertad Sindical impone no solamente obligaciones negativas, es decir de abstención, por parte del Estado, sino también de acciones positivas para proteger a los sindicalizados e investigar (fiscalizar) las violaciones de tal derecho; obligaciones que deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita.

Por estos motivos, aplicados los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la actividad de fiscalización del trabajo, no es compatible con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú que la Inspección del Trabajo se limite a señalar como hechos constatados los despidos de dirigentes sindicales proponiendo una sanción económica, sino que debe tener la posibilidad de exigir el remedio a la conducta prohibida y la protección efectiva de la libertad sindical, para lo cual la medida inspectiva de requerimiento deberá contemplar **la reinstalación de los trabajadores en sus puestos de trabajo** tal como se prescribe en el párrafo 129 de la Opinión Consultiva OC-27/21:

129. Este Tribunal se ha pronunciado sobre diversos aspectos del derecho al trabajo, incluido el derecho a la estabilidad laboral y el derecho a las condiciones que aseguren la seguridad, salud e higiene del trabajador. Respecto de la primera, la Corte ha establecido que el derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, disuadiendo la conducta disvaliosa por parte del empleador, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; **c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional, a opción del trabajador).** (en resaltado es nuestro)

Desde este punto de vista, en tanto las normas internas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, y en tanto los Estados, de acuerdo con en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, al ratificar un convenio internacional el Estado se comprometen a *respetarlo y aplicarlo de buena fe; es preciso interpretar el contenido del numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT de acuerdo con los parámetros doctrinarios sostenidos en los cuerpos normativos e interpretativos antes mencionados, particularmente el contenido en la OC-27/21.*

Por esta razón, cuando el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT culmina su contenido textual con la expresión “*entre otros*”, redactado después de haber enumerado una serie de posibles contenidos de la medida inspectiva de requerimiento, no puede interpretarse sino que el texto normativo citado establece una lista abierta de potencialidades jurídicas donde la *reinstalación de los trabajadores despedidos* –dicho así, en los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- es una posibilidad estructuralmente válida como contenido de la medida inspectiva de requerimiento.

Del mismo modo debe entenderse la expresión “*continuidad del trabajador*”, también contenida en el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT. Cuando en el Derecho del Trabajo se habla de la continuidad, se está refiriendo al Principio de Continuidad que, como ya se tiene dicho, se aplica de manera flexible en todos los casos y desde todos los puntos de vista posibles, lo que implica que contempla tanto los casos en que el vínculo laboral sigue vigente cuanto los casos en los que se ha extinguido por voluntad unilateral del empleador. Si

bien es cierto la norma analizada vincula la continuidad, como contenido de la medida inspectiva de requerimiento, a los casos en los que se ha establecido que el vínculo de trabajo temporal es en realidad uno de naturaleza indeterminada, esto no es suficiente argumento para afirmar que la continuidad de los trabajadores deba aplicarse única y exclusivamente al supuesto mencionado, es decir, al de la desnaturalización de los vínculos de trabajo temporales, por dos razones principales: en primer lugar, porque las expresiones “única”, “*exclusivamente*” o cualquier otra categoría limitadora, no aparece en el texto normativo analizado; y, en segundo lugar, porque, contrariamente a esta tendencia de interpretación restrictiva, la Corte Interamericana de Derecho, así como el C.81 de la OIT y la finalidad pública establecida en la LGIT, obligan a los operadores jurídicos a interpretar la facultad de la Inspección del Trabajo para restituir los derechos conculcados de una manera amplia y suficiente para asegurar la vigencia real de los derechos de los trabajadores. En este sentido, lo que demuestra el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT es que *la continuidad de los trabajadores* es una posibilidad válida de contenido concreto de las medidas inspectivas de requerimiento y, por otro lado, lo que exigen los instrumentos nacionales e internacionales sobre inspección y protección de derechos humanos como la Libertad Sindical es que el contenido de esa orden de garantizar la “*continuidad de trabajadores*” contemple plenamente la reinstalación de los trabajadores en caso de despidos injustificados, consecuencia que no es sino una expresión más del Principio de Continuidad que informa e ilumina todo el sistema jurídico laboral peruano.

En cuanto a los puntos relacionados con habituales argumentaciones en contra de la posibilidad de que la Inspección del Trabajo emita requerimientos de reposición, continuidad o reinstalación de trabajadores despedidos, relacionados con tópicos tales como la presunta existencia de una competencia *exclusiva* y *excluyente* del Poder Judicial para conocer los casos de reposición o la presunta falta de garantías de la inspección del trabajo para determinar la existencia de un despido arbitrario, nulo o fraudulento, léase a Manuel Gonzalo de Lama Laura (2021, págs. 597 - 608) quien establece que la Inspección del Trabajo ejerce potestades cuasijurisdiccionales que no excluye el despido como materia sujeta a su control toda vez que en fin de cuentas las actuaciones llevadas a cabo por la Autoridad Inspectiva del Trabajo son revisables en el nivel jurisdiccional propiamente dicho.

II. ÁMBITOS DE DISCRECIONALIDAD HABILITADOS JURÍDICAMENTE PARA EL REQUERIMIENTO DE REPOSICIÓN, REINSTALACIÓN O CONTINUIDAD DEL VÍNCULO LABORAL DE LOS TRABAJADORES DESPEDIDOS

La discrecionalidad administrativa es una de las instituciones jurídicas a las que menos se recurre cuando se debate sobre la facultad de la Inspección del Trabajo para requerir la reposición, reinstalación o continuidad del vínculo laboral de los trabajadores despedidos. Cierta cultura jurídica de extremo positivismo neokantiano parece rechazar la posibilidad de que existan ámbitos de discrecionalidad en los fueros de la Administración Pública y rinden culto al denominado principio de vinculación positiva, por el cual aquélla solo puede actuar cuando la ley expresamente se lo permite y debe abstenerse de efectuar cualquier tipo de acto cuando no existe una norma de tal rango con carácter habilitante. Sin embargo, la doctrina administrativa es prácticamente unánime al reconocer no solo la posibilidad sino la necesidad de la existencia de ámbitos de discrecionalidad en la Administración Pública.

La medida inspectiva de requerimiento es asimilable a lo que se conoce en el Derecho Administrativo como *casos de discrecionalidad conformadora*, que según Juan N. Huaranga Marcelo (2023, pág. 117) habilita a la Administración a un ejercicio amplio de la discrecionalidad:

Los casos de discrecionalidad conformadora, también conocidos como casos de "discrecionalidad planificadora" (Planungsermessen), en los que la actuación administrativa está dirigida por programas finales y no por programas condicionales.

Esto significa que lo que se encuentra establecido legal o constitucionalmente no son los supuestos de hechos sino las consecuencias, siendo aquéllos objetos de la discrecionalidad administrativa. José Carlos Laguna De Paz (2017, pág. 3) indica que en los casos de discrecionalidad conformadora las normas establecen objetivos que la administración debe lograr solucionando conflictos de intereses o de principios:

En estos casos, las normas se limitan a imponer la consecución de fines u objetivos, que la actuación administrativa ha de alcanzar, solucionando conflictos de intereses o de principios. Esto es lo que ocurre con la planificación urbanística³ y de infraestructuras (transporte ferroviario, energía eléctrica, infraestructuras hidráulicas, etc.). No obstante, la llamada discrecionalidad conformadora no comporta diferencias cualitativas, sino de intensidad en el margen de decisión que se reconoce a la Administración.

Éste es el caso de la medida inspectiva de requerimiento, en la que el artículo 14 de la LGIT es el parámetro normativo legal que coloca los fines de interés público de la institución jurídica bajo análisis, esto es, que *cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas*; es decir, establece la finalidad o la consecuencia esperada con arreglo a los fines de la actividad fiscalizadora en materia laboral, *garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas*, sin establecer o especificar detalladamente cada supuesto de hecho que genere dicha consecuencia, lo que queda sujeta a los ámbitos de discrecionalidad administrativa.

No obstante, en el caso de la medida inspectiva de requerimiento, el MTPE, haciendo uso de la denominada *discrecionalidad reglamentaria*, reguló en el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT, una serie de supuestos de hecho que pudieran constituir formas de alcanzar los objetivos de la inspección planteados mediante los cuerpos normativos nacionales (legales) e internacionales (C.81), con lo cual instituye una lista abierta y ejemplificativa de contenidos posibles de las medidas inspectivas de requerimiento que ayuda a los inspectores y demás operadores jurídicos a entender el núcleo duro de la medida inspectiva de requerimiento, pero que de ninguna manera puede ser entendida como una lista cerrada y exhaustiva toda vez que esta última interpretación niega, no solo las potestades discrecionales de la Autoridad Inspectiva del Trabajo, en su calidad de entidad administrativa, sino también su capacidad para hacerse cargo del cumplimiento de los fines que legal, constitucional e internacionalmente se encuentran establecidos para ella y que constituyen la base que legitima su propia existencia como tal. Por el contrario, la expresión final “entre otros” contenida en el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT demuestra que el ámbito de discrecionalidad conformadora o planificadora sigue encontrándose habilitada para su uso durante las actuaciones inspectivas de trabajo.

III. LA NUEVA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA MEDIDA INSPECTIVA DE REQUERIMIENTO

Estando claramente determinada la facultad de la Inspección del Trabajo para requerir la continuidad, reposición o reinstalación de trabajadores despedidos por razones sindicales, nos encontramos con que el Tribunal de Fiscalización Laboral (en adelante, también, TFL) ha emitido una serie de precedentes –algu-

nos de observancia obligatoria y otros no- que han reconfigurado la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento, así como su relación con los llamados hechos o infracciones insubsanables.

1. La medida inspectiva de requerimiento antes de los precedentes del Tribunal de Fiscalización Laboral

Tradicionalmente se ha entendido que la medida inspectiva de requerimiento era una medida correctiva tendiente a garantizar el cumplimiento de los derechos laborales sometidos a investigación, mediante la emisión de una orden, y que constituye la última oportunidad con que cuentan los sujetos inspeccionados a fin de eximirse de la propuesta de multa que los inspectores pudieran consignar en las actas de infracción.

También se ha considerado tradicionalmente que la medida inspectiva de requerimiento únicamente era aplicable a los supuestos en que el inspeccionado cometía una infracción subsanable, mientras que en los casos de comisión de infracciones insubsanables la emisión de una medida inspectiva de requerimiento era incompatible con la naturaleza de la conducta infractora. De este modo, se comprendía que la finalidad última de la medida inspectiva de requerimiento no era, precisamente, la garantía del cumplimiento de las normas laborales, sino la subsanación de las conductas infractoras, determinación jurídica que no equivale a la anterior.

Expresión típica de este tipo de concepción jurídica sobre la medida inspectiva de requerimiento es la Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva, aprobada mediante Resolución de Superintendencia n.º 216-2021-SUNAFIL, en cuyo segundo párrafo del subnumeral 7.15.1 del numeral 7.15 establece lo siguiente:

En las medidas de **requerimiento**, los Inspectores actuantes detallan y describen de forma clara, precisa y concisa los hechos o actos constitutivos de incumplimientos sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo, los trabajadores afectados, las normas vulneradas, el respectivo numeral del RLGIT que tipifica los hechos como **infracciones**, los periodos de comisión de las infracciones y la obligación normativa que exige su cumplimiento. **Dichas medidas únicamente son emitidas cuando las infracciones constatadas son de naturaleza subsanable, lo que significa que los efectos de la vulneración del derecho o del incumplimiento de la obligación, pueden ser revertidos.**

Como corolario indisociable de lo anteriormente reseñado, teníamos que no se podía concebir que una misma conducta infractora pueda tener un aspecto subsanable y otro insubsanable. Las conductas infractoras eran, o enteramente subsanables, o enteramente insubsanables.

2. Las reformas del Tribunal de Fiscalización Laboral en la configuración jurídica de la medida inspectiva de requerimiento

Tras una serie de análisis y resoluciones de casos concretos, el TFL implementó una serie de reformas al contenido jurídico de la medida inspectiva de requerimiento, específicamente en cuanto a la finalidad última de dicha institución, su vinculación con la subsanabilidad e insubsanabilidad de las infracciones, y sus modalidades o vertientes que presenta.

La Resolución de Sala Plena n.º 009-2023-SUNAFIL/TFL, de fecha 23/05/2023, publicada en el diario oficial El Peruano el 11/06/2023, ha establecido el siguiente precedente:

6.26 La medida inspectiva de requerimiento, al ser una “orden dispuesta por la inspección de trabajo para el cumplimiento de las normas sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo”, debe contener un mandato claro y su entendimiento debe regirse por la razonabilidad, el deber de colaboración y la buena fe procedimental. En ese sentido, la medida de requerimiento debe cumplir con expresar el ámbito subjetivo y objetivo, **siendo estos extremos suficientes para producir el resultado esperado por la medida: la rectificación de una situación antijurídica.** (en resaltado es nuestro).

En este párrafo el TFL ha introducido una nueva determinación de las medidas inspectivas de requerimiento: su finalidad última; que ya no es, como se pensaba antes, la subsanación de las infracciones, sino **la rectificación de las situaciones antijurídicas.**

En la Resolución n.º 151-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, de fecha 15/02/2022, el TFL ya había adelantado algunas consideraciones como precursoras de la idea anteriormente señalada. En esta resolución se critica que la validez de las medidas inspectivas de requerimiento esté condicionada a que la conducta declarada como infractora del ordenamiento jurídico sea subsanable:

6.7 A criterio de esta Sala, **no resulta consistente el condicionar la validez de la medida de requerimiento a la subsanación de infracciones cuyo daño sobre los derechos e intereses tutelables sea "reversible", pues, conforme con el Principio de Legalidad, tanto la LGIT como el RLGIT han reconocido que la imposición de medidas de requerimiento y su ejecución se produce sin perjuicio de las multas correspondientes. Esto es, se aplican a supuestos subsanables e insubsanables.** La Directiva citada en el considerando anterior, entonces, resulta ejecutable como un lineamiento que puede ser invocado para propugnar la eficacia de las diversas medidas inspectivas de las que los fiscalizadores pueden servirse para cumplir su función, conforme con un correcto entendimiento de la jerarquía de las normas concurrentes. (el resaltado es nuestro)

Efectivamente, el RLGIT, en el numeral 20.3 de su artículo 20, establece explícitamente que las medidas de requerimiento *se disponen y ejecutan sin perjuicio de las multas que le corresponda imponer a la Autoridad Inspectiva* a cargo del procedimiento administrativo sancionador, lo que significa que no existe incompatibilidad entre conducta insubsanable y la emisión de la correspondiente medida inspectiva de requerimiento. Pero esta disposición no existe solamente en el nivel reglamentario sino en la propia ley. La LGIT, en el último párrafo de su artículo 14, establece que *los requerimientos que se practiquen se entienden siempre sin perjuicio de la posible extensión de acta de infracción y de la sanción que, en su caso, pueda imponerse*. Es decir, la extensión de una medida inspectiva de requerimiento en ningún caso puede interpretarse que su cumplimiento exime indefectiblemente al sujeto inspeccionado de responsabilidad administrativa. Por el contrario, existe siempre la posibilidad de que la responsabilidad administrativa recaiga sobre el inspeccionado a pesar de cumplir con la medida inspectiva de requerimiento, aunque no sea en todos los casos.

Es por esta razón que la medida inspectiva de requerimiento no tiene la doble naturaleza jurídica atribuida por Giancarlo Gayoso (2021, pág. 39) cuando señala:

Pero en el caso de la inspección del trabajo la medida de requerimiento no solo se limita a constituirse como una medida correctiva, sino que tiene una doble naturaleza, puesto que forma parte de un procedimiento que otorgará la oportunidad al administrado de eximirlo de responsabilidad administrativa del incumplimiento detectado a la normativa sociolaboral de la que se trate por efecto de la subsanación de las infracciones.

La medida inspectiva de requerimiento no es, en todos los casos, una eximente de responsabilidad dado que tal afirmación es contraria al artículo 14 de

la LGIT y porque el TFL ha determinado en la Resolución n.º 151-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala que la medida inspectiva de requerimiento es aplicable a los supuestos subsanables, en cuyo caso podría implicar la eximición de responsabilidad, pero también a los supuestos insubsanables, en cuyo caso, a pesar de que el inspeccionado cumpla con la medida no podrá eximirse de la responsabilidad del hecho insubsanable. Por esto el TFL, en la Resolución n.º 151-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, ya no reconoce, dentro del bloque de contenido de la medida de requerimiento a la subsanación como elemento central sino solo marginal:

6.4 Como se evidencia de las normas glosadas, la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento es la de ser una medida correctiva que tiene como objeto revertir los efectos de la ilegalidad de la conducta cometida por el inspeccionado de manera previa al inicio del PAS. El bloque normativo de las medidas de requerimiento reconoce que:

- Tienen por objeto el que la inspección del trabajo pueda ordenar a los empleadores el cumplimiento de las normas de trabajo (art. 20.3 del RLGIT).
- Se emiten ante la evidencia de la comisión de infracciones (artículo 17.2 del RLGIT)
- Éstas no impiden la posible extensión del acta de infracción (penúltimo párrafo del art. 14º de la LGIT y último párrafo del art. 20 del RLGIT).
- Una subsanación tras la medida de requerimiento (y antes de la notificación de imputación de cargos) es objeto de calificación por el instructor (segundo párrafo del art. 17.3 del RLGIT)

De ahí que, si bien la Directiva sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva, aprobada mediante Resolución de Superintendencia n.º 216-2021-SUNAFIL, establece que dichas medidas únicamente son emitidas cuando las infracciones constatadas son de naturaleza subsanable, dicha norma debe ser aplicada de conformidad con la jerarquía de normas concurrentes, lo que significa que cualquier interpretación que se le dé no puede contradecir el artículo 14 de la LGIT ni el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT.

El precedente establecido en el numeral 6.26 de la Resolución de Sala Plena n.º 009-2023-SUNAFIL/TFL termina por desterrar a la subsanación como la finalidad última y central de la medida inspectiva de requerimiento y establece que la centralidad de su contenido está en la *rectificación de la situación antijurídica*, finalidad que puede perseguirse tanto en los casos en que las conductas

sean subsanables cuanto en los casos en que sean insubsanables. Esta última idea se encuentra perfectamente expuesta en el numeral 6.23 de la misma resolución, en la que el TFL establece que en realidad existen dos modalidades de medida inspectiva de requerimiento, **una por subsanación y otra por rectificación**:

6.23. Así las cosas, corresponde indicar que la naturaleza jurídica de la medida inspectiva de requerimiento es la de ser una disposición ordenada por el servidor – inspector(a) de trabajo – que puede tener como objeto el revertir los efectos de la ilegalidad de la conducta cometida por el inspeccionado de manera previa al inicio del procedimiento sancionador (**medida de requerimiento en modalidad de subsanación** de una infracción determinada por la inspección del trabajo), **existiendo otra variante** por la que los inspectores conminan al sujeto inspeccionado a adecuar su comportamiento a lo prescrito en las normas de trabajo (**medida de requerimiento en modalidad de rectificación de una infracción** determinada por la inspección del trabajo). (en resaltado es nuestro).

Es así que, si aplicamos una operación de interpretación sistemática entre las determinaciones jurídicas de la medida inspectiva de requerimiento establecidas en la Resolución de Sala Plena n.º 009-2023-SUNAFIL/TFL y en la Resolución n.º 151-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala tenemos que el TFL ha establecido la siguiente configuración jurídica de la medida de requerimiento:

	Medida inspectiva de requerimiento	
Modalidad o variante	Por subsanación	Por rectificación
Supuesto de aplicación	Conductas subsanables	Conductas insubsanables
Eximición de responsabilidad	Su cumplimiento exime de responsabilidad administrativa.	Su cumplimiento no exime de responsabilidad administrativa.
Consecuencias del incumplimiento	Produce la responsabilidad administrativa por el incumplimiento sustantivo y por el incumplimiento de la medida inspectiva de requerimiento.	

IV. CONSIDERACIONES PARA EL REQUERIMIENTO DE REPOSICIÓN LABORAL DE DIRIGENTES SINDICALES SEGÚN LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

El precedente de observancia obligatoria establecido en el párrafo 6.18 de la Resolución de Sala Plena n.º 003-2024-SUNAFIL/TFL, de fecha 02/04/2024, publicado en el diario oficial El Peruano el 23/04/2024, establece a la letra lo siguiente:

6.18. No obstante, de manera general, en el segundo párrafo del artículo 49 del RLGIT2 se ha establecido que las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación puedan ser revertidos. Es así que el Tribunal de Fiscalización Laboral establece como precedente de observancia obligatoria que:

- a) Son subsanables las infracciones cuyos efectos antijurídicos puedan ser reparados en su totalidad, desapareciendo la ilegalidad del actuar del empleador y siendo esto determinado por el inspector del trabajo durante la fiscalización laboral.
- b) Las infracciones no habrán logrado ser subsanadas cuando, pudiendo cumplirse la condición mencionada en el acápite anterior, al culminarse las actuaciones inspectivas, el inspector considere motivadamente que el empleador no ha logrado revertir los efectos antijurídicos.
- c) Las infracciones serán consideradas insubsanables cuando los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación no puedan ser revertidos.

De donde se desprende que existe una nueva exigencia para la determinación de lo insubsanable: que los efectos antijurídicos puedan ser reparados en su totalidad. Esta idea presupone que los incumplimientos laborales suelen ser pluriofensivos, es decir, que generan más de un efecto antijurídico. En el caso específico de la Libertad Sindical, cuando un dirigente sindical es despedido por causa del ejercicio de sus actividades sindicales o cuando se trata de un afiliado a un sindicato que se encuentra en periodo de formación, claramente nos encontramos frente a una infracción cuyos efectos dañinos son múltiples:

- El despido por motivos sindicales constituye en sí mismo un mensaje disuasivo para los trabajadores que desincentiva la afiliación sindical, hecho que es antijurídico.
- La propia condición de desempleo del despedido constituye una situación antijurídica en tanto tiene el derecho de mantener la continuidad de su vínculo de trabajo.
- La falta de percepción de la remuneración por parte del despedido constituye otra situación antijurídica provocada por la conducta del empleador.
- La paralización de la actividad sindical, si los despedidos constituyeran la totalidad de la junta directiva, o el retraso en la misma, si por causa de los despidos se hayan retrasado negociaciones, actividades, reuniones, etc.; constituye también una situación antijurídica que

vulnera la Libertad Sindical en su aspecto colectivo y de organización.

En fin de cuentas, podemos describir todavía más consecuencias antijurídicas provocadas por la conducta infractora del empleador pero para el caso basta con las que se tienen dichas. ***Según el precedente vinculante analizado, para que se pueda considerar que el despido antisindical es subsanable, debe ocurrir que todas estas consecuencias antijurídicas sean posibles de reversión.*** De lo contrario estamos en el supuesto de una infracción insubsanable. Claramente, la situación de desempleo puede ser revertida con la reinstalación del despedido en su puesto de trabajo y el lucro cesante puede ser revertido pagando al despedido todos los conceptos devengados entre su fecha de cese y su fecha de reinstalación; sin embargo, el impacto producido en la actividad sindical por su paralización o retraso, son de imposible reversión en tanto haría falta retrotraer el tiempo para evitar que se produzcan ya que son efectos que se han perfeccionado en el tiempo; por otra parte, aunque el empleador reponga a los despedidos en sus puestos de trabajo, será incapaz de demostrar que el efecto disuasivo del mensaje que ha remitido a todos los demás trabajadores en cuanto a los perjuicios de la participación sindical ha sido eliminado.

Por este motivo, cuando un dirigente sindical es despedido por causa del ejercicio de sus actividades sindicales o cuando se un afiliado a un sindicato que se encuentra en periodo de formación es despedido sin causa justa, lo más probable es que nos encontremos frente a una infracción de tipo insubsanable². Sin embargo, esto no impide, como ya lo ha señalado el TFL, que pueda ser objeto de aplicación de una medida inspectiva de requerimiento en tanto existen algunos efectos que sí pueden ser revertidos, supuesto en el que es de perfecta aplicación la medida inspectiva de requerimiento en su variante de *rectificación de conducta*.

De ahí que, verbigracia, en el caso particular de un grupo de dirigentes sindicales despedidos al día siguiente de haber comunicado al empleador la conformación del sindicato, encontrándose aún el sindicato en fase de formación —en los términos de los artículos 30 y 31 de la Ley de Relaciones Colectivas de

2 Se utiliza la expresión “lo más probable” debido a que la riqueza que presenta la casuística en materia de inspección del trabajo impide prever la totalidad de casos particulares que puedan producirse en la realidad, algunos de los cuales pudiera acaso, por su singularidad, presentar la posibilidad de una subsanación total.

Trabajo-, la configuración de la medida inspectiva de requerimiento ha de ser la siguiente:

Acápites	Medida inspectiva de requerimiento		
	Declaración de hechos insubsanable	Sustentación de emisión de medida de requerimiento	Medida inspectiva de requerimiento
Fundamentos de derecho	Artículo 49 del RLGIT y numeral 7.15.8. de la Versión 2 de la Directiva N° 001-2020- SUNAFIL/INII	Artículo 14 de la LGIT; numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT; párrafo 6.7 de la Resolución n.º 151-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala; y párrafo 6.26 de la Resolución de Sala Plena n.º 009-2023-SUNAFIL/TFL	Artículo 14 de la LGIT; numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT; y párrafo 6.18 de la Resolución de Sala Plena n.º 003-2024-SUNAFIL/TFL
Fundamentos de hechos	La imposibilidad de revertir determinados efectos anti-jurídicos del incumplimiento tales como la afectación de la actividad sindical, el desincentivo de afiliación, etc.	La posibilidad de revertir otros efectos del incumplimiento que abren la posibilidad de la aplicación de la medida inspectiva de requerimiento en su vertiente de rectificación de incumplimiento.	
Contenido	Declaración de los hechos como insubsanables.	• Orden de reinstalación, reposición o continuidad del trabajador despedido en su mismo puesto de trabajo y bajo las mismas condiciones existentes antes del incumplimiento. • Pago de las remuneraciones devengadas y dejadas de pagar desde el ese hasta la fecha de reinstalación, reposición o restablecimiento de la continuidad del vínculo de trabajo. • Otros, según el caso concreto.	

V. CONCLUSIONES

1. El contenido del numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT debe interpretarse de acuerdo con los parámetros doctrinarios contenidos en los tratados internacionales, tales como los convenios de la OIT y particularmente el contenido en la OC-27/21 que desarrolla Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derecho Humanos.
2. La Inspección del Trabajo cuenta con facultades plenas para requerir a los sujetos inspeccionados la reposición, restablecimiento o la continuidad del vínculo de trabajo del trabajador despedido de manera contraria al derecho.

3. La emisión de una medida inspectiva de requerimiento no es incompatible con la existencia de infracciones insubsanables.
4. La medida inspectiva de requerimiento es aplicable a infracciones subsanables e infracciones insubsanables.
5. La medida inspectiva de requerimiento tiene dos modalidades o vertientes: a) por subsanación, aplicable a las infracciones subsanables y b) por rectificación, aplicable a las infracciones insubsanables.
6. El despido de trabajadores por causa de su actividad sindical es una infracción típicamente pluriofensiva que produce efectos antijurídicos subsanables y otros insubsanables.
7. En el caso de despidos de trabajadores por causa de su actividad sindical es perfectamente posible declarar la insubsanabilidad de la conducta y emitir la medida inspectiva de requerimiento en su vertiente de rectificación para ordenar la reposición del trabajador despedido, así como el pago de todas las remuneraciones devengadas dejadas de pagar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Gamboa, G. G. (octubre de 2021). La doble naturaleza jurídica de la medida de requerimiento. Análisis a partir de los pronunciamientos del TFL y reciente precedente administrativo. *Soluciones Laborales*(166).
- Laura, M. G. (2021). La Inspección del Trabajo como vía de tutela de derechos laborales y su relación con el proceso laboral: buscando (¿o identificando?) las “intersecciones” de ambos caminos. (S. P. Social, Ed.) *Revista Laborem*(24-2021), 589 - 614.
- Marcelo, J. N. (2023). *Los fundamentos constitucionales para el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración pública y su relación con los fines del estado social y democrático de derecho [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]*. Lima: Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.
- Organización Internacional del Trabajo. (2018). *La libertad sindical: recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (Sexta ed.). Ginebra.
- Paz, J. C. (2017). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista española de Derecho Administrativa*(186). Obtenido de <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/El%20control%20judicial%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa.PDF>

Rodriguez, A. P. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo* (Tercera ed.). Buenos Aires: Edición Depalma.

PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

MIRIAM ILLA PANTIGOSO

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster Universitario en Dirección de Recursos Humanos y Dirección del Talento por la Universidad Rey Juan Carlos y la Escuela de Negocios EAE – Madrid España. Asociada Senior del Área de Inspecciones del Estudio de Abogados Vinatea & Toyama.

I. LA IMPORTANCIA DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO Y LA ADECUACIÓN PROCEDIMIENTO INSPECTIVO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

La Inspección del Trabajo tiene como finalidad el asegurar el cumplimiento de las normas laborales, lo cual es una labor sumamente importante en un país como el nuestro que cuenta con mercado laboral con una informalidad de casi el 70 %. De esta manera, el Estado, a través de esta instancia, lo que debería buscar es que cada vez más trabajadores se encuentren formalizados y, con ello, tengan acceso a sus derechos laborales y puedan trabajar en condiciones dignas.

En ese sentido, el Convenio N° 81 de la OIT resalta dicha labor al señalar que el sistema de inspección está encargado, entre otros, de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión. Así, un sistema de inspección del trabajo eficiente también coadyuva a garantizar el trabajo decente, esto quiere decir no solo una relación laboral formal, sino que esta se de en condiciones seguras.

Ello, constituye el interés general que está detrás de la inspección del trabajo y que es la base de la Administración Pública. Dicho de otra manera, la Inspección del Trabajo no está enfocada en satisfacer los intereses de los trabajadores, empleadores o las organizaciones sindicales, sino en verificar el cumplimiento normativa, esto es, que las normas laborales dictadas por el Poder Legislativo se cumplan, existiendo la posibilidad de imponer multas que suponga una sanción ante su incumplimiento. Sin embargo, esta facultad debe ser ejercida dentro de principio como la razonabilidad y legalidad.

Así pues, la facultad de punición solo debe ser ejercida en aquellos supuestos en los que la Administración verifique fehacientemente, dentro del marco de un procedimiento administrativo, que el administrado -el empleador- no cumplió con lo dispuesto en la normativa vigente, pues de lo contrario se generaría un ejercicio abusivo de parte de la Administración. Recordemos que la carga probatoria en el procedimiento administrativo la tiene el Estado, pues es quien cuenta

con todas las prerrogativas y facultades para demostrar la supuesta existencia de un incumplimiento sancionable y vence la presunción de licitud. De esta manera, la sanción no es el fin de la inspección del trabajo, sino la herramienta coercitiva que puede utilizar en caso detecte un incumplimiento normativo.

La SUNAFIL, al ser parte de la Administración, está sujeta al principio de legalidad, tal como desarrollaremos más adelante. Al respecto, cabe recordar que el Decreto Legislativo N° 1272, estableció que ningún procedimiento especial, como el del procedimiento inspectivo, podría imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en el TUO de la LPAG.

De esta manera, a través del Decreto Supremo N° 016-2017-TR se modificó el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, RLGIT, a fin adecuar tanto la etapa de investigación como la del procedimiento sancionador a las disposiciones establecidas en el TUO de la LPAG. Así, podemos afirmar que las características específicas de la inspección de trabajo, como por ejemplo el carácter tuitivo del derecho del trabajo, no justifican la inobservancia de los principios del derecho administrativo general contenidos en el Título Preliminar del TUO de la LPAG, en tanto el debido procedimiento administrativo cobra especial relevancia en este ámbito.

En virtud de lo antes señalado se debe tener presente que los procedimientos de la inspección del trabajo se enmarcan en las reglas del procedimiento administrativo general y, por tanto, las autoridades del sistema inspectivo deben respetar las garantías del debido procedimiento, a pesar de ser un procedimiento especial. Asimismo, el interés general que rige todo el sistema inspectivo es la supervisión del cumplimiento de las normas laborales y no los intereses particulares de los trabajadores u organizaciones sindicales, ya que para ello existen otras instancias como la judicial.

II. RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD Y CONFIANZA LEGÍTIMA COMO BASE PARA ESTABLECER LOS PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

El numeral 1.15 del artículo IV de la LPAG establece como uno de los principios rectores del procedimiento administrativo el de predictibilidad o confianza legítima en los siguientes términos:

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo:

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:(...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. -

La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables (...).

Al respeto, Morón (2020) considera que este principio para el individuo constituye una garantía por la que se da valor jurídico a la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la futura actuación del poder en aplicación del Derecho (p. 132).

Tal como observamos este principio se basa en la certeza que brinda el actuar coherente de la Administración. Dicho de otra manera, este principio legitima a la Administración en tanto le brinda al administrado un panorama claro o al menos dota de cierta certeza los resultados que puede obtener en el caso concreto, proscribiendo la discrecionalidad o el trato desigual.

En consideración de Guzmán (2019), el principio de predictibilidad genera los siguientes efectos:

En primer lugar, coadyuva a que la decisión de la autoridad administrativa no sea arbitraria, en especial en materia de graduación de la sanción, dado que existen aún procedimientos administrativos sancionadores donde no se emplea la fórmula. En segundo lugar, afecta favorablemente el efecto de la sanción administrativa, que es generar un adecuado desincentivo respecto a comisión de infracciones (p. 73)

Este principio está fundamentado en la seguridad jurídica, la cual a consideración del Tribunal Constitucional “forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad”¹

Asimismo, Gómez (2021) señala que:

Si la norma es interpretada en un sentido y luego en otro, no solo se viola el principio de igualdad, no solo se actúa arbitrariamente, sino que la Administración es vista como errática, como impredecible, lo que genera inseguridad jurídica, desalienta las iniciativas, desincentiva los emprendimientos, desanima la inversión (pp. 324-325)

En este contexto, consideramos que la labor del Tribunal de Fiscalización Laboral – TFL es de suma importancia ya que es un órgano de competencia nacional que tiene como finalidad la unificación de criterios de las 26 intendencias con las que cuenta la SUNAFIL a nivel nacional, aunque solo puede pronunciarse sobre las infracciones muy graves.

Sobre el particular, recordemos que el TFL fue previsto desde la creación de la SUNAFIL en el año 2014; sin embargo, fue recién a finales de marzo de 2021 que este fue instalado. De acuerdo con lo establecido en el Decreto Supremo N° 004-2017-TR, dicho órgano colegiado está conformado por el Presidente del Tribunal, los Vocales de todas las Salas, la Secretaría Técnica y las Salas. Desde su creación se tenía previsto la instalación progresiva de 3 Salas; casi 3 años después solo contamos con la Primera Sala.

Ello ha llevado a que, en el 2021, el TFL emita 701 pronunciamientos; en el 2022, 1214; en el 2023, 1242; y en lo que va del 2024, 796. No obstante, resulta necesario también advertir que los tiempos de tramitación también se han visto afectados por la falta de implementación del resto de Salas ya que si las primeras resoluciones del TFL fueron emitidas al mes o máximo a los dos meses de ser planteados los recursos de revisión, a la fecha esto toma casi 18 meses en promedio, sin que siquiera se conceda un informe oral.

1 STC Exp. 016-2022-AI/TC

En este sentido, es necesario la instalación de la segunda y tercera Sala del Tribunal, ya que la excesiva carga de expedientes podría hacer peligrar la predictibilidad que se le exige a la Administración, al no poder dedicarle el tiempo adecuado al análisis de cada caso concreto. Pues como es de conocimiento hay varias resoluciones que se han venido emitiendo en el tiempo y resultan ser contradictorias entre sí.

Por otro lado, cabe destacar que, en virtud del principio de predictibilidad y confianza legítima, así como de lo establecido en el literal b del artículo 3 del Decreto Supremo 004-2017-TR, el TFL ha emitido alrededor de 50 precedentes de observancia obligatoria con criterios tanto sobre aplicación de la normativa vigente, así como de las reglas del procedimiento inspectivo. Sin embargo, advertimos que en algunos casos más que interpretar el sentido de las normas o generar seguridad jurídica lo que estaría haciendo el TFL es generar obligaciones no previstas en la norma sustantiva o el tipo infractor invocado, tal como veremos más adelante.

III. LÍMITES DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El artículo 14 del Decreto Supremo N° 004-2017-TR, el recurso de revisión tiene por finalidad la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico sociolaboral al caso concreto y la uniformidad de los pronunciamientos del Sistema. Se sustenta en la inaplicación, así como en la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral, o en el apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal”.

Para resolver dichas controversias, el citado Decreto Supremo ha establecido que el TFL cuenta con las siguientes facultades.

Artículo 17.- Facultades del Tribunal de Fiscalización Laboral

Al evaluar el fondo del recurso de revisión, el Tribunal está facultado para rectificar, integrar, excluir e interpretar la resolución emitida por la segunda instancia administrativa, debiendo motivar la realización de cualquiera de las acciones antes descritas.

De esta manera, se ha limitado el actuar del TFL específicamente a la resolución de segunda instancia y no a todo lo investigado. Dicho de otra manera,

el colegiado solo debería revisar lo resuelto por la Intendencia, y, por ejemplo, no podría declarar la nulidad del Acta de Infracción. Asimismo, tal como se desprende de la norma antes citada, el TFL podría, por ejemplo, rectificar cierto extremos de la resolución de Intendencia a la luz del debido procedimiento, pero no podría ser posible variar la tipificación ya que esto vulneraría gravemente el derecho de defensa del administrado.

Asimismo, queda claro que cuando el TFL resuelva deberá motivar por qué considera que en un caso concreto se debe aplicar o inaplicar determinada norma. Respecto al sentido de la interpretación de la norma aplicable al caso concreto, creemos que esta solo se debería referir a aquellos casos en los cuales una norma jurídica emplee términos abiertos o imprecisos, pero bajo ningún criterio se puede entender que esta facultad confiere al TFL la potestad de crear obligaciones o restringir derechos vía interpretación como si lo ha realizado de manera contraria al principio de legalidad en algunas ocasiones.

Al respecto, la SUNAFIL, al parte de la Administración, está sujeta al principio de legalidad, vale decir, su actuar está supeditado a la Constitución y normas de rango legal. Así, el artículo 45 de la Constitución señala:

Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

Este mandato es reafirmado en el TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, “LPAG”) el cual ha determinado como uno de sus principios ordenadores el siguiente:

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose

especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general. (...)

Ello, además, es se refleja en los límites que se les confiere a través de la competencia. En esta línea, el artículo 86 de la LPAG establece:

"Artículo 86.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

1. Actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones" (...)

Específicamente, en el Sistema Inspectivo, el artículo 2 de la LGIT reconoce el principio de legalidad de la siguiente manera:

Artículo 2.- Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo

El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores:

1. Legalidad, con sometimiento pleno a la Constitución Política del Estado, las leyes, reglamentos y demás normas vigentes. (...)

De una interpretación integral de estas normas podemos afirmar que la actuación de SUNAFIL, en todas sus instancias, estará enmarcada en las facultades que por ley se le confieran, es decir, su nivel de discrecionalidad es limitado y sus facultades serán ejercidas de la forma y con los límites que el ordenamiento legal le imponga.

Al respecto, Morón Urbina (2020) señala que, bajo el principio de ejercicio legítimo de poder, "la Administración Pública tiene que ejercer el poder en pos de la protección del interés general cometiéndose en todo momento a la legalidad establecida para ejercer las facultades atribuidas y sin poder apartarse de estos parámetros cualquiera sea su actuación" (p.144).

De esta manera, observamos que los principios de ejercicio legítimo del poder y el de legalidad, están íntimamente ligados en tanto constituyen verdaderos límites a la actuación de la Administración. En específico Morón (2020) refiere que:

Este principio también contiene una prohibición para la actuación administrativa. Como se desprende de la lectura del principio, la autoridad está prohibida de incurrir en abuso del poder. El abuso del poder atañe un ejercicio arbitrario y desmedido de las potestades que una entidad detenta. El que haya o no abuso por parte de la autoridad administrativa, como hemos hecho mención, no puede ser determinado si es que no se analiza la norma que otorga las competencias a la entidad. A partir de los objetivos que establece esta norma es que se puede dilucidar si hay abuso de poder o no. En ese sentido, toda autoridad administrativa está obligada a evitar que sus actuaciones se aparten de la finalidad que la ley ha establecido al otorgarle sus facultades y potestades (p. 146).

Tal como se observa la Administración está sujeta al principio de legalidad y para que su actuar sea legítimo debe contar con una norma habilitante. En ese sentido, el Tribunal de Fiscalización Laboral deberá limitar su actuar a lo establecido, principalmente, en el Decreto Supremo N° 004-2017-TR, LGIT, RLGIT, TUO de la LPAG, dejando de lado la discrecionalidad de sus facultades.

Previamente resaltamos la importancia de los precedentes de observancia de obligatoria como una herramienta que ayudaba a generar seguridad jurídica ya que brindaba certeza respecto a la manera en cómo la Administración debía resolver determinados supuestos. Sobre el particular, cabe señalar que el artículo V del Título Preliminar del TUO la LPAG establece como fuentes del procedimiento administrativo, “las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas”. Asimismo, se hace la precisión de que estas “sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren”

En opinión de Guzmán (2019):

La concepción del precedente administrativo pretende uniformizar la emisión de actos administrativos por parte de la entidad, a fin de permitir a los administrado una mayor facilidad para predecir el resultado de los procedimientos que ellos inicien. Ello redundará en un mayor respecto a los derechos del administrado y reduce al mínimo el actuar arbitrario de la Administración Pública (p.69)

Asimismo, Gómez (2021) es claro en señalar que solo donde haya necesidad de interpretar existe la posibilidad emitir un precedente. Si la potestad reglada no da margen para la interpretación entonces no habrá precedente (p.

322). De esta manera, se puede afirmar que los precedentes no conceden a la Administración la facultad de legislar, sino que son una herramienta a través de la cual se establecen criterios interpretativos ahí donde la norma no es clara.

En el caso concreto del TFL, su propio Reglamento del resalta que la finalidad del recurso de revisión es generar uniformidad en los pronunciamientos, y ello porque el este está centrado en el cuestionamiento de la aplicación e interpretación de normas. Por ello, con más razón los precedentes deberían estar enfocados en la interpretación de normas concretas ya sean de carácter sustantivo o procedimental.

También es importante resaltar que, en virtud del principio de legalidad, y de acuerdo con lo señalado por la doctrina, la emisión de precedentes solo cabría en aquellos casos en los cuales exista alguna ambigüedad en la interpretación de determinada norma, es decir, ahí donde la norma no sea clara o emplee términos abiertos para definir determinada conducta. De esta manera, no cabe que, a nivel administrativo, vía un precedente administrativo, por ejemplo, se modifique un tipo infractor, o se incluya dentro de este una conducta que la norma sustantiva no prevé. Ello implicaría un quebrantamiento del principio de legalidad.

IV. ALGUNOS EJEMPLOS EN LOS QUE EL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL HABRÍA EJERCIDO UNA FACULTAD LEGISLATIVA

A fin de ejemplificar algunos casos en los cuales el TFL ha excedido sus funciones y lejos de interpretar normas ha establecido obligaciones, se analizan los siguientes precedentes de observancia obligatoria:

1 Resolución de Sala Plena N° 007-2023-SUNAFIL/TFL

El Tribunal estableció como precedente de observancia obligatoria lo siguiente respecto a la materia de registro de control de asistencia:

6.10 La jurisprudencia constitucional ha enfatizado que la obligación de registro del control de asistencia implica que los empleadores observen la debida diligencia¹³ en su manejo, pues la normativa invocada no solo prevé que se habilite el registro físico o digital del control de asistencia, **sino también que se realice las acciones necesarias para que el mismo cumpla su finalidad**, pues constituye un deber de la inspeccionada en su implementación, el adecuado llevado, control y supervisión continua del registro del control de asistencia.

6.11 En tal sentido, cuando sea que los empleadores realicen el registro de asistencia de su personal de manera física, deberán poner a disposición de sus trabajadores dicho registro, **así como asegurar, bajo responsabilidad, que sus trabajadores cumplan con el registro de su asistencia al centro de labores.** Lo mismo ocurre en caso se implemente un registro virtual o biométrico u otro, de similar naturaleza. En cualquier escenario, cuando se evidencie la ausencia del registro de asistencia de uno o más trabajadores, **el empleador debe actuar con la debida diligencia para garantizar su adecuada implementación.** (...) énfasis agregado

En dicho pronunciamiento el TFL señaló que la Empresa no era responsable de la infracción tipificada en el numeral 25.19 del RLGIT porque los trabajadores omitieron completar el registro de asistencia. El fundamento para ello es que el empleador habría adoptado medidas disciplinarias en contra de estos trabajadores oportunamente. Es decir, el criterio que se deduce del precedente es que si el empleador adopta medidas disciplinarias contra los trabajadores que omiten la marcación no podrá ser multado por no contar con un registro de control de asistencia.

Al respecto, es preciso traer a colación el tipo infractor analizado por el TFL, el cual sanciona las siguientes conductas:

Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales

Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos:

(...)

25.19 No contar con el registro de control de asistencia, respecto de uno o más trabajadores, o que, teniéndolo, no contenga información mínima, o impedir o sustituir al trabajador en el registro de su tiempo de trabajo.

Al observar al detalle, el tipo infractor sanciona las siguientes conductas:

- a) No contar con un registro de control de asistencia, es decir, no contar con el documento mediante el cual uno o varios trabajadores puedan registrar su jornada de trabajo.
- b) En caso de contar con dicho documento, que este no contenga los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR².

² **Artículo 2.- Contenido del registro**

El registro contiene la siguiente información mínima:

– Nombre, denominación o razón social del empleador.

- c) Impedir que los trabajadores registren su tiempo de trabajo, por ejemplo, retirando el cuaderno de control de asistencia o apagando el reloj de marcación.
- d) Sustituir al trabajador en el registro. Ello podría suceder cuando se varíe el tiempo de trabajo real.

Ahora bien, al revisar la norma sustantiva que respalda el tipo infractor, vale decir, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR observamos que los empleadores están obligados a lo siguiente:

Artículo 1.- Ámbito

Todo empleador sujeto al régimen laboral de la actividad privada debe tener un registro permanente de control de asistencia, en el que los trabajadores consignarán de manera personal el tiempo de labores. La obligación de registro incluye a las personas bajo modalidades formativas laborales y al personal que es destacado o desplazado a los centros de trabajo o de operaciones por parte de las empresas y entidades de intermediación laboral, o de las empresas contratistas o Subcontratistas.

No existe obligación de llevar un registro de control de asistencia para trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes durante el día.

Tal como se aprecia la obligación que se establece legalmente al empleador es la de poner a disposición de los trabajadores y personal bajo modalidades formativas el registro de control de asistencia, resaltando que es obligación de estos registrar personalmente su tiempo de labores.

De esta manera, ni el tipo infractor ni la norma sustantiva dan lugar a interpretación ya que no existe ningún extremo oscuro ni se emplean términos amplios que puedan llevar a confusión al administrado. En ese sentido, lo que hace el TFL, a través de este precedente, al introducir el término “debida diligencia” es crear una obligación al administrado, es decir, arbitrariamente ejerce una función legislativa la cual no le ha sido conferida.

En efecto, a través el precedente de observancia obligatoria, el TFL amplía la obligación establecida en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-

-
- Número de Registro Único de Contribuyentes del empleador.
 - Nombre y número del documento obligatorio de identidad del trabajador.
 - Fecha, hora y minutos del ingreso y salida de la jornada de trabajo.
 - Las horas y minutos de permanencia fuera de la jornada de trabajo.

TR, ya que el empleador no solo debe implementar un registro de control de asistencia, sino que además debe “asegurar, **bajo responsabilidad**, que sus trabajadores cumplan con el registro de sus asistencia”. Si bien ello es parte de la gestión interna que idealmente debería tener todo empleador, ello no debería ser tomado en cuenta como un factor para imputar responsabilidad al empleador.

De hacerlo, se estaría permitiendo que se modifiquen normas como Decretos Supremos en vía administrativa, lo cual evidentemente es ilegal. Inclusive, si admitiéramos dicha posibilidad, cabría cuestionarnos desde cuándo sería vigente dicha “nueva regulación” ya que no podría aplicarse retroactivamente.

Al margen de ello, sancionar al empleador por la falta de registro de la jornada de trabajo imputable exclusivamente a los trabajadores bajo en numeral 25.19 del RLGIT constituye una vulneración al principio de causalidad establecido en el numeral 8 del artículo 248 del TUO de la LPAG que señala que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. En el caso concreto, se observa que el tipo infractor no prevé que la falta de marcación de los trabajadores esté dentro del tipo infractor del numeral 25.19 del RLGIT.

2 Resolución de Sala Plena N° 002-2023-SUNAFIL/TFL

En este caso, a través de un Acuerdo Plenario, respecto a las sanciones diferentes al despido, el TFL señaló lo siguiente como criterio de observancia obligatoria:

22. Así, conforme con las resoluciones invocadas en el numeral 16 del presente Acuerdo Plenario, es preciso establecer la existencia de actos de hostilidad cuando se despliegan medidas disciplinarias contra trabajadores sin haberse seguido un procedimiento que cumpla con los derechos fundamentales a la defensa, al debido proceso o a la prueba, derechos constitucionales que deben tener plena vigencia en la relación de trabajo, conforme con el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución.

23. En ese sentido, la autoridad instructiva y sancionadora, durante la tramitación del procedimiento sancionador respectivo, deberá examinar que en la inspección de trabajo donde se analice la presunta comisión de actos de hostilidad en contra de trabajadores sancionados con medidas disciplinarias; se haya verificado si previamente a la imposición de la sanción, el empleador siguió un debido procedimiento cautelando el derecho a la defensa y a la prueba; preservándose el ejercicio disciplinario que sea justo y respetuoso de tales derechos.

En este caso, cabe recordar que el ordenamiento laboral vigente no establece ningún procedimiento específico para la imposición de sanciones disciplinarias a excepción del caso del despido. Sin embargo, lo que señala el TFL es que se podría considerar un acto de hostilidad si el empleador impone sanciones disciplinarias, diferentes al despido, sin seguir un debido procedimiento.

De esta manera, para el Tribunal incluso una llamada de atención – amonestación verbal – debería hacerse previa a una etapa de descargos. Ello, en la práctica podría conllevar un problema no solo de gestión interna en las empresa, sino también de probanza.

Sin perjuicio de ello, debemos resaltar que en este caso el TFL también habría ejercido una función legislativa imponiendo una obligación sin ninguna base legal que legal de por medio. Asimismo, observamos que en el caso concreto no existe norma o disposición ambigua que tuviera que ser aclarada vía precedente, sino lo que busca este precedente es específico es establecer un nuevo supuesto de acto de hostilidad no contemplado expresamente en el TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

V. CONCLUSIONES

- La Inspección del Trabajo es importante en tanto lo que busca es la plena vigencia de los derechos labores mediante la supervisión de su cumplimiento.
- La SUNAFIL, como parte de la Administración Pública, está limitada por el principio de la legalidad, y su actuar debe llevarse a cabo en el marco del TUO de la LPAG.
- Los precedentes de observancia obligatoria son una herramienta eficaz para incentivar la seguridad jurídica y solo caben en aquellos supuestos en los que exista incertidumbre sobre la interpretación del sentido de una norma.
- El TFL no tiene facultad para legislar vía precedentes de observancia obligatoria. Ello en tanto es un órgano de la Administración que está limitado al principio de legalidad y a las normas que rigen su actuar.

VI. REFERENCIAS

- Morón, J.C. (2020). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. 15ª Edición actualizada. Gaceta Jurídica.
- Gómez H. (2021). El régimen jurídico de los precedentes vinculantes. En *Estudios sobre Derecho Administrativo. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. (pp. 311-342). Derecho & Sociedad.
- Guzmán Napurí, C. (2019). *Procedimiento Administrativo Sancionador*. Instituto Pacífico S.A.C.

ANÁLISIS CRÍTICO DEL RECURSO DE REVISIÓN Y MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA A LA LUZ DE LOS PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL DE LA SUNAFIL: LA NECESIDAD DE UNA MEJORA REGULATORIA DEL RECURSO DE REVISIÓN Y MECANISMOS PARA SU MEJOR USO

RICARDO VALDIVIEZO PUESCAS

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe
del Área de Investigación y Desarrollo de Vinatea & Toyama Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

El recurso de revisión ante el Tribunal de Fiscalización Laboral es el que habilita a los administrados sujetos al ámbito de actuación de la SUNAFIL a recurrir ante dicho Tribunal por la vulneración a las normas del ordenamiento jurídico. Con su actuación en la resolución de casos concretos, este Tribunal constituye una instancia extraordinaria que permite a los administrados defender las garantías del debido procedimiento administrativo y las normas de derecho sustantivo que son aplicadas por los órganos de la inspección del trabajo.

Si bien la actuación del Tribunal es perfectible y no está exenta de críticas, el conocimiento de casos bajo su competencia está permitiendo uniformizar criterios dentro de la inspección laboral, dotando de mayor predictibilidad al sistema inspectivo y delimitando situaciones de arbitrariedad en los órganos descentralizados y en la actuación de los inspectores de trabajo.

Así, con motivo de sus precedentes de observancia obligatoria y sus resoluciones, el Tribunal de Fiscalización Laboral ha precisado muchos aspectos que mejoran razonablemente el funcionamiento del sistema de la inspección de trabajo. Estos esfuerzos merecen ser reconocidos y potenciados en aras de una mejor inspección laboral en beneficio de todos los actores del sistema de relaciones laborales del país.

En este artículo, partiendo de una reflexión de los principales precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal y su impacto en el sistema inspectivo, se postula una oportunidad de mejora regulatoria en el recurso de revisión, de tal forma que se permita su interposición en una mayor cantidad de casos que, a la fecha, merecen ser objeto de uniformidad y predictibilidad en el sistema inspectivo. Asimismo, se plantean sugerencias para que los administrados hagan uso de los beneficios de los precedentes y criterios del Tribunal de una manera más eficaz, en atención a las observaciones formuladas sobre el recurso de revisión en este trabajo.

II. EL RECURSO DE REVISIÓN EN LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO SEGÚN LA LEY Y LOS PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL

De acuerdo con Morón (2023), el recurso de revisión es el “medio impugnativo excepcional procedente contra actos administrativos firmes emanados de las entidades descentralizadas del poder, que es interpuesto ante una tercera autoridad gubernativa encargada de su tutela para que con criterio unificador revoque, modifique o sustituya el acto administrativo recurrido” (p. 272). Siguiendo a este autor, su ambiente natural se da “en aquellas estructuras organizacionales que han seguido técnicas de descentralización y desconcentración territorial creando dependencias con competencias sujetas a tutela a cargo de otros funcionarios con autoridad de nivel nacional” (p. 272).

En la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la “LPAG”), la regulación de este recurso es escueta, pero refleja dos aspectos importantes de aquel: (i) solo procede en aquellos casos en los que se encuentra previsto expresamente por una ley especial; y, (ii) en los casos en los que procede, el acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de su interposición agota la vía administrativa. Así, los artículos pertinentes a este recurso señalan lo siguiente:

Artículo 218. Recursos administrativos

(...)

Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

(...)

Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa

(...)

228. 2 Son actos que agotan la vía administrativa:

(...)

c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el artículo 218; [Énfasis agregado]

Al respecto, aunque Morón (2023) precisa que su interposición no es optativa, sino que es un recurso indispensable para el agotamiento (p. 272), instancias distritales del Poder Judicial han discutido que esto sea así en el marco

de procesos contencioso administrativos contra la SUNAFIL¹, pues las normas aplicables a la inspección establecen que el recurso es excepcional y sus requisitos se encuentran, aparentemente, estrictamente regulados.

En efecto, el recurso de revisión en la inspección laboral, previsto en los artículos 41 y 49 de la Ley General de Inspección del Trabajo, precisa que su carácter es excepcional:

Artículo 41.- Atribución de competencias sancionadoras

(...)

El Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecen en el reglamento.

El pronunciamiento en segunda instancia o el expedido por el Tribunal de Fiscalización Laboral, según corresponda, agotan con su pronunciamiento la vía administrativa.

(...)

Artículo 49.- Recursos administrativos

(...)

El Recurso de revisión es de carácter excepcional y se interpone ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral. [Énfasis agregado]

Por su parte, el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante, “RLGIT”) regula este recurso, remitiendo la regulación de los requisitos de su admisibilidad y procedencia al Reglamento del Tribunal:

Artículo 55.- De los recursos administrativos

(...)

- c) Recurso de revisión: **es de carácter excepcional y se interpone ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral. Los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso se desarrollan en el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral**, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2017-TR. [Énfasis agregado]

¹ Véase las sentencias de Sala recaídas en los expedientes N° 01558-2021-0-1001-JR-LA-05 de la Segunda Sala Laboral de Cusco, N° 04928-2021-0-1706-JR-LA-11 de la Tercera Sala Laboral de Lambayeque y N° 00360-2021-0-1903-JR-CA-02 de la Sala Civil – Sede Central de Loreto. En estos, se señala que, al ser un recurso excepcional y estrictamente regulado en las normas de la inspección del trabajo, su interposición no es obligatoria.

Es así como el Reglamento del Tribunal (Decreto Supremo N° 004-2017-TR) se convierte en la norma que básicamente contiene la regulación de todos los requisitos del recurso de revisión. Este, en su artículo 14 es el que los precisa:

Artículo 14. - Materias impugnables

El recurso de revisión **tiene por finalidad la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico sociolaboral al caso concreto y la uniformidad de los pronunciamientos del Sistema.** Se sustenta en la **inaplicación así como en la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral, o en el apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal.**

El recurso de revisión **se interpone contra las resoluciones de segunda instancia emitidas por autoridades del Sistema que no son de competencia nacional, que sancionan las infracciones muy graves previstas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo,** aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, y sus normas modificatorias. [Énfasis agregado]

Primero, lo que precisa este artículo es su carácter finalista y garantista para la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico sociolaboral y para la uniformidad de los pronunciamientos del sistema de inspección del trabajo. Segundo, indica los requisitos para su adecuada sustentación: la inaplicación, aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral, o el apartamiento inmotivado de sus propios precedentes de observancia obligatoria. Tercero, indica que únicamente procede contra aquellas resoluciones de segunda instancia que sancionan infracciones muy graves. De no cumplirse con algunos de estos dos últimos puntos, el artículo 16 del Reglamento del Tribunal castiga al recurso de revisión interpuesto con su improcedencia.

Vale precisar, además, que la limitación que se hace en el Reglamento para que las únicas infracciones pasibles de revisión por vía de este recurso sean aquellas calificadas como “muy graves” atiende al carácter excepcional que le atribuye la Ley General de Inspección del Trabajo. Así lo indican los antecedentes del Reglamento del Tribunal², en el que obra el Informe N° 40-2016-MTPE/2/16.3 de la Dirección de Regulación de Inspección del Trabajo, que indicó que “[a]l tratarse de un recurso excepcional, tal como lo indica el modificado artículo 49 de la Ley N° 28806, el recurso de revisión sólo procederá contra resoluciones de multa por infracciones muy graves (...)”.

2 Ponemos a disposición de los interesados en general de acceder a estos antecedentes en la sección de Bibliografía. Dicha información fue obtenida por pedido de información pública.

Por otro lado, profundizando en sus requisitos, el Tribunal de Fiscalización Laboral ha desarrollado algunos de sus alcances en tres de sus precedentes de observancia obligatoria hasta la fecha: los contenidos en las Resoluciones de Sala Plena N° 002-2022-SUNAFIL/TFL, N° 003-2022-SUNAFIL/TFL y N° 008-2023-SUNAFIL/TFL.

No obstante, antes de comentar estos, lo primero que debemos anotar es que, en sendas resoluciones, el Tribunal ha indicado que, aunque la norma parezca ser limitativa al permitirle la revisión del ordenamiento jurídico “sociolaboral” y la aplicación solo de normas de “derecho laboral”, el recurso de revisión le faculta a hacer una revisión amplia de la aplicación del ordenamiento jurídico, en general. A modo de ejemplo³, en su Resolución de Sala Plena N° 002-2022-SUNAFIL/TFL ha señalado:

3.3 (...) el recurso de revisión sólo procede por las causales taxativamente establecidas como materias impugnables en el artículo 14 de dicha norma, esto es: i) la inaplicación así como la aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral; y, ii) el apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Fiscalización Laboral.

(...)

3.5 En esta línea argumentativa, la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico sociolaboral comprende también la adecuación a la Constitución, a las leyes y al derecho, de conformidad con el principio de legalidad, que debe de caracterizar al comportamiento de las autoridades administrativas. [Énfasis agregado]

Esto esclarece que, para los administrados, el Tribunal se instituye como una tercera instancia, garantista para velar por el derecho a un debido procedimiento.

En esta misma resolución, el Tribunal sentó precedentes de observancia obligatoria relativos al recurso de revisión. En estos, se pronunció respecto de la interposición de recursos de revisión que cuestionaban sanciones por incumplimientos de medidas de requerimiento, declarándose incompetente para conocerlos cuando estos fueran más allá del análisis de la proporcionalidad, razonabilidad y legalidad de estas medidas si la infracción de fondo que motivó la medida fue de naturaleza leve o grave:

3 Esta redacción o similares viene siendo usada en casi todas las resoluciones que resuelven recursos de revisión desde el año 2021. La sección citada no constituye precedente.

- 6.9 En ciertos casos —como el que es objeto de la presente resolución— **el recurso de revisión propone el análisis de infracciones a la labor inspectiva consistentes en el incumplimiento de la medida de requerimiento contenidas en el numeral 46.7 del artículo 46 del RLGIT¹⁰, pero las materias objeto de la medida de requerimiento son calificadas por la normativa como faltas “graves” o “leves”, lo que deposita a tales causas fuera de la competencia material de este Tribunal.**
- 6.10 De esta forma, la evaluación de los recursos de revisión interpuestos contra sanciones administrativas por inejecución de medidas de requerimiento **deberá circunscribirse a un análisis estrictamente referido a la proporcionalidad, razonabilidad y legalidad de tales medidas, sin invadir una competencia administrativa vedada, como son las infracciones calificadas como graves y leves**, que en expedientes como el presente, han adquirido firmeza con la expedición (y notificación) de la resolución de segunda instancia. [Énfasis agregado]

De este modo, el Tribunal ratifica la limitación de su competencia, estableciendo que los recursos de revisión por obstrucción a la labor inspectiva no deberían llevarle a, por vía indirecta, pronunciarse por infracciones fuera de competencia, aunque estas pudieran ser relevantes. Esto lo ratifica en los precedentes de observancia obligatoria recaídos en la Resolución de Sala Plena N° 008-2023-SUNAFIL/TFL, fundamentos del 23 al 26.

Por su parte, en la Resolución de Sala Plena N° 003-2022-SUNAFIL/TFL, el Tribunal emite lineamientos para que la interposición de un correcto recurso de revisión por parte de los administrados, a través de los siguientes precedentes de observancia obligatoria:

6.17. (...) **Así, se declarará la improcedencia del recurso de revisión en los siguientes supuestos: i) Cuando el acto impugnado no corresponda a resoluciones de segunda instancia que se pronuncian sobre la imposición de sanciones; ii) Cuando la infracción materia de sanción que se impugna, no esté tipificada como muy grave en el RLGIT; o iii) Cuando el recurso de revisión no se sustente en la inaplicación, o aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral, o en el apartamiento inmotivado de los precedentes de observancia obligatoria emitidos por este Tribunal.**

6.18. Lo anterior exige al administrado una mayor rigurosidad en la formulación de sus escritos de revisión, en la medida que, al tratarse de un recurso extraordinario, para que los fundamentos contenidos en este puedan ser conocidos y evaluados por el Tribunal, **no basta que la resolución recurrida contenga la imposición de sanciones por infracciones muy graves, sino que su impugnación debe ceñirse estrictamente a los presupuestos básicos establecidos en el artículo 14 del Reglamento del Tribunal, esto es: 1) Debe cuestionar al menos una infracción tipificada y calificada como muy grave, en el RLGIT, o en caso de omisión, el razo-**

namiento empleado es suficiente para deducir ello, y; 2) Este cuestionamiento debe sustentarse necesariamente, en la inaplicación, o aplicación o interpretación errónea de las normas que rigen el derecho laboral, y/o en el apartamiento inmotivado de algún precedente de observancia obligatoria emitido por este Tribunal, que haya incidido directa o indirectamente, en la determinación de las infracciones.

6.19. Y es que, en ciertos casos, se aprecia la existencia de recursos de revisión donde, **impugnándose una resolución que confirma la imposición de una sanción económica por la comisión de alguna infracción tipificada como muy grave en el RLGIT; no se cuestiona expresamente dicha infracción de forma directa o siquiera indirecta (cuando no se plantea algún razonamiento que pueda permitir deducir ello). Tal situación implica que tales recursos promueven asuntos fuera de la competencia material de este Tribunal, debiendo éste órgano colegiado declarar la improcedencia, conforme a la normativa que rige su actuación.** [Énfasis agregado]

Aquí, el Tribunal indica que, si el administrado no plantea su recurso en una fórmula que permita deducir la inaplicación, aplicación o interpretación errónea de una norma del derecho en el caso concreto, o en el apartamiento inmotivado de un precedente del Tribunal, el recurso será declarado improcedente. Asimismo, si no se cuestiona, al menos indirectamente, que la infracción que motiva el recurso de revisión es una de naturaleza muy grave, esto también acarreará la improcedencia del recurso.

Finalmente, en su Resolución de Sala Plena N° 008-2023-SUNAFIL/TFL estableció los fundamentos 29 y 30 como precedentes:

29. **Por ello, es importante señalar que toda afectación o invocación al debido procedimiento por parte de los recurrentes –y en general a alguno de los principios identificados en el Título Preliminar del TUO de la LPAG– debe de encontrarse vinculada con una infracción de naturaleza muy grave, como parte del presupuesto de la competencia material de este Tribunal**, además, de encontrarse debidamente fundamentada y delimitada por el solicitante de un recurso extraordinario (conforme se detalló en los fundamentos 6.17 a 6.19 de la Resolución de Sala Plena N° 003-2022-SUNAFIL/TFL).

30. Por el contrario, **aquellos recursos de revisión que contengan la invocación a situaciones que pueda evidenciar la vulneración al debido procedimiento, así como a otro principio reconocido por el TUO de la LPAG pero que verse sobre infracciones que no son de competencia de este Tribunal o que no se encuentren debidamente fundamentada y delimitada en el recurso extraordinario, deberán ser declarados como improcedentes.** [Énfasis agregado]

Aquí, primero, el Tribunal ratifica su competencia para conocer afectaciones al debido procedimiento en los recursos de revisión, entendiéndolo como

parte del ordenamiento sociolaboral. Segundo, reitera su competencia limitada a infracciones muy graves.

De este apartado, en conclusión, hemos podido extraer las siguientes características principales del recurso de revisión, establecidos en la ley y los precedentes del Tribunal: (i) se trata de un recurso excepcional, en la medida que solo se puede interponer contra resoluciones de segunda instancia que establecen sanciones por infracciones que califican como “muy graves” según el RLGIT; (ii) aunque la ley prevé que su interposición debe sustentarse en la inaplicación, aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral o el apartamiento inmotivado de sus propios precedentes de observancia obligatoria, el Tribunal, en la práctica, permite su interposición por la infracción al ordenamiento jurídico, en general. No obstante, el Tribunal es estricto en la forma de redacción en la que se plantea el recurso, a fin de no declararlo improcedente; y, (iii) el recurso de revisión se constituye como una garantía del debido procedimiento administrativo, en la medida que el Tribunal ha establecido que las vulneraciones a dicho derecho pueden ser evaluadas en los procedimientos de su competencia.

III. ANÁLISIS DE LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL SOBRE EL PROCEDIMIENTO INSPECTIVO Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA

En el contexto antes descrito, el Tribunal ha venido conociendo recursos que han generado la emisión de precedentes de observancia obligatoria sobre la inspección del trabajo que han tenido un impacto en ella. Cabe precisar que en este apartado nos limitaremos a desarrollar solo aquellos precedentes relacionados al procedimiento inspectivo, no considerándose aquellos aspectos que tienen mayor relación con la aplicación de normas sustantivas de derecho laboral.

De la revisión de estos precedentes, es posible identificar que, a lo largo de los últimos años, el recurso de revisión se ha instituido como una garantía frente algunas actuaciones llevadas a cabo por inspectores de trabajo e instancias regionales de la SUNAFIL que han generado afectaciones al debido procedimiento y que, gracias a la actuación del Tribunal, están siendo regularizadas y, los criterios, unificados. Entre estos precedentes, podemos destacar, principalmente los siguientes temas:

i) Valoración de medios probatorios y la carga de la prueba

Una de las temáticas que ha sido abordada por varios precedentes del Tribunal es la referida a la valoración de los medios probatorios y la carga de la prueba en la inspección. Sobre ello, el Tribunal ha reiterado en sus precedentes que los inspectores de trabajo y las instancias sancionadoras deben evaluar suficientemente los medios probatorios indispensables para desvirtuar el principio de presunción de licitud y veracidad, así como guiarse por el principio de verdad material.

Así, el Tribunal hace referencia a este estándar de prueba en su Resolución de Sala Plena N° 017-2024-SUNAFIL/TFL, con motivo de señalar que: “en virtud del principio de verdad material, es preciso afirmar que sobre la Administración recae la carga probatoria de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones”. Por ello, en los precedentes contenidos en dicha resolución, ha indicado que no todo cambio en las condiciones de trabajo implica un comportamiento hostil del empleador y que ante “un acto hostil, es necesario, que la inspección de trabajo y el órgano administrativo a cargo del procedimiento sancionador realicen una adecuada motivación que desvirtúe el Principio de Presunción de Licitud del sujeto inspeccionado”. En similar sentido se pronuncia en el precedente de la Resolución de Sala Plena N° 006-2024-SUNAFIL/TFL, relativo también a casos de hostilidad, y en su Resolución de Sala Plena N° 010-2024-SUNAFIL/TFL, en la que afirma que “en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, salvo que se pruebe lo contrario”.

Incluso, el Tribunal ha llegado a establecer como precedente de observancia obligatoria que el estándar de prueba que se aplica a la administración requiere que se vaya “más allá de toda duda razonable” (Resolución de Sala Plena N° 008-2024-SUNAFIL/TFL):

6.6. Resulta de vital importancia que la administración satisfaga un estándar probatorio razonable sobre la comisión de la infracción por la que se imputa a una inspeccionada, **teniendo en cuenta que el nivel de probanza de la acusación es que ésta se encuentre acreditada más allá de toda duda razonable. La Administración Pública no solo debe encargarse de mostrar pruebas de la acusación, sino que tiene que encargarse de valorar y argumentar** que tales piezas sustentan el análisis sobre los hechos probados del caso y en debida consideración del principio de tipicidad. [Énfasis agregado]

Asimismo, en los precedentes establecidos en la Resolución de Sala Plena N° 012-2023-TFL se incide en la necesidad de la valoración probatoria adecuada en la inspección laboral, lo que implica que los medios de prueba se valoren al margen de formalismos, sea que estos se presenten como contraprueba o como parte de la absolución de un requerimiento de información, indistintamente. En especial, este precedente indica que, incluso cuando lo solicitado no sea presentado en el medio requerido por el inspector, la prueba debe ser valorada por la inspección.

Por su parte, en su Resolución de Sala Plena N° 002-2024-SUNAFIL/TFL, ha precisado que la presunción de licitud y veracidad no son tampoco absolutos, señalando que no bastan las meras alegaciones del administrado sobre las razones que sustentan sus decisiones laborales, sino que “se requiere del cumplimiento de un mínimo estándar probatorio por parte del administrado”. Del mismo modo, en su Resolución de Sala Plena N° 001-2023-SUNAFIL/TFL ha indicado que no es posible que “la mera alegación del principio/derecho a la presunción de licitud por parte del administrado, sea sustento suficiente para desvirtuar la comisión de infracción o infracciones imputadas”. En ese sentido, indica que “si durante el desarrollo del procedimiento la administración sustenta la responsabilidad del sujeto inspeccionado, la carga de la prueba se traslada a éste, por lo que podrá desestimar los reproches (...) a través de la presentación de los medios de prueba”, los mismos que deberán ser valorados por la instancia.

Finalmente, en el precedente contenido en su Resolución de Sala Plena N° 002-2023-SUNAFIL/TFL, el Tribunal ha indicado que “las declaraciones juradas, informes y comunicaciones en general presentadas por la parte interesada —sea por representantes de la compañía o por personal subordinado del sujeto fiscalizado, incluyendo al propio denunciante— no son instrumentos suficientes para generar convicción a su favor”. Por ello, “los indicados instrumentos no son idóneos para contrarrestar la presunción de certeza a la que refiere el artículo 16° de la LGIT en favor de las actas de infracción; pero sí deben ser valorados por los inspectores”.

ii) Buena fe procedimental y deber de colaboración con la inspección

Otra temática que ha sido objeto de sendos precedentes del Tribunal es la referida al principio de buena fe procedimental y la conducta de los administrados en la inspección. Con relación a este, la Resolución de Sala Plena N°

002-2021-SUNAFIL/TFL estableció precedentes de observancia obligatoria para limitar la arbitrariedad de los inspectores en el rechazo de la documentación enviada por el administrado cuando esta es remitida en un medio distinto al solicitado, así como la de los administrados en no seguir el medio dispuesto por el inspector. En dichos precedentes ha indicado que, cuando el administrado alcance documentación al inspector en un medio distinto al requerido, se deberá justificar las razones de rechazo de la información presentada – y de la mala fe en la que incurra el administrado, según el caso –, así como el administrado deberá justificar las razones por las que presenta la documentación en un formato distinto al requerido inicialmente. Asimismo, como indicamos en el punto previo, la información aquí presentada, debe ser necesariamente valorada para efectos de proponer o no una sanción (Resolución de Sala Plena N° 012-2023-SUNAFIL/TFL).

También sobre los requerimientos de información, en su Resolución de Sala Plena N° 008-2023-SUNAFIL/TFL, ha establecido que la entrega de documentación solicitada durante el último día de la etapa fiscalizadora colisiona con el principio de buena fe, al frustrar la inspección del trabajo, cuando el volumen o complejidad de aquella no permita a la autoridad fiscalizadora analizar y adoptar decisiones en base a su contenido.

Asimismo, el Tribunal ha indicado que los empleadores tienen la obligación ineludible de colaborar en el desarrollo de las investigaciones de inspección, asegurando que estas se realicen de acuerdo con su propósito principal, que es verificar el cumplimiento de las normas laborales. Por ello, “cuando el canal de comunicación entre el administrado y la autoridad inspectiva sea una dirección de correo electrónico (...) resulta razonable exigir que el administrado tenga una conducta diligente y rigurosa para ello, (...) con la digitación correcta de dicho canal de comunicación” (Resolución de Sala Plena N° 012-2023-SUNAFIL/TFL).

Por otro lado, en esa misma resolución se establecen otros precedentes de observancia obligatoria, en los que el Tribunal ha sido enfático en que la buena fe procedimental no solo es exigible a los sujetos administrados, sino a los inspectores y órganos sancionadores, lo que se manifiesta en que, por ejemplo, cuando se “advierta la falta de respuesta de un primer requerimiento de información por medio de sistemas de comunicación electrónica, se debe considerar efectuar alguna otra modalidad de actuación inspectiva (por ejemplo, una visita de ins-

pección o una comparecencia)”. En ese sentido, en esta resolución ha indicado que, particularmente en lo referido a la notificación por casilla electrónica que:

12. Adicionalmente, **siempre que sea razonable, el inspector debe considerar la comunicación con el sujeto inspeccionado por vía telefónica, mensajes de texto, mensajería instantánea (por ejemplo: WhatsApp) o mediante cualquier otro mecanismo que tenga por finalidad establecer contacto directo con algún representante del empleador para informarle sobre la notificación realizada a la casilla electrónica.** (...) [Énfasis agregado]

Asimismo, también sobre lo referido a la notificación por casilla electrónica, ha señalado los casos en los que procede la sanción por incumplir el o los requerimientos de información que se hubiera depositado en la casilla electrónica:

13. En ese sentido, reconociendo la discrepancia existente (la que habría de resolverse en cuanto haya más Salas del TFL implementadas), la Primera Sala mínimamente **ha consensuado un supuesto de responsabilidad administrativa: si, luego de la consulta con la Oficina General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (OGTIC) de la SUNAFIL, se identifica que la fecha de ingreso del usuario de la casilla electrónica (entiéndase, el administrado) es previa o simultánea al requerimiento de información que fue objeto del procedimiento sancionador y el usuario no cumplió con registrar sus datos de contacto respectivos (a través de los cuales se depositarían las alertas complementarias a la notificación por vía de la casilla electrónica).** [Énfasis agregado]

En ese mismo sentido, se estableció como precedentes de observancia obligatoria de dicha resolución que los inspectores deben evitar “efectuar requerimientos reiterativos pese al conocimiento certero de la ausencia o inexistencia de la documentación requerida, y adoptando acciones alternativas para lograr los fines de la fiscalización”.

Finalmente, el Tribunal ha establecido que es contrario al principio de buena fe procedimental que los administrados presenten medios probatorios que, “en lugar de fundamentar sus recursos, se presentan con la finalidad de dilatar el procedimiento y conteniendo datos que no se sujeten a lo afirmado en sus escritos impugnatorios, exigiendo a esta Administración una mayor cantidad de tiempo para analizar el caso concreto” (Resolución de Sala Plena N° 016-2024-SUNAFIL/TFL). En estos casos, el Tribunal ha dispuesto que se reporte la situación al Colegio de Abogados.

iii) Acumulación de expedientes, non bis in idem y exceso de punición

Una tercera temática, en parte relacionada con la buena fe, es la referida a la acumulación de procedimientos sancionadores, la aplicación del principio de non bis in idem y el control del exceso de punición. Sobre ello, el Tribunal ha establecido que, de existir procedimientos sancionadores simultáneos, por un mismo trabajador y por una misma conducta de su empleador, se debe evaluar la acumulación de los expedientes, de tal manera que se unifiquen en uno solo y se tome una decisión armónica sobre el caso. Para disponerse la acumulación, el caso debe estar a cargo de un mismo órgano administrativo o intendencia de la SUNAFIL. Además, se desarrollan específicamente cada uno de los criterios a considerar para la acumulación: identidad del sujeto investigado, conexidad de hechos, conexidad de afectados y unidad del órgano competente (Resolución de Sala Plena N° 015-2024-SUNAFIL/TFL).

Del mismo modo, en su Resolución de Sala Plena N° 010-2022-SUNAFIL/TFL, ha definido el concepto de infracción continuada, a fin de evitar la emisión de órdenes de inspección consecutivas cuando las conductas presumiblemente infractoras puedan ser calificadas bajo tal concepto.

Por su parte, en la Resolución de Sala Plena N° 013-2022-SUNAFIL/TFL el Tribunal ha precisado los alcances del principio de non bis in idem, también dirigido a evitar el exceso de punición ante la ya conocida “triple identidad”.

Esta vocación del Tribunal por evitar el exceso de punición en vista de algunas prácticas de los inspectores de trabajo y las instancias regionales se refleja también en su Resolución de Sala Plena N° 012-2024-SUNAFIL/TFL, en la que establece que los inspectores y órganos sancionadores deben evaluar adecuadamente el número real de trabajadores afectados sobre los cuales se calcula la multa, evitando hacer esta determinación de manera superficial y exacerbando la multa aplicable al empleador.

Asimismo, en su Resolución de Sala Plena N° 001-2024-SUNAFIL/TFL, indica que “constituye exceso de punición el que se imponga una sanción con relación a un incumplimiento que es absuelto por el empleador a requerimiento del sindicato y cuya inmediatez resulta comprobada por la inspección del trabajo durante las actuaciones de fiscalización”. Así, indica que, antes de sanción, en estos casos “la inspección del trabajo puede bien evaluar otras medidas de acompañamiento al caso (como la medida de advertencia) o tendentes a la supervisión

posterior”. No obstante, el Tribunal ha sido enfático en estos precedentes en indicar que ello no es aplicable si el daño subsiste o se aprecia mala fe en su uso por parte de los empleadores. Este es un claro ejemplo de un tope a la arbitrariedad punitiva en la que se podría incurrir en inspecciones, favoreciendo un enfoque de cumplimiento normativo.

Por otro lado, en sus resoluciones que instituyen precedentes también el Tribunal ha ejercido control sobre los tipos infractores y agravantes utilizados por inspectores e instancias regionales para evitar el exceso de punición. Así, en su Resolución de Sala Plena N° 001-2021-SUNAFIL/TFL, el Tribunal distinguió entre los diferentes tipos de incumplimientos frente a la labor inspectiva que perturban o retrasan la inspección y señaló que solo en los casos en los que este comportamiento frustre la fiscalización es que corresponde tipificarlo como muy grave. De este modo, si la perturbación o retraso en la entrega de información no tuvo dicho efecto, corresponde calificarlo dentro de los alcances del artículo 45.2 del RLGIT, infracción tipificada como grave.

En el mismo sentido, la Resolución de Sala Plena N° 002-2021-SUNAFIL/TFL realizó una reflexión sobre la aplicación del agravante del artículo 48.1-D, prevista para las infracciones sobre las normas relativas al trabajo de menores de edad. En esta, se establece como precedente que la infracción referida a la falta formal al procedimiento de autorización para el trabajo de menores de edad del Ministerio de Trabajo debería ser aplicada razonablemente, no debiéndose aplicar la agravante de multa máxima que se encuentra reservada para los casos de peores formas de trabajo infantil, a pesar de que el RLGIT no establece la distinción realizada por el Tribunal.

De la misma manera, el Tribunal ha establecido como precedente de observancia obligatoria que, cuando se multe a una empresa por un incumplimiento de medidas preventivas de seguridad y salud en el trabajo con la infracción muy grave establecida en el artículo 28.7, se debe probar el incumplimiento y “también se deberán desarrollar las razones que sustentan la inminencia en la configuración de dicho riesgo grave en materia de seguridad y salud de los trabajadores que la administración considere como afectado” (Resolución de Sala Plena N° 008-2024-SUNAFIL/TFL). Así, no es suficiente con detectar el incumplimiento y los posibles riesgos que pudiera generar, sino que justificar y probar la gravedad e inminencia de estos riesgos es un paso necesario.

En ese mismo sentido, en la Resolución de Sala Plena 014-2023-SUNAFIL/TFL se hizo una importante diferencia entre los casos que constituyen desigualdad remunerativa injustificada y aquellos que, propiamente, constituyen discriminación salarial por ser desigualdades basadas en motivos prohibidos como la raza, sexo, lugar de origen, edad, idioma, entre otros. En estos casos, el Tribunal ha indicado que solo respecto del segundo caso (discriminación) es que cabría la aplicación del agravante de multa prevista en el artículo 48.1-C del RLGIT, que estipula que se considerará al total de trabajadores de la empresa para efectos del cálculo de la multa.

Otra de las expresiones que entendemos orientadas hacia la misma vocación garantista se encuentra recogida en su Resolución de Sala Plena N° 003-2024-SUNAFIL/TFL. En esta, se esclareció los alcances de lo que debe entenderse como subsanable, vista la práctica de un inspector que calificó como insubsanable la inexistencia de un Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo (RISST). Al respecto, el Tribunal indicó que “serán consideradas como subsanables aquellas situaciones que, constituyendo un incumplimiento normativo, sólo ocasionan riesgos, sin llegar a ocasionar daños tangibles, pudiendo ser corregidos o rectificados”. Así, en estos casos, “sólo resulta necesario que el administrado adecúe oportunamente su conducta al cumplimiento normativo, previniendo con ello la ocurrencia de nuevas situaciones de riesgo o que se genere un daño irreparable”. De este modo, antes de optar por una postura punitiva, que sancione la mayoría de los incumplimientos como irreversibles, el Tribunal brinda una interpretación más razonable en favor del cumplimiento.

iv) Razonabilidad y debida motivación en la aplicación de las normas del procedimiento inspectivo

Si bien gran parte de los precedentes antes citados se pueden enmarcar en la aplicación del principio de razonabilidad o la debida motivación dentro del procedimiento inspectivo, hemos reservado algunos especialmente referidos a este para efectos de nuestra clasificación. Así, en lo referido al principio de razonabilidad dentro del procedimiento, uno de los precedentes de observancia obligatoria contenidos en la Resolución de Sala Plena N° 002-2021-SUNAFIL/TFL se refiere a la aplicación de este principio ante la imposibilidad de las empresas del sector privado de cumplir con sus obligaciones económicas. En estos casos, se ha señalado que el principio de razonabilidad implica que no se requiera

el cumplimiento del pago, al existir una situación manifiesta que lo impide. No obstante, ello no alcanza al requerimiento de obligaciones de seguridad y salud en el trabajo que impliquen un riesgo grave o inminente a los trabajadores (Resolución de Sala Plena N° 008-2023-SUNAFIL/TFL).

Por otro lado, en su Resolución de Sala Plena N° 001-2022-SUNAFIL/TFL, el Tribunal ha indicado las razones que validarían que se niegue a un inspector de trabajo el ingreso al centro de trabajo por razones de seguridad y salud en el trabajo, lo que, debidamente justificado, no debe constituir una obstrucción a la labor inspectiva.

En una controversia también suscitada con motivo de las actuaciones de la inspección, la Resolución de Sala Plena N° 007-2022-SUNAFIL/TFL aclaró que, en los casos de las suspensiones perfectas de labores que se produjeron con motivo de la COVID-19, la falta de pago de remuneraciones no puede ser sancionada mientras el procedimiento administrativo de aprobación de la suspensión se encuentre en trámite.

Por su parte, en un caso que resulta no poco común en las inspecciones, en la Resolución de Sala Plena N° 014-2022-SUNAFIL/TFL se ha señalado que los plazos de las medidas de requerimiento que generan los inspectores de trabajo deben ser razonables, lo que dependerá del caso concreto que se plantee, valorándose situaciones como la gravedad de las infracciones, el comportamiento previo del sujeto inspeccionado, y otros supuestos contextuales de la inspección.

También referido a las medidas de requerimiento, el Tribunal ha establecido en sus precedentes de observancia obligatoria contenidos en la Resolución de Sala Plena N° 009-2023-SUNAFIL/TFL que la medida de requerimiento “debe contener un mandato claro y su entendimiento debe regirse por la razonabilidad, el deber de colaboración y la buena fe procedimental”. Por ello, debe expresar su ámbito subjetivo (individualizar trabajadores afectados) y objetivo (identificar la afectación imputable al empleador y establecer mediante qué acciones concretas debe cumplirse la medida). Asimismo, ha establecido que la determinación del monto que el administrado adeuda al o los trabajadores por el incumplimiento no es requisito de validez de la medida.

Finalmente, en lo relativo a la debida motivación, además de los precedentes relativos a la valoración adecuada de los medios de prueba, el Tribunal ha indicado en su Resolución de Sala Plena N° 011-2024-SUNAFIL/TFL que la motivación en sede sancionadora debe comprender todas las alegaciones de

los administrados que resulten pertinentes para la discusión, tanto formal como material, así como que el órgano debe sustentar la aplicación, interpretación o integración de normas que realice.

IV. UNA MIRADA CRÍTICA AL RECURSO DE REVISIÓN: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA NORMATIVA Y UN USO EFICIENTE

Como hemos visto, el recurso de revisión en la inspección tiene tres características principales: (i) es excepcional, en cuanto está reservado solo para infracciones “muy graves”; (ii) los motivos para su procedencia se encuentran delimitados por ley, que establece que debe sustentarse en la inaplicación, aplicación o interpretación errónea de las normas de derecho laboral o el apartamiento inmotivado de sus propios precedentes de observancia obligatoria; y, (iii) en la práctica, se constituye como una garantía a las vulneraciones al debido procedimiento administrativo.

Asimismo, en el apartado anterior se ha podido notar cómo los múltiples precedentes del Tribunal de Fiscalización han establecido pautas para delimitar la actuación de los inspectores y de los órganos sancionadores, con criterios en su mayoría razonables, que han servido para corregir actuaciones que se han dado en el ámbito de la inspección del trabajo y que no eran corregidas por las instancias sancionadoras regionales.

No obstante, muchas de las situaciones presentadas en estos precedentes no son únicamente aplicables a los casos que potencialmente se encuentran bajo la competencia del Tribunal (infracciones muy graves), sino que pueden encontrarse perfectamente en situaciones similares ante infracciones de “menor” gravedad. No solo ello, sino que creemos que no solo estos casos merecen la uniformidad y predictibilidad con la que favorece el recurso de revisión a los procedimientos inspectivos.

Asimismo, si bien las normas que regulan el recurso de revisión en la SU-NAFIL establecen como causa de procedencia al apartamiento inmotivado de los precedentes del Tribunal, no hacen lo propio respecto de los precedentes de la Corte Suprema o el TC, aunque ello sea contradictorio a la regulación que vincula al Poder Judicial, que bajo su competencia contencioso administrativa puede revisar las resoluciones del Tribunal.

Por otro lado, como señalamos en el primer apartado, a nivel judicial no existe un único criterio para determinar si el recurso de revisión regulado en

las normas de la inspección del trabajo es de interposición obligatoria para el agotamiento de la vía administrativa.

Estas, entre otras reflexiones, nos hacen cuestionar válidamente la regulación actualmente existente sobre el recurso de revisión y plantear el debate sobre una reforma de este recurso que permita que la labor unificadora y de ponderación que actualmente viene haciendo el Tribunal se extienda a más situaciones que merecen tanta o mayor atención a los que actualmente viene conociendo, cumpliendo así esta instancia con el propósito conferido por ley. Por ello, nuestro planteamiento comprende:

i) Revaloración de la “excepcionalidad” del recurso de revisión

Lo “excepcional” del recurso de revisión, según los antecedentes normativos del Reglamento del Tribunal, se definió en función al nivel de gravedad de la infracción, entendiéndose como “excepcionales” únicamente a aquellas infracciones muy graves⁴. Sin embargo, la práctica plantea situaciones más complejas que merecen reflexionar acerca de si solo lo tipificado como “muy grave” es, valga la redundancia, de tal gravedad que haga merecedora de una revisión excepcional de tercera instancia.

Por ejemplo, hay situaciones que califican como “solo” infracciones graves según el RLGIT, pero que, al involucrar a un alto número de trabajadores de la empresa, a nuestro entender, hace en la práctica que dicha situación sea incluso más grave que una “muy grave” que implique, por ejemplo, a un solo trabajador y que, con la norma actual, sí calificaría para ser revisada por el Tribunal. Ejemplo de estas infracciones “únicamente” graves, pero que reflejarían situaciones de especial gravedad, serían incumplimientos masivos del pago de remuneraciones y beneficios sociales (24.4 RLGIT), de condiciones de seguridad y salud en el trabajo que, aunque no generen un riesgo grave e inminente, generan efectos nocivos en la salud de los trabajadores en el mediano y largo plazo (27.9 RLGIT), incumplimientos en capacitación en SST (27.8 RLGIT) o incumplimientos sindicales como los regulados en los artículos 24.9, 24.10 y 24.11 del RLGIT.

Por ello, nuestro planteamiento comprende la necesidad de revalorar las circunstancias “excepcionales” que merecen ser revisadas y unificadas por el Tribunal. Así, si la razón de ser de la revisión excepcional es la gravedad de la

4 Véase el pie de página 2 del presente trabajo.

conducta, debería valorarse dicha gravedad no solo depende de si la infracción es “muy grave”, a rajatabla.

Ampliar este espectro permitiría que el Tribunal unifique criterios en otros tipos infractores, tomando como punto de partida situaciones especiales de gravedad que, sin ser “muy graves”, lo son por las circunstancias que rodean al caso (p. ej. cuantía de la multa, número de trabajadores involucrados u otros determinables). Esto generaría mayor predictibilidad tanto para trabajadores como para empleadores, además de generar una necesaria revisión de casos especiales.

Asimismo, permitiría un espacio deseable para que el Tribunal aplique control sobre las instancias menores en la aplicación de sus propios precedentes y de las garantías del debido procedimiento en tipos infractores que no son “muy graves” y que, a la fecha, solo pueden ser corregidas luego de procesos judiciales contenciosos con plazos más largos, más costosos, que no suspenden la ejecución de multas potencialmente injustas y que corren el riesgo de nunca llegar a ser unificadas si los procesos judiciales no llegaran a instancia de casación, generando consecuencias disímiles a casos similares. A su vez, esto disuadiría a las instancias inferiores de inaplicar los precedentes del Tribunal sobre el debido procedimiento en casos de infracciones graves o leves.

Cabe recalcar, además, que este planteamiento no sería inviable desde el punto de vista de la carga procedimental del Tribunal, si la reforma viene acompañada de la implementación progresiva de las salas restantes del Tribunal, que permitiría la asunción de mayores procedimientos. Así, a modo ilustrativo, las cifras estimadas de apelación y revisión en la SUNAFIL evidencian una viabilidad del planteamiento, considerando la dinámica de los dos últimos años y medio:

Año	N° Resoluciones de Multa en 1° instancia (1)	N° Resoluciones de Multa en 2° instancia (2)	% aprox. de apelaciones (2/1 x 100%)	N° de Resoluciones del TFL ⁵ (3)	% aprox. de revisiones (3/2 x 100%)
2022	11,833	3,927	33.18%	1,255	31.95%
2023	13,440	4,318	32.12%	1,258	29.13%
2024 (ene-ago ⁶)	8,476	2,386	28.15%	713	29.88%

Fuente: SIIT SUNAFIL⁷

5 Comprende en su conteo a las resoluciones de Sala Plena emitidas.

6 Comprende las resoluciones emitidas en el sistema hasta el 7 de agosto de 2024.

7 En el caso de la primera y segunda instancia, la cantidad de resoluciones ha sido proporcionada por la misma DINI-SUNAFIL en respuesta a pedido de información pública. Los porcentajes aproximados son cálculo propio, usado como medida referencial e ilustrativa de la situación.

ii) **Redefinición de los requisitos de fundamentación del recurso de revisión**

Respecto de los requisitos para el recurso de revisión, nuestra reflexión apunta hacia establecer normativamente una mayor claridad sobre estos. Ello en la medida que, como hemos visto, en la práctica y en los precedentes, el recurso de revisión ha sido admitido como uno de control de legalidad en un sentido amplio. Así, consideramos que conceptos como “normas de derecho laboral” que se encuentran presentes actualmente en el artículo 14 del Reglamento del Tribunal deben ser eliminados.

Del mismo modo, con la finalidad de brindar una armonía al funcionamiento de la justicia laboral, en general, debería permitirse que el recurso de revisión sea procedente cuando se contravenga precedentes de la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, respecto de los que el Tribunal, en nuestra opinión, no debería tener facultades de contradicción.

Esto podría conseguirse con la inclusión de más casos en lo referido a la fundamentación para la procedencia del recurso (como estaba inicialmente planteado en el proyecto de Reglamento del Tribunal, que comprendía su interposición por contravenir los precedentes de la Corte Suprema y el TC⁸) o con una supresión de toda referencia a cómo debería fundamentarse el recurso (como, por ejemplo, en otras normas sectoriales que solo hacen referencia simple a la posibilidad de interponer el recurso⁹), siempre que se dote de carácter vinculante a los precedentes antes referidos.

iii) **Regular expresamente las consecuencias de la no interposición del recurso**

Frente a los criterios judiciales que señalan que el recurso de revisión no es necesario para agotar la vía administrativa, la regulación debería ser expresa y clara para evitar confusiones y criterios contradictorios o cambiantes que pueden afectar el derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados. Esta confusión la entendemos, principalmente, causada por las normas que establecen que el recurso de revisión es “excepcional” en la inspección, y por la regulación estricta de sus requisitos, que hace entender a algunos operadores del derecho que este recurso es una vía optativa.

8 Véase el pie de página 2 de este trabajo.

9 Por ejemplo, el recurso de revisión regulado en la Ley General de Minería (D.S. 014-92-EM).

iv) Uso de mecanismos alternativos para un funcionamiento eficiente y más justo de la inspección laboral

En este trabajo, hemos expuesto los casos relacionados al debido procedimiento administrativo y que, por su naturaleza, en su mayoría podrían ser aplicados a infracciones graves o leves. Incluso, pueden ser aplicados a casos también de infracciones muy graves similares a los que motivaron el criterio del Tribunal pero que fueron resueltos o consentidos de buena fe con anterioridad a estos.

En estas situaciones, recurrir a la nulidad de oficio establecida en el artículo 213 de la LPAG podría ser una alternativa para el acceso a una resolución que permita la aplicación de los precedentes o criterios del Tribunal, incluso cuando el acto haya adquirido firmeza o como una alternativa más de defensa del administrado. Si bien esta solicitud no generaría una revisión por parte del Tribunal en los casos que no sean o no se hayan sometido a su competencia, sí permitiría la revisión de la instancia que haya emitido la última resolución y que debería reevaluar su decisión si lo dispuesto por el Tribunal fuera aplicable al caso concreto. Por ello, el empleo y admisión de este medio de defensa en el ámbito de la SUNAFIL, permitiría a nivel regional la consolidación de la aplicación efectiva, uniformidad y predictibilidad de los pronunciamientos del Tribunal, además de los beneficios para los administrados que logren justicia en el caso concreto.

Asimismo, un mayor empleo de este mecanismo podría evitar la sobrecarga del Tribunal en materias simples en las que ya existe un criterio asentado, como, por ejemplo, los referidos a la razonabilidad o requisitos de las medidas de requerimiento (46.7 RLGIT) o a la validez de la notificación electrónica de requerimientos de información o, en general, sobre infracciones por incumplimiento de requerimientos de información (46.3 RLGIT). Así, como bien señalan las propias Memorias Anuales del Tribunal para los periodos marzo 2021-2022 y marzo 2022-2023, las infracciones relativas a estos supuestos son las más impugnadas en su plataforma:

Infracción	Marzo 2021- 2022	Marzo 2022 - 2023
	% del total de Resoluciones	% del total de Resoluciones
46.7	36%	32%
46.3	17%	24%

Fuente: Memorias Anuales del Tribunal de marzo 2021-2022 y marzo 2022-2023

V. CONCLUSIONES

A través de sus resoluciones y precedentes generados con motivo de la interposición de recursos de revisión, el Tribunal ha venido ejerciendo un control sobre la actuación de los inspectores y las instancias regionales de la SUNAFIL, que están permitiendo una mayor uniformidad y predictibilidad en la inspección laboral, delimitando situaciones de arbitrariedad y mejorando el funcionamiento del sistema en beneficio de todos los actores del sistema de relaciones laborales del país. Sin embargo, la regulación actual del recurso de revisión presenta oportunidades de mejora que merecen ser atendidas, a fin de que el rol del Tribunal siga cumpliendo con su finalidad adecuadamente.

Los puntos planteados en este artículo como oportunidades de mejora de la regulación o uso de este recurso pueden ser evaluados con diversos enfoques y/o técnicas regulatorias. Precisamente por ello no buscamos llegar a una única respuesta en nuestro planteamiento, pero sí coadyuvar a un debate claro y sensato sobre la regulación actual del recurso y los mecanismos impugnatorios en el procedimiento.

Con estas mejoras, se dotaría de mayor coherencia, predictibilidad y celeridad al sistema inspectivo, visto el gran riesgo de depender de criterios administrativos disímiles, confusos y hasta arbitrarios entre las diferentes regiones, lo cual, visto incluso desde una perspectiva más amplia, corre el riesgo de replicarse en el ámbito de actuación del Poder Judicial.

Contar con el debate de esta reforma, además, sería ideal previo a la instalación de las salas restantes del Tribunal, de tal modo que estas se instalen en un ámbito de claridad, coherencia y funcionamiento orgánico y eficiente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Dirección de Regulación de Inspección de Trabajo. (2016). *Informe 040-2016-MTPE/2/16.3*. https://drive.google.com/file/d/1ZP8_SU3-ocpTveWHSRHZS-pltjb_NwTua/view?usp=drive_link
- Morón, J.C. (2023). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo II*. Gaceta Jurídica.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2021). *Resolución de Sala Plena N° 001-2021-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2021). *Resolución de Sala Plena N° 002-2021-SUNAFIL/TFL*.

- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2022). *Resolución de Sala Plena N° 001-2022-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2022). *Resolución de Sala Plena N° 002-2022-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2022). *Resolución de Sala Plena N° 003-2022-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2022). *Resolución de Sala Plena N° 007-2022-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2022). *Resolución de Sala Plena N° 010-2022-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2022). *Resolución de Sala Plena N° 013-2022-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2022). *Resolución de Sala Plena N° 014-2022-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional (SUNAFIL). (2022). *Memoria Anual 2021-2022*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3118099/documento-3.pdf.pdf?v=1653081166>
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2023). *Resolución de Sala Plena N° 001-2023-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2023). *Resolución de Sala Plena N° 002-2023-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2023). *Resolución de Sala Plena N° 008-2023-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2023). *Resolución de Sala Plena N° 009-2023-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2023). *Resolución de Sala Plena N° 012-2023-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2023). *Resolución de Sala Plena N° 014-2023-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional (SUNAFIL). (2022). *Balance de Gestión 2022-2023 Tribunal de Fiscalización Laboral*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4664669/BALANCE%20DE%20GESTION%202022%20%202023.pdf>
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 001-2024-SUNAFIL/TFL*.

- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 002-2024-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 003-2024-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 006-2024-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 008-2024-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 010-2024-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 011-2024-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 012-2024-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 015-2024-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 016-2024-SUNAFIL/TFL*.
- Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). (2024). *Resolución de Sala Plena N° 017-2024-SUNAFIL/TFL*.

LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE LICITUD EN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL DE SUNAFIL

VIANKA VILLENA FERNÁNDEZ BACA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con una Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y estudios en la maestría de la misma casa de estudios. Asociada del área laboral del estudio Miranda & Amado.

I. INTRODUCCIÓN

La presunción de licitud ha sido objeto de particular interés del Tribunal de Fiscalización Laboral de SUNAFIL (TFL), en efecto, en múltiples casos resueltos por este Tribunal, este principio ha constituido una base decisiva para imposición de infracciones o la determinación de la nulidad de procedimientos sancionadores. Ello se debe a que, tanto la inspección del trabajo, como el procedimiento sancionador laboral, están sujetos a los parámetros, garantías y principios del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (LPAG) en lo que les sea aplicable.

Aunque teóricamente es pacífico sostener que el empleador, en calidad de administrado, goza de la presunción de licitud de sus actos mientras no se pruebe lo contrario, lo cierto es que esta lógica no necesariamente está implantada en la inspección y en las instancias de decisión de SUNAFIL.

Ante ello, el Tribunal de Fiscalización Laboral, al resolver los recursos de revisión, desempeña una labor de uniformización de los pronunciamientos del Sistema de Inspección del Trabajo, en la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico al caso concreto.

El presente artículo propone analizar la importancia del principio de presunción de licitud dentro del procedimiento administrativo laboral, su transcendencia en la dinámica probatoria del procedimiento y sus implicancias prácticas a partir de algunas resoluciones emitidas por el Tribunal de Fiscalización Laboral en los últimos 2 años.

II. LA PRESUNCIÓN DE LICITUD O PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En un Estado Democrático de Derecho el poder punitivo está sujeto al respeto irrestricto de la Constitución, los derechos fundamentales y las normas del ordenamiento jurídico. La inspección del trabajo, claramente, también está sujeta a los parámetros garantistas del derecho administrativo.

En particular, algunos principios del procedimiento administrativo y del procedimiento administrativo sancionador denotan un trasfondo constitucional, por lo que revisten de especial trascendencia. Tal es el caso de la presunción de licitud.

La presunción de licitud está reconocida en el numeral 9 del artículo 248 de la LPAG y establece lo siguiente:

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

9. **Presunción de licitud.** - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

De la norma citada, se puede apreciar que este principio se fundamenta en la presunción de inocencia reconocida en el numeral 24 del artículo 2 de la Constitución y constituye, en palabras de Huergo Lora, una regla general que afirma que todo sujeto se presume inocente hasta que no se pruebe lo contrario, entonces, solo correspondería sancionarlo si se prueba su culpa (2007, p. 427).

Como se puede apreciar, la presunción de licitud se establece como uno de los pilares esenciales de la actuación de la administración, puesto que dota al procedimiento de una garantía constitucional que evita el ejercicio abusivo de la potestad sancionadora, impidiendo que los sujetos sean penalizados mientras que no exista una prueba plena que determine su culpa.

Este precepto no solo constituye una barrera inicial que otorga al administrado diversos atributos, según Morón Urbina, durante el procedimiento, se deberá respetar que (i) el administrado no sea sancionado sino en base a pruebas que generen convicción, (ii) al administrado no se le imponga la carga de probar su inocencia, (iii) a ser tratado como inocente a lo largo de todo el procedimiento; y, (iv) a su absolución, en caso se determine una duda razonable respecto a su culpabilidad. (2020, pp. 449-451)

El Tribunal Constitucional también ha sido enfático respecto a la relevancia de este precepto, prohibiendo que se traslade la carga de la prueba al adminis-

trado, tal como se aprecia de la sentencia recaída en el expediente N° 2192-2004-AA /TC:

"13. (...) [N]o puede trasladarse toda la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia. Por ello, al disponerse en este caso que sea el propio investigado administrativamente quien demuestre su inocencia, se ha quebrantado el principio constitucional de presunción de inocencia que también rige el procedimiento administrativo sancionador, sustituyéndolo por una regla de culpabilidad que resulta contraria a la Constitución."

Igualmente, en las sentencias recaídas en los expedientes N° 08811-2005-PHC/TC y N° 00156-2012-PHC/TC, el Supremo Intérprete de la Constitución ha proscrito la posibilidad de atribuir responsabilidad en base a meras presunciones, por lo que la actividad probatoria que determine la culpabilidad debe ser suficiente. Así, siguiendo Carmona (1990), no corresponde realizar ningún tipo de matiz respecto a que la carga de la prueba recae, necesariamente, en la administración (p. 24).

Corresponde enfatizar en que la prueba de los hechos que se imputen al sujeto inspeccionado debe superar toda duda razonable. Así, no basta con el acopio de evidencia suficiente sobre los hechos, la autoría y los elementos del tipo a imputar, también es necesario que la administración elabore un razonamiento lógico que resulte suficiente y articule todos los elementos constitutivos de la infracción (Morón 2020, p. 449)

Entonces, la presunción de inocencia constituye un parámetro ineludible para dotar de validez a los actos y decisiones adoptados por las autoridades administrativas. Asimismo, garantiza que el administrado no soporte una sanción pese a no haber cometido infracción alguna.

III. LA DINÁMICA PROBATORIA EN LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Como ya se indicó, la carga de la prueba corresponde únicamente a la administración y no al administrado. Por ende, la administración es la responsable de llevar a cabo todas las actuaciones posibles a fin de determinar la existencia de algún incumplimiento pasible de sanción. Para tales efectos, cabe traer a

colación el principio de verdad material y el principio de impulso de oficio, establecidos en los numerales 1.11 y 1.3 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. El primero conmina a la actuación de la administración a una búsqueda permanente de la realidad de las relaciones jurídicas por lo que se exige una verificación plena de los hechos que motiven las decisiones. De modo similar, el principio de impulso de oficio que exige que la administración lleve a cabo acciones positivas a fin de esclarecer los hechos, con miras a satisfacer el interés público, independientemente del interés del administrado o del denunciante.

Ambos principios deben protagonizar las actuaciones de la inspección del trabajo, a través de las distintas modalidades establecidas en la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806 (LGIT) como son el requerimiento de información, la visita de inspección a los centros y lugares de trabajo, el requerimiento de comparecencia y la comprobación de datos o antecedentes; todo ello, dentro del ámbito de las materias objeto de la investigación.

Claramente, todas estas actuaciones requieren de la colaboración del sujeto inspeccionado, quien, en contraposición, debe cooperar con los supervisores inspectores, inspectores del trabajo e inspectores auxiliares, dentro de los alcances de los deberes impuestos en el artículo 9 de la LGIT¹. Cabe agregar, también, que la información que presenten los sujetos inspeccionados debe presumirse cierta y debe entenderse que corresponde a la verdad de los hechos que ellos afirman, tal como lo reconoce el principio de presunción de veracidad en el numeral 1.7. del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG (hasta que se pruebe lo contrario).

Ahora bien, el estándar de prueba que se exige a la inspección del trabajo, como ya se mencionó, debe ser lo suficientemente riguroso para desvirtuar la presunción de inocencia. Entonces, consideramos adecuado señalar que las

1 **Artículo 9.- Colaboración con los Supervisores- Inspectores, Inspectores del Trabajo e Inspectores Auxiliares**

Los empleadores, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos responsables del cumplimiento de las normas del orden sociolaboral, están obligados a colaborar con los Supervisores- Inspectores, los Inspectores del Trabajo y los Inspectores Auxiliares cuando sean requeridos para ello. En particular y en cumplimiento de dicha obligación de colaboración deberán:

- a) Atenderlos debidamente, prestándoles las facilidades para el cumplimiento de su labor,*
- b) Acreditar su identidad y la de las personas que se encuentren en los centros o lugares de trabajo,*
- c) Colaborar con ocasión de sus visitas u otras actuaciones inspectivas,*
- d) Declarar sobre cuestiones que tengan relación con las comprobaciones inspectivas; y,*
- e) Facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones.*

(...)

actuaciones inspectivas deberán recabar pruebas plenas, suficientes, pertinentes y completas; por ende, deben satisfacer el máximo estándar de prueba para conseguir el mayor grado de certeza (Villanueva, 2015, p. 133).

Entonces, una vez la inspección haya llevado a cabo todas las actuaciones conferidas a sus competencias y, en caso se haya comprobado que el sujeto inspeccionado ha cometido infracciones a las normas laborales pasibles de sanción, corresponderá la emisión de un Acta de Infracción.

En ese orden de ideas, corresponde traer a colación la presunción de certeza de las Actas de Infracción, establecida en el artículo 16 de la LGIT:

Artículo 16. - Actas de Infracción

(...)

Los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.

En este punto, cabe aclarar, siguiendo a Tirado (2021), que “(...) el que las actas de inspección, dotadas de presunción de certeza, permitan la imposición de una sanción administrativa no supone, desde ningún punto de vista, que se haya trasladado la carga de la prueba al imputado (...)” (p. 56).

Naturalmente, para que las Actas de Infracción revistan de esta presunción, la fundamentación de esta deberá estar alineada al cumplimiento de los principios ya desarrollados, a través de la valoración conjunta de todas las pruebas oportunas que coadyuven a un mejor entendimiento de los hechos. Además, el Acta de Infracción deberá satisfacer los estándares constitucionales de la debida motivación. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha resaltado, en la sentencia recaída en el expediente 2698-2012-AA/TC, la necesidad de motivación de las Actas de Infracción y su debida valoración de los medios probatorios:

“7 7. Ahora bien, dichas actas no están exentas del deber de motivación de los actos administrativos, así como de la ponderación de todas las pruebas aportadas, pues precisamente dan inicio al procedimiento administrativo sancionador en ciernes, siendo que la decisión tomada por la autoridad laboral traerá como consecuencia la imposición de sanciones administrativas y pecuniarias. Dicha inspección debe estar dotada de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en términos constitucionales.

7 8. En tal línea de análisis, de todo lo actuado, lo que llama particularmente la atención es el completo desinterés de la demandada sobre todas y cada una de las pruebas aportadas por la demandante y que no han sido valoradas (...)”

Entonces, cuando un Acta de Infracción no haya satisfecho los referidos parámetros, es decir, no haya destruido por completo la presunción de inocencia, corresponde al órgano instructor y/o al órgano competente de decidir la aplicación de la sanción realizar de oficio todas las actuaciones complementarias que resulten necesarias para el examen de los hechos, en virtud de lo expuesto por el literal f) del numeral 53.2 y el literal b) del numeral 53.3 del artículo 53 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR (RLGIT). No obstante, al emitirse las resoluciones de decisión, si el vicio persiste, se deberá declarar la nulidad de estas.

Pues bien, ¿cómo se traslada la carga de la prueba al administrado? El Tribunal de Fiscalización Laboral ya ha establecido un Precedente de Observancia Obligatoria, en la Resolución de Sala Plena N° 001-2023-SUNAFIL/TFL, que desarrolla la dinámica probatoria en el procedimiento sancionador laboral, a la luz del principio de presunción de licitud:

6.21. Cabe precisar que esta carga de la prueba que recae sobre la administración para determinar el reproche administrativo al sujeto inspeccionado atiende al derecho fundamental de prueba que tiene este para ofrecer los medios de prueba que considere pertinentes para sustentar sus alegaciones. Tales actuados, cuando efectivamente sean pertinentes para la determinación de si existe responsabilidad administrativa o no, deberán ser analizados y valorados por la autoridad administrativa al resolver si corresponde o no la determinación de una sanción.

6.22. Lo señalado anteriormente, no implica que la mera alegación del principio/derecho a la presunción de licitud por parte del administrado, sea sustento suficiente para desvirtuar la comisión de infracción o infracciones imputadas; por el contrario, si durante el desarrollo del procedimiento la administración sustenta la responsabilidad del sujeto inspeccionado, la carga de la prueba se traslada a éste, por lo que podrá desestimar los reproches administrativos alegados o la configuración de algún eximente de responsabilidad, a través de la presentación de los medios de prueba que considere oportunos; correspondiendo a la administración resolver sobre la base de la valoración conjunta de las pruebas aportadas al procedimiento. (Énfasis agregado).

Podemos apreciar que el criterio del Tribunal resalta la importancia de la presunción de licitud; no obstante, establece también que, una vez superada la

presunción de licitud, la carga de la prueba se traslada al administrado. Entonces, en ese supuesto, el administrado puede desvirtuar la presunción de certeza de las Actas de Infracción; no obstante, ello también reviste de cierto estándar probatorio, puesto que no basta con presentar meras alegaciones, sin un soporte probatorio real.

Entonces, ante un mejor medio probatorio que sea presentado por el administrado durante el procedimiento sancionador, correspondería admitir la controversia o, incluso, la desestimación de los hechos del Acta de Infracción. Siguiendo esta lógica, concordamos con Villanueva (2015), quien señala que la presunción de certeza de las Actas de Infracción puede ser puesta en cuestionamiento:

Podría decirse que la fragilidad de la presunción de certeza emanada del acta de infracción laboral frente a la prueba de la duda en contrario, se ha nutrido del Derecho Penal, y por tanto del Derecho Administrativo sancionador, en el entendido de que toda sanción administrativa producto de una infracción laboral, necesitará que la prueba de los hechos imputados supere toda duda razonable bajo el costo de sancionar a un inocente. Es en ese contexto donde encuentra justificación la frase que reza "la presunción cede en beneficio del administrado". (p. 134)

Esta postura garantiza que los derechos de los administrados no se vean comprometidos injustamente por decisiones en las que no se haya superado el estándar de prueba exigido constitucionalmente. Ciertamente, coincidimos en que la presunción de certeza del Acta de Infracción se somete frente una prueba en contrario, siempre que esta sea adecuada para generar una duda razonable respecto a la comisión de la infracción laboral.

IV. REVISIÓN DE CASOS: RECIENTES CRITERIOS DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

Tras una búsqueda de distintos pronunciamientos del TFL, encontramos que, en repetidas ocasiones, se resuelve declarando la nulidad del procedimiento sancionador, sobre la base de que, las instancias inferiores no han cumplido con los principios antes señalados, no han recabado pruebas suficientes y/o han incurrido en vicios de motivación.

Si bien es posible discrepar con algunas decisiones del Tribunal, la revisión de estos criterios resulta de relevancia en tanto estos brindan directrices de

interpretación que deberán ser tomados en cuenta tanto por la administración, como por los administrados en el procedimiento sancionador.

En este apartado, presentamos algunos criterios que se desprenden de distintas resoluciones del Tribunal de Fiscalización Laboral, en los que se ha analizado el principio de presunción de licitud, la presunción de veracidad y la valoración de pruebas en la determinación de responsabilidad del empleador.

1. La sola declaración o denuncia del presunto trabajador afectado no puede ser asimilada como un hecho constatado

A través de la Resolución N° 611-2024-SUNAFIL/TFL-Primera Sala se dejó sin efecto las infracciones impuestas al empleador porque el Tribunal consideró que no se comprobaron los indicios de laboralidad que determinarían la existencia de un vínculo laboral. Es el caso de diversos locadores que suscribieron contratos de prestación de servicios con una persona jurídica dedicada a la construcción de edificios. Según las investigaciones, se habría determinado la existencia de un vínculo laboral con estos locadores.

Pues bien, dentro de sus fundamentos, el TFL cuestionó que en el Acta de Infracción no se sustentó si efectivamente la prestación de servicios era efectuada de manera subordinada, enfatizando en que en el expediente no consta alguna documentación o prueba irrefutable de la presunta subordinación. Se agregó, además, que las declaraciones de los trabajadores afectados, por sí solas, no son prueba suficiente para sustentar la existencia de un vínculo laboral.

Este criterio también se encuentra presente en la Resolución de Sala Plena N° 017-2024-SUNAFIL/TFL, a través de la que se ha establecido que las manifestaciones de los trabajadores afectados no constituyen prueba suficiente para acreditar una supuesta coacción para la renuncia.

Con esta resolución, se puede apreciar que no existe un valor probatorio intrínseco en las denuncias o declaraciones de los supuestos trabajadores afectados, en la medida que, más allá de los hechos que se denuncien, a la administración le corresponde la búsqueda de la verdad material, realizando todas las actuaciones posibles en la investigación inspectiva. Si bien el referido criterio puede parecer un parámetro validez obvio de lo que se espera de la administración, lo cierto es que, no necesariamente, ello parece haber calado en la autoridad administrativa del trabajo.

Tal como lo han señalado Mendoza y Zavala (2018), no existe una presunción de veracidad de los hechos denunciados (p. 20), por ende, el inspector actuante deberá realizar todas las actuaciones necesarias a fin de encontrar si, en un determinado caso, existen pruebas de los elementos constitutivos de una infracción.

Para tales efectos, inclusive, los inspectores cuentan con lineamientos y protocolos que regulan la inspección de determinadas materias. Estos documentos son de aplicación obligatoria para todo el personal inspectivo y administrativo de SUNAFIL; y, brindan una guía de las actuaciones de investigación que deberán ser llevadas a cabo a fin de verificar el cumplimiento de la normativa laboral.

2. La exigencia de analizar las pruebas sobre la conducta del empleador en el ejercicio de sus potestades

A continuación, revisamos dos Precedentes de Observancia Obligatoria del TFL que analizan la existencia de deficiencias en la determinación de infracciones, a la luz de la presunción de licitud y la valoración de las pruebas aportadas por el empleador.

En la Resolución de Sala Plena N° 017-2024-SUNAFIL/TFL, se analiza, entre otros temas, la comisión de un acto de hostilidad por el traslado geográfico de un trabajador. En este caso, el Tribunal ha declarado nulas las resoluciones de Subintendencia e Intendencia por considerar que la administración no ha cumplido con desvirtuar la presunción de licitud.

Los fundamentos del TFL indican que la inspección no ha tomado en cuenta los medios de prueba presentados por el empleador, relacionados a los beneficios económicos otorgados en favor del trabajador trasladado. Asimismo, se hizo hincapié en que las disposiciones del empleador deben analizarse en relación la proporcionalidad que guardan con los medios y fines del poder de dirección. Finalmente, el Tribunal concluyó que no todo cambio de condiciones corresponde a un comportamiento hostil del empleador.

De otro lado, respecto a la Resolución de Sala Plena N° 011-2024-SUNAFIL/TFL, se analiza la comisión una infracción sobre el registro de control de asistencia. El TFL también ha declarado la nulidad de las resoluciones de Subintendencia e Intendencia en virtud a la presunción de licitud.

El Tribunal fundamenta su decisión en que, el solo hecho de que exista una marcación *ex post* del horario de trabajo no implica que se haya vulnerado la normativa sobre el registro de asistencia. Todo lo contrario, el empleador podría, en ejercicio de su facultad fiscalizadora, sancionar a aquellos trabajadores que no han cumplido con realizar la marcación de su registro de asistencia y ordenar la rectificación de este. Asimismo, en ejercicio de su potestad normativa, el empleador también podría regular la obligación de que sus trabajadores cumplan con realizar la marcación del registro de asistencia. No obstante, ninguno de estos elementos habría sido tomado en cuenta en el procedimiento sancionador, pese a las pruebas presentadas por el empleador.

En ambos casos, podemos encontrar un enfoque orientado a la necesidad de valorar correctamente la conducta de los empleadores, tanto para establecer si determinada conducta es lícita, como para determinar si se han tomado medidas con la finalidad de cumplir con una obligación específica.

Entonces, se puede concluir que la administración está obligada a valorar el accionar del empleador y las pruebas que se presenten en el contexto específico de las dinámicas propias de las relaciones laborales y el ejercicio de las potestades que la norma le confiere al empleador. En efecto, el análisis de culpabilidad del empleador no puede ser aislado y limitarse a la verificación formal de un supuesto de hecho, todo lo contrario, “(...) si es que la persona jurídica acredita la correcta organización de cara a evitar cometer las infracciones, de acuerdo a la doctrina, se puede hablar de exclusión de responsabilidad” (Morón, 2020, p. 458).

Somos de la opinión que, si en determinado caso, el empleador aporta pruebas que permitan analizar su comportamiento y las medidas tomadas por este, en caso estas generen una duda razonable respecto a la culpabilidad del administrado, este deberá ser absuelto.

3. Respecto a las pruebas producidas por el empleador

Mediante el Precedente de Observancia Obligatoria Resolución de Sala Plena N° 002-2023-SUNAFIL/TFL, el TFL se ha pronunciado respecto al valor probatorio de las declaraciones juradas, informes y comunicaciones de representantes o personal subordinado al empleador, señalando que estos no generarían convicción. A continuación, se puede apreciar los fundamentos de este criterio:

30. De lo anterior, cabe señalar que, los medios de prueba que son analizados en la inspección del trabajo, incluyen a los informes de parte presentados por el sujeto inspeccionado, siempre que se trate de documentación pertinente; es decir, que constituya un instrumento adecuado para la apreciación y valoración de los componente de un caso concreto, conforme con el deber de buena fe ante la Administración. (...), por lo que el personal a su cargo, conforme con sus funciones, puede emitir informes que deben ser examinados por los inspectores actuantes como medios de prueba aportados por la interesada. Sin embargo, la presentación o exhibición de información impertinente; es decir, no conducente a probar alguna conducta o hecho materia de análisis o no idónea para ello, suponiendo un puro recargo documental, podrá ser calificada como un acto contrario al deber de colaboración, conforme con los hechos ocurridos en cada caso.

31. Sobre el particular, (...) a la luz de los principios de veracidad y verdad material expresamente reconocidos en el TUO de la LPAG, debe reafirmarse que las declaraciones juradas, informes y comunicaciones en general presentadas por la parte interesada —sea por representantes de la compañía o por personal subordinado del sujeto fiscalizado, incluyendo al propio denunciante— no son instrumentos suficientes para generar convicción a su favor, sea que ello se exponga en la inspección o durante el procedimiento sancionador. Esto, debido a la naturaleza asimétrica de la relación laboral, que pone al declarante en un vínculo jurídico especial con la parte interesada. De esta manera, los indicados instrumentos no son idóneos para contrarrestar la presunción de certeza a la que refiere el artículo 16º de la LGIT en favor de las actas de infracción; pero sí deben ser valorados por los inspectores en el cumplimiento de sus funciones.

Al respecto, si bien el Tribunal invoca distintos principios para establecer esta regla, a continuación, se desarrollará algunas observaciones al Precedente en cuestión.

En primer lugar, llama la atención la secuencia lógica de cada fundamento de la resolución, puesto que el Tribunal inicia reconociendo la posibilidad de que el empleador, en determinado procedimiento, pueda presentar informes que sustenten el cumplimiento de obligaciones, siempre que estos sean idóneos y no sean un mero “recargo documental”. No obstante, en el fundamento siguiente, el Tribunal se vale del principio de veracidad y verdad material para restar valor probatorio a este tipo de documentos, alegando que existe un vínculo de asimetría del declarante respecto del empleador. Por último, se indica que estos documentos sí deben ser valorados, pero no contrarrestan la presunción de certeza de las Actas de Infracción. Entonces, finalmente, no queda clara la postura del TFL, puesto que primero parece analizar la idoneidad de la prueba

en cada caso; sin embargo, después descarta este tipo de documentos por haber sido “producidos” por el empleador, no por su contenido o su relación con los hechos investigados.

En segundo lugar, se observa que el TFL basa su postura en el principio de presunción de veracidad. Este principio reconoce que la documentación que presentan los administrados debe presumirse veraz, salvo prueba en contrario. Cabe indicar que la misma LPAG reconoce expresamente a las “declaraciones” del administrado dentro de esta presunción. En atención a ello, hubiera correspondido que se lleve a cabo un desarrollo más detallado respecto a cómo se interpreta la aplicación de la presunción de veracidad con las reglas establecidas en este Precedente que, finalmente, terminan siendo perjudiciales para el administrado.

En tercer lugar, se deberá notar que el único motivo para restar valor probatorio a este tipo de documentos es porque el declarante tendría un “vínculo especial” con el empleador. Consideramos que esta regla de valoración probatoria implica dar por hecho que el empleador estaría efectuando declaraciones falsas o estaría compeliendo a su personal a efectuarlas; o, que el empleador estaría consignando información inexacta en la documentación que presenta. Somos de la opinión de que esta lógica atenta en contra del principio de presunción de inocencia, puesto que no es posible presumir, sin pruebas, que el empleador está actuando de mala fe.

Consideramos que este criterio debería ser revisado y su aplicación debería darse con especial cautela, siempre tomando en consideración la presunción de veracidad, valorando a la prueba por su contenido y la convicción que estas generan, especialmente, en los casos en los que no sea posible acceder a los hechos materia de investigación a través de otros documentos.

V. REFLEXIONES FINALES

Los criterios analizados en el apartado anterior nos brindan pautas respecto a las posturas que está tomando el TFL en relación al principio de presunción de licitud y su relación con la dinámica probatoria.

No obstante, en la práctica, el respeto hacia este principio en el Sistema de Inspección del Trabajo, todavía no se ha uniformizado. Es necesario que todo el Sistema lleve a cabo sus actuaciones en estricta observancia del ordenamiento jurídico, satisfaciendo su carga de la prueba y no revirtiéndola ilegalmente en

perjuicio del administrado. Asimismo, es de vital relevancia que las decisiones estén correctamente motivadas y cumplan con valorar todos los medios de prueba presentados en la etapa inspectiva.

Esperamos que el criterio establecido a través del Precedente de Observancia Obligatoria recaído en la Resolución de Sala Plena N° 001-2023-SUNAFIL/TFL sea acatados por las instancias inferiores, sin la necesidad de que se llegue hasta el Tribunal y este continúe declarando la nulidad de distintos procedimientos que no revisten de los estándares mínimos de motivación o valoración de pruebas.

VI. CONCLUSIONES

- La presunción de licitud es un principio del procedimiento administrativo que evita que el administrado soporte la carga de la prueba de su propia inocencia y permite equilibrar el poder punitivo de la administración otorgando garantías a los derechos del administrado.
- La dinámica probatoria en la inspección del trabajo y el procedimiento sancionador debe guiarse por el principio de presunción de licitud, por lo que debe exigirse a la administración que actúe realizando todas las acciones necesarias a fin de verificar el cumplimiento de la normativa laboral. Igualmente, si bien las Actas de Infracción se presumen ciertas, el administrado también está en la posibilidad de desvirtuar los hechos contenidos en estas, a partir de la presentación de pruebas en el procedimiento sancionador.
- Con la instalación del Tribunal de Fiscalización Laboral, podemos observar que se otorga, cada vez, más relevancia de las garantías procedimentales del procedimiento administrativo. Pese a que algunos criterios establecidos por el TFL puedan resultar debatibles, es importante tomarlos en consideración en el análisis de casos futuros.

V. REFERENCIAS

- Carmona Ruano, M. (1990). Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Jueces para la democracia*, (9), 22-30.
- Huergo Lora, A. J. (2007). *Las sanciones administrativas*. iustel.
- Morón Urbina, J. C. (2020). *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*. Gaceta Jurídica.

- Tirado Barrera, J. A. (2021). El valor probatorio de las actas de inspección. *Advocatus*, (041), 47-62.
- Villanueva Del Carpio, D. (2015). Entre la presunción de inocencia y el estándar de prueba. ¿Las actas de inspección laboral realmente son pruebas privilegiadas? *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* N° 96, 128-140.
- Zavala Costa, J. y Mendoza Legoas, L. (2018). Los principios del procedimiento administrativo más relevantes dentro de la inspección del trabajo (ix) presunción de licitud.

SÉTIMO TEMA

**Propuestas para la reforma
del Sistema de Pensiones**

SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ: RETOS, OPORTUNIDADES Y PRINCIPALES CAMBIOS

GIOVANNA PRIALÉ REYES*

Doctora en Ciencias Sociales y Humanas por la Pontificia Universidad
Javeriana de Colombia

Presidenta de la Asociación AFP en el periodo 2016-2024

* Doctora en Ciencias Sociales y Humanas por la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, Master of Arts in Economics por Georgetown University, con especializaciones en Finanzas por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en Directorios por el Programa de Alta Dirección (PAD) de la Universidad de Piura (UDEP). Economista, licenciada por la Universidad del Pacífico y presidenta de la Asociación AFP en el periodo 2016-2024, con amplia experiencia en cargos gerenciales, editoriales y consultoría internacional.

Se agradece la colaboración de Roxana Cerna (coordinadora de Investigación y Regulación Previsional de la Asociación de AFP, MBA de la Universidad de Lima) en la elaboración del presente documento y de Roger Laboriano (analista Jr. de Estudios Económicos y Previsionales de la Asociación de AFP, BSc. en Economía y Finanzas de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas) en la corrección.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema previsional peruano enfrenta diversos desafíos, que demandan una urgente atención que garantice su efectividad y sostenibilidad. En esa línea, resulta fundamental aplicar de manera correcta la reciente reforma promulgada, así como asegurar un seguimiento continuo que permita ajustar el sistema a las necesidades de los trabajadores. Esto incluye no solo mejorar la cobertura y la calidad de la protección social, sino también adaptarse a las dinámicas económicas y sociales actuales, garantizando que todos los ciudadanos tengan acceso a una jubilación digna y sostenible.

El documento presenta el diagnóstico del sistema previsional peruano realizado por la Asociación de AFP (2022), en el que se detalla las características estructurales del sistema y su entorno de desarrollo. Uno de los problemas más críticos es la alta informalidad que predomina en nuestro país, donde un gran porcentaje de la fuerza laboral no está afiliada a ningún sistema de pensiones. Esta informalidad no solo limita el acceso de los trabajadores a beneficios sociales esenciales, sino que también perpetúa la vulnerabilidad económica en la vejez, dejando a muchos sin un sustento adecuado en sus años de retiro.

Además, el envejecimiento poblacional es un fenómeno que está redefiniendo las dinámicas sociales y económicas del Perú. Con un creciente número de personas mayores, la presión sobre el sistema previsional se intensifica porque este debe adaptarse a una demanda cada vez mayor de pensiones y atención social. La sostenibilidad financiera del sistema se ve comprometida y, por ello, es fundamental desarrollar estrategias que respondan a las necesidades de una población que está cambiando rápidamente.

Por último, la economía conductual ofrece un marco valioso para entender cómo las decisiones de ahorro y planificación para el futuro se ven afectadas por factores psicológicos y sociales. Promover la educación financiera y la concientización sobre la importancia de la previsión a largo plazo puede ser clave para fomentar la afiliación al sistema de pensiones y mejorar la cultura del ahorro.

En este contexto, la reforma del sistema previsional peruano debe ser reglamentada correctamente para garantizar la seguridad económica de las generaciones actuales y futuras.

II. DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA PREVISIONAL PERUANO

Los sistemas previsionales en el mundo, desde su concepción, persiguen diversos objetivos, involucran distintos actores –administradores, reguladores, poderes del Estado, empleadores y ciudadanía– y se desarrollan de acuerdo a las características estructurales de los países en los cuales se implementan. Por ello, las propuestas de mejora al sistema previsional deben tener en cuenta que el eje principal es procurar en todo momento, el bienestar del trabajador.

A continuación, se presentan una serie de características estructurales del escenario laboral, demográfico y conductual, que afectan el desarrollo del sistema previsional peruano.

A. Características estructurales

1. Mercado laboral: informalidad y trabajo independiente

Los sistemas previsionales deben adecuarse a las modalidades de trabajo que existen en el país de su aplicación. En caso contrario, los objetivos planteados de cobertura no serán conseguidos, el nivel de beneficios no será el esperado por la ciudadanía y no se logrará cubrir de manera adecuada los riesgos inevitables asociados a la vejez.

En el Perú, la pertenencia a un sistema previsional contributivo de pensiones se encuentra relacionada con el trabajo formal dependiente, hecho que se ve impactado de manera negativa por la presencia de dos factores característicos de nuestro mercado laboral:

a. Alta informalidad

El mercado laboral peruano se caracteriza por ser altamente informal. Cerca del 74%¹ de las personas que desempeñan un trabajo remunerado lo hace en la informalidad y, por lo tanto, no reciben

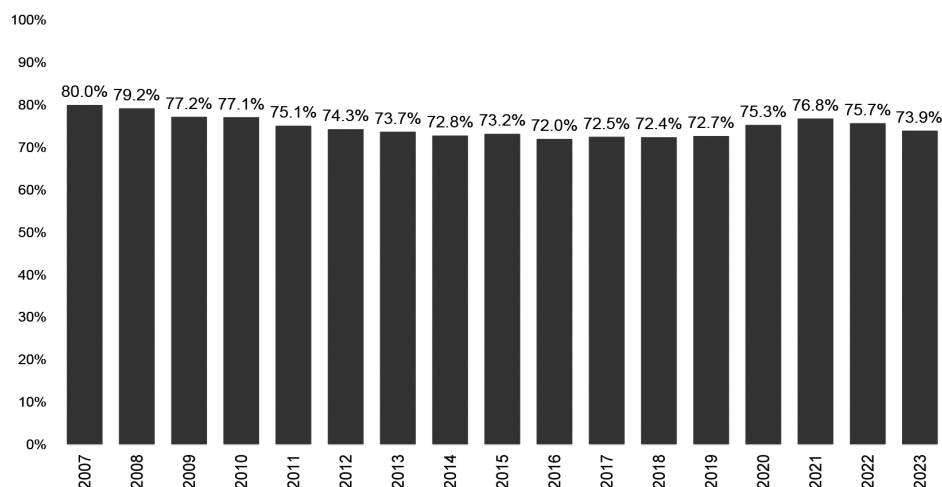
1 Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) 2023.

los beneficios establecidos por ley, como la seguridad social (acceso a pensiones y salud), las gratificaciones, las vacaciones, entre otros.

Según Lavado y Yamada (2021), los trabajadores informales predominan en los sectores más bajos de la distribución de ingresos, donde la escasa formación del capital humano conduce a una baja productividad y, como resultado, a una asignación laboral ineficaz. Esto los hace susceptibles a quedar atrapados en el ciclo perpetuo de la informalidad.

Si bien entre los años 2007 y 2016 se observó una reducción sostenida de la informalidad laboral (8 puntos porcentuales - p.p. acumulados) producto del éxito macroeconómico, este cambio no fue significativo en comparación con el aumento del Producto Bruto Interno (PBI) per cápita, el cual creció en más de 70.0% en el mismo periodo. Esto muestra que las políticas laborales aplicadas aunado a la ausencia del Estado y el desborde de la ilegalidad, han traído como consecuencia la escasa generación de trabajo formal y, por ende, una asignación subóptima de los factores productivos y pérdidas de productividad. Incluso, Lavado y Yamada (2021) señalan que dado el nivel observado de PBI per cápita del Perú, la informalidad debería ser 20 p.p. menor.

Gráfico N° 1: evolución del empleo informal
(% de la Población Económicamente Activa Ocupada - PEAU)



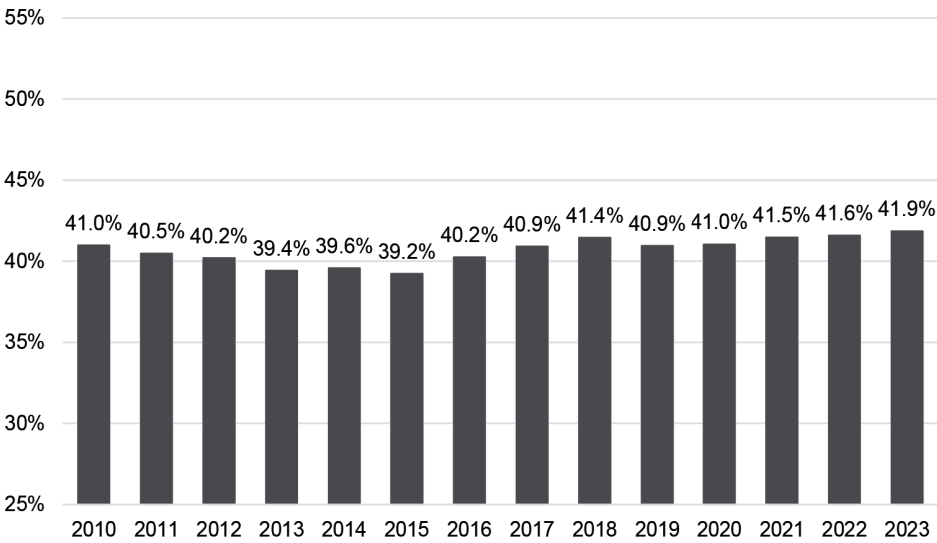
Elaboración propia con datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) - ENAHO.

Adicionalmente, la presencia de la pandemia COVID-19 demostró la alta vulnerabilidad del mercado laboral peruano frente a shocks externos, lo que llevó a que la informalidad retorne a niveles observados hace una década.

b. Transición laboral: trabajo dependiente-independiente, informal-formal

En 2023, los trabajadores independientes a nivel nacional ascendieron a 7.19 millones de personas, lo que representa el 41.9% del total de ocupados², proporción similar a la observada en el 2010.

Gráfico N° 2: evolución del empleo independiente
(% de la PEAO)



Elaboración propia con datos obtenidos del INEI - ENAHO entre 2010-2021 e INEI - Encuesta de Permanente de Empleo Nacional (EPEN) entre 2022-2023.

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los asalariados que dejan un empleo de carácter independiente tienen muy pocas probabilidades de insertarse en un empleo formal (solo 7.5%), en tanto que el 20.0% ingresa a un trabajo dependiente informal y el 33.0% a otro empleo independiente (Maurizio, 2019) . Es decir, la posibilidad de transitar hacia un empleo de mejor calidad y con cobertura obligatoria por parte de la seguridad social es reducida.

2 Encuesta de Permanente de Empleo Nacional (EPEN) 2023

Tabla N° 1: salidas y entradas de un puesto independiente, Perú
(Tabla en porcentajes)

Tipo de empleo	Destino de salidas	Origen de entradas
Asalariado formal	7.5	8.0
Asalariado informal	20.3	27.6
No asalariado	32.6	36.1
Desempleo	11.7	7.7
Inactividad	27.9	20.6
Total	100	100

Elaboración propia con datos obtenidos de la OIT (2019).

Asimismo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) (2021) analizó la matriz transicional entre los años 2008 y 2019, observando que cuando los trabajadores con empleo formal no logran mantenerse en su mismo estado laboral, estos transitan principalmente a empleos informales (17.9%), seguidos de un 5.8% a la condición de no ocupados, mientras que los informales suelen transitar hacia la no ocupación en mayor medida (14.6%) y solo 7.6% a la formalidad.

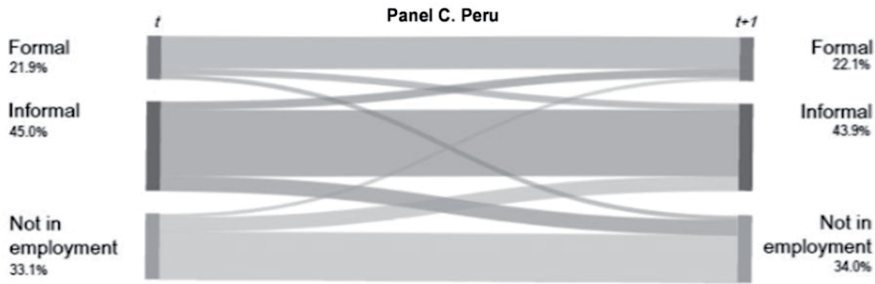
Tabla N° 2: transiciones laborales promedio desde el empleo formal, el empleo informal y no ocupado, 2008-2019
(Tabla en porcentajes)

2008-2019	Empleo formal	Empleo informal	No ocupado	Población en edad de trabajar (PET)
Empleo formal	76.2	17.9	5.8	100
Empleo informal	7.6	77.7	14.6	100
No ocupado	3.5	27.4	69.1	100
Total	100	100	100	100

Elaboración propia con datos obtenidos del MTPE (2021).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2024), en su reciente evaluación de transiciones entre tres estados de empleo: formal, informal y desempleo, entre 2016 (t) y 2020 ($t+1$), entregó como principales hallazgos una baja transición entre la informalidad y la formalidad, mientras que los escenarios más persistentes se aprecian en el tránsito de informalidad a desempleo y de desempleo a informalidad.

Gráfico N°3: transiciones entre tres estados de empleo



Fuente: OCDE (2024).

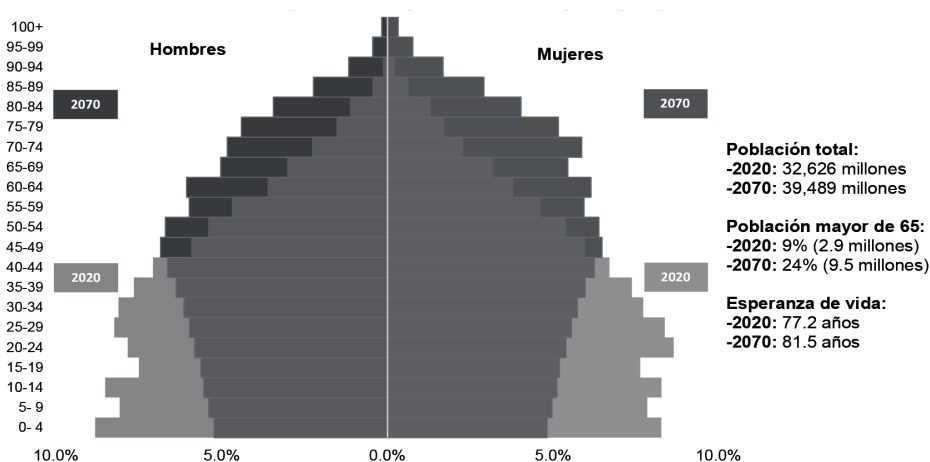
En ese sentido, se podría afirmar que el mercado laboral peruano cuenta con niveles de informalidad persistentes, impactando negativamente en la cobertura previsional y en la frecuencia de aportes de los afiliados y, por lo tanto, en la cuantía de las pensiones.

2. Contexto demográfico: envejecimiento poblacional

La OCDE (2021) indicó que el mayor desafío a largo plazo de los sistemas previsionales a nivel mundial es proporcionar pensiones financiera y socialmente sostenibles en un contexto de envejecimiento progresivo. Destacó que, a medida que la esperanza de vida aumenta y la tasa de natalidad disminuye, el número de personas en edad de trabajar se reduce en relación con los jubilados. Esto genera una mayor presión sobre los sistemas previsionales, que deben financiar pensiones durante períodos más largos (OECD, 2023). Con dicho fin, deben adaptar tanto la forma de construcción de la pensión (acumulación) como la de entrega de beneficios (desacumulación).

En el Perú, el 9.0% de la población es adulta mayor (igual o mayor de 65 años), según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y en 2070 este segmento concentrará al 24.0% de la población. Es decir, cada vez habrá un mayor número de personas en edad de jubilación frente a aquellos en edad activa. A este fenómeno se debe sumar que la esperanza de vida se está prolongando, por lo que los adultos mayores se podrían enfrentar a la posibilidad de que sus ahorros acumulados no les permitan financiar sus años de inactividad.

Gráfico N° 4: pirámide poblacional por grupos de edad



Fuente: INEI - Perú: Estimaciones y proyecciones de la población nacional, 1950-2070. Boletín de Análisis Demográfico N°38.

Frente a la necesidad de garantizar sostenibilidad en el sistema de pensiones peruano y la economía en general, la OCDE (2023) exhortó a nuestro país a concentrar los esfuerzos en implementar una reforma integral que considere aumentar la edad de jubilación, fomentar el ahorro privado y promover la afiliación a sistemas de pensiones formales. Además, subrayó la importancia de asegurar que los sistemas sean equitativos y que brinden un ingreso suficiente a los jubilados, considerando la diversidad de situaciones laborales y económicas que enfrenta la población. En general, la OCDE aboga por políticas que se adapten a las realidades del envejecimiento demográfico, asegurando la viabilidad de las pensiones a largo plazo.

3. Perspectiva conductual en las pensiones

Los seres humanos, trabajadores, afiliados, no afiliados, adultos, jóvenes, todos en general, enfrentan el sesgo por el presente, el cual los lleva a valorar más el beneficio que está más cercano en el tiempo respecto de otro que puede ocurrir en el futuro.

La economía del comportamiento ofrece una perspectiva valiosa para entender cómo las decisiones individuales sobre ahorro y jubilación están influenciadas por factores psicológicos y sociales. A menudo, las personas tienden a subestimar la importancia del ahorro para el futuro, lo que puede llevar a una planificación

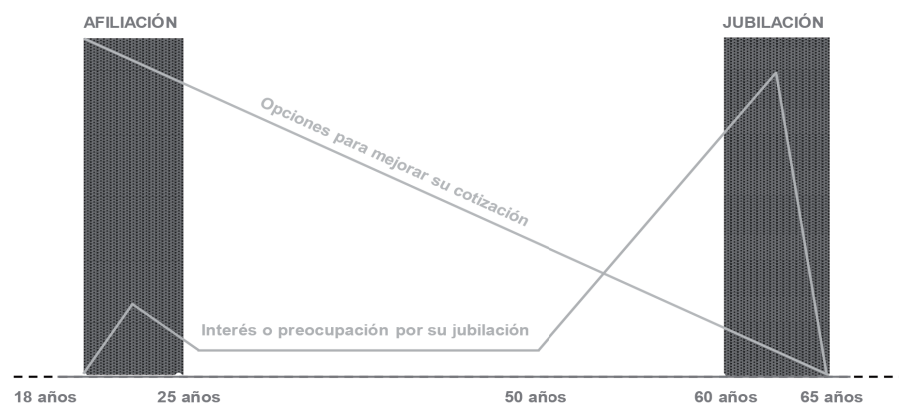
inadecuada para la jubilación. Comportamientos como la procrastinación, la aversión a la pérdida y la falta de información sobre las opciones de pensiones pueden resultar en una baja tasa de afiliación a sistemas formales de pensiones, aumentando la vulnerabilidad económica en la vejez (Thaler & Benartzi, 2004).

En esta perspectiva destaca el efecto de la miopía económica, referida a la tendencia de las personas a priorizar recompensas inmediatas sobre beneficios futuros, lo que puede tener un impacto significativo en sus decisiones de ahorro para la jubilación. Esta miopía hace que los individuos subestimen la importancia de ahorrar hoy para garantizar un futuro financiero estable. A menudo, los trabajadores se ven atrapados en el ciclo de gastar en el presente, sin considerar las consecuencias a largo plazo de su falta de ahorro. Para contrarrestar esta tendencia, es esencial implementar políticas que fomenten la planificación a largo plazo, como la creación de incentivos que contribuyan a hacer más atractivo y accesible el ahorro, así como educar a la población sobre la importancia de preparar su futuro financiero. Al abordar la miopía temporal, los sistemas de pensiones pueden diseñarse de manera más efectiva, promoviendo una cultura de previsión que beneficie a todos (Ainslie, 1975).

La Asociación Nacional de Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (ANAFAP) de Uruguay³, analizó el interés del afiliado dentro de las etapas del ahorro previsional, encontrando que las personas muestran especial interés por su jubilación en el momento en el que se afilian, luego se despreocupan de ella durante casi toda la etapa de acumulación y, alrededor de los 50 años, se presenta un punto de inflexión en el que empiezan a interesarse por su jubilación, llegando al momento de máximo interés cuando realizan el trámite final para obtener su pensión, como se muestra en el gráfico N°5. Por este motivo, aquellas herramientas o iniciativas que incentiven a despertar el interés y acción de los afiliados desde una edad temprana serán claves para que el país cuente con generaciones futuras con una seguridad social pensionaria robusta.

3 Presentación en el Acuerdo de Lima del 11 de julio de 2019.

Gráfico N°5: interés del afiliado por su jubilación durante la etapa de ahorro previsional



Fuente: ANAFP (2019).

Tanto el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) como el Sistema Privado de Pensiones (SPP) tienen tres características del ahorro previsional que marcan claras diferencias con el ahorro al que la mayoría de personas están habituada en el sistema financiero. Por lo tanto, es un enorme reto que las personas afiliadas a alguno de estos sistemas puedan interiorizarlas con el objetivo de ahorrar o financiar una pensión para su vejez. Estas son: la obligatoriedad, el horizonte de muy largo plazo y la posibilidad de tangibilizar el ahorro.

En ambos sistemas de pensiones, en este caso contributivos, el ahorro tiene carácter obligatorio, cumpliendo con los principios de la seguridad social internacionalmente aceptados, suscrito además en el Convenio sobre norma mínima de la seguridad social (Num.102), impulsado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1952. Esto ha permitido que las personas generen ahorro para su jubilación durante todo su periodo laboral a través de la contribución de un porcentaje de sus salarios. Sin embargo, según lo reportado por INEI (2023), el 64.7% de las personas de 60 años a más ocupadas carecen de la cobertura de algún sistema de pensiones, cifra que se eleva a 87.7% en el área rural debido a la estructura laboral, líneas de pobreza y capacidad de ahorro vistos anteriormente.

Cabe precisar que el estudio de la economía del comportamiento no solo nos ayuda a identificar sesgos, sino que también contribuye a la creación de herramientas efectivas para el fomento del ahorro y la afiliación a un sistema de pensiones. Ejemplo de lo anterior se aprecia en el uso de los denominados “nudges” o empujones suaves a manera de incentivos, como la opción de afilia-

ción automática a planes de pensiones, mecanismo que ha demostrado aumentar significativamente la participación de los trabajadores. Estos enfoques aprovechan la tendencia humana a seguir la opción predeterminada, facilitando el ahorro a largo plazo y mejorando la seguridad financiera en la jubilación (Madrian & Shea, 2001).

En ese sentido, es crucial que las políticas públicas integren estos principios de economía del comportamiento para diseñar sistemas de pensiones más inclusivos y efectivos. Esto implica no solo informar y educar a la población sobre la importancia del ahorro, sino también crear entornos que hagan que el ahorro sea más accesible y atractivo. Al considerar las motivaciones y los sesgos de comportamiento de los individuos, las reformas de los sistemas de pensiones pueden ser más efectivas, promoviendo una cultura de previsión que beneficie a toda la sociedad (Benartzi & Thaler, 2007).

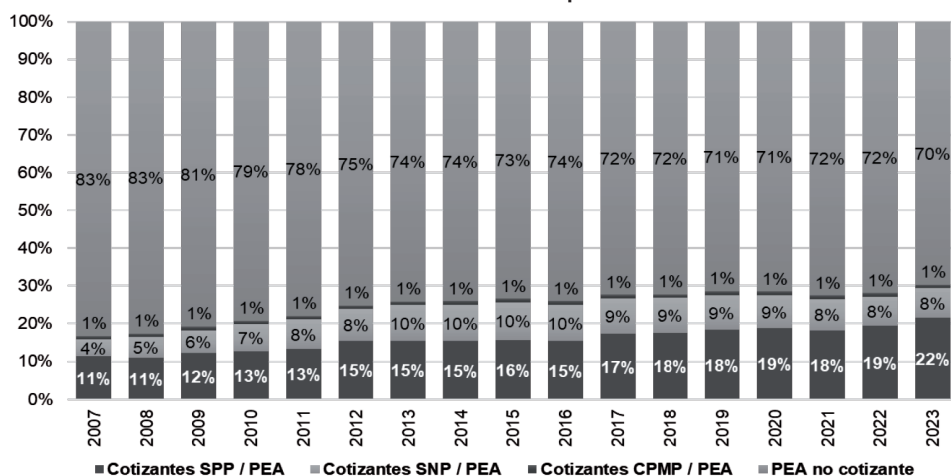
B. Consecuencias

1. Baja cobertura efectiva

Ahorrar para la jubilación, una etapa lejana, cuando existen necesidades corrientes, puede ser tomado como algo postergable o que se puede iniciar en cualquier momento. No obstante, muchas personas debido a las limitaciones propias del trabajo que desempeñan, como la inestabilidad laboral e ingresos bajos e irregulares, y a creencias erróneas, como el hecho de pensar que en su vejez recibirán transferencias intrafamiliares o seguirán trabajando (sesgos conductuales), no logran ahorrar durante su vida activa y aumentan sus probabilidades de llegar a la vejez sin las herramientas para enfrentarla.

Muestra de ello es la baja cobertura efectiva que tienen los sistemas previsionales peruanos. Si bien se habla de 13.91 millones de afiliados, solo el 39.7% de ellos cotiza de manera regular, con lo cual las pensiones que el grupo de no cotizantes podrá alcanzar serán muy bajas o incluso nulas.

Gráfico N° 6: evolución de la cobertura previsional efectiva



Elaboración propia con datos obtenidos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), ONP, CPMP e INEI.

Nota: Sistema Privado de Pensiones (SPP), Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y Población Económicamente Activa (PEA).

Asimismo, las medidas que han permitido realizar retiros extraordinarios de los fondos de pensiones han llevado a que 2.4 millones⁴ de afiliados del SPP no cuenten con ahorros para la jubilación (Superintendencia adjunta de administradoras privadas de fondos de pensiones, 2023); y que aquellos que aún tienen un saldo a favor, vean el mismo reducido, así como la futura cuantía de sus pensiones (Banco Central de Reserva del Perú, 2024).

Al respecto, la SBS (2023) precisó que los afiliados que consumieron en el presente sus ahorros para la jubilación necesitarán de la ayuda de familiares para cubrir sus gastos en la vejez y, en caso de no tener la posibilidad de lo anterior, requerirán del apoyo estatal, a través de figuras asistenciales para cubrir sus necesidades financieras y de salud, generando un pasivo contingente a las futuras generaciones.

2. Suficiencia de pensiones

Más allá de los problemas de cotización asociados a las características del mercado laboral y los retiros anticipados, existen otros factores que impactan negativamente en la cuantía de las pensiones otorgadas por el sistema previsional.

⁴ El impacto del sétimo retiro, permitido por la Ley N°32002, a la realización del presente documento no ha sido cuantificado.

Uno de ellos es la introducción de cambios en las tasas de cotización y número de aportaciones en el año⁵, sin tomar en cuenta que estos parámetros deben asociarse a la evolución demográfica y la necesidad de recursos para financiar las pensiones, por lo que deben ser calculados de manera técnica.

Tabla N° 3: cambios en la tasa de cotización del SNP

Periodo	Trabajador	Empleador	Total
Dic 1984 - jul 1995	3.0%	6.0%	9.0%
Ago 1995 - dic 1996	11.0%	0.0%	11.0%
Ene 1997- actualidad	13.0%	0.0%	13.0%

Elaboración propia con datos obtenidos de la ONP.

Tabla N° 4: cambios en la tasa de cotización del SPP

Periodo	Trabajador	Empleador	Total
Jul 1993 - jul 1995	10.0%	0.0%	10.0%
Ago 1995 - dic 2005	8.0%	0.0%	8.0%
Ene 2006 - actualidad	10.0%	0.0%	10.0%

Elaboración propia con datos obtenidos de la ONP.

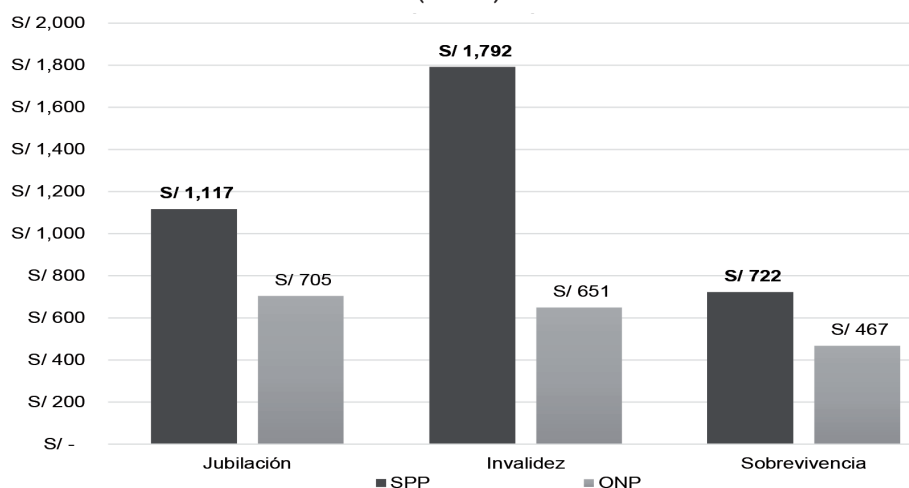
Otro factor se refiere a la ausencia de una garantía de pensión mínima transversal en todos los subsistemas, de manera que se genere un piso de protección que garantice a la persona condiciones de vida mínimas en la vejez.

Estos puntos, sumados a la variabilidad de las cotizaciones y el bajo nivel de ingresos, determinan que las pensiones mensuales alcanzadas por los afiliados a los subsistemas contributivos sean percibidas como bajas, rígidas y no suficientes para cubrir los crecientes costos de vida.

No obstante, si se comparan los beneficios obtenidos en los subsistemas se puede observar que las pensiones alcanzadas en el SPP son superiores a las del SNP, a pesar de que en el primero no existe una pensión mínima. Destacan la pensión de invalidez, que es casi el triple y que se explica debido a la cobertura del seguro de invalidez, que permite el aporte adicional de las compañías de seguro ante la ocurrencia de un siniestro.

5 La Ley N°29351, publicada el 30 de abril de 2009, estableció la exoneración de aportaciones de las gratificaciones, cuyo efecto es similar a reducir la tasa de cotización mensual del SPP de 10% a 8.57% y del SNP a 11.14%.

Gráfico N° 7: pensión promedio pagada en el SPP y SNP en el 2023 ^{1/2/}
(En soles)



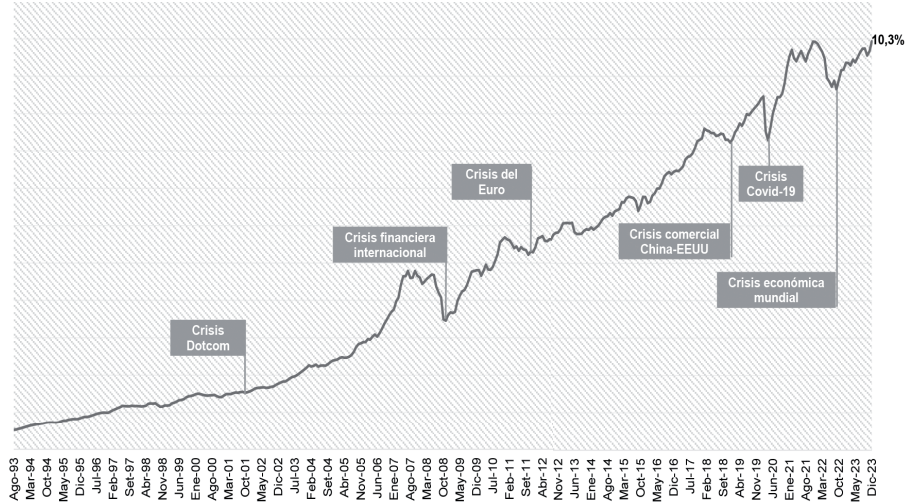
Elaboración propia con datos obtenidos de la SBS y ONP.

^{1/} En el SNP, 8 de cada 10 afiliados al momento de llegar a la edad de jubilación no reciben pensión según los datos publicados por la ONP en la Plataforma Nacional de Datos abiertos a marzo 2023.

^{2/} En el SPP, 9 de cada 10 afiliados al momento de llegar a la edad de jubilación optan por el retiro de hasta el 95.5% del fondo.

Por otro lado, a pesar de que no existe una pensión mínima de jubilación en el SPP, la diferencia en el monto promedio de pensión de jubilación a favor de este sistema se explica por la alta rentabilidad lograda por la administración de los fondos de pensiones en el SPP. Según la SBS, aproximadamente 2/3 del fondo acumulado se derivan de la rentabilidad generada, mientras que el 1/3 restante corresponde a los aportes netos de los afiliados. Asimismo, desde su creación, el SPP ha alcanzado una rentabilidad promedio nominal anual del 10.3%.

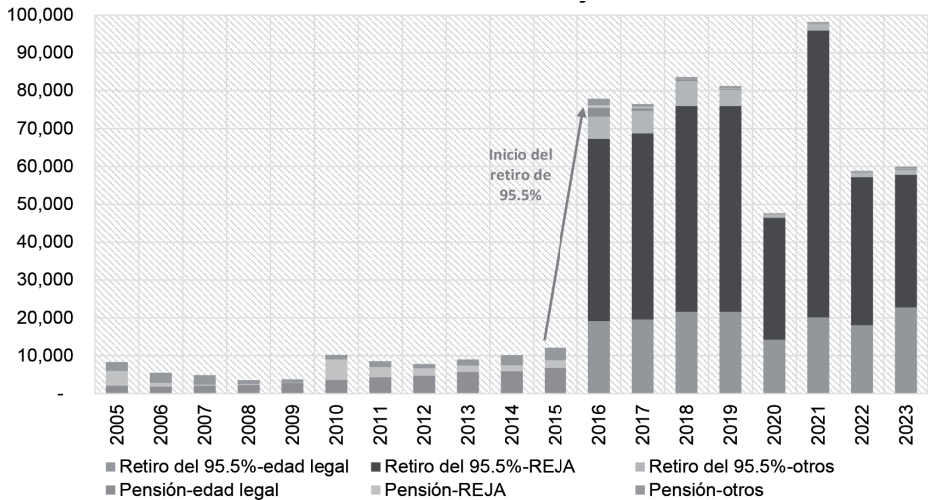
Gráfico N° 8: índice de rentabilidad del Fondo 2
(1993 - 2023)



Fuente: SBS.

No obstante, la preferencia por liquidez por parte de los afiliados al SPP hizo que, a partir de la entrada en vigor del retiro del 95.5% en abril de 2016, estos decidieran masivamente por esta opción, destinando los recursos previsionales a fines distintos a una pensión.

Gráfico N° 9: evolución de elección de jubilación en el SPP



Nota: Régimen Especial de Jubilación Anticipada por Desempleo (REJA).

Fuente: SBS.

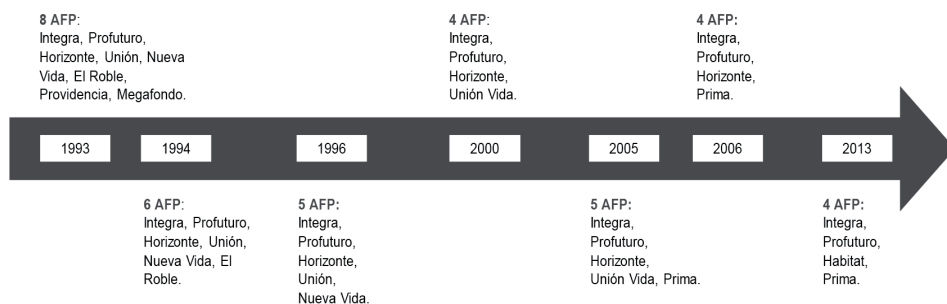
Por su parte, los jubilados al SNP se quejan constantemente debido a que las pensiones no les resultan suficientes, ya que a diferencia del SPP no pueden recuperar su fondo al no cumplir con los periodos mínimos de cotización.⁶

3. Número de competidores

Las características propias del mercado laboral, altamente informal y con gran participación de actividad independiente, sumado a los constantes cambios regulatorios que impiden tener predictibilidad en el mercado previsional, ha llevado a que existan pocos actores entre los cuales los afiliados puedan elegir la administración de sus fondos de pensiones. Al momento de ingresar a laborar, el afiliado elige entre el SNP y el SPP, en el cual actualmente existen cuatro AFP. Por ello, existe la percepción de que la competencia previsional es baja.

En el gráfico inferior se aprecia que el SPP inició operaciones con ocho AFP en 1993 y desde 2006 se consolidó el mercado en cuatro administradoras.

Gráfico N°10: evolución número de AFP en el SPP



Elaboración propia con datos obtenidos de la SBS.

En conclusión, existen puntos que evitan el desarrollo adecuado del sistema previsional peruano y amenazan su sostenibilidad si no se toman acciones. Por ello, es apremiante la necesidad de introducir una reforma que garantice la cobertura de todos los ciudadanos peruanos y beneficios acordes a los esfuerzos de ahorro, con garantía de pensión mínima.

Tal como lo indica la OIT (2001) *“La seguridad social no solo es de gran importancia para el bienestar de los trabajadores, de sus familias y la comunidad,*

6 La Ley N°31301, introdujo pensiones proporcionales en el SNP a partir de los 10 años de cotización. Sin embargo, el 80.0% de los afiliados en edad de jubilación no accedería a una pensión.

sino que, gestionada adecuadamente, también aumenta la productividad y apoya el desarrollo económico. Es un derecho humano fundamental; instrumento esencial para la cohesión social, la paz y la integración social y política y la democracia”.

III. REFORMA PREVISIONAL APROBADA

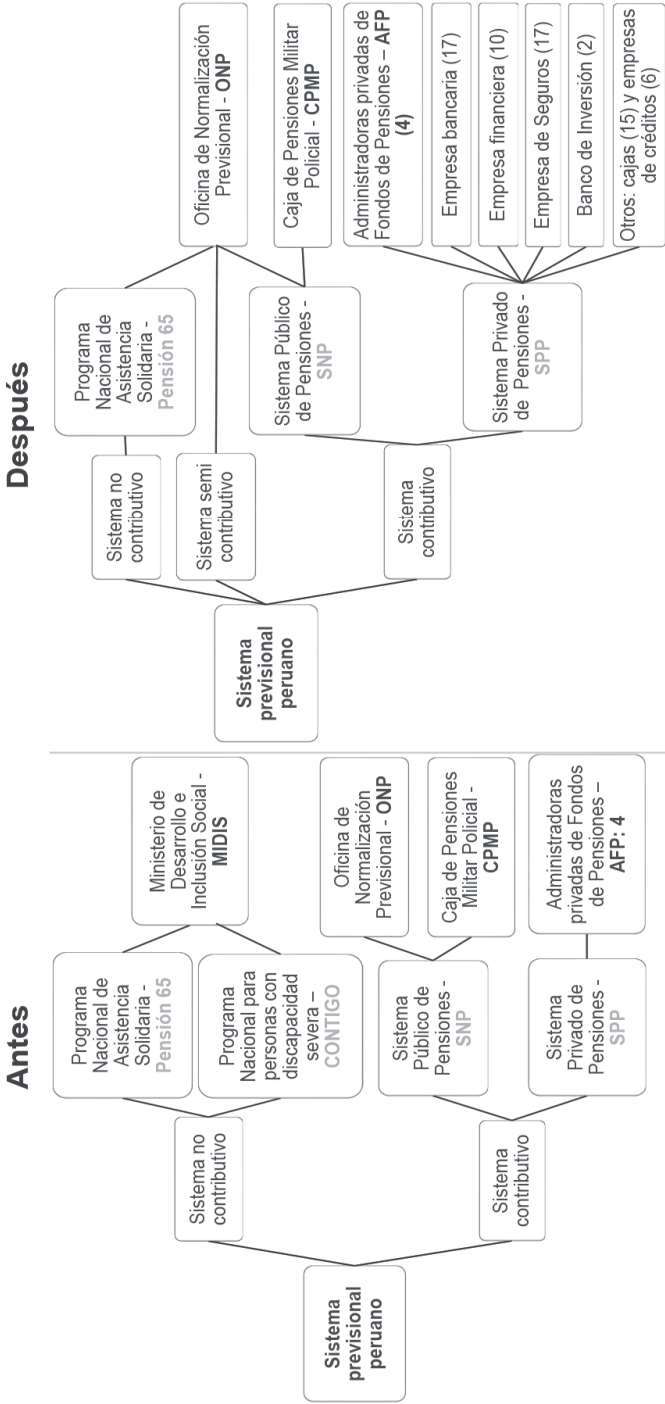
En el Perú hemos llegado a un punto de inflexión tan grande que los trabajadores formales del sistema previsional han perdido su derecho a la seguridad social por la persistencia en la aprobación de retiros extraordinarios, lo que hizo necesaria y urgente la aprobación de una reforma previsional.

Atendiendo esta necesidad, el 24 de setiembre se promulgó la Ley de modernización del sistema previsional peruano (Ley N°32123), que corrige problemas estructurales del actual sistema, como la unificación del derecho a una garantía estatal de pensión mínima, así como la aplicación intervenciones basadas en la economía del comportamiento, como el enrolamiento automático (reconocido a nivel mundial como la principal palanca del impuso del ahorro) y el aporte por consumo, atendiendo a la principal problemática de nuestro mercado laboral enfrentado a la informalidad.

Los puntos antes mencionados fomentan el crecimiento del mercado previsional y, por lo tanto, el ingreso de más actores al sistema, preservando el derecho a elegir de todos los afiliados, a un costo promedio anual entre 0.19%-0.33% del PBI, según el especialista en consultoría e investigación económica Macroconsult.

Si bien la Ley N°32123 se encuentra pendiente de reglamentación, a nivel pilares el modelo cambia de la siguiente manera:

Gráfico N°11: cambios en los pilares del sistema previsional



Fuente: Ley N°32123.

Entre las principales variables de cambio, destacan la inclusión de las siguientes buenas prácticas internacionales:

1. Enrolamiento automático al sistema previsional a partir de los 18 años.
2. Acceso a una garantía estatal de pensión mínima a la vejez a todos los afiliados al sistema privado de pensiones.
 - Antes solo se garantizaba este beneficio a los trabajadores registrados en el sistema público de reparto.
 - Condiciones: 20 años de aportes para acceder a S/ 600, entre 20 y 15 años S/ 400 y entre 15 y 10 años S/300, respectivamente.
3. Diferentes fuentes de financiamiento.
 - Aporte por consumo en cuentas individuales de capitalización para todos los ciudadanos, a través de la devolución de parte del consumo anual.
 - Ahorro complementario al aporte previsional obligatorio y voluntario.
 - Tope: 1pp de 8 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)
 - Incentivo al ahorro para los trabajadores de bajos ingresos que realicen aportes voluntarios con fin previsional en el sistema privado de pensiones.
 - Contribución estatal, de conformidad con las previsiones presupuestarias.
 - Topes: salario máximo de 25% de UIT y aporte estatal anual máximo equivalente una unidad de aporte de la remuneración mínima.
4. Una nueva modalidad de cobro, denominada comisión por productividad a libre elección de los afiliados en el sistema privado de pensiones.
 - Compuesta por un componente fijo que cubra costos operativos y uno variable en función de la rentabilidad que genere el administrador.
5. Mayor número de empresas y productos previsionales.
 - Las Empresas Administradoras de Fondos (EAF) pueden ser bancos, financieras, cajas municipales y rurales, EDPYMES,

cooperativas autorizadas, bancos de Inversión, empresas de seguros y AFP.

- Faculta la creación de productos previsionales.
 - Requisito principal: patrimonios y contabilidades separadas del fondo.
6. Prohíbe los retiros extraordinarios de los fondos de pensiones y condiciona la pérdida acceso a beneficios estatales frente a cualquier acogimiento de esta índole.
 7. Limita la disponibilidad del retiro de hasta el 95.5% del fondo a la jubilación a los menores de 40 años.

IV. CONCLUSIONES

El análisis presentado indica que, para garantizar la integridad de la reforma y mantener la competitividad del mercado, es imperioso garantizar el equilibrio en un marco macroeconómico prudente, y el incremento de la cobertura a más y mejores pensiones.

Igualmente, se debe fortalecer la institucionalidad existente a través de una adecuada estabilidad jurídica, con el fin de mitigar la posibilidad de cambios en el sistema previsional peruano que carezcan de un análisis de impacto. Esto es crucial para evitar la disolución de las eficiencias generadas por el nuevo sistema.

Además, es fundamental involucrar al trabajador en la gestión de su ahorro previsional, proporcionando información oportuna y promoviendo iniciativas de educación financiera que faciliten una toma de decisiones informada.

Finalmente, es imperativo innovar en el diseño de alternativas previsionales, con el respaldo del regulador, para atraer a aquellos que actualmente están fuera del sistema y fomentar la continuidad de aportes de quienes ya participan en él.

V. REFERENCIAS

- Ainslie, G. (1975). Specious Reward: A Behavioral Theory of Impulsiveness and Impulse Control. *Psychological Bulletin*, 82(4), 463-496.
- Asociación de AFP. (2022). *Propuesta de reforma del sistema previsional peruano*. Lima.
- Banco Central de Reserva del Perú. (2024). *Reporte de Estabilidad Financiera*. Mayo 2024. Lima: Banco Central de Reserva del Perú.

- Benartzi, S., & Thaler, R. (2007). Heuristics and Biases in Retirement Savings Behavior. *Journal of Economic Perspectives*, 21(3), 81-104.
- Conferencia internacional del Trabajo 89.a reunión. (2001, junio 50-21). *Organización Internacional Del Trabajo*. Retrieved from OIT: <https://webapps.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/index.htm>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2023). *Perú: medición de la pobreza multidimensional. Dimensiones e indicadores (Revisión 2023)*. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática.
- Lavado, P., & Yamada, G. (2021). *Empleo e informalidad laboral en la nueva normalidad*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP).
- Madrian, B., & Shea, D. (2001). The power of suggestion: inertia in 401(k) participation and savings behavior. *Quarterly Journal of Economics*, 116(4), 1149-1187.
- Maurizio, R. (2019). *Rotación ocupacional e informalidad laboral: El caso de los trabajadores independientes en América Latina*. Organización Internacional del Trabajo.
- Ministerio de Transporte y Promoción de Empleo. (2021). *Transiciones laborales entre el empleo formal e informal, 2008-2019*. Lima: Boletín Informativo Laboral, N° 109.
- O'Donoghue, T., & Rabin, M. (1998). Choice and Procrastination. *The Quarterly Journal of Economics*, 116(1), 121-160. Retrieved from <https://www.jstor.org/stable/2696445>
- OCDE. (2023). *Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023*. Paris: OECD Publishing. doi:<https://doi.org/10.1787/f67c8432-es>
- OCDE. (2024). *Breaking the vicious circles of informal employment and low-paying work*. Paris: OECD Publishing. doi:<https://doi.org/10.1787/f95c5a74-en>
- OECD. (2021). *Pensions at a Glance 2021: OECD and G20 Indicators*. Paris: OECD Publishing. doi:<https://doi.org/10.1787/ca401ebd-en>
- OECD. (2023). *Pensions at a Glance 2023: OECD and G20 Indicators*. Paris: OECD Publishing. doi:<https://doi.org/10.1787/678055dd-en>
- Oficina Internacional del Trabajo. (1952). *Convenio N°102 (Normas mínimas sobre la Seguridad Social)*.
- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *El futuro de las pensiones en el Perú. Un análisis a partir de la situación actual y las Normas Internacionales del Trabajo*. Lima.
- Superintendencia adjunta de administradoras privadas de fondos de pensiones. (2023). *La pandemia y el acceso anticipado a los fondos de pensiones del SPP 2020-2022*. Lima: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.
- Thaler, R., & Benartzi, S. (2004). Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving. *Journal of Political Economy*, 112(1), 164-187.

REFORMAS INCOMPLETAS: LOS SEGUROS SOCIALES Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

MAURICIO MATOS ZEGARRA*

Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa).
Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la
Université Libre de Bruxelles (Bruselas).

* Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa). Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Université Libre de Bruxelles (Bruselas). Doctorando en la Universidad de Navarra (Pamplona). Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica de Santa María y en la Universidad Católica San Pablo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio del área laboral de EY Perú ORCID ID: 0000-0002-6552-5524

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier reforma aislada y descoordinada de una o varias prestaciones de la seguridad social estará condenada a fracasar, en la medida que no se aborde una reforma integral del sistema de protección social en el Perú que procure una mayor y mejor cobertura para los ciudadanos a través de principios como la solidaridad, la unidad y el equilibrio financiero del sistema de protección social.

En este sentido, a través del presente trabajo nos proponemos demostrar la necesidad de una urgente reforma transversal y articulada de nuestro sistema de protección social. Así, en primer lugar, desarrollamos de manera resumida cuál es el sistema imperante en nuestro país, que se construye básicamente sobre un modelo de seguros sociales. En efecto, el Perú tiene un sistema de protección esencialmente contributivo, de muy baja cobertura y destinado a los trabajadores formales. En seguida, nos concentramos en analizar cómo es que el sistema de protección actualmente vigente no responde al mandato constitucional que se desprende del art. 10 de la Constitución Política del Estado y concluimos que nos encontramos frente a un estado de cosas inconstitucional estructural que afecta el derecho fundamental a la seguridad social.

Por otro lado, también analizamos cómo el altísimo porcentaje de informalidad laboral, termina erosionando aún más el débil sistema contributivo existente, pero a la vez, este fenómeno justifica precisamente la necesidad de tener un sistema de protección social coordinado y que busque además implementar prestaciones como el seguro de desempleo y la protección contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, todo bajo un principio de consideración conjunta de los riesgos sociales y las prestaciones de la seguridad social.

Finalmente, esbozamos algunas ideas sobre la necesidad de establecer las bases de una urgente reforma que tienda a la implementación de una seguridad social universal, coordinada y financieramente sostenible, con la participación, a través del diálogo social, de empleadores, trabajadores y gobierno.

II. SEGUROS SOCIALES Y SEGURIDAD SOCIAL:

Cualquier reforma que un país desee emprender respecto de alguna de las prestaciones de la seguridad social no puede realizarse de manera aislada, sino que debe ser pensada tomando en consideración que todas las contingencias y riesgos sociales a los que está expuesta una persona merecen ser atendidas de manera conjunta; y tomando en cuenta criterios unificados de administración y financiación del sistema del que se trate.

En efecto, cualquier reforma parcial, sea de las prestaciones vinculadas al sistema de pensiones o de las prestaciones del sistema de salud tienen que coordinarse e integrarse de manera articulada bajo los mismos principios y siguiendo una misma orientación, la de proteger al ciudadano de los riesgos sociales a los que se verá expuesto, de manera inevitable, durante su vida. Ahora bien, pensar y luego implementar una reforma no es tarea fácil, pues requiere identificar previamente a qué modelo responde nuestro país en materia de protección social para poder, en seguida, determinar cuál es el modelo que queremos construir y cómo deberán estructurarse las prestaciones actualmente existentes, así como aquellas prestaciones de la seguridad social que actualmente no tenemos implementadas en el Perú.

En esta tarea, resulta fundamental que podamos identificar si nuestro país actualmente tiene implementado un sistema de protección de seguros sociales, o sí por el contrario, tenemos un sistema de seguridad social propiamente dicho, pues si no podemos identificar claramente el modelo de protección social que actualmente se aplica en el ordenamiento jurídico nacional, difícilmente podamos emprender una reforma que pueda tener algún impacto significativo en la población.

En principio, el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), - Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), establece que la cobertura del sistema no solo debe estar orientada a los trabajadores, sino en general a la población. Esto comprende a la población económicamente activa (PEA) y a los residentes. Dicho esto, un sistema de protección social que se construya solo sobre la base de protección a la población asalariada, es decir, los trabajadores dependientes, podría tender al fracaso financiero y por ende al de su campo de cobertura. Recordemos que en el Reporte Beveridge (1942) considera que la abolición de la necesidad requiere, en principio, un mejoramiento del aseguramiento estatal y el desarrollo de mecanismos necesarios para prevenir la

pérdida de la capacidad adquisitiva de una persona. En este sentido, Beveridge propone un plan que podría resumirse de la manera siguiente: 1) El plan debe cubrir a todos los ciudadanos y tomar en consideración a cada categoría de personas y sus respectivas necesidades; 2) En relación con la seguridad social, la población se clasifica hasta en 6 categorías (asalariados, trabajadores autónomos, amas de casa, personas no ocupadas, personas que no están en edad de trabajar por ser menores de edad y por haber superado la edad para hacerlo); 3) El plan debe comprender el otorgamiento de prestaciones para todas las categorías dependiendo de su necesidad. El plan contempla también, la obligación de todo ciudadano en edad de trabajar de contribuir de acuerdo con sus posibilidades al sistema.

Como sabemos, el Reporte Beveridge tiene el gran mérito de haber concebido un sistema de seguridad social integrado y con tendencia a la universalidad, que marcó el abandono progresivo de los esquemas de seguros sociales que se gestaron inicialmente en Alemania a fines del siglo XIX. No olvidemos que el programa de seguros sociales promovido por el Canciller Otto Von Bismarck incluía 3 pilares: 1) seguros contra accidentes (1884); 2) seguros médicos (1883) y 3) seguros de vejez (1889), pero que tuvieron como objeto principal la protección a los trabajadores asalariados y no a la población en general (Stolleis, 2014). En forma adicional, los esquemas de seguros sociales típicos de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX tenían, en su mayoría, sistemas de administración diferenciados y, en muchos casos, una coordinación casi inexistente, que no permitía entender la atención de las contingencias como una sola problemática, sino que cada prestación y, por ende, cada riesgo atendido dependía de la forma en que se hubiese estructurado su administración.

En efecto, un sistema de seguridad social resulta a todas luces mucho más completo que un sistema de seguros sociales, pues tal como lo apunta Beveridge en su segundo informe, la seguridad social es el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejan de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan (Beveridge, 1944). En tal definición, la seguridad social, es prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y que ésta es incapaz de evitar. La seguridad social es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo y una situación corregible, y quizá evitable, de siniestro (Alonso Olea y Tortuero Plaza, 1990).

La seguridad social está pensada en la atención del ciudadano en general y no del trabajador en particular; aunque no podemos dejar de lado que dentro de los riesgos sociales que protege la seguridad social hay que distinguir entre aquellos que se consideran genéricos, que son a los que está expuesta toda persona (p.ej. la enfermedad o la vejez) y los riesgos denominados específicos, que solo pueden ser pensados para una categoría de ciudadanos, el trabajador (p.ej. los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, el desempleo, etc.)

Esto resulta relevante para el ordenamiento jurídico peruano, pues antes de abordar cualquier intento de reforma relativa a la cobertura de algún riesgo (general o específico), debemos concluir en que los sistemas de protección social en el Perú durante el siglo XX han estado marcados por dos características. Por un lado, el objeto de protección primaria ha sido siempre el trabajador, independientemente de si el riesgo a ser cubierto era genérico o específico. Lo que demuestra que el sistema previsional de nuestro país se asemeja mucho más a un sistema de seguros sociales típico de los inicios del “*welfare state*”, que al sistema de protección de seguridad social que se inauguró en Reino Unido a partir del Reporte Beveridge. En segundo lugar, la administración de las distintas prestaciones de la seguridad social no es centralizada, sino que existen diversos órganos de administración, lo que ocasiona que muchas veces las reformas que se quieren emprender en algunas prestaciones tengan solo un impacto limitado.

Así, dentro de los riesgos específicos, podemos encontrar, por ejemplo, que el aseguramiento de la prestación vinculada a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se inició como una responsabilidad objetiva del empresario, haciendo a este responsable directo del pago de la indemnización (Ley 1378, 1911). En seguida, la prestación fue asumida por la Caja Nacional del Seguro Social Obrero, con el aseguramiento obligatorio de los trabajadores obreros de la actividad privada y de los trabajadores obreros del sector público, no comprendidos en el D.L. 11377 (D.L. 18846, 1971). Luego, la prestación pasó a ser atendida a través de un esquema de seguro obligatorio a cargo del empleador que realiza actividades calificadas de alto riesgo, lo que se denomina como Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) (Ley 26790 y D.S. 003-98-SA). Es decir, que en materia de cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lejos de tener un sistema de protección social basado en el pago de cotizaciones, tenemos un esquema de seguro obligatorio de la responsabilidad del empleador, pero limitada solo a las actividades de riesgo, lo que genera un doble problema: por un lado, accidentes de trabajo que no

se cubren a través del mecanismo de seguro obligatorio y por ende terminan atendiéndose como accidentes comunes, y por otro lado, el empleador queda expuesto a asumir la responsabilidad civil que pueda derivarse del daño sufrido por el trabajador, en la medida que no aseguró previamente el daño.

Respecto al riesgo específico de desempleo, el Perú mantiene un incumplimiento permanente del Convenio N° 44 de la OIT (1934) sobre seguro de desempleo, pues pese a haber ratificado el texto de dicho Convenio en 1962, nuestro país no ha implementado una cobertura que proteja a los trabajadores de los riesgos asociados a la pérdida involuntaria de empleo. De hecho, en el Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT de 2024, la Comisión señala que: “, *confía en que próximamente se establezca un sistema de seguro de desempleo de conformidad con el Convenio, y pide al Gobierno que informe sobre los progresos a este respecto*” (CEACR, OIT, 2024)

Si nos centramos en los riesgos de carácter general, la cuestión no es muy distinta. Veamos. En materia del sistema pensionario que cubre las prestaciones de vejez, incapacidad, así como las pensiones de derecho derivado de viudez y orfandad, el sujeto protegido sigue siendo casi con exclusividad el trabajador dependiente (D.L. 19990, 1973 para el sistema público y D.S. 052-97-EF, 1997 para el sistema privado). Es decir, se deja de lado a los trabajadores autónomos, cuya afiliación al sistema es facultativa. Sobre este último punto podemos traer a colación el fallido intento del año 2012 de asegurar obligatoriamente a los trabajadores autónomos (Ley 29903, 2012) y que se derogó en el año 2014 (Ley 30237).

Lo cierto es, que más allá de la forma en que se estructura el sistema, con componentes de administración pública y privada, así como formas de financiamiento distintas (reparto para el caso del sistema público y capitalización para el sistema privado de pensiones); el principal problema del sistema es la baja o casi nula cobertura respecto a la población en general. Si bien existen alternativas de seguridad social no contributiva como el Programa nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65 o las pensiones del Programa Contigo para personas con discapacidad severa y en estado de pobreza, no existe una articulación adecuada y centralizada de los esfuerzos de cobertura.

Quizá un ejemplo aislado, pero nuevamente desconectado del resto de prestaciones de cobertura de riesgos sociales generales y específicos, es la cobertura de las prestaciones de salud a través de la Ley Marco de Aseguramiento Universal

en Salud (Ley 29344 y su T.U.O. aprobado mediante D.S. 020-2014-SA), cuyo objeto es establecer el marco normativo del aseguramiento universal en salud, a fin de garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en salud. Si bien se trató de un primer esfuerzo de coordinación en materia de prestaciones médicas, farmacológicas y de rehabilitación, este no solo no se integró con una ley marco de aseguramiento universal en materia de Seguridad Social, sino que además, uno de los actores más importantes del sistema, como es EsSalud siguió centrando sus esfuerzos de atención y cobertura en los trabajadores con un vínculo laboral formal y dejando de lado a los trabajadores autónomos (Ley 26790, 1997) permitiendo que la cobertura se dé a través del aseguramiento privado o mecanismos subsidiados o semi-subsidiados como el Seguro Integral de Salud – SIS.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Debemos tener presente que la Constitución en su art. 10 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. En este sentido, el Tribunal Constitucional (TC) ha desarrollado su contenido al señalar que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad provea de instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado (STC 008-1996-I/TC, fundamento 10).

De la misma forma, el TC ha precisado a través de su jurisprudencia que “la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. La razón que justifica esta consideración se debe a que nos encontramos frente a un sistema institucionalizado imprescindible para la defensa y desarrollo de diversos principios y derechos fundamentales (STC 01417-2005-AA, fundamento 30) Para el TC, esta garantía se concreta en un complejo normativo estructurado – por imperio del art. 10 de la Constitución – al amparo de la “doctrina de la contingencia” y la calidad de vida; por ello requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asis-

tencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida” (STC 0050-20024-AI/ 0051-2004-AI/0004-2005-AI/0007-2005-AI/0009-2005-AI (acumulados) fundamento 54)

Cabe agregar, que en otros pronunciamientos el TC ha considerado que la seguridad social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Ha reconocido además su fuerte carácter axiológico basado en el principio de solidaridad, (STC 0011-2002-AI, Fundamento 14), aunque este último aspecto tenga que ver más con los principios de financiamiento del sistema, antes que con la solidaridad como valor que sostiene a la seguridad social.

En esta línea de ideas, en el voto singular recogido en la STC 00016-2020-PI/TC (caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones), la Magistrada Ledesma Narvaéz concluyó con acierto que “el sistema de pensiones en el Perú está fragmentado, tiene baja cobertura previsional, y baja densidad de cotización” (Fundamento 36). Si bien coincidimos plenamente con la posición advertida, en nuestra opinión, el problema no es del sistema de pensiones, o al menos no solo de este sistema visto como compartimento estanco, sino que nos encontramos, frente a una problemática generalizada y transversal que afecta a todo el modelo de seguridad social concebido a partir de la Constitución, agravada por sucesivas normas que lejos de cuidar la intangibilidad de los fondos pensionarios, en el sentido planteado por el art. 12, permiten el retiro progresivo de estos fondos, erosionando gravemente la ya frágil estructura de nuestro sistema de protección social.

Entonces, si el sistema de protección social actualmente vigente en nuestro país no responde al mandato constitucional contenido en el art. 10 de la Constitución y el legislador ordinario no ha desarrollado a la fecha un marco normativo general que establezca los principios y objetivos de un sistema de Seguridad Social, que debe plasmarse a través de una Ley General de Seguridad Social. En consecuencia, lo que tenemos actualmente en nuestro país no es otra cosa que un estado de cosas inconstitucional estructural en todo el sistema de Seguridad Social que no podrá ser corregido a través de reformas aisladas como las que en los últimos años se han propuesto, centrando el objetivo solo en el régimen de pensiones.

IV. LA TRAMPA DE LA INFORMALIDAD LABORAL

Como hemos podido advertir, nuestro sistema de seguridad social no es realmente tal y más bien obedece a un sistema de seguros sociales propio de inicios del siglo XX. Como sabemos, el gran problema que enfrenta un sistema de estas características es que al estar dirigido primariamente a proteger a los trabajadores dependientes y a sus derechohabientes (cónyuge e hijos menores de edad), su sostenibilidad financiera se apoya principalmente en la cotización de los propios trabajadores y también de los empleadores, por lo que si el número de trabajadores dependientes es baja, la cotización también lo es, lo que conlleva a una crisis generalizada del sistema y cuyo sostenimiento en el tiempo se hace inviable.

En un país como el Perú, esta situación es particularmente grave, si tomamos en consideración que el porcentaje de personas que realiza una actividad económica que no se enmarca en una relación laboral dependiente y formal asciende al 71.3% (MTPE, 2023), es decir que 7 de cada 10 trabajadores en nuestro país, no solo no goza de la protección brindada por la regulación laboral, sino que tampoco accede a un sistema de seguridad social, sea en pensiones o en salud. Esto genera además un efecto adicional, y es que nuestro sistema de protección social termina atendiendo a una población mayor de la que cotiza, lo que implica un compromiso cada vez mayor del Estado en el financiamiento y sostenimiento del sistema.

Recordemos, que desde el punto de vista de su financiamiento, el sistema de protección social que mantiene el Perú es uno de reparto, característico de los sistemas de seguridad social contributiva y que se instrumenta a través del pago de cotizaciones. En esta forma de financiamiento, resulta importante realizar las operaciones siguientes:

- 1) Es necesario predeterminar los costos previsibles de la protección a financiar durante un determinado periodo de tiempo;
- 2) Hay que hallar el porcentaje - tipo que proyectado sobre las bases de la cotización suponga la existencia de ingresos equilibrados a los costos previsibles (Almansa Pastor, 1983)

Con la conjugación de estos factores se puede determinar la base y tipo de cotización, que en el ordenamiento peruano actualmente se divide en un porcentaje del 13% a cargo del trabajador para el sistema público de pensiones y 09% a cargo del empleador para el sistema público de salud.

Ahora bien, no debemos olvidar que los sistemas de reparto se sustentan en un principio básico que sostiene a toda la seguridad social: la solidaridad. Los que tienen apoyan a los que no tienen (Plá Rodríguez, 1999). Desde el plano práctico, esto implica que las cotizaciones realizadas mensualmente por los afiliados al sistema financian el pago de las prestaciones de quienes ya no se encuentran aportando a este, pues el riesgo social protegido ya se produjo. Así, en el sistema de pensiones, esto significa que quienes aportan hoy soportan el pago de las pensiones de vejez de quienes en su momento aportaron y ya alcanzaron la edad de jubilación. Una situación parecida se presenta en el régimen contributivo de salud, donde los aportes mensuales que realiza el empleador por cada uno de los trabajadores soportan el pago de las prestaciones de estos y de sus derechohabientes que se encuentran en una situación de incapacidad temporal o permanente.

Mención aparte es lo que sucede con la protección de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, donde básicamente no existe un sistema de protección social, pues simplemente se trata de un mecanismo de seguro obligatorio y parcial del riesgo por parte del empleador.

En este orden de ideas, si el número de aportantes del sistema disminuye en el tiempo, sea porque la informalidad laboral aumenta o porque la población en edad de trabajar es menor a la población que viene percibiendo una prestación de la seguridad social, el sistema deviene en inviable. Lo que demuestra que, en todo sistema de protección social, es indispensable analizar el impacto demográfico en dos planos:

- 1) La creación de un programa de protección social supone un análisis de las características de la población llamada a ser beneficiada de esta protección y también de la población llamada a financiar el sistema;
- 2) La identificación de incidencias recíprocas entre las estructuras demográficas y los sistemas de seguridad social (Dupeyroux, 2011)

La falta de un análisis de este tipo conduce a lo que podría denominarse “la trampa de informalidad laboral”. Es decir, la creencia de que la crisis generalizada de un sistema de protección social se encuentra directamente ligada solo a su financiamiento. Esto puede llevarnos a pensar que, en un país como el Perú, la única solución posible para mejorar la cobertura social esté orientada a mantener una Seguridad Social no contributiva. Sin embargo, pensar en un modelo financiado a través de componentes subsidiados o semi – subsidiados

por el Estado casi en su totalidad, es a todas luces inviable por el enorme gasto público que esto supone.

Kamichi advierte que el trabajo informal en el Perú se asocia con pobreza, poca productividad, pocos ingresos económicos y bajos niveles educativos, siendo una de las principales causas, la falta de creación de suficientes puestos laborales adecuados y productivos, en comparación con la cantidad de jóvenes que integran la PEA (Kamichi, 2023). El problema es que de cara a la implementación de un sistema de protección social adecuado, podemos estar frente a un círculo vicioso, pues la falta de empleo formal genera que no exista la posibilidad de mantener un sistema de seguridad social contributivo autosostenible. No obstante, si mantenemos un sistema con componentes subsidiados, tampoco se genera un incentivo suficiente para que el trabajador informal advierta las ventajas de un sistema de protección social más completo, pero que requiere a su vez de participación a través del pago de cotizaciones. Un claro ejemplo lo encontramos en los trabajadores autónomos que generan un ingreso mensual que podría estar incluso por encima de la remuneración mínima vital y que no aportan a la seguridad social porque ya cuentan con un piso de protección básico que reciben a través del SIS o de Pensión 65.

Siendo que el sistema de protección social en el Perú se encuentra desestructurado y no se percibe de manera conjunta, el trabajador informal no encuentra ningún incentivo en participar del sistema de pensiones, pues el beneficio que le reporta se percibe en un horizonte de tiempo más o menos largo (si pensamos en una pensión de jubilación a los 65 años por ejemplo). Al mismo tiempo, en cuanto a la atención en salud (enfermedades o accidentes) el trabajador puede pensar que la atención brindada a través del SIS le reporta mayores y mejores beneficios que una afiliación obligatoria al régimen de seguridad social en salud administrado por EsSalud.

Por otro lado, la inexistencia de prestaciones como las vinculadas al desempleo genera que ante su pérdida involuntaria, un trabajador no obtenga subsidio alguno y por ende quede a merced de la informalidad. Situación similar puede presentarse respecto a la PEA desempleada que no puede insertarse al mercado laboral por primera vez y no obtiene cobertura alguna de la seguridad social.

Lo mencionado demuestra nuevamente que, sin una reforma transversal y coordinada de todo el sistema de protección social en el Perú, cualquier reforma, sea pensionaria o de salud, estará tarde o temprano, condenada a fracasar.

V. LAS BASES PARA UNA SEGURIDAD SOCIAL SOLIDARIA, UNIVERSAL Y COORDINADA

En la línea de lo que hemos venido refiriendo, consideramos que el ordenamiento jurídico peruano, en cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art. 10 de la Constitución, debe tender a la implementación de un sistema de protección social que tenga las características de ser solidario, universal, unitario e integrado; basado en un funcionamiento financiero bajo el sistema de reparto y complementado por sistemas de capitalización individual, pero con una intervención en el financiamiento por parte del Estado, sobre todo para el sostenimiento de la Seguridad Social no contributiva.

La seguridad social no es caridad, sino un derecho humano fundamental (OIT, 2022). En lo que respecta a la existencia de un sistema unitario e integrado, las bases normativas deben partir de concebir de manera conjunta a todas las prestaciones y riesgos sociales a los que responden. Esto implica, desplegar tres acciones concretas:

- 1) La unificación de los sistemas de pensiones y de salud para una gestión y administración conjunta de las prestaciones que estos ofrecen, de manera que los distintos entes que gestionan y administran actualmente las mismas, lo puedan hacer bajo los mismos principios y objetivos.

En este sentido, la gestión de la seguridad social, al menos en su componente público, debe ser gestionada de manera unitaria de tal forma que no tengamos reformas pensionarias por un lado, y reformas del sistema de salud por el otro, desconectadas entre sí. No podemos tener un sistema de aseguramiento universal en salud, que en sus características, organización y administración no se integre con el sistema pensionario. Debemos apuntar a una comprensión unitaria de todo el sistema, donde la gestión de todas las entidades que administran prestaciones de la seguridad social en nuestro país, públicas o privadas, puedan funcionar de manera coordinada y bajo la supervisión del Estado.

- 2) La integración de la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a un sistema de seguridad social basado en la cotización del empleador, que debería reemplazar al actual sistema de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) de tal forma

que la prima de seguro asumida por este se convierta en una verdadera cotización y que todos los accidentes de trabajo, sin importar si la industria es de riesgo o no, queden cubiertos.

- 3) La implementación en el corto plazo de un seguro de desempleo para los casos de pérdida involuntaria de trabajo;

En lo que respecta al financiamiento, recordemos que la Recomendación N° 202 de la OIT, sobre los pisos de protección social (2012), instó a los estados miembros a que consideren una serie de métodos para movilizar los recursos necesarios. En este sentido, la OIT considera que los países deben invertir más y mejor en protección social, siempre sobre la base de los principios de universalidad, adecuación, sostenibilidad y solidaridad. En esta línea, en su “Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022” se proponen las siguientes estrategias que merecería analizar e integrar a una reforma transversal de la seguridad social en el Perú: 1) Extender la cobertura de la seguridad social y aumentar los ingresos contributivos; 2) Aumentar la fiscalidad; 3) Eliminar los flujos financieros ilícitos; 4) Reasignar el gasto público y mejorar la calidad del gasto; 5) Utilizar las reservas fiscales y de divisas; 6) Gestionar la deuda soberana mediante el endeudamiento y la reestructuración de la deuda; 7) Establecer un marco macroeconómico más flexible; 8) Aumentar las ayudas y las transferencias.

Con esto no queremos decir que estas estrategias deban necesariamente implementarse en nuestro país, pues muchas de ellas pueden no estar adaptadas a la realidad económica y social del Perú. Sin embargo, su mención si refuerza la idea de que necesitamos conversar y discutir sobre el modelo de protección social que queremos y necesitamos. Las reformas parciales sobre determinadas prestaciones no son suficientes para abordar un problema que tiene muchas aristas y que es mucho más complejo que la reforma pensionaria. Pensar que la reforma pensionaria es un buen comienzo, podría llevarnos al error de “poner la carreta delante de los caballos”.

Nuevamente resulta fundamental que, a través del diálogo social entre empleadores, trabajadores y gobierno, se sienten las bases de un gran pacto nacional por la seguridad social. A nuestro criterio, ese es el espacio idóneo para discutir la implementación de un sistema unitario que responda a criterios de progresividad, de eficacia social y de redistribución adecuada de las prestaciones, pues cuando se trata de la seguridad social “no podemos dejar a nadie atrás”.

VI. CONCLUSIONES

1. El sistema de protección social actualmente imperante en el Perú es uno de “seguros sociales” orientado básicamente a la protección del trabajador dependiente y no uno de “seguridad social” con vocación a una protección universal de la población.
2. Esta forma de organización de nuestro sistema nos conduce a un estado de cosas inconstitucional estructural, pues el sistema de protección actual no responde a los alcances del derecho fundamental a la seguridad social consagrado en la Constitución Política del Estado.
3. El alto porcentaje de informalidad laboral erosiona aún más el débil sistema de protección social de nuestro país, pues la base de su financiamiento es la cotización de los pocos trabajadores y empleadores formales, requiriendo cada vez más una mayor participación estatal.
4. Cualquier reforma aislada de alguna de las prestaciones sociales actualmente vigentes estará destinada a fracasar si es que no se implementa una reforma transversal de todo el sistema que sea producto del diálogo social y que se construya bajo los principios de solidaridad, universalidad, gestión unitaria y financiamiento sostenible.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALMANSA PASTOR, J.M. *Derecho de la Seguridad Social*. (2 volúmenes) (1983). 3era. Ed. Tecnos. Madrid
- ALONSO OLEA, M. Y TORTUERO PLAZA, J.L. (1990) *Instituciones de Seguridad Social*. 12 edición Revisada. Editorial Civitas. Madrid
- BEVERIDGE, W. (1942)
- *Social Insurance and Allied Services, Report by Sir William Beveridge. Presented to Parliament by Command of His Majesty, November 1942*. Published by His Majesty's Stationary Office. Londres.
 - *Full Employment in a Free Society* (1944). Londres.
- DUPEYROUX, J.J – BORGETTO, M ; LAFORE, R. (2011) *Droit de la sécurité sociale*. 17^e édition. Dalloz. Paris.
- KAMICHI MIYASHIRO, M. (2023). *La realidad de la informalidad en el Perú previo a su bicentenario. Desde el Sur*, 15(1), 0013.<https://dx.doi.org/10.21142/des-1501-2023-0013>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (2021). *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*.

PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1999) *Estudios de la Seguridad Social*. FCU. Montevideo.

STOLLEIS, M. (2014) *History of Social Law in Germany*. Springer. Heidelberg

DEMOGRAFÍA CHILENA Y PENSIONES: LUCES DESDE LA SUSTENTABILIDAD DEL RÉGIMEN DE PENSIONES, SU REFORMA Y LA LABORALIDAD DEL TRABAJADOR DE EDAD

SEBASTIÁN ANDRÉS PIZARRO CONTRERAS*

Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Chile

* Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Laboral de la Empresa por la Universidad de los Andes. Profesor de Metodología y Habilidades para la Investigación Jurídica de la Universidad Católica Silva Henríquez. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, y de la Red Iberoamericana de Investigación en Seguridad Social. Correo electrónico: spizarroc@ucsh.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9858-925X>.

I. INTRODUCCIÓN: DEMOGRAFÍA, HIPÓTESIS Y TUTELA DEL TRABAJADOR ADULTO MAYOR.

Una de las más interesantes formas de poder corroborar la eficacia de un constructo jurídico social, es precisamente verificar la correspondencia efectiva entre lo que epistémicamente promete y lo que cumple y/o razonablemente está en condiciones de cumplir. Dicho de modo diverso, corroborar la coherencia entre aquello que conforma su núcleo existencial y la efectividad de sus postulados en un sentido práctico. En efecto, En efecto, como bien indican Correa y Agüero (2014) a propósito del Derecho, “uno de los indicadores más potentes de la madurez alcanzada por una disciplina está constituido por su capacidad para delimitar lo que de ella puede esperarse. Los juristas, de forma oblicua, han venido comunicando desde hace bastante tiempo que su experticia debe situarse en el campo de la determinación de la validez de textos con pretensiones normativas; de la atribución de significados de disposiciones normativas y, de la reconstrucción económica de sus saberes y métodos, a través de la formulación y depuración de teorías. Esta opción por el mundo de las normas (o de las palabras) ha implicado una participación temerosa de los juristas en el mundo de los hechos” (p. 674).

No es necesario caer en un reduccionismo *ad absurdum* para arrimarme al centro del argumento que pretendo desarrollar, primero, respecto del Derecho del Trabajo: no se trata de pensar a esta rama como una menos eficaz, menos tutelar, porque hay gente que pierde su trabajo constantemente. Ello no significa por lo mismo que, en abstracto, el Derecho del Trabajo traicione sus dinámicas proclives a la estabilidad laboral. Misma cuestión cuando se dan vulneraciones de derechos fundamentales referidas a la discriminación de algún grupo determinado, pues ello en caso alguno significará asumir que este Derecho valide circunstancias como la expuesta. Finalmente, nadie podría decir que el Derecho del Trabajo nada hace cuando un sector desaventajado como el de la tercera edad no resulta contratado y resulta fácilmente despedido por razones de inadecuación tecnológica, siendo uno particularmente eficaz desde las aristas de

la estabilidad, la capacitación y la no discriminación. ¿O es que acaso es posible señalar precisamente, lo contrario, es decir, que respecto de los adultos mayores se da una de las más profundas ineficacias e incoherencias objetivas y subjetivas del Derecho del Trabajo? En lo personal, creo que sí.

A su vez, de la Seguridad Social malamente podría decirse que, por ejemplo, por el hecho que existan bajas pensiones y/o no todos estén cubiertos ante la ocurrencia de particulares riesgos, esta rama resulte un fracaso. Es más, parafraseando a Alonso Olea y a Tortuero Plaza (2000), resulta sencillamente imposible ir determinando las causales de situaciones de necesidad configurantes de estos riesgos, los cuales varían constantemente (p. 21). Con todo, lo mínimo esperable de un Derecho que tiene por base en esta arista la mitigación y respuesta a coyunturas sociales delicadas, es la anticipación. Por lo mismo, llama poderosamente la atención la escasa consideración que tiene desde la Seguridad Social el encontrarse activo -intuitivamente no por razones voluntarias en la mayoría de los casos- el trabajador en el mercado laboral con una edad avanzada, en consideración a bajas pensiones, recibiendo a cambio bajas remuneraciones en empleos de baja consideración y remuneración. Sin descartar, por cierto, un escenario especialmente nefasto desde las coyunturas del despido y de la cesantía, al menos en Chile.

La realidad latinoamericana comparada dista de reflejar un escenario muy diverso a lo que se observará respecto de Chile. CEPAL (2018), en un estudio centrado en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México y Perú, observa las dinámicas de mercado laboral en personas que superan los 60 años de edad. Concluye a partir del cuadro que *infra* se reproduce, que, “como era de esperar, las tasas de ocupación disminuyen con la edad, y las variaciones en el agregado que se observan (...) obedecen al considerable aumento de la tasa en el grupo de 60 a 64 años para ambos sexos, si bien mucho más marcado para las mujeres. El fuerte aumento de la tasa de ocupación de hombres y mujeres en este grupo etario debe analizarse en el marco del crecimiento de la ocupación que caracterizó a la región entre 2004 e inicios de la década de 2010, pues este grupo etario es el más estrechamente vinculado con el mercado laboral. En contraste, la tasa de ocupación del grupo de 65 a 69 años aumentó solo levemente, como resultado de una modesta reducción de la tasa de los hombres y un aumento algo mayor de la tasa de las mujeres. Por último, la tasa de ocupación correspondiente al grupo de 70 años y más disminuyó como resultado de la contracción de la tasa de los hombres y el estancamiento de la tasa de las mujeres”. Resulta ser una

realidad ciertamente luego compartida la existencia, primero, de un mercado de trabajo de la tercera edad, con fluctuaciones y variables etarias y de sexo. Y luego, de un alza en el número de personas que ingresan a este mercado de trabajo.

Edad	Total			Hombres			Mujeres		
	2002	2012	2016	2002	2012	2016	2002	2012	2016
60-64 años	49,6	54,0	55,7	70,7	73,1	74,1	30,4	36,9	39,6
65-69 años	38,6	39,0	39,3	55,7	55,4	54,8	23,2	24,8	26,2
70 años y más	22,1	19,9	20,4	34,1	30,4	30,8	12,0	11,4	11,9
60 años y más	34,2	34,6	35,5	50,6	49,8	49,8	20,0	21,8	23,3

La presente investigación representa un ejercicio de jurídico-social basado en la realidad chilena, empero, de amplio campo para la reflexión con la siguiente hipótesis: Chile, a partir de su sistema de estabilidad relativa, promueve dinámicas de discriminación directa respecto de los adultos mayores sin promoción suficiente de las medidas tendientes a la igualdad de oportunidades y de trato, incluidas dentro de las Recomendaciones No 162, 198 y 202 y el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en más), mermando ciertamente, la sostenibilidad del sistema de pensiones. Así, y desde esta arista, se observa, por un lado, un Derecho del Trabajo particularmente ineficaz y poco coherente en tanto causa del escenario expuesto. Y por otro, una Seguridad Social que no tiene como contingencia cierta la ocurrencia de la vejez activa. No resulta sorprendente, por tanto, que las Reformas al sistema de pensiones como al sistema laboral del adulto mayor tenga precario futuro.

Así las cosas, la pregunta de investigación que sustenta la hipótesis aludida necesariamente debe acunar los parámetros tutelares del Derecho del Trabajo en un cariz crítico, bajo el prisma de la demografía proyectada dentro de un mercado de trabajo caracterizado por las dinámicas de la IV Revolución Industrial. De esta forma, se plantea la siguiente pregunta: ¿Han resultado ser el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social chilenos unos suficientemente tutelares, coherentes y eficaces considerando tanto la proyección demográfica de la población, pensando en la adecuación del trabajador de edad y la sustentabilidad del régimen de pensiones? Tras revisar parámetros de la OIT, se procederá a revisar 2 instituciones elementales, incluyendo las futuras reformas chilenas, una referente al trabajador de edad, traducida en un Proyecto que debiera ver la luz como ley muy prontamente, y la otra, sobre el sistema de pensiones.

II. LAS RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y MARCOS EXPUESTOS EN EL IV INFORME DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE 2013: BREVES LECTURAS.

La protección del adulto mayor por parte de la OIT, en específico o directamente, es cuestión relativamente madura dentro de la organización. Previo a la Recomendación No 162, fue a través de normativa indirecta que se tendía a la protección de este sector. Piénsese que un instrumento como el Convenio N° 111 OIT de 1958 (recién ratificado por Chile en septiembre de 1971) sobre Discriminación (ocupación y empleo) tendría que considerar a la edad como factor de discriminación. Pero ello no fue así, sino hasta el año 1962, con la Recomendación sobre Protección del Empleo, N° 122, en su párrafo 16. Aquella llama a los países a implementar medidas efectivas que permitan “responder a las necesidades particulares de ciertas categorías de personas, tales como personas de edad, los inválidos y otros trabajadores, quienes pueden encontrar dificultades especiales originadas en cambios estructurales o en cualquier otra causa, o para quienes puede ser especialmente difícil cambiar de lugar de residencia u ocupación”.

De 1962 pasamos al año 1975, año en el que se dicta la Recomendación N° 150 sobre desarrollo de los Recursos Humanos. Este instrumento, si bien no está dedicado especialmente al mayor de edad trabajador y no se encuentra vigente al ser reemplazado por la Recomendación del mismo nombre de 2004, N° 195¹, desarrolla un acápite específico sobre “Trabajadores de edad avanzada”, el cual establece (lo destacado es propio) en lo pertinente:

“Las medidas para remediar *las dificultades con que tropiezan los trabajadores de edad avanzada en el empleo* podrían consistir, según los casos, en:

(...)

- (b) proporcionar a los trabajadores de edad avanzada la *orientación y la formación profesionales de que precisen*, especialmente en relación con cualquiera de las necesidades siguientes:
 - (i) actualizar sus conocimientos y calificaciones *proporcionándoles las informaciones adecuadas* en el momento oportuno;
 - (ii) elevar su nivel de instrucción general y de calificación profesional con el concurso de especialistas en formación de adultos *para*

1 Instrumento en el que derechamente se elimina toda consideración específica al trabajador de edad avanzada, al modo realizado en la Recomendación No 150.

- equipararlos con los jóvenes mejor instruidos y capacitados que ingresan o trabajan ya en la misma ocupación;*
- (iii) *informarlos oportunamente sobre los medios de perfeccionamiento disponibles e iniciar y proseguir ese perfeccionamiento en el momento adecuado, es decir, antes de que se introduzcan nuevas técnicas y métodos de trabajo;*
 - (iv) *poner a su disposición otro empleo*, en su propia especialidad o en otra distinta, en que puedan utilizar sus calificaciones y conocimientos, en la medida de lo posible, sin pérdida de ingresos;
 - (v) *cerciorarse de que no estén privados de la formación profesional por límites de edad máxima de admisión a dicha formación, fijados sin atender a la realidad;*
 - (vi) *elaborar métodos especiales de formación profesional* adaptados a las necesidades de los trabajadores de edad avanzada;
 - (vii) *tomar todas las medidas necesarias para poner a su disposición instructores competentes en cuanto a sus cualidades técnicas y pedagógicas y que estén bien preparados para impartir una formación complementaria adaptada a las necesidades de los trabajadores de edad avanzada;*
- (c) *incitar a los trabajadores de edad avanzada a aprovechar los servicios de orientación y de formación profesionales o las oportunidades de traslado* que pueden ayudarlos a superar sus problemas;
- (d) *informar al público en general, y especialmente al personal de orientación y formación profesionales, al personal de los servicios del empleo y de otros servicios sociales* competentes, a los empleadores y a los trabajadores, de los *esfuerzos de adaptación al empleo* que los trabajadores de edad avanzada pueden verse precisados a realizar y de la *conveniencia de ayudarlos* en tales esfuerzos".

Resulta interesante extraer ciertos aspectos de una Recomendación que ve la luz en la década de los 70 del siglo XX, caracterizada por las olas flexibilizadoras particularmente exitosas desde su influencia en la estructura a nivel global. Tales se movieron entre la desregulación total y la morigeración de los cotos estructurales de la legislación laboral, *v.gr.*, remuneracionales, de tiempo de trabajo, de las labores a desempeñar, libre despido o causado, etc. Llanos Reyes, Pinto Sarmiento y González Pizarro (2023), refieren que la propuesta de estas olas era “reducir derechos laborales, desregular las condiciones de trabajo y adaptarlas a las necesidades económicas para solucionar las “rigideces del mercado laboral”. Tales medidas se alinearon con el neoliberalismo, que desde la primera mitad del siglo XX había enfocado su atención en las organizaciones de trabajadores y sus movimientos sindicales, considerándolos parte del problema por encarecer

el empleo y obstaculizar el crecimiento del mercado y del empleo. Al mismo tiempo, en el horizonte temporal estudiado los desarrollos de la tecnología productiva, de transportes y las telecomunicaciones incrementaron la competencia a nivel internacional y fueron las herramientas para importantes desplazamientos de las manufacturas hacia regiones que ofrecieran condiciones más favorables al capital, el decir menores costos de la fuerza de trabajo” (p. 26). De este modo, estos remedios propuestos por la OIT en la Recomendación referida deben verse modalizados por el escenario flexible descrito:

- Todo cuanto se proponga en la Recomendación presupone un trabajador ya contratado. Cuestión que se colige desde el uso “en el empleo”, previo a los remedios señalados. Es decir, era esta una Recomendación cuyo núcleo es el trabajador mayor de edad que ya ha superado el umbral de la cesantía y se encuentre trabajando.
- Se debe orientar, incitar y capacitar al trabajador mayor de edad. En esta senda, se persigue la equiparación con los jóvenes, realizando la formación técnica actualizada en desmedro de la experiencia. Por lo mismo, esta capacitación debe darse en el momento adecuado, antes que se introduzcan las nuevas técnicas y métodos.
- Se recomienda, bajo la lógica del no desmedro, proporcionar al trabajador otro empleo, sea este de la especialidad o no.
- Dar a conocer los esfuerzos de adaptación de los trabajadores de edad avanzadas particularmente a los que orientan y los servicios estatales.

Notar que, en caso alguno, la Recomendación trata o propone un tratamiento distinto pensando en la terminación del contrato de trabajo del adulto mayor. A su vez, tampoco se delinea un rol activo y/o subsidiario de los Estados a nivel formativo o de capacitación.

Ya en 1980 la OIT dicta la Recomendación No 162 sobre Trabajadores de Edad, cuyo acápite III “Protección” resulta especialmente de interés, abarcando soluciones indicadas en la N° 150. Sucintamente, plantea:

- La promoción de una continuidad laboral para que los trabajadores de edad sigan trabajando en condiciones satisfactorias.
- Textualmente, el punto 18 señala (lo destacado es propio): “En caso de reducción del número de trabajadores, especialmente en las *industrias en situación declinante, deberían hacerse esfuerzos especiales*

para tener en cuenta las necesidades específicas de los trabajadores de edad, por ejemplo facilitando su readaptación profesional en otras industrias, mediante una ayuda para asegurarles un nuevo empleo o garantizándoles una protección adecuada de sus ingresos o una compensación financiera apropiada.

- Por su parte, el punto 19 de este punto III indica: *“Deberían hacerse esfuerzos especiales para facilitar el empleo o la reincorporación al empleo de las personas de edad que busquen trabajo después de una inactividad profesional debida a sus responsabilidades familiares”.*

El trabajo en condiciones satisfactorias² demuestra ser, a la vez, un antecedente y manifestación prístina del trabajo decente; idea que ciertamente sintetiza los pilares del obrar de la OIT en torno a creación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social. Por lo mismo, y en tanto manifestación de aquel, los puntos 18 y 19 del acápite III, *ut supra* transcritos, desarrollan la aspiración de la entidad en orden a que sus países miembros consideren la específica realidad y necesidades de los trabajadores de edad para el evento que una empresa en dificultades tenga que despedir trabajadores. Propone readaptación en otras industrias, una compensación o indemnización correcta y, finalmente, cooperación en la recolocación en un nuevo empleo. Crear empleo es, en esta senda, proteger la fuente de este, procurando el establecimiento de niveles sociales en la decisión del despido, apoyando la estabilidad de este trabajador. Existe especial consideración de la OIT cuando de un trabajador mayor de edad que ha tenido inactividad profesional motivada por responsabilidades familiares, y pretende este reincorporarse al mercado de trabajo.

2 El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7, prescribe qué es lo que debe entenderse por condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

Por su parte, ya en el 2006 la OIT emite la Recomendación No 198. Esta normativa recoge la realidad de décadas de flexibilidad, reconociendo a ciertos grupos de personas que, trabajando, se ven en la incertidumbre de efectivamente tener en los hechos, una relación de trabajo. Junto con los trabajadores de edad, la OIT alienta a los países miembros protejan especialmente -sin distinción en el *iter* contractual- a la mujer trabajadora, jóvenes, a quienes se desempeñan en la economía informal, migrantes y discapacitados.

La Recomendación N° 202 del año 2012 enfoca la problemática desde el prisma de los pisos de protección social. El acápite II en el punto 5 letra c) indica que estas bases deben, al menos, contemplar la “seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez”, para luego en el mismo punto, pero en su letra d), procurar los Estados miembros vislumbren la “seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional”.

Finalmente, debe hacerse mención al IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013, “Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico” (Organización Internacional del Trabajo, 2013). Unos de los acápites más relevantes son “Posibilidad de prolongar la vida laboral” y “Garantizar una seguridad social adecuada y sostenible para todos”, los cuales son posibles de resumir en las siguientes ideas marco (Organización Internacional del Trabajo [ONU], 2013, PP-82-94):

- 1) En lo que respecta a la prolongación de la vida laboral, se asume que tal variable es un medio relevante a fin de preservar los sistemas de seguridad social. En esta senda, la sostenibilidad de un sistema de seguridad va de la mano con la estructura de edad de los trabajadores, retrasando la edad de jubilación. Esto traería consigo un aumento de las cotizaciones, así como una reducción de los pensionados y el porcentaje que representa a nivel del PIB en tanto carga las pensiones. El informe asume, con todo, que esta hipótesis podría no llegar a ser válida, pues presupone que el trabajador de edad debe tener empleos decentes y productivos, lo que no sucede frecuentemente.

Europa, en una senda de retraso en la edad de jubilación, lo que ha efectuado es plantear reformas tendientes a suprimir progresivamen-

te los planes de jubilación anticipada, aumentando la edad de jubilación, incentivando la vida laboral y castigando a quién igualmente se jubile anticipadamente.

- 2) Fuera de los países OCDE, se constata que las bajas pensiones por el Estado son aquellas que llevan a que las personas que necesitan trabajar lo sigan haciendo formalmente, empero, este mismo factor también es fuerte incentivo para la informalidad.
- 3) La vejez como un factor determinante de la pobreza, específicamente en mujeres, se extrapola al conjunto familiar, atentando contra sus niveles de bienestar. Como los ingresos del hogar se comparten entre más personas, el consumo *per capita* se reduce.

Contener gastos ha sido el mantra constante cuando de seguridad social y cambios demográficos se trata. Por lo mismo, desde la OIT se promueve la generación de políticas tendientes a fijar niveles mínimos de seguridad social, combinados -en su caso y teniendo presente las realidades particulares de cada Estado- igualmente con medidas de asistencia social.

- 4) La extensión de la vida laboral puede no ser lo más adecuado para todos. Imponer edades de jubilación a quienes, por ejemplo, carecen de lagunas previsionales, han tenido trabajos particularmente peligrosos o ya sencillamente carecen de buena salud, no parece ser una política de organización de trabajo receptiva ni del mercado en que se inserta ni de las realidades específicas en que los trabajadores desarrollaron su vida laboral. Lo cualitativo con referencia al trabajo y la salud son circunstancias que deben ser anotadas en la generación políticas públicas con enfoque en la vejez por parte de los Estados.
- 5) Centrada en el desarrollo y actualización de las competencias, los avances tecnológicos deben ser asumidos de conformidad al curso de la vida, bajo la lógica del aprendizaje permanente. Se sigue la carrera laboral de las personas (*v.gr.* países escandinavos) y se dan oportunidades ciertas de capacitación en el lugar de trabajo. Esto incluye la aplicación de medidas prioritarias cuando de trabajadores mayores de edad se trata.
- 6) Retener al empleado de edad avanzada puede encasillarse en 2 grandes categorías. La primera, en que se reducen o eliminan las cotiza-

ciones de los empleadores. La segunda, mediante pagos, ya sea de bonos, subsidios salariales y transferencia de prestaciones por desempleo.

- 7) Finalmente, no resulta aconsejable entender a los trabajadores de edad como un grupo con características homogéneo y sin tintes diferenciables entre sus integrantes. Ello implica, a su vez, la generación de políticas específicas.

III. SOSTENIBILIDAD DE PENSIONES Y REFORMA. FACTORES DE REVISIÓN DE LA REALIDAD LABORAL DEL ADULTO MAYOR.

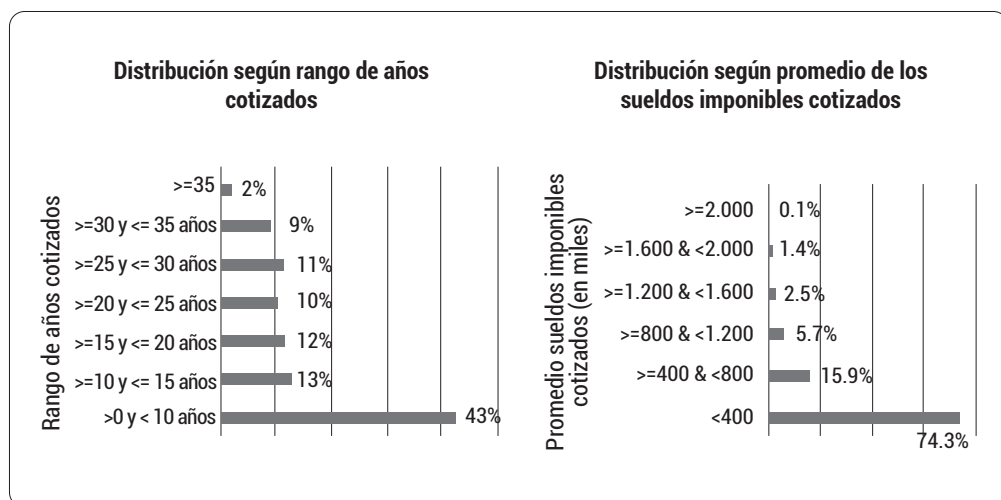
1. Trabajador de edad y sostenibilidad de las pensiones en Chile (o bases para una intervención situacional gerontológica y planificación de las áreas de producción).

No existe misterio alguno en torno a que el sistema de pensiones en Chile se encuentra en crisis. Una, absolutamente ligable a cuestiones de sostenibilidad, tanto jurídica, política, financiera como social. En esta investigación solo se abarcará el tema de la sostenibilidad desde el prisma anotado por la OIT respecto de los trabajadores de edad y sus alcances en Chile: la prolongación de la vida laboral ante la calidad del trabajo disponible y ejercido por los adultos mayores que aún no se jubilan. Empero, se hará en el análisis un matiz social no observado por la estructura jurídica chilena, por cierto, abstracta, general y unívoca: la consideración por las particularidades de los trabajadores según área de la producción, fomentando una intervención situacional gerontológica, procurando la planificación de su laboralidad como reflejo de aquella.

Para esta inflexión en el análisis, menester resulta recordar ciertas variables, brevemente. Una de las cuestiones más sugestivas planteadas por la Organización Internacional del Trabajo en el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013 apunta a que el retraso de la edad de jubilación solo puede llegar a resultar útil para los fines -más población en edad para el trabajo con impacto en la producción y número de cotizaciones, básicamente, en pro de la sostenibilidad del sistema- en la medida que el trabajo ejercido sea uno orientado por los lineamientos del trabajo decente y la producción. Contra tales, es posible encontrar las lagunas previsionales y empleos precarios. Cual silogismo, si es que existe un combate efectivo contra tales circunstancias, podría llegar a pensarse en posponer la edad de jubilación en Chile y, en consecuencia, hacer

más sustentable del régimen de pensiones en Chile. Este planteamiento, de suyo general y no particularizado en alguna rama de la producción, no debe abandonar los llamamientos de la OIT a considerar las particularidades de grupos desaventajados, entre los cuales se encuentra el adulto mayor, facilitando el empleo o su reincorporación al ruedo.

La precariedad de las pensiones pagadas en Chile es razón poderosa en la decisión de un adulto mayor en orden a continuar trabajando o bien jubilada decide retornar al mercado del trabajo en Chile. Según relata el profesor Cifuentes (2021) “la cuestión principal de debate en Chile en relación con las prestaciones de Seguridad Social para los adultos mayores se relaciona con la cuantía de la pensión, en la que, a diciembre 2020, nos encontramos con prestaciones por vejez al cumplimiento de la edad legal con promedios en hombres de \$257.000 (US\$ 360 aprox.) y de \$152.000 (US\$ 210 aprox.) respecto de las mujeres, ambos casos muy distantes del actual sueldo mínimo de Chile de \$326.500 (US\$ 455 aprox.), en particular en el caso de las mujeres, según datos de la Superintendencia de Pensiones”. No es difícil conjeturar que estas bajas pensiones encuentran recaudo, *v.gr.*, en periodos de cesantía, la existencia de una causal suficientemente flexible como la revisada en el punto anterior, el no pago de las cotizaciones por parte de los empleadores, así como bajas remuneraciones. Sobra decir que el mínimo nacional propuesto por la OIT en la Recomendación No 202 de 2012 no se cumple por Chile. El corolario de ello es que los trabajadores cotizan por menos de la mitad de los años que laboran. Larraín y Cabezón (2021) grafican lo expuesto (p. 15):



El mercado de trabajo delineado en estos esquemas devela una abstracta prolongación de la vida laboral que viene precedida por un alto porcentaje de trabajadores que cotizan por pocos años y por valores mínimos. Estos guarismos, representativos de una realidad global del mercado, dan pábulo para comprender en la actualidad una informalidad laboral creciente en determinados sectores etarios post pandemia por COVID-19, “tanto para hombres como para mujeres, independiente del nivel educativo, estado de salud o ingresos no laborales” (Pontificia Universidad Católica de Chile, 2023, p. 5)³. Analizar al sistema de seguridad social desde la perspectiva de la sostenibilidad en esta línea, acarrea entender que la informalidad es el resultado de un mercado de trabajo que, observado en términos generales, resulta ser precario para dotar a sus partícipes trabajadores de pensiones suficientes. No existe una estructura legal capaz de revertir los periodos de cesantía, mediando al efecto un entramado que fortalezca la pronta reintegración, matizando despidos carentes de consideraciones sociales, demográficas y de capacitación. No resulta así prudente, desde el prisma planteado, proponer el retraso de la edad de jubilación al no resolverse las disyuntivas expuestas.

En este punto, planteo que el Derecho del Trabajo no resulta ser coadyuvante de la Seguridad Social, precisamente por no ser el primero de los subsistemas referidos uno que técnicamente no se encuentra comprometido con el mercado de trabajo. Una cosa es tener un compromiso macro con la sostenibilidad del sistema capitalista -su función política-, y otra muy distinta es afrontar el dinamismo y particularidades de las áreas de la producción de frente al trabajo y al trabajador que abjura tutelar contractualmente, sin mediar al

3 A mayor abundamiento, el estudio citado refiere a los niveles de informalidad laboral del mercado chileno entre 2019-2023, respecto de hombres y mujeres: “Considerando la ENE 2023, se da cuenta que los niveles de informalidad laboral alcanzan su máxima tasa luego de los 70 años, tanto para hombres como para mujeres (...). Para el caso de hombres, el 57,7% de la población 70+ corresponden a ocupados informales considerando el último trimestre móvil. Para el caso de las mujeres, se llega a cifras similares en el quinquenio previo, es decir, entre los 65 y 69 años. Luego de los 70 años, cerca de 6 de cada 10 mujeres trabaja desde la informalidad. En el otro extremo, la informalidad alcanza los valores más bajos cuando hombres y mujeres aún se encuentran en edades pre-jubilatorias y/o cercanas al retiro y aumentan considerablemente posterior a este hito. Específicamente en el caso de los hombres entre 60 y 64 años, la formalidad no supera el 30% y se mantuvo relativamente estable en medio de la pandemia por COVID-19 (Gráfico 3). Por su parte, para las personas mayores de 70 años se observa la mayor proporción de informalidad, que además alcanzó su punto más alto en 2022 con un 58,6% entre los ocupados, 3,4 puntos porcentuales más que lo registrado en 2019. En el caso de hombres de 65 a 69 años la informalidad incrementa en más de 10 puntos porcentuales respecto a los grupos más jóvenes, y ha aumentado sostenidamente durante 2023, superando los niveles de 2019”, *Ibíd.*, pp. 5-6.

efecto un empleo calificable como decente. El fracaso en el tratamiento de esta paradoja teórica por parte tanto del Derecho del Trabajo como de la Seguridad Social es, justamente, este mercado precario incapaz de dotar de sostenibilidad suficiente a las pensiones.

Fruto de lo referido, una manifestación coherente en vistas a una futura extensión de la edad de jubilación en tanto consecuencia de procesos de corrección normativos redundantes en el mercado de trabajo, sería la adopción de perspectivas que reconozcan las particularidades inherentes a la continuidad e inclusión del trabajador de edad dentro del área de producción en que se desempeña o procura hacerlo. Algo no menor pensando en Chile, considerando que “en el escenario actual del país, donde las personas mayores se empobrecen debido a las bajas pensiones que reciben, es cierto que una proporción importante de este grupo trabaja hasta la vejez, más allá de la edad legal de jubilación: Chile tiene un alto promedio de edad efectiva de jubilación tanto para mujeres (70,3 años) como para hombres (70,9 años), uno de los más altos entre los países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico” (con traducción propia de Gray-Gariazzo, Sisto-Campos, Basualto-Cárcamo y Rivera-Tovar, 2019, p. 694). Tal es, en fin, un tema de intervención y correlativa planificación gerontológica del trabajo, de su calidad y condiciones. Este tipo de intervenciones “queda contextualizada en una forma metodológica que determina proactivamente las situaciones que configuran los llamados nudos críticos a fin de diseñar las alternativas y medios para alcanzar objetivos y metas de manera colectiva y consensuada” (Piña-Morán, Olivo-Viana, Martínez-Maldonado y Mendoza-Núñez, 2018, p. 107). En términos simples, “de acuerdo con los planteamientos en perspectiva situacional, (...) la realidad no se explica de la misma manera por los distintos actores sociales, ya que ello depende de la relación de los grupos sociales con la situación y de la situación con el escenario pasado y futuro histórico, cultural, medioambiental (entre otros), en los que se desarrolla la vida” (Piña-Morán et al., 2018, p. 106).

La discusión en este derrotero debe rodear, estimo, la noción de calidad dentro de un enfoque de derechos, leídas ambos núcleos como nudos críticos para la discusión. Uno de los escasos estudios dedicados concretamente a la calidad del empleo del adulto mayor en Chile, es el de los autores Luz María y Mauricio Ferrada Bórquez en su investigación “Calidad del empleo de los adultos mayores en Chile, un factor de envejecimiento activo” (Ferrada Bórquez y Ferrada Bórquez, 2018, pp. 43-67). Estos autores erigen la señalada noción alejándose

de concepciones de caridad, determinando al trabajador de edad como un ser humano integrante de una comunidad política, con derecho a demandar del Estado acciones y prestaciones, participando de su definición (Ferrada Bórquez y Ferrada Bórquez, 2018, pp. 46-47). La calidad del empleo en esta senda viene a ser la concreción de una suma de políticas tendientes a materializar la gramática de los derechos en desmedro de la perspectiva de la mera misericordia pasiva y en favor de la calidad de vida, habida consideración del contexto de cada quién⁴. Ahora bien, si se quiere ver de una forma rigurosamente jurídica asociada a la concreción de los Derechos Fundamentales dentro del mercado de trabajo, la calidad en el empleo de los adultos mayores es parámetro de relevancia para medir el trabajo decente como expresión de la Libertad y el Derecho al Trabajo.

Según estos autores, la calidad ha de considerar ciertos factores: ingreso, contrato laboral, seguridad social y jornada laboral. A su vez, cada uno de estos responde a las siguientes variables: sexo, zona urbana o rural, escolaridad, tamaño de la empresa, rama de actividad y edad. Tras la asignación de valores, concluyen que “los adultos mayores con más altos indicadores de calidad de empleo son los varones, con mayor escolaridad, que residen en el sector urbano y que se encuentran en el tramo de edad entre 60 y 69 años” (Ferrada Bórquez y Ferrada Bórquez, 2018, p. 64). Las observaciones realizadas respecto de las propuestas de la OIT en sus Recomendaciones e Informe, resultan ser absolutamente simbióticas en pro de la auscultación de la calidad del empleo. Efectivamente, la educación formal precisa de la capacitación específica en pro del fortalecimiento de las competencias y la continuación de la vida laboral, incluso jubilado, *bis a bis* el ingreso de los jóvenes al mercado de trabajo. No puede pensarse la calidad del trabajo del trabajador de edad sin adicionar a la educación formal que detenta, la necesaria capacitación -en lógica de actualización- de sus competencias. A su vez, la estructura jurídica reguladora de la vida laboral del trabajador no puede tender a la abstracción y uniformidad de criterios al modo del Derecho, pensando en la diversidad de factores y variables inherentes al área de la economía en la que este se desempeña, así como en el lugar en que la desarrolla. La idea es ir

4 “El enfoque de derechos entronca perfectamente con el paradigma de la calidad de vida en la medida que tiene como finalidad garantizar una situación de certidumbre, lo que implica procurar condiciones para un desarrollo integral. Es decir asegurar en un concreto contexto social, la realización personal, garantizando que cada individuo o cada colectividad desarrolle su capacidad para reivindicar ante instancias de decisión las condiciones inherentes a su dignidad y que en un plano de justicia pueda cubrir sus necesidades básicas y, en definitiva, erradicar conductas o ideas inconsistentes con el respeto de aquella dignidad”, Huenchuan Navarro, 2004, p. 33.

mejorando la calidad del trabajo en beneficio de la sustentabilidad del sistema de pensiones y la vida del trabajador.

Por lo mismo, de suyo relevantes son las conclusiones a las que arriban los investigadores Ferrada Bórquez desde la perspectiva de los polos de producción y el tamaño de las empresas en que los trabajadores adultos mayores laboran: “Además, en las regiones que desarrollan los polos productivos del país (sector financiero y minero), Región Magallanes, Metropolitana, Antofagasta y Atacama, observan mejor calidad de empleo; en comparación a aquellas de economía tradicional (pesca, silvoagricultura), actividades más ligadas a zonas rurales y preferentemente localizadas en las regiones como la Araucanía, Los Lagos y Aysén. A la vez, en las empresas de mayor tamaño (medianas y grandes), presentan mayor protección a la seguridad social y mejores condiciones contractuales a sus empleados (contrato escrito, indefinido y jornada legal laboral) en comparación a las pequeñas (menores a 50 personas) y a las microempresas (de nueve o menos trabajadores)” (Ferrada Bórquez y Ferrada Bórquez, 2018, p. 64).

Un proceso de intervención gerontológica del mercado laboral debe asumir cuanto destila esta clase de información en beneficio de las pensiones y su sostenibilidad, sacando a la luz tanto fortalezas como debilidades del mismo. No es lo mismo pensar en un trabajador que desea continuar laborando en el sector financiero urbano dentro de la Región Metropolitana, que uno en silvoagricultura en Aysén. O en las posibilidades reales de verse capacitado en uno u otro contexto. Tenemos ámbitos de producción insertos en realidades radicalmente distintas una de sí. A su vez, no es lo mismo trabajar en una pequeña que en una gran empresa desde la perspectiva de la calidad del trabajo. Sin embargo, las herramientas estatales dirigidas a regular, por ejemplo, al despido, además de no efectuar diferenciación alguna desde el tamaño de la empresa, carecen de miramientos sociales, inversión mínima en capacitación sea que la relación de trabajo esté vigente o terminada, beneficios fiscales y/o tributarios suficientes fruto de la contratación o despido, análisis de riesgo o revisión de los factores etarios del trabajador. A mayor abundamiento, y ya desde la perspectiva de la jubilación, imponer una regla jubilatoria unívoca no resulta deseable, independiente de lo ya expuesto a propósito de la no conveniencia de retrasar la edad de jubilación si es que existe precariedad no resuelta dentro del mercado de trabajo. Las características específicas de los trabajadores de edad, por un lado, y de los sectores de producción en los que laboran por otro, instan a rehuir de parámetros generales en dicha arista.

Por ello, planificar la vida laboral desde la perspectiva gerontológica conlleva, primero, fijar normas mínimas generales del trabajo para los trabajadores de edad, reconociendo sus peculiaridades. Una suerte de Estatuto laboral primero para, luego, mediante la coordinación entre lo público y lo privado, fortalecer sistemas de contratación, recolocación y capacitación obligatoria anual vigente que esté y/o finalizada la relación de trabajo, mejorando los incentivos estatales. A modo ejemplar y fruto de un ejercicio como el propuesto, junto con las mutuales de seguridad, se debe procurar la fijación de tramos flexibles de jubilación según área de la producción que, además propender a que el trabajador se inhiba de jubilar prontamente, el empleador lo haga respecto de despedir. En la misma línea argumental, la faz colectiva tampoco puede quedar atrás, debiendo promover los sindicatos acuerdos dentro de los convenios y/o contratos colectivos referentes a los despidos dables, favoreciendo la estabilidad laboral de aquellos socios que forman parte de grupos desaventajados, dentro de los cuales se encuentra el trabajador de edad.

El corolario final de una intervención gerontológica como la trazada es que la sustentabilidad del sistema de pensiones se vea reforzada a través de un mayor número de trabajadores cotizantes y el corolario descenso en el gasto estatal por concepto de jubilaciones. Un mercado de trabajo expuesto a esta clase de intervenciones habilita considerar la estabilidad y prolongación de la vida laboral, mejorándose la calidad de trabajo y consecuentemente, la de la propia vida de la persona mayor. La laboralidad del trabajador de edad se aleja de consideraciones ligables al asistencialismo y la caridad, sino que se construye en tanto reflejo operativo de garantías fundamentales de las que no se ve desentendido ni ajeno.

2. La Reformas del sistema de pensiones y del actual del régimen laboral del trabajador de edad en Chile: ¿es esto lo esperable del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social?

a) Reforma al sistema de pensiones chileno: pilares, nociones esenciales y crítica

El proyecto de ley del gobierno del Presidente Boric, ingresado al Congreso Nacional mediante mensaje N° 180-370 de 7 de noviembre de 2022, pretende realizar una reforma al sistema de pensiones con un espíritu marcadamente

social⁵. Se pretende mejorar las pensiones de manera progresiva, y también el acabar con el sistema de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siendo reemplazado por un sistema administrado por el Estado y los privados, donde prevalezca la el ahorro individual de los trabajadores, el cual verá reflejada esta mejora en base a 3 pilares fundamentales acorde a la propuesta del ejecutivo.

El primer pilar tiene relación con la mejora de la Pensión Garantizada Universal, la cual aumentará gradualmente los montos percibidos como pensión por los propios pensionados, con el objetivo señalado de reducir la pobreza en los adultos mayores de 65 años de edad. “Actualmente la PGU alcanza el valor de \$193.917 y cubre al 90% de la población de 65 años y más. El proyecto de ley, sujeto a la disponibilidad presupuestaria, propone terminar con este requisito de focalización, extender este beneficio a pensionados y pensionadas de leyes de reparación y pensiones de gracia, y aumentar gradualmente su valor a \$250.000. En régimen, para recibir el beneficio, las personas deberán percibir una pensión base menor a la pensión superior (\$1.048.200) y el monto del beneficio dependerá del valor de la pensión base (pensión autofinanciada más cualquier otra pensión que perciba), llegando a \$250.000 para quienes tengan una pensión base menor o igual a \$660.366. Adicionalmente, se requiere cumplir con los requisitos de residencia y edad establecidos en la ley. Con estos cambios, se espera que al año 2030, la PGU beneficie a cerca de 3.400.000 personas. En el caso de las y los beneficiarios de invalidez, el monto de la pensión básica solidaria y del aporte previsional solidario de invalidez se verán incrementados producto del aumento en el valor de la Pensión Garantizada Universal” (Presidencia de Chile, 2022, pp. 12-13).

El segundo pilar dentro de esta reforma, tiene relación con el término de las Administradoras de fondos de Pensiones como tales, y la creación de un Inversor de Pensiones Público y Autónomo (IPPA), que permitirá gestionar los nuevos aportes que haga el empleador a los fondos previsionales de los

5 Expresamente el mensaje expresa: “En ese contexto, este proyecto se propone como objetivo principal mejorar sustantivamente las pensiones de todas las personas. De 2 millones de compatriotas que actualmente reciben su pensión, y también las de cada una de las personas que se pensionarán el día de mañana.

Para cumplir este objetivo, sometemos a deliberación la creación de un sistema previsional mixto, basado en los principios de la seguridad social en el que contribuyen el Estado, las y los empleadores y los trabajadores y trabajadoras. De esta manera queremos dejar atrás un sistema extremo, que no ha sido capaz de cumplir con las expectativas que se pusieron en él y que tiene reconocidas deficiencias. Y queremos hacerlo por medio de la creación de un sistema que sea robusto y, a la vez, sostenible en el tiempo”, Presidencia de la República de Chile, 2002, p. 2.

trabajadores, siendo este el 6% de la renta imponible. Además se crearán los Inversores de Pensiones Privados (IPP), quienes se encargarán de gestionar el 10,5% de cotizaciones previsionales del trabajador, de manera privada⁶. “En términos generales, se mantiene la actual capitalización individual obligatoria dentro del pilar contributivo, pero se reformula su regulación y organización industrial, creando un gestor de inversiones público (IPPA) y gestores privados de inversión (IPP) de giro único, dejando todas las actividades de soporte del Sistema a cargo de un Administrador Público y Autónomo (APA), correspondiente al actual Instituto de Previsión Social, que se fortalecerá especialmente para estos efectos. El proyecto considera además el establecimiento de un nuevo componente del pilar contributivo, de carácter colectivo, que se financiará con una cotización adicional que será de cargo de los empleadores y empleadoras. Este otorgará pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia y otras prestaciones o beneficios que se establecen en el presente proyecto de ley, las cuales tendrán en consideración los periodos de trabajo no remunerado de las personas afiliadas al Sistema de Pensiones y componentes de solidaridad y equidad de género” (Presidencia de Chile, 2022, p. 13).

También, se incluyen dentro del abanico de cambios propuestos, el reemplazo de los multifondos existentes dentro de las administradoras, por los Fondos Generacionales, los cuales se basarán en la edad que tenga el trabajador para seguir un orden de ahorro, que a medida que se acerca la edad de jubilación, se vuelva más conservador para el afiliado, a fin de no generar pérdidas en sus ahorros previsionales y aumentando la rentabilidad individual.

Se produce el cambio de retiro programado por las rentas vitalicias, que permite asegurar la obtención de pensión hasta la muerte por parte del afiliado,

6 “En términos generales, se mantiene la actual capitalización individual obligatoria dentro del pilar contributivo, pero se reformula su regulación y organización industrial, creando un gestor de inversiones público (IPPA) y gestores privados de inversión (IPP) de giro único, dejando todas las actividades de soporte del Sistema a cargo de un Administrador Público y Autónomo (APA), correspondiente al actual Instituto de Previsión Social, que se fortalecerá especialmente para estos efectos.

El proyecto considera además el establecimiento de un nuevo componente del pilar contributivo, de carácter colectivo, que se financiará con una cotización adicional que será de cargo de los empleadores y empleadoras. Este otorgará pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia y otras prestaciones o beneficios que se establecen en el presente proyecto de ley, las cuales tendrán en consideración los periodos de trabajo no remunerado de las personas afiliadas al Sistema de Pensiones y componentes de solidaridad y equidad de género”, Presidencia de la República de Chile, 2002, p. 13.

la cual será fijada en Unidades de Fomento (UF), permitiendo un aumento progresivo de las mismas según el propio reajuste de la UF, eliminando de paso el cálculo extremo de la esperanza de vida de los afiliados al sistema, por uno proteccionista ante los sobrevinientes riesgos de la longevidad, rentabilidad e inflación.

El tercer pilar, por su parte, comprende el cambio en las cotizaciones del empleador y la creación del seguro social, las cuales según palabras del Ejecutivo buscan el mejoramiento de las pensiones, considerando elementos de esfuerzo individual, social y de equidad de género. Esta cotización adicional comprende el 6% de la renta imponible⁷, con cargo al empleador y que tendrá una destinación respecto del seguro social, en pos de los siguientes puntos:

- Pensión del Seguro Social: al cotizar este 6% se otorgará el derecho al trabajador de percibir una pensión, la cual se calculará según el saldo de ahorros del seguro social a nivel personal, reconociendo la individualidad de este ahorro.
- Comprende la Solidaridad entre generaciones: La pensión contempla garantizar 0,1 UF por año cotizado, para actuales como futuros pensionados, con tope de 30 años.
- Compensación de las tablas de mortalidad a las mujeres jubiladas: se comprenderá que las mujeres vivirán lo mismo que los hombres
- Respecto de las “lagunas” previsionales, estas se cubrirán cada vez que el afiliado haga uso del seguro de cesantía, ya sea individual o

7 “Se crea un nuevo componente del pilar contributivo de naturaleza colectiva, denominado Seguro Social, cuyo objetivo es mejorar pensiones del Componente de Capitalización Individual a través de una pensión del Seguro Social que incluirá prestaciones con elementos de carácter contributivo y complementos por brechas de género y cuidados, que se describen a continuación. Para el financiamiento del Seguro Social, se crea una cotización de cargo del empleador o empleadora equivalente al 6% de las remuneraciones imponibles de las y los trabajadores. Dicha cotización comenzará transitoriamente en un 1% de las remuneraciones imponibles de las y los trabajadores, a partir del tercer mes de publicada la ley y aumentará en 1% cada año hasta alcanzar el 6%.

Las prestaciones de carácter contributivo de la pensión del Seguro Social serán: 1) la prestación con solidaridad intrageneracional de vejez, invalidez y sobrevivencia, según corresponda; 2) la garantía definida; y 3) el complemento por lagunas previsionales por cesantía. Los complementos por brechas de género y cuidados serán: 1) el complemento por hija o hijo nacido vivo o adoptado; 2) el complemento por cuidado de tercero; y 3) la compensación por diferencias de expectativas de vida”, Presidencia de la República de Chile, 2002, pp. 26-27.

colectivo, se pagarán las cotizaciones del 10 y 6 por ciento con cargo al seguro de cesantía.

- Tareas de Cuidado: Otorga cotizaciones para cuidados de dependencia, severa o moderada, para personas inscritas en el Módulo de Cuidadores del Registro Social de Hogares (RSH), con un tope de 2 años.
- Maternidad: Se registran 24 cotizaciones por 6%, que se agregan al bono por hijo del 10%.
- Pensión de sobrevivencia: En caso de fallecimiento de la persona pensionada, la reciben sus beneficiarios: cónyuge e hijos menores de 25 años que estudian.

Actualmente en plena y álgida tramitación, es notable dar cuenta que tanto la matriz político-técnica del Proyecto así como la gramática dada a su respecto poco y nada tratan sobre el rendimiento del mercado de trabajo visto desde el prisma de las pensiones. Dicho de otro modo, no existe discurso, política ni norma propuesta dentro ni a propósito del Proyecto que, trayendo a colación la exigüidad de la cuantía de las pensiones en Chile, de cuenta de forma crítica de las falencias del mercado laboral. No existen consideraciones en torno a las pensiones como reflejo de un sistema complejo de interrelaciones tutelares y productivas, que resulta ser incapaz de preveer precariedad ante la carga social y contingencia que resulta ser la vejez. La realidad, como ya se tenía oportunidad de revisar, demuestra que los trabajadores de Chile dejan de trabajar años después de los guarismos legales de jubilación⁸ (60 años para la mujer, 65 para el hombre), que la prolongación de la vida laboral carece de correlato en torno a procurar la sustentabilidad del sistema de pensiones -incluso dándose dentro de los márgenes etarios altos niveles de informalidad laboral⁹-, al no promoverse incentivos y castigos en orden a no jubilarse anticipadamente. El sistema pierde una gran oportunidad de promover correcciones sistémicas en estos ámbitos, excediendo con creces una mera revisión e incremento de las pensiones mediante el aumento del gasto público ante la ausencia de cuentas individuales suficientes¹⁰.

8 Vid. nota N° 13.

9 Vid. nota N° 12.

10 “Los recursos públicos destinados a financiar la creación de la PGU se incrementaron considerablemente como resultado de la mayor cobertura y monto respecto del pilar solidario. En 2022 se gastó el equivalente a 1.8% del PIB (más de US\$ 6.187 millones). Esto es nueve veces más que el gasto desde que se creó en 2008 el pilar solidario, sistema que la PGU reemplazó. Para 2023, es

En efecto, el 9 de julio de 2024 la Superintendencia de Pensiones comparó ante la Comisión del Adulto Mayor y Discapacidad del Senado¹¹, dando cuenta que la Reforma, además de permitir que todos los pensionados queden sobre la línea de la pobreza a través del incremento de la Pensión Garantizada Universal (PGU), las tasas de reemplazo se verán incrementadas¹²:

Efecto total de la reforma

- La reforma permite incrementar las tasas de reemplazo de actuales y futuros pensionados.

Proyecciones de la mediana de las Tasa de Reemplazo (%) de las personas que se pensionan del Pilar Contributivo más reforma PGU por género, según año de pensión

2024		2044		2070	
Hombre	Mujer	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer
74%	71%	75%	65%	67%	54%

Fuente: Estudio sobre tasas de reemplazo en el sistema de pensiones chileno y sus proyecciones bajo distintos escenarios.

El punto, como se advertía, es que ni la Reforma ni la discusión promovida en razón de ella centran la problemática como una de mercado de trabajo. Meramente se centra en una visión de corrección sobre la pensión insuficiente, reflejo de un derrotero asumido sobre bases absolutamente falseables y míticas como las del sistema de pensiones creado en dictadura.

Chile no cumple a propósito de la Reforma en comento, con los parámetros o estándares propuestos en el IV Informe de la Conferencia Internacional. Ellos, revisados desde una línea que considere la prolongación de la vida laboral

gasto estimado es superior, en torno a 2,3% del PIB, casi 2 veces el gasto solidario de 2020. Esto equivale a subir la tasa de cotización obligatoria en 3,6 puntos porcentuales”, Diario Financiero (2023). *La PGU: el nuevo eje de referencia*. Obtenido desde <https://www.df.cl/opinion/columnistas/la-pgu-el-nuevo-eje-de-referencia>.

11 Mención aparte merece la asociatividad existente a nivel orgánico de la ancianidad y la discapacidad.

12 Cf. Superintendencia de Pensiones (2024). *Impacto de la reforma previsional en las personas mayores*. Obtenido desde https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-16074_recurso_1.pdf

a través del retraso de la edad de jubilación y la promoción de trabajos decentes como mancomunidad necesaria. La mera revisión del sistema de pensiones y su sustentabilidad a través del gasto público no bastan, aun cuando el resultado de ello sean mejores tasas de reemplazo, en proyección. El mercado laboral debe ser observado y promovida una planificación según área de producción. Por ello es que, en conjunto con políticas particulares tendientes a inhibir jubilaciones anticipadas, el lineamiento gerontológico propuesto *ut supra* en pro de la sustentabilidad de las pensiones dirige su mirada a las especificidades del trabajo desarrollado por parte de trabajadores que distan de reflejar un grupo homogéneo, en pro de la continuidad formal y la combinación de políticas de asistencia con niveles suficientes de seguridad social.

b) La Reforma al régimen laboral del trabajador de edad en Chile.

El actual proceso de Reforma nace de la fusión de los boletines Nos 12.451-13, 12.452-13 y 13.822-07, siendo el primero de aquellos el que planteó la necesidad de regular la contratación laboral del adulto mayor. La conjunción de todos estos boletines derivó en el “Proyecto de Ley integral de las personas mayores y de promoción del envejecimiento digno, activo y saludable”. A 6 de agosto de 2024 este proyecto pasó a la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, siendo ya informado por parte de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

El aspecto laboral tiene una genealogía en nada ajena a una variedad de iniciativas legales en Chile. Precedió a este boletín No 12.451-13 el No 8396-13 de 20 de junio de 2012, el cual procuraba incorporar como contrato especial, el del trabajador adulto mayor. El mismo día pasó a la Comisión de Trabajo y Seguridad y no obstante aparecer “en tramitación”, lo cierto es que hasta el día de hoy no tuvo ningún movimiento tras ese 20 de junio de 2012. El No 12.451-13 ingresó el 12 de marzo de 2019 y tal como su antecedente, también pasó a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social -del Senado en todo caso-, decidiéndose finalmente su análisis por la Comisión Especial del Adulto Mayor. El 3 de noviembre de 2020 se decide refundir el boletín de carácter laboral con los No 12.452-13 y 13.822-07, los cuales tratan, respectivamente, la jornada de trabajo del adulto mayor y la promoción del envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores y el fortalecimiento de la institucionalidad del adulto mayor.

Del Proyecto de Ley aludido es posible extraer normas de naturaleza laboral, indirecta y directa. Dentro de las indirectas hay contenido laboral interesante de extraer, pensando en su relevancia dogmática e interpretativa, así como la puesta en marcha del objeto y principios declarados en esta ley. A efectos analíticos, se revisará críticamente el apartado normativo directo sobre la base del indirecto. Las normas indirectas se encuentran contenidas en los siguientes artículos:

- 1 (objeto): se emplea la noción de igualdad en orden a promover, proteger y asegurar el reconocimiento y pleno ejercicio y goce de todos los derechos y libertades fundamentales de la persona mayor. La idea es incluirla, integrarla y contribuir a su participación. Empero, y como se verá desde los principios, la igualdad viene matizada por el enfoque diferencial para el goce los derechos, lo cual acarrea a su vez, visibilizar la especificidad de sus condiciones y vulnerabilidades.
- 3 en todas sus letras (principios): se promueven y defienden derechos y libertades fundamentales de la persona mayor, valorizándola. Se señala como principio la igualdad y la no discriminación, bajo diferenciales y el enfoque de curso de vida.
- 13¹³ (derecho a la educación): la persona mayor puede participar a través de la educación formal básica, media, superior, así como en la capacitación y desarrollo de habilidades en el uso de nuevas tecnologías que permitan su inclusión laboral, si es que existe oferta disponible.

13 Artículo 13.- Derecho a la educación. Las personas mayores tienen derecho a la educación, cuya finalidad es que éstas alcancen su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico, sexual y físico, durante las distintas etapas de la vida de las personas.

En virtud de lo anterior, podrán participar en los programas educativos disponibles, ya sea a través de la educación de adultos en los niveles de educación básica y media, o de la educación superior, *así como en las actividades de capacitación de oficios, ocupaciones y desarrollo de habilidades en el uso de nuevas tecnologías de la información, que permitan su inserción laboral, en la medida en que exista oferta disponible para cada uno de los niveles educativos señalados.*

Asimismo, las personas mayores tienen derecho a compartir sus conocimientos y experiencias con todas las generaciones, en consideración a su diversidad cultural.

El Estado, a través de los Ministerios de Educación, Trabajo y Previsión Social, y Economía, Fomento y Turismo, y de los demás órganos que corresponda, en el ámbito de sus competencias, *deberá promover el desarrollo de programas, materiales y formatos educativos adecuados y accesibles a las personas mayores, atendiendo su identidad y necesidades, debiendo, además, promover los contenidos de un envejecimiento digno, activo y saludable.*

- 15¹⁴ (derecho al trabajo): es el Estado quién debe dar tutela al ejercicio de este derecho, erradicando conductas discriminatorias en razón de la edad. A su vez, el Estado debe fomentar que la patronal adopte políticas y estrategias específicas con enfoque de ciclo de vida, cooperación intergeneracional y de transición a la jubilación, con reconocimiento de su trayectoria laboral. Por ello, la persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente, con igualdad de oportunidades.
- 21¹⁵ (política nacional de envejecimiento): busca promover un envejecimiento digno, activo y saludable en una serie de ámbitos, incluyendo el laboral y educativo.

14 Artículo 15.- Derecho al trabajo. Las personas mayores tienen derecho al trabajo digno y decente, con igualdad de oportunidades y de trato respecto a los demás.

El Estado tiene el deber de dar protección al ejercicio del derecho al trabajo de la persona mayor y erradicar las conductas discriminatorias por motivos de edad.

El Estado, a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, fomentará que las y los empleadores adopten *políticas y/o estrategias específicas de manejo y gestión de personal que consideren el desarrollo de las personas a lo largo de su vida laboral, con enfoque de ciclo de vida, cooperación intergeneracional y de transición a la jubilación. Estas políticas y/o estrategias deberán considerar el reclutamiento, desarrollo profesional, las condiciones laborales, la capacitación y perfeccionamiento, y la transferencia de conocimiento, en las distintas etapas de la vida de los y las trabajadoras.*

De la misma manera, el Servicio Civil incorporará en las orientaciones técnicas de políticas de gestión de personas, lineamientos que consideren el desarrollo de las personas a lo largo de su vida laboral, con enfoque de ciclo de vida, cooperación intergeneracional y transición a la jubilación.

Asimismo, tienen derecho al reconocimiento de su trayectoria laboral como fuente de conocimiento y la valorización positiva de sus conocimientos adquiridos en cursos que han sido certificados por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, el Servicio de Cooperación Técnica u otro organismo afín, estudios técnicos y superiores, sean estos de pregrado o postgrado.

15 Artículo 21.- Política Nacional de Envejecimiento. Existirá una Política Nacional de Envejecimiento que tendrá como principal propósito promover un envejecimiento digno, activo y saludable para toda la población y la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas mayores consagrados en esta ley y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta política deberá contener, al menos, las acciones que contribuyan al envejecimiento digno, activo y saludable en el ámbito de la salud, laboral, educativo, de participación ciudadana, de acceso y desplazamiento personal en el entorno físico, de acceso a las tecnologías de la información y de acceso a las manifestaciones culturales, al deporte y a la actividad física. Todo ello, considerando los principios generales de la presente ley, establecidos en el artículo 3.

La Política será propuesta al Presidente de la República por el Comité Interministerial de Desarrollo Social y Familia, y se aprobará por decreto supremo expedido por el Presidente de la República, a través del Ministerio de Desarrollo Social y Familia. La elaboración de la propuesta de la política será realizada por el Servicio Nacional del Adulto Mayor, y contemplará instancias de participación ciudadana incidente, a través de encuentros y diálogos con la sociedad civil, incluyendo la participación de los Consejos Asesores Regionales de Personas Mayores. Los gobiernos regionales y las municipalidades podrán definir instancias de participación para presentar propuestas durante este proceso de elaboración.

- 22¹⁶ (líneas de acción): estas líneas incluyen, de conformidad a la letra f) del artículo, programas de promoción de medidas para el acceso de la persona mayor en beneficio de su participación en el empleo. Todo sujeto, ciertamente, a la oferta pública existente y los recursos disponibles.

Expuestas las normas indirectas, cabe revisar su influencia en el alcance efectivo de las directas, que no son sino las contenidas en artículo 29 de este Proyecto de ley, el cual incorpora el Capítulo XI en el título II del Libro I del Código del Trabajo, “Del contrato del trabajador persona mayor”.

En primer lugar, cabe referirse al enfoque del curso de vida, contemplado como principio en la letra j) del artículo 3 de la norma en ciernes. Este enfoque, de conformidad a Blanco (2011), implica “analizar cómo los eventos históricos y los cambios económicos, demográficos, sociales y culturales moldean o configuran tanto las vidas individuales como los agregados poblacionales denomi-

El Servicio Nacional del Adulto Mayor deberá realizar una evaluación periódica e integral del cumplimiento de los objetivos y metas establecidas en la Política Nacional de Envejecimiento. Esta evaluación deberá revisarse, al menos, cada cinco años. La duración de la política no podrá exceder los diez años, debiendo dictarse nuevamente al término de dicho período en la forma señalada en este artículo.

- 16 Artículo 22.- Líneas de acción. El Estado, a través de sus ministerios competentes y, especialmente, del Servicio Nacional del Adulto Mayor, directamente o en coordinación con otros órganos del Estado, deberá propender a la realización de las líneas de acción contempladas en el presente artículo. Para efectos de esta ley, se entienden como líneas de acción las distintas modalidades de atención que el Estado realiza respecto de las personas mayores que contribuyen a mejorar su calidad de vida, y al ejercicio efectivo y pleno de sus derechos y libertades: a) Programas de apoyo y cuidado para personas mayores con dependencia que cuenten o no con cuidadores. b) Programas para promover y fortalecer la asociatividad, participación, autonomía e independencia de las personas mayores. c) Elaboración de estándares de calidad de infraestructura pública específica para personas mayores, asistencia técnica y supervisión de dispositivos de atención para personas mayores, según corresponda. d) Financiamiento de iniciativas de apoyo directo para mejorar las condiciones de vida de las personas mayores dependientes y vulnerables que residen en establecimientos de larga estadía para adultos mayores. e) Programas de prevención de abuso, abandono, negligencia, maltrato y violencia contra las personas mayores. f) Programas de promoción de medidas para el acceso de las personas mayores, en igualdad de condiciones con las demás personas, al entorno físico incluida la vivienda, los espacios y edificios públicos, y el transporte público urbano y rural, a través de la accesibilidad universal y la eliminación de barreras arquitectónicas; así como el acceso a la participación cívica y social para su inclusión social, el empleo, la comunicación e información, y a los servicios de salud, apoyo comunitario, entre otros. g) Programas que tengan por objeto contribuir a mejorar la calidad de vida de las personas mayores, respetando su autonomía y sus derechos.

Lo señalado en este artículo deberá realizarse considerando la oferta pública existente y los recursos disponibles.

nados cohortes o generaciones” (p. 6). Llama poderosamente la atención que estas normas indirectas, que en el fondo son una guía para las políticas gestables en nombre del objeto de la ley, consideren el enfoque del curso de vida como principio rector. Ello, pues el voluntario contrato de trabajo del adulto mayor buscado incorporar por la ley¹⁷ *no devala ninguna consideración a este principio dentro de su regulación* (artículos 152 quinquies J al 152 quinquies N del Código del Trabajo), siendo lo esperable la existencia de alguna norma referente al despido y/o la capacitación post-contractual en orden a su pronto reintegro. Tales normas hubieran sido el reflejo obvio de este enfoque bajo el concepto central de *transición*, característico de esta perspectiva¹⁸. Al Derecho del Trabajo chileno no le interesa la transición, es decir, no le resultan relevantes las irritaciones de la trayectoria¹⁹, otro concepto basal del enfoque comentado ausente en la regulación específica del contrato. Asumir la vida laboral de alguien que trabaja -y que normativamente se le entiende como alguien valorable- debe comprender que las vicisitudes del trabajador de edad que justifican el enfoque diferencial en pro de la materialización de la igualdad. Y que, por lo mismo, posibilitan regular en nombre la igualdad, v.gr., la imposibilidad de despedir a una persona mayor sin que se le haya capacitado o sin que se le haya ofrecido un puesto diverso dentro de la misma organización. O que exista respecto de aquel un programa de seguimiento con beneficios tributarios para el empleador. Se mantiene simplemente, una estabilidad relativa aplicable a todos los trabajadores independiente de su edad, sin rasgo tutelar adicional en beneficio de la estabilidad y continuidad de la persona mayor.

17 El artículo 152 quinquies J del Proyecto, prescribe en su inciso 1º: “Se podrá regir por las normas de este capítulo el contrato individual que el trabajador persona mayor celebre con el empleador”.

18 “El concepto de transición hace referencia a cambios de estado, posición o situación, no necesariamente predeterminados o absolutamente previsibles, aunque algunos de estos tienen mayores o menores probabilidades de ocurrir por el cambio en la edad y las condiciones culturales o sociales de cada individuo. Las transiciones representan un cambio del rol y el estatus que se tenía con anterioridad, para iniciar otro con nuevos derechos y obligaciones; a veces puede implicar nuevas facetas de identidad social. Durante la vida, se experimentan una gran cantidad de transiciones. Por ejemplo, el inicio de un nuevo grado académico, el primer empleo, el inicio de la primera unión, o el nacimiento del primer hijo”, Cenobio-Narcizo, Guadarrama-Orozco, Medrano-Loera, Mendoza-de la Vega y González-Morales, 2019, p. 204.

19 “La trayectoria hace referencia a un camino de larga duración en el tiempo, que no necesariamente es permanente y estable, pero que se espera que tenga cierta continuidad. Para el enfoque del curso de vida, la trayectoria no supone alguna secuencia en particular ni determinada velocidad en el proceso del propio tránsito, aunque sí existen mayores o menores probabilidades en el desarrollo de ciertas trayectorias vitales. La trayectoria puede verse como un proceso: de la infancia a la vejez”, Cenobio-Narcizo, Guadarrama-Orozco, Medrano-Loera, Mendoza-de la Vega y González-Morales, 2019, p. 204.

Continuando con los enfoques -diferencial y del curso de vida-, nada suma el que bajo el futuro artículo 152 quinquies K²⁰ se prescriba que las funciones pactadas deben ser compatibles al alero de la condición física y las capacidades del trabajador. Existe suficiente jurisprudencia, tanto administrativa como judicial, que plasma en tanto manifestación del artículo 184 del Código del Trabajo, el alto deber de cuidado que debe tener el empleador en vistas a resguardar eficazmente la vida y salud del trabajador, sin distinción alguna referente a la edad de aquel. Dicho de modo diverso, este artículo deviene en funcionalmente irrelevante, pues igualmente el empleador en orden a la tutela eficaz del trabajador de edad deberá, indefectiblemente, considerar sus particularidades.

En lo tocante al derecho a la educación, llama la atención que no exista en la normativa contractual deber alguno reforzado de parte del empleador de tener que capacitar al trabajador mientras esté vigente la relación de trabajo. Tampoco hay lineamientos de beneficios tributarios dirigidos hacia la estabilidad, a impedir el término de la relación mediante, por ejemplo, la recolocación o la capacitación. Notar en esta traza que el Proyecto enfoca este derecho meramente desde la *inclusión*, desde un escenario particular dentro del íter contractual. El mero reconocimiento a la trayectoria y valorización de los conocimientos

El resto de la normativa contractual no analizada ni vinculada con las indirectas (152 quinquies L, M y N) es la manifestación positiva del Derecho al Trabajo al modo insinuado por los márgenes tutelares de este Proyecto de ley: mera flexibilidad insuficiente para alcanzar dignidad e igualdad de oportunidades, aun cuando sobre la mesa estructural se encuentren enfoques como los aludidos líneas atrás. Se traslada a la relación contractual, a las partes, las posibilidades de dotarse a sí mismas un mejor escenario laboral, reivindicando la autonomía de la voluntad. Sin embargo, darle flexibilidad al trabajador para adoptar ya sea una banda horaria dentro de una jornada ordinaria de trabajo, ya sea una jornada de libre elección horaria, en nada suma ni nada altera el escenario actual, y mucho menos dota de mayor concreción al Derecho al Trabajo en tanto garantía fundamental. Es más, las alternativas dadas por el Proyecto, así como las prohibiciones a las modificaciones unilaterales son perfectamente alcanzables con

20 Tal artículo establece: Compatibilidad de las funciones con la salud del trabajador persona mayor. Las funciones del trabajador persona mayor pactadas en el contrato de trabajo deberán ser compatibles con su condición física y sus capacidades, considerando los requerimientos de dichas funciones, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 184.

la normativa actualmente vigente. La letra N del 152 quinquies planeada por el Proyecto, es mera consensualidad. Nada nuevo, en verdad, agrega el Proyecto.

Pero, por lo demás, conceptualmente el Derecho al Trabajo asomado en este Proyecto queda absolutamente trunco a la luz de su riqueza dogmática y las problemáticas específicas de los trabajadores. Siguiendo a Claudia Rodrigo (2021), “la dimensión política y la dimensión jurídica del derecho al trabajo son dos maneras de proteger el empleo, principalmente, mediante la estabilidad o mediante la libre elección de trabajo, que se expresa en instituciones sociales que promuevan el acceso al empleo. Por lo tanto, en un análisis en circunstancias no ideales -en que la realización de los derechos fundamentales no es plena-, si es que falta una, debiese existir la otra. Dicho de otro modo, o existe garantía de mantención del puesto de trabajo mientras no medie justa causa, o existe libre elección de trabajo que se traduce en políticas de promoción de empleo, de formación y de reconversión laboral que posibilite el acceso libre a otro trabajo en supuestos de pérdida de trabajo. Si falta estabilidad y falta libre elección de trabajo, se disminuye de manera considerable el ámbito de protección del derecho al trabajo” (p. 222). Así, si bien resulta correcto señalar que el Proyecto procura asentar mejores pilares en beneficio del trabajador de edad, la verdad sea dicha ninguna de las 2 queda manifiesta con claridad supina, afectando las posibilidades finales de adaptación recíproca tanto del empleador como del trabajador anciano. Se dota institucionalmente de mejores herramientas a la empresa en pro de una intervención gerontológica en la vida laboral del trabajador²¹ y la inserción del mismo en el mercado, empero, deja el mismo flanco abierto que se buscaba cubrir: la falta de garantías estructurales en la institución del despido, no modificando la causal de necesidades de la empresa -verdadera causal que destraba al libre despido- dejando a la persona mayor trabajadora expuesta a la pérdida de su trabajo. Al mismo tiempo, tampoco hay un llamamiento expreso y prescrito dentro de los márgenes del nuevo contrato del adulto mayor del deber de capacitar, y tampoco hay mejores alicientes que los actuales en beneficio de las empresas.

IV. CONCLUSIONES

Recuérdese la pregunta con la que se inauguraba esta investigación: ¿Han resultado ser el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social chilenos unos sufi-

21 Vid. nota 58, artículo 12 inciso 3º del Proyecto.

cientemente tutelares, coherentes y eficaces considerando tanto la proyección demográfica de la población, pensando en la adecuación del trabajador de edad y la sustentabilidad del régimen de pensiones? La respuesta con la que cabe cerrar esta investigación es, a todas luces, negativa, siendo la intuición que cruza el primer punto, a modo de hipótesis, correcta. Es posible sustentar esta respuesta en los siguientes puntos:

- 1) Los trabajos de campo que se comparten demuestran claramente que, aun cuando uno de los principales motivos por los cuales para continuar trabajando son de tipo económico, no es menor advertir que altos porcentajes de trabajadores desean hacerlo, independientemente de esta clase de consideraciones. Esto es, en paralelo, consistente con las edades efectivas de jubilación tanto para mujeres (70,3 años) como para hombres (70,9 años), y con el grupo etario de edad que más concentra trabajadores activos. Se rompe un primer paradigma: el trabajador mayor si quiere trabajar después de los guarismos legales denotativos de la edad para jubilar.
- 2) Se plantearon los estándares de la Organización Internacional del Trabajo contenidos en sus Recomendaciones y el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013. A grandes rasgos, la OIT centra sus sugerencias en dar respuesta a las necesidades específicas a los trabajadores de edad, determinando recién como factor de discriminación la edad en el año 1962. Ya la Recomendación No 162 de 1980 apela a tener en cuenta a las necesidades específicas de los trabajadores de edad en empresas con complejidades económicas, buscando su readaptación en otra empresa, protección adecuada a ingresos, compensación financiera adecuada, entre otras ayudas. Otras Recomendaciones sugieren la protección de sectores proclives a la economía informal, tales como los trabajadores en análisis. También se promueve la seguridad básica del ingreso, al menos el mínimo nacional, como piso de protección social para el trabajador de edad desempleado.
- 3) La sustentabilidad de las pensiones puede verse mejorada en la medida que se retrase la edad de jubilación e incrementa el número de trabajadores contribuyentes del sistema de seguridad social, lo cual conlleva, al mismo tiempo, una morigeración de los factores que determinan precariedad desde el prisma del trabajador de edad. Se

propone una línea gerontológica de análisis e intervención dentro del área de producción en la que el trabajador se desempeña al posibilitar revisiones más focalizadas, bajo una gramática de derechos, abandonando la caridad y el asistencialismo tradicional. Fuera de las acciones públicas y privadas, se propone estimular la acción sindical.

- 4) Existiendo antecedentes suficientes sobre las precariedades laborales y de seguridad social de los trabajadores de edad, llama la atención que las reformas en ciernes, bajo el epítome de lo integral y el envejecimiento activo, sea tan feble en torno a la propuesta de medidas concretas en lo laboral específico. La actual Reforma al sistema de pensión se enfoque en el gasto público en pro de los montos y cobertura de la PGU, pero en caso alguno promueve medidas correctivas del mercado laboral con incidencia específica en la cuantía de las pensiones. Así también, si bien se reconocen en la Reforma integral del adulto mayor algunas sugerencias provenientes de las Recomendaciones de la OIT en relación con el actuar de los agentes públicos y la orientación de sus políticas, esencialmente, lo cierto es que ninguno de los enfoques -diferencial y de curso de la vida- impone desde lo contractual obligación alguna para el empleador, ni reconoce las particularidades de los trabajadores. Se acendra una tutela desde la revitalización de la autonomía de la voluntad, posibilitando que el trabajador elija un sistema de franja o libre determinación de la jornada; perspectiva naturalmente civilista que no es capaz de reconocer, siquiera, la disparidad de poderes en la relación de trabajo. Finalmente, no resulta baladí constatar el enfoque tendiente al mero ingreso del adulto mayor al mercado laboral, no existiendo lineamientos dirigidos a la terminación y capacitación con relación vigente y/o terminada, latamente exployados con anterioridad, sin buscar la adaptabilidad del trabajador a los nuevos requerimientos. No existe efectiva Libertad ni Derecho al Trabajo. No hay giros de tuerca suficientes en el Proyecto, siquiera esbozados, que permitan avizorar un mercado laboral sin las tradicionales precariedades estructurales del adulto mayor, entre ellas, la insuficiencia en la cuantía de las pensiones.

En resumidas cuentas, una vez más el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social chileno pierden una gran oportunidad de reajustar su estructura, enrie-

lándose hacia la coherencia tutelar en beneficio de un mercado laboral robustecido, haciéndola más eficiente y eficaz. Los trabajadores de edad denotan en su ruta laboral, parafraseando al enfoque de curso de la vida, la trayectoria y transiciones de estas ramas jurídicas. El punto es que siempre el Derecho tiene nuevas y briosas oportunidades, reconociendo que tras el error, existe siempre la posibilidad de enmendar y reformar, a diferencia de lo que ocurre con quien dice resguardar.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. (2000). *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, España: Comares, 2000.
- Blanco, M. (2011). El enfoque del curso de vida: orígenes y desarrollo. *Revista Latinoamericana de Población*, 5 (8).
- Cabezón, M.E y Larraín, C. (2021). Pensiones en Chile. ¿Cómo han evolucionado en el tiempo?. *Serie Informe Económico*, 197, 2021.
- Centro de Políticas Públicas UC. Adultos mayores: un activo para Chile. Disponible en: <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/06/Adultos-Mayores-un-activo-para-Chile.pdf>.
- CEPAL (2018). *La inserción laboral de las personas mayores en América Latina*. Obtenido desde <https://www.cepal.org/es/enfoques/la-insercion-laboral-personas-mayores-america-latina>.
- Cifuentes Lillo, H.: (2021). *Los adultos mayores y las pensiones por vejez en Chile*. Obtenido desde en <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13537/13874>.
- Cenobio-Narcizo, F., Guadarrama-Orozco, J., Medrano-Loera, G., Mendoza-de la Vega K., y González-Morales, D. (2019). Una introducción al enfoque del curso de vida y su uso en la investigación pediátrica: principales conceptos y principios metodológicos. *Boletín Médico del Hospital infantil de México*, 76 (5).
- Coloma Correa, R. y Agüero San Juan, C. (2014). “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2).
- Ferrada Bórquez, L.M. y Ferrada Bórquez, M. (2018). Calidad del empleo de los adultos mayores en Chile, un factor de envejecimiento activo. *Revista Papeles de Población*, 95.
- Gray-Gariazzo, N., Sisto-Campos, V., Basualto-Cárcamo, C., y Rivera-Tovar, M.A. (2019). Extension of working life and implications for occupational health in Chile. *Revista de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia*, 67 (4).

- Huenchuan Navarro, S. (2004). Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina. *Serie Población y Desarrollo*, No 51.
- Llanos Reyes, C., Pinto Sarmiento, Y., González Pizarro, J. (2023). La flexibilización laboral desde las décadas de 1970 y 1980. Una historia más allá de los límites de lo nacional. *Revista de Historia de la Universidad de Concepción*, 30.
- Observatorio del Envejecimiento-Pontificia Universidad Católica de Chile (2021). ¿Está Chile preparado para envejecer?». Obtenido desde https://observatorioenvejecimiento.uc.cl/wp-content/uploads/2021/03/Reporte-¿Está-Chile-preparado-para-envejecer__v7.pdf.
- Organización Internacional del Trabajo (2013). Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico. 1a ed. Ginebra, Suiza: Oficina internacional del Trabajo.
- Piña-Morán, M., Olivo-Viana, M.G., Martínez-Maldonado, Luz, M., Mendoza-Núñez, V. (2018). Intervención situacional gerontológica: estrategia para potenciar los roles sociales de los mayores. *Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social*, 56 (1).
- Pontificia Universidad Católica de Chile (2023). Trabajo y Personas Mayores a tres años de la pandemia. *Observatorio para el Envejecimiento*, 4 (23).
- Rodrigo Silva, C. (2021). El derecho al trabajo en el ordenamiento jurídico chileno: una mirada desde la precariedad laboral, Tesis doctoral para obtener el grado de Doctora en Derecho por la Universidad de Chile, y Doctora en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, Universidad de Salamanca. Obtenido desde https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/148415/PDAHJES_RodrigoSilvaC_Derechoaltrabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

PONENCIAS LIBRES

RETOS DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL SIGLO XXI

JAVIER PAITÁN MARTÍNEZ

Docente de las Maestrías en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP y Abogado por la UNMS. Miembro de la Red Iberoamericana de Investigación en Seguridad Social (RIISS) y de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas (SPJJ) de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTySS).

"Lo esencial en la protección social de la ciudadanía es invisible para los gobiernos (y, la propia sociedad)."

I. INTRODUCCIÓN

¿Cuáles son los grandes retos del siglo XXI para la seguridad social y el sistema de pensiones en concreto?

El problema más obvio al que nos enfrentamos es el del aceleramiento del envejecimiento poblacional y el fin del bono demográfico, en el que muchas personas que llegan a la etapa de la vejez, o antes de dicha contingencia, no cuentan con ninguna protección social. Pues, no acceden a ninguna pensión por lo menos para cubrir algunas de las necesidades básicas que son indispensables en toda sociedad, como son la alimentación y vivienda.

Tener más personas adultas no es ajena a nuestra realidad y al de muchos hogares de personas, quienes están excluidos de la protección social y, por ende, no tienen derecho a la seguridad social en pensiones.

Al respecto, con las pensiones consagradas como derechos fundamentales en la Constitución (artículos 10, 11 y 12, fundamentalmente), cuyo estudio teórico y normativo está a cargo del derecho previsional; se permite otorgar protección a la persona ante cualquier contingencia social (vejez, invalidez, muerte, entre otros riesgos), con el otorgamiento de prestaciones económicas suficientes, adecuada e íntegras. Razón por lo cual, existen los sistemas pensionarios o previsionales para garantizar el acceso a las pensiones, los cuales pueden estar bajo la administración del Estado, de empresas privadas o empresas mixtas.

Además de estas tendencias demográficas, nos enfrentamos a otros fenómenos que se presentan en este mundo de cambios acelerados, a saber: la informalidad laboral que incide crucialmente en el financiamiento de cualquier modelo de protección social; los cambios tecnológicos en plena Cuarta – y ya casi Quinta – Revolución Industrial, en el que viene mutando el mercado de trabajo con la proliferación del trabajo en plataformas virtuales y la creciente automatización del empleo; las migraciones que se van incrementando debido a las crisis políticas y conflictos armados en varios países; las brechas de género que impiden que las mujeres accedan a pensiones en similares condiciones que la

fuerza laboral masculina; los cambios climáticos que generan desastres naturales, pérdidas materiales y enfermedades (por ejemplo, los incendios en el Amazonas); las crisis económicas y humanitarias generadas por las pandemias (como el COVID-19); la politización de las pensiones por la falta de institucionalidad, valores democráticos y el planteamientos de reformas populistas y antitécnicas. A ello, se suma afrontar también el desafío de la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones, en el que resulta cada vez más ser insuficiente las cotizaciones de la clase laboral, en sobremanera, ante la ausencia de la participación (contribuciones) de los empleadores y el Estado.

De todos los fenómenos sociales y globales que están cambiando aceleradamente el mundo, ¿qué debería preocuparnos más? En este trabajo empezaremos describiendo lo que consideramos son los retos mundiales más urgentes y críticos que afronta el mundo en cuanto al sistema de pensiones, y luego analizaremos cómo están afectando al Perú.

II. EL SISTEMA DE PENSIONES FRENTE A LOS GRANDES FENÓMENOS SOCIALES Y GLOBALES

Entre otros factores, debido al “progresivo aumento de la edad media de la población y de su expectativa de la vida actual” (Tortuero, 1997, p. 695), la protección social, a través del otorgamiento de pensiones, ha transitado por diferentes etapas. Desde la previsión social hasta los seguros sociales, extendiéndose a los regímenes complementarios y voluntarios, inclusive, a otros sistemas no contributivos de pensiones, aunque de manera incipiente y más cercano a un modelo de asistencia social.

En el marco constitucional peruano, el sistema de pensiones responde a un modelo de corte dual o paralelo, además de laboralizado, contributivo y obligatorio. Por ello, está conformado por dos sistemas, uno privado y otro público¹, tal como se detalla a continuación:

1 A la fecha, se cuenta con una propuesta de reforma del sistema de pensiones, aprobada el 22 de agosto de 2024 por el Congreso (con solo 38 votos, de un total de 130), cuya Autógrafa fue enviada al Ejecutivo el pasado 03 de setiembre. Esta propuesta, a nivel formal, pretende implementar un *sistema multipilar*; puesto que, en la realidad de los hechos, no plantea cambios estructurales y paramétricos, ni muchos menos del financiamiento, gestión y administración del sistema. Es una “reforma de escritorio”, ajena a la realidad y que no cuenta con legitimidad social.

- a) El Sistema Privado de Pensiones (SPrP), regulado por el Decreto Ley 25897 y administrativo por las Administradoras de Fondos de Pensiones - AFP; y,
- b) el Sistema Público de Pensiones (SPuP), el cual está integrado por un régimen general, regulado por el Decreto Ley 19990, administrado por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, que representa el Sistema Nacional de Pensiones (SNP). Además, este sistema público se encuentra integrado por 3 regímenes previsionales especiales: (i) los servidores civiles del Decreto Ley 20530; (ii) los militares y policías del Decreto Ley 19846 y del Decreto Legislativo 1133²; y, (iii) los funcionarios diplomáticos del Decreto Legislativo 894.

En ese sentido, el modelo peruano de protección social, luego de haber pasado por un sistema de previsión social público a uno privatizado, se puede avizorar que, “es un sistema que no encaja [del todo] en ninguno de los modelos teóricos tradicionales, tanto el de Bismark (modelo contributivo, donde las aportaciones de los participantes del modelo financian los beneficios de esos mismos participantes, excluyendo a los que quedan fuera) como es el de Beveridge (modelo no contributivo donde la financiación proviene de impuestos generales y los beneficios tienen a ser universales)” (Gallego, 2015, p. 7).

Tenemos un modelo *sui generis*. Este está condicionado por la evolución histórica del país, así como por sus normas constitucionales y legislativas que, con sus avances, reformas y sus retrocesos, ha permitido la coexistencia, en un primer momento, de dos sistemas contributivos y obligatorios: uno público, administrado por la ONP y otras entidades a cargos de dos de los regímenes previsional especiales; y, otro privado, administrado por las AFP. A estos, se sumaron los regímenes complementarios (Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo - SCTR, verbigracia), los regímenes voluntarios y, recientemente, un sistema no contributivo de forma asistencial (Pensión 65 y Pensión para personas con discapacidad severa), aunque todavía de manera incipiente.

2 Al respecto, existe una propuesta de reforma del Decreto Legislativo 1133, aprobada el 13 de junio de 2024 por el Congreso (con una mayoría de 95 votos), cuya Autógrafa fue enviada al Ejecutivo el pasado 13 de junio. Con esta propuesta, entre otros aspectos, se pretende restituir la *nivelación* pensionaria (a pesar de que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución la proscribió y el TC la consideró como un abuso de derecho), razón por lo habría sido observada.

Ahora bien, los sistemas de pensiones, como del Perú, afronta diferentes retos propios de un mundo de constantes riesgos y que envejece. Entre otros fenómenos sociales que se presentan en pleno siglo XXI, en el presente trabajo abordaremos los siguientes: el envejecimiento poblacional, la informalidad laboral, el trabajo en plataformas digitales y la sostenibilidad financiera de las pensiones.

1. Envejecimiento poblacional

El fenómeno del envejecimiento poblacional es un desafío común en todos los países. Ello, como producto del nuevo contexto demográfico y sus cambios acelerados.

¿Qué se entiende por envejecimiento poblacional o demográfico? En términos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2020, p. 14), es “(...) el aumento progresivo de las personas de 60 y más años en la población total, lo que resulta de una gradual alteración del perfil de la estructura por edades”. Así, tiene como “(...) rasgos clásicos (una pirámide con base amplia y cúspide angosta) [que] se van desdibujando, para darle una fisonomía rectangular y tender, posteriormente, a la inversión de su forma inicial (una cúspide más ancha que su base).

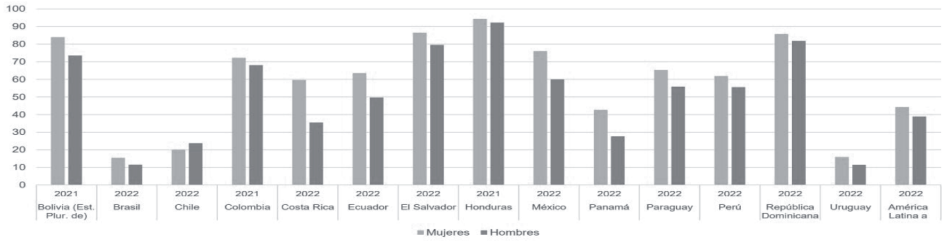
A causa de este fenómeno, disminuye cada vez más las tasas de mortalidad y fertilidad, el grupo de población de 60 años o más va creciendo aceleradamente que cualquier otro grupo de edad, con proyecciones a triplicar su número en el año 2050 (en el que dos tercios de la población mundial de ese grupo vivirá en países de ingresos bajos y medianos, esto es, aproximadamente 9.800 millones), alcanzando su pico en la década de 2100 (un máximo de casi 11.000 millones). Este fenómeno tiene efectos importantes para el desarrollo económico, los mercados de trabajo y la protección social de los países desarrollados y en desarrollo (Galasso, 2008, pp. 1-9; OIT, 2013, p. 123).

Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, (CEPAL, 2024), en América Latina y el Caribe la población “alcanzó una cifra de alrededor de 663 millones de habitantes, lo que representa cerca del 8,1% de la población mundial, que hoy se aproxima a 8,2 mil millones de personas”.

En el 2056, se espera que la población llegue a su máximo. En la región, y en comparación con América del Norte, Europa, Oceanía, Asia y África, la

longevidad sigue acrecentándose, pese a que presentó la mayor pérdida de años de esperanza de vida al nacer durante la pandemia. Se está experimentando un acelerado proceso de envejecimiento demográfico, pues “en 2050 habrá 2,1 veces más personas mayores que en 2024”, por lo que la región en las próximas décadas encabezará el proceso de envejecimiento. Y, desde ya se evidencia un mayor crecimiento del grupo de edad de 80 años y más, con una proyección de que el bono demográfico finalice en 2027; lo cual genera bajos niveles de cotización de personas ocupadas a un sistema previsional y, por ende, una insuficiencia de ingresos durante la vejez. (Zulma Sosa, PPT 4-12).

Gráfico 1: América Latina y el Caribe (14 países) - personas mayores de 65 años que reciben pensiones insuficientes según sexo, 2021- 2022 (En porcentajes)



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), CEPALSTAT [base de datos en línea] <https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/dashboard.html?theme=1&lang=es>, sobre la base del Banco de Datos de Encuestas de Hogares (BADEHOG)

Elaboración: (Zulma, 2024).

El Perú cuenta con una población aproximada de más 34 millones de habitantes, del cual más de 4 millones 747 mil son habitantes de 60 y más años, los mismos que conforman la población adulto mayor en el país³.

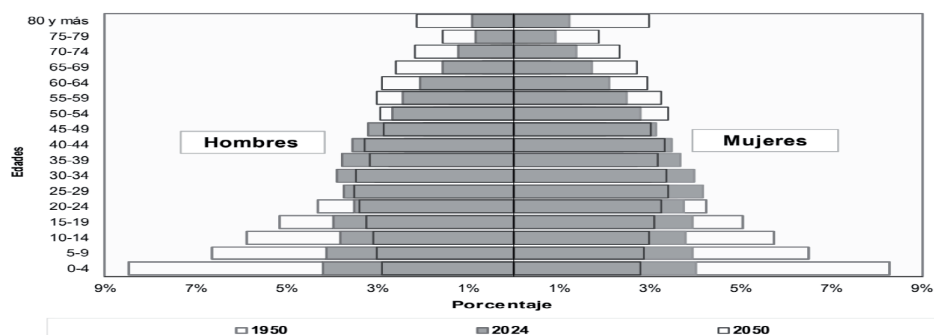
Por las características demográficas del Perú, este es considerado como un país de envejecimiento moderado. Sin embargo, debido a los cambios en la dinámica poblacional que viene experimentando desde la segunda mitad del siglo XX, se prevé la modificación drástica de dicha situación hacia finales del siglo XXI (Olivera y Clausen, 2014, p. 77).

En 1950, de cada 100 personas 42 eran menores de 15 años de edad y solo 6 tenían 60 y más años, siendo estos últimos los adultos mayores. Actualmente (2024), 24 de cada 100 habitantes son menores de 15 años. “En este proceso de

3 Según la Ley 30490, Ley de las Personas Adultas Mayores, se entiende por personas adultas mayores a todas aquellas que tenga 60 o más años de edad.

envejecimiento de la población peruana, aumenta la proporción de la población adulta mayor de 5,7% en el año 1950 a 13,9% en el año 2024”; y, para el año 2025, los menores de 15 serían el 24% y los adultos mayores el 13%, por lo que, el Perú incrementará su población de 60 y más años de 3.0 a 4.3 millones, mientras que los jóvenes se mantendrán en 8 millones. (INEI, 2024, p. 1)

Gráfico 2: Distribución relativa de la población peruana por edades y sexo, 1950, 2024 y 2050



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) - Perú: Estimaciones y Proyecciones de la Población Nacional, por Año Calendario y Edad Simple, 1950-2050. Boletín Especial N° 24.

Elaboración: (INEI, 2024, p. 11).

Desde 1950 se han producido cambios en la estructura poblacional, con un incremento del grupo de los adultos mayores y la disminución de la población joven, debido al descenso de la fecundidad y un aumento de la esperanza de vida. Dichas causas, entre otras, han propiciado el envejecimiento de la población, cambiando la forma clásica de la pirámide de la estructura poblacional por edades a un nuevo perfil, que ya tiende a ser rectangular. (INEI, 2024b, pp. 9-13)

Ahora bien, en Perú solo el 33,8% de los adultos mayores tiene cobertura del sistema de pensiones (representado por el 40,4% y 24,4% en hombre y mujeres, respectivamente), frente a un 62,2% que no tiene protección social en pensiones, encontrándose en condición de pobreza (representado por el 59,6% y 75,6% en hombre y mujeres, respectivamente). Su nivel de gasto no cubre el costo de una canasta alimentaria y no alimentaria. (INEI, 2024a, pp. 14-16; INEI, 2024a, p. 16)

¿El Perú está envejeciendo sin protección social y sin pensiones ante la vejez? Posiblemente, no solo sin pensiones sino también sin financiamiento para los que actualmente son pensionistas del SNP, SPPrP y Pensión 65 (ese grupo no mayor del 33,8% de los adultos mayores). Mientras más envejece la sociedad,

sumando a los otros grandes fenómenos sociales (por ejemplo, la informalidad laboral), se tendrá menos personas en el mercado laboral y, por ende, un número reducido de cotizantes para financiar el pago de las prestaciones económicas en el presente y futuro.

Si no se toman medidas en el presente frente al fenómeno del acelerado envejecimiento poblacional, por todos los actos involucrados, principalmente, de los poderes Ejecutivo y Legislativo, es inminente la pobreza y desigualdades sociales entre los adultos mayores del Perú.

2. Informalidad laboral

¿Qué es informalidad laboral? Según lo dispuesto por la Recomendación núm. 204 (OIT 2015), en la definición “economía informal”, por la cual se “(...) hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que —en la legislación o en la práctica— están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto;” está incluida la informalidad laboral. (OIT, 2024, p. 14)

Al respecto, la informalidad laboral – diferenciándose de las informalidades tributarias, registrales y de acceso a los mercados – se presenta cuando una persona que trabajan en unidades económicas del sector formal (privado o público), realiza labores de forma asalariada y subordinada, pero no está registrada en planilla bajo ningún régimen laboral y, por ende, está excluida del estatuto protector de los sistemas de protección social (Sánchez, 2021, p. 381).

En América Latina y el Caribe, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2024, pp. 17-19) “la informalidad laboral afecta a uno de cada dos trabajadores”. Así, en 2022, “los países con menor informalidad fueron Chile y Uruguay, mientras que el país con mayor informalidad fue Bolivia”, seguido por Perú. Si bien, durante la primera década del siglo XXI, la informalidad disminuyó, debido al estancamiento económico en los últimos 30 años entre 2015 y 2019, conllevó también el estancamiento o incluso la reversión de las mejoras de formalización en la región. La informalidad persiste y se agrava cuando el crecimiento se ralentiza (mientras mayor sea el PBI per cápita de un país, menor tasa de ocupación informal tendrá este).

Gráfico 3: Tasa de ocupación informal vs. población cubierta por protección social.
América Latina y el Caribe. 2020



Fuente y elaboración: (OIT, 2024, p. 23).

En tanto no se tenga crecimiento económico, con un incremento de la productividad, no se contribuye en nada a la disminución de la informalidad laboral. Según la OIT (2024), la mayor parte de esta informalidad está constituida por los trabajadores del sector informal, muy vinculada a la presencia de trabajo por cuenta propia (autoempleo y empleos vulnerables) y estrechamente ligada con el fenómeno del “trabajador pobre”. Estos empleos precarios a su vez implican un menor acceso a protección social por parte de los trabajadores y sus familiares, como es el caso de Perú que mantiene una tasa de empleo informal mayor al 70%. Ahora bien,

“(…) los países con mayor tasa de ocupación informal tienen un menor porcentaje de población cubierta por pisos o sistemas de protección social. Esta problemática se agrava en las áreas rurales y en los trabajadores por cuenta propia, donde se presenta una informalidad aún muy elevada.

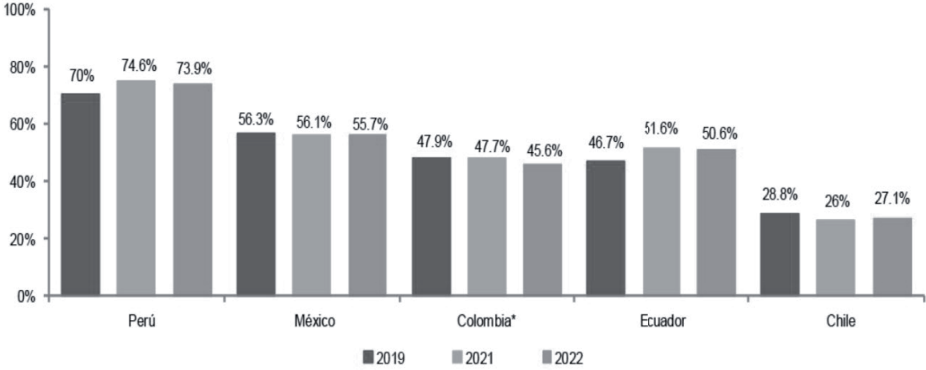
(…)

La informalidad afecta más a poblaciones vulnerables o a aquellas que tienen dificultades para trabajar a tiempo completo y a unidades económicas de baja productividad, como las mujeres y los jóvenes, los menos educados, los migrantes, las actividades agropecuarias, las empresas de menor tamaño, y las zonas rurales (OIT 2018b).” (pp. 19-23)

Si bien “el derecho del trabajo constituye, al igual que el resto de la regulación social en su conjunto, una de las grandes conquistas sociales del siglo veinte”, “no es sorprendente que hoy se halle en una encrucijada” (Bronstein, 2010, p. 1). Debido, fundamentalmente, a “los altos niveles de informalidad laboral” y “la precariedad en la duración del vínculo y el predominio del contrato

a plazo fijo”, debilitando a los trabajadores como “sujetos sociales”. (Sánchez, 2021, p. 80).

Gráfico 4: Evolución de la informalidad laboral, según países (segundo trimestre de 2022)



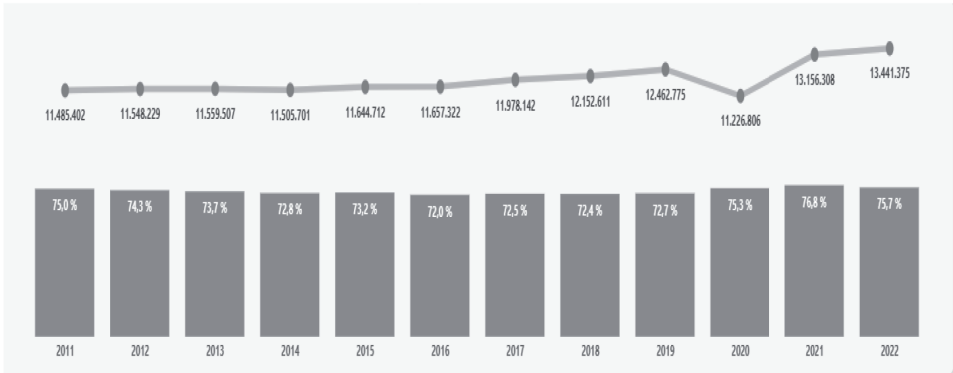
* Se consideran las 23 ciudades y áreas metropolitanas

Fuente: Enaho, Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Instituto Nacional de Estadística y Censos (INCE), Instituto Nacional de Estadísticas (INE).

Elaboración: COMEXPERU.

En el Perú, de forma similar a los países en vías de desarrollo, se mantienen altas tasas de informalidad, subempleo y ocupación en microempresas, más aún en sus áreas urbanas (León, 2012, p. 331). Según el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE, 2024, p. 4), la evolución de la informalidad en el Perú, desde el 2011 al 2022, se ha mantenido en más del 70% de la Población Económicamente Activa Ocupada (PEA Ocupada), integrada por personas de 14 a más años de edad que trabajan o tienen la posibilidad laboral,

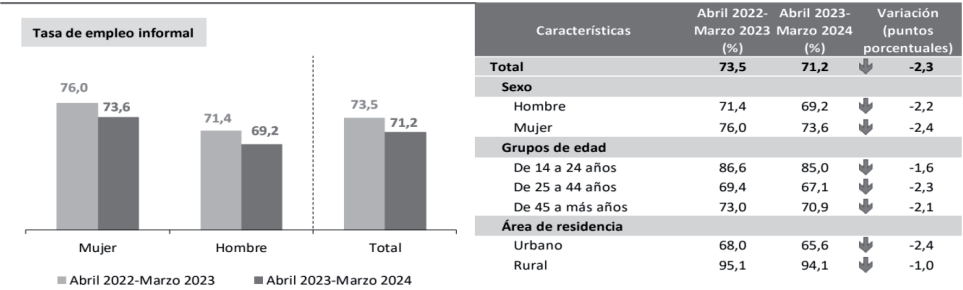
Gráfico 5: Perú – Empleo Informal, 2011-2022
(En cantidades y porcentajes)



Fuente: Encuesta Nacional de Hogares.
Elaboración: MTPE - Observatorio de la Formalización laboral.

Igualmente, en el periodo abril 2023-marzo 2024, la tasa de empleo informal se ubicó en 71,2% (disminuyendo en 2,3 puntos porcentuales al mismo periodo del año anterior –73,5–), mientras que la tasa de empleo formal fue de 28,8%. (MTPE, 2024).

Gráfico 6: Perú – Tasa de empleo informal, según características,
Abril 2022-Marzo 2023 y Abril 2023-Marzo 2024



Fuente: INEI - “PERÚ: Comportamiento de los Indicadores del Mercado Laboral a Nivel Nacional y en 26 Ciudades”. Mayo, 2024.
Elaboración: MTPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

Teniendo en consideración la evolución de la informalidad en el Perú hasta la actualidad, el grupo grueso de la PEA Ocupada, además de no ser beneficiarios de una Remuneración Mínima Vital - RMV fijada en S/ 1,025 soles y no contar con algún ingreso mensual fijo que le permita cubrir la canasta básica de consumo; no acceden a ninguna pensión. Aproximadamente, 7 de cada 10 tra-

bajadores laborarían en condiciones de informalidad, siendo que solo 3 personas serían los únicos que tienen alguna forma de protección social, aunque limitada.

La protección social está focalizada en la PEA Ocupada formal, mas no en la informal. Esta última es un problema de larga data en el país – que tiene la segunda tasa más elevada de Latinoamérica –, generando pérdida de empleos formales y afectando la dinámica de las cotizaciones y acceso a una pensión, sobre todo, en la vejez.

El fenómeno de la informalidad laboral, además de ser global, es predominante complejo y producto de diferentes causas. Además, entre otros efectos que genera, está el impedir construir un sistema de pensiones sostenible financieramente, cuando aquel se enmarca todavía en los seguros sociales.

Ser trabajador informal en el Perú es estar excluido de cualquier mecanismo de protección social, sin acceso a ninguna pensión, en sobremanera cuando llegues a la etapa de la vejez.

3. Trabajo en plataformas virtuales

El fenómeno de los trabajadores de plataformas, con la llegada de la digitalización y la automatización tecnológica, está transformando profundamente el mundo laboral, destruyendo, transformando y generando puestos de trabajo”, aunque contribuyendo “a una precarización del mercado laboral”. Ello, también tiene un impacto en el mundo de la protección social, por el “deterioro de la calidad de empleo” formal (CEPAL y OIT, 2021, p. 23), y la restricción del acceso a este último, por la falta de regulación de las legislaciones nacionales.

Este fenómeno, conocido también como la gig economy o economía gig, es “un nuevo formato para generar ingresos fuera de la idea de trabajo tradicional en la cual una persona se encarga de realizar una tarea específica, y cobra este servicio de forma independiente.” (Rodríguez y Azuara, 2022).

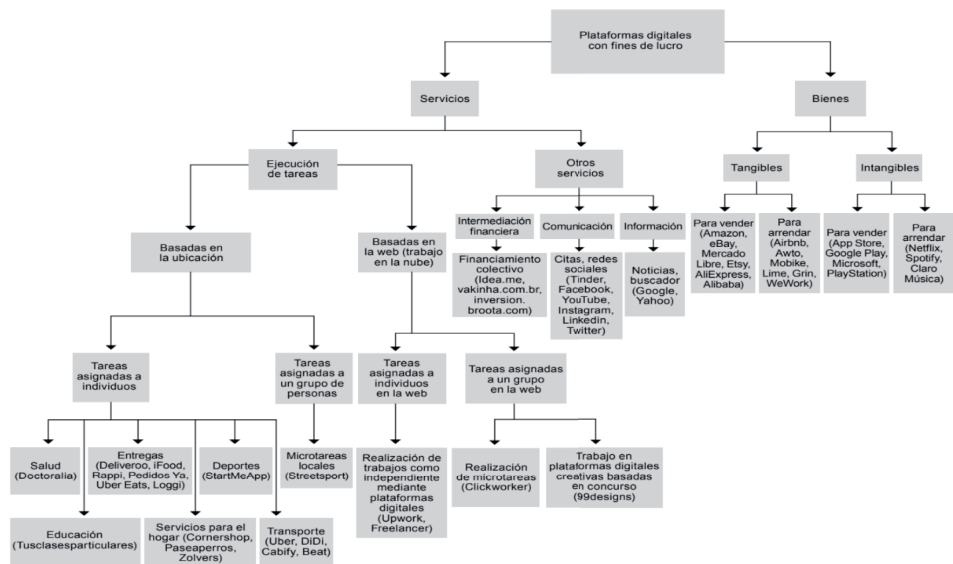
Esta nueva forma de organización del trabajo es denominada “la Gig Economy”, la cual está formada por aquellas empresas que a través de una plataforma virtual (app, página web, etc.) organizan la prestación de un servicio” (Todolí, 2018, p. 28). En este modelo de trabajo, las “empresas de la nueva Gig economy, toman una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y la descentralizan hacia un indefinido y, normalmente, gran

número de personas en forma de llamamiento o convocatoria”; por lo que se presentarán tres elementos:

i) por una parte, los “solicitantes”, que son empresas o particulares que requieren que se realice en su beneficio una prestación de un servicio; ii) los trabajadores que prestan los servicios; iii) y, en tercer lugar, las plataformas virtuales que se encargan de utilizar las tecnologías de la información para unir oferta y demanda y que perciben un porcentaje por cada prestación de servicios realizada. (Todolí, 2018, p. 28)

El trabajo en las plataformas digitales se puede efectuar en diferentes categorías, ya sean con fines de lucro de bienes (comercialización) y servicios (acceso y ejecución), encontrándose en las siguientes categorías: (CEPAL y OIT, 2021, p. 25):

Gráfico 7: Categorías de plataformas digitales con fines de lucro de bienes y servicios



Fuente: Menéndez, “Clasificación del trabajo en plataformas digitales”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), s/f, inédito, sobre la base de F. Schmidt, *Digital Labour Markets in the Platform Economy: Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work*, Bonn, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2017.

Nota: Entre paréntesis se mencionan ejemplos de cada categoría.

Ante el impacto generado por a gig economy en el mundo del trabajo, aunque sin soluciones uniformes e inmediatas, la seguridad social también se ve seriamente afectada. La precarización del trabajo en las plataformas virtuales al no estar en línea con el trabajo decente genera que en la gig economy no exista

responsabilidad de la protección socio laboral de los trabajadores, “quienes, según la posición de las empresas de la plataforma, son independientes o “socios” (CEPAL y OIT, 2021, p. 36).

Debido a ello, en el Perú, como en muchos países de Latinoamérica, y al estar la protección social focalizada en el empleo formal, automáticamente, los trabajadores de plataformas virtuales quedan excluidos de acceder a las pensiones, por ejemplo, en la vejez. El acceso a dichas prestaciones económicas se condiciona a que tengan reconocido una relación laboral formal, es decir, estén registrados en planilla, como los están actualmente los trabajadores que forman parte del modelo tradicional de trabajo.

La desprotección social de los trabajadores de plataformas digitales es manifiesta. Pese a que existen muchas herramientas que ofrece la era digital (teléfonos celulares, aplicativos, etc.), no existe ningún modelo inclusivo de protección social en pensiones para dicho grupo en el siglo XXI.

Solo tenemos esfuerzos reducidos, por parte del BID y no del Estado, para que dicho grupo sea incluido a un sistema de ahorro “voluntario” para el retiro, como fue el caso de 1682 conductores de Cabify (Azuara et al, 2021, pp. 131-134). O, escasos estudios y propuestas normativas sobre dichos fenómenos en el Perú (Dinegro, 2020 y 2021). El trabajo en plataformas refleja un contexto incierto para los trabajadores, sin condiciones justas; ergo, sin que las plataformas o el Estado provea una red de seguridad social.

4. (In)sostenibilidad financiera

El sistema de pensiones del Perú todavía se encuentra en la etapa del seguro social. Por ello, solo se tiene como principal fuente de financiamiento los aportes y contribuciones, que se realizan en materia de pensiones por parte los trabajadores (dependientes, de manera obligatoria, e independiente, de forma voluntaria) y muchas veces subsidiado con el presupuesto fiscal del Estado ante las insuficiencias de la caja que las atiende.

Existe una clara correlación entre base de cotización y salario en nuestro país. Así, todos los ingresos considerados como remunerativos se consideran como base de cálculo para las aportaciones previsionales, siendo únicamente excluidos aquellos ingresos considerados como condiciones de trabajo u otros que por su particular consideración o percepción excepcional son exonerados de tal carga.

Dichas aportaciones, al ser considerados como un tipo de tributos, aun teniendo naturaleza previsional, impide que se puedan implementar políticas de protección social y fiscales, tales como promover la regulación de impuestos especiales de corte previsional; así como, respecto a los fraudes contra la seguridad social, promulgar una Ley de Delitos Previsionales.

Ahora bien, el Estado es el último garante de las obligaciones en la seguridad social y, por tanto, es el responsable de cubrir el déficit que se produce en los requerimientos de atención en salud y pensiones.

En la Constitución Política de 1993 ni en leyes normativas no hay disposición que regule la obligación del Estado de aportar a la seguridad social, siendo que su artículo 12 solo establece que, los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles y no pueden ser destinados a fines distintos a los de su creación, se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

No obstante, ello no es impedimento para que, en el Presupuesto Público, a corto, mediano y largo plazo, se disponga una partida de transferencia de recursos para financiar a los seguros sociales, con la finalidad de redistribuir el ingreso nacional, paliar sus déficits, cubrir los egresos derivados de la atención a ciertos grupos no cotizantes, o devolverle a la seguridad social los recursos tomados por el Estado.

Asimismo, es menester señalar que, legislativamente, existe la posibilidad de invertir las reservas de la seguridad social. Los ingresos de cada régimen de prestaciones, además de cubrir los gastos de las prestaciones y su administración, también posibilitan la constitución de un fondo de reserva que puede tener dos finalidades y cuantías, según la clase de prestaciones para las que se encuentren destinadas. Así, por ejemplo, en el SNP se permite la inversión de las reservas conforme a los criterios señalados en artículo 22 del Decreto Ley 19990 (la seguridad de su valor real, liquidez, mayor rentabilidad posible, entre otros).

Por otra parte, las sanciones administrativas y su tipificación penal errada coadyuvan el incumplimiento del pago de las aportaciones y, por ende, el desfinanciamiento de los seguros sociales. La falta de políticas sociolaborales y de seguridad social impide otorgar todas las prestaciones propias de un sistema de seguridad social, aun en su estadio de seguros sociales, así como su tratamiento autónomo (como Derecho previsional) para cumplir con otorgar cobertura a todas las contingencias sociales (desempleo, prestaciones familiares, por ejemplo).

El costo financiero de corto y mediano plazo de este nuevo modelo de protección social frente a la jubilación debe incluir las siguientes variables: monto mensual de la pensión, tasa de variación anual de la pensión, costo total anual producto del pago de las pensiones, porcentaje imputable por concepto de gastos administrativos y costo anual de operaciones del régimen.

Asimismo, el costo total del régimen en función del Producto Bruto Interno (PBI), se debe dimensionar con base en una proyección de este en función de la tasa de crecimiento de los últimos años. En este aspecto, en el financiamiento del nuevo modelo multipilar de pensiones deben participar todos los ciudadanos (como un deber de solidaridad), y no solo los trabajadores. Debido a que la cobertura de pensiones de jubilación es universal, el financiamiento también debe seguir ese mismo camino.

El análisis de la sostenibilidad financiera no es exclusivo de los sistemas públicos, también resulta aplicable a los sistemas privados, sobre cuando ambos se interrelacionan (Gonzales y Daniel, 2024, p. 360).

Sobre el particular, la principal y casi única fuente de financiamiento que se regula en la legislación nacional se da a través de las cotizaciones de la clase trabajadora (por la que también se financia los gastos de administración), sin intervención de los empleadores, pero sí del Estado solo cuando subsidia un esquema de protección social que no cuenta con el financiamiento para brindar las prestaciones. No existen otras fuentes de financiamiento directo de la seguridad social, tampoco propuestas para incrementar la tasa de cotización o creaciones de impuestos especiales, debido a la politización extrema de la materia o la falta de voluntad, por ejemplo. En el marco del Convenio 102 de la OIT, se sigue incumpliendo con garantizar el principio de solidaridad, al no implementar medidas para la participación de toda la sociedad (trabajadores formales, independientes, ciudadanía en general) en la sostenibilidad financiera del sistema de protección social del Perú, más aún cuando ello no podrá ser mantenido vía subsidios del Estado en el mediano y largo plazo.

En el aseguramiento de la suficiencia económica (pensiones), existe una evidente segmentación en el mercado de pensiones, pues los trabajadores con mayores ingresos y puestos de trabajo relativamente estables prefieren afiliarse a las AFP; mientras que a aquellos con ingresos bajos optan por la ONP. Con este modelo paralelo, focalizado y contributivo, se presenta una constante y sostenida disminución de las aportaciones de los cotizantes debido a: la utilización de

mecanismos de jubilación adelantada, la alta tasa de desempleo e informalidad, empleos precarios y el incremento de la expectativa de vida de los asegurados; además, de presentarse una fuerte evasión y mora en el pago de las aportaciones.

III. ¿TIENE OPCIONES EL SISTEMA DE PENSIONES PARA AFRONTAR LOS RETOS DEL SIGLO XXI?

Para brindar una o varias respuestas a la mencionada interrogante, en principio, es imprescindible recordar que la seguridad social en pensiones se sustenta fundamentalmente en los siguientes pilares: universalidad (cobertura de pensiones para la ciudadanía, y no solo los trabajadores dependientes y formales), solidaridad (participación de toda la ciudadanía en la garantía del derecho humano fundamental a la seguridad social), integralidad (pensiones eficientes, oportunas y suficientes), sostenibilidad financiera (capacidad económica del país) e institucionalidad (administración directa e indirecta del sistema de pensiones a cargo del Estado).

Si un sistema de pensiones tiene en cuenta como mínimo la implementación de los mencionados principios, posiblemente, tenga alguna opción para afrontar los diferentes fenómenos sociales y globales del siglo XXI – una realidad innegable –. Ello, para brindar una seguridad económica universal y sostenible en tiempo de las personas que lo requieran cuando se presenten las contingencias sociales (enfermedades, accidentes, vejez, etc.).

Para tal efecto, y ante cualquier evaluación o propuesta de reforma del sistema previsional, resultará necesario transitar por un proceso de “disrupción”. Este último término debe ser entendido como “una forma de cuestionar cómo son las cosas, de romper con lo hecho y visto anteriormente, de rechazar lo convencional”. (Dru, 1997, p. 11)

Al respecto, la disrupción es una “herramienta que ofrece a quienes quieren alumbrar nuevas ideas una oportunidad de hacerlo”, a través de la implementación de las siguientes propuestas que permitirán, en el sistema pensionario:

- (i) “identificar lo que impide pensar con claridad (convencionalismo)”, describiendo el diagnóstico actual del sistema de pensiones;
- (ii) poner “en tela de juicio” dicho convencionalismo “con una idea radicalmente nueva (disrupción)”, planteando la (des)mercantilización y (des)laboralización de las pensiones; e,

- (iii) identificar “la meta hacia la que se avanza, una dirección establecida de manera más o menos intuitiva (visión)” (Dru, 1997, p. 11)⁴. Esto implica implementar un nuevo y revolucionario modelo de protección social universal para afrontar los desafíos del envejecimiento, informalidad laboral, plataformas digitales, financiamiento, entre otros, para la seguridad de los ingresos, sobre todo en la vejez.

En el presente trabajo, se abordará principalmente los dos primeros puntos en el proceso de disrupción del sistema de pensiones, puesto que en tanto no se conozcan ellos, resultaría imposible plantear alguna reforma o revolución de este⁵.

1. Diagnóstico del actual sistema de pensiones: ¿Reformas sin norte fijo?

Los sistemas pensionarios en el Perú, predominantemente, son entendidas desde el ámbito laboral y previsional, mas no desde la seguridad social propiamente.

En la actualidad nuestro sistema pensionario está: (i) laboralizado, pues los sujetos protegidos son únicamente los trabajadores, por eso lo consideran solo como un derecho laboral y no un derecho humano fundamental; (ii) focalizado, pues solo protege a no más del 30% de la PEA Ocupada; (iii) desordenado, pues existen una variada e incongruente regulación en la legislación nacional en materia previsional; (iv) inequitativo, pues los montos de las pensiones no son iguales en el propio sistema público de pensiones; (v) en deconstrucción, por la promulgación de normas que vulneran el C102 y la Constitución de 1993; y, (vi) sin reformas estructural y paramétrica, con base en una política de protección social.

El sistema de pensiones peruano no resuelve los problemas sociales del pasado ni del presente, a pesar de haber transitado de una protección focalizada a una cobertura universal. Este avance es interrumpido por medidas populistas

4 Dru, J-M. (1997). Disrupción. Desafiar los convencionalismos y estimular el mercado. Madrid: Editorial Eresma & Celeste Ediciones.

5 Al respecto, se puede revisar un trabajo nuestro (Paitán, 2023), en el que se aborda un estudio detallado de las diferentes propuestas de reforma del sistema de pensiones peruano, previa su deslaboralización, entre otros aspectos; y, en el marco de las nuevas formas de protección social que se presentan en el siglo XXI, a saber: Renta Básica Universal, Sistema de Cuentas Nacionales, Piso de Protección Social y Sistema Multipilar. Este último fue planteado por Beveridge en el año 1942. Paitán, Javier. (2023). *¿Estamos protegidos en la vejez? Jubilación, deslaboralización y un modelo para armar*. Lima: Palestra.

y antitécnicas, como son las normas del libre retiro de fondo de pensiones, con el que se pretende desaparecer no solo al SPrP sino, y principalmente, a todo el sistema de pensiones construido hasta antes el 2016; o, propuestas normativas que no brindan respuesta alguna a los grandes retos que afronta la seguridad social en el siglo XXI.

Desde hace muchos años atrás en el Perú, se han planteado varias propuestas de reforma del sistema de pensiones en general, centrándose en el SNP como en el SPrP. Hasta la actualidad (2024), las propuestas de reforma presentadas por parte del Congreso (Comisiones de Trabajo y de Economía, inclusive por iniciativa particular de varios congresistas de la República) y del Ejecutivo (mediante la Comisión Multisectorial creada por el Decreto Supremo 081-2022-PCM, modificado por los Decretos Supremos 012-2023-PCM y 045-2023-PCM), solo han planteado la creación de un sistema multipilar, en el que se combinen los pilares contributivos (ONP y AFP, por ejemplo) con los pilares no contributivos (Pensión 65, por ejemplo), adicionándose un pilar complementario (siendo para los trabajadores dependientes voluntario e independientes obligatorio, en este último, para financiar las pensiones por consumo).

Lamentablemente, todas estas propuestas devienen solo de un proceso de diálogo aislado entre los funcionarios de dichos poderes del Estado, con altas probabilidades de la intervención de las empresas privadas encargadas de administrar el SPrP. Ello, no es producto del diálogo y concertación social, en el que se involucre activamente a las organizaciones sindicales, asociaciones de pensionistas y censantes, y a la ciudadanía en general; quienes son los verdaderos actores y beneficiarios de cualquier reforma de un derecho humano y fundamental, como son las pensiones.

Asimismo, determinadas propuestas (como la planteada por la Comisión de Economía) no está alineada con los estándares internacionales, pues pretende privatizar la protección social en pensiones, impidiendo que muchas personas que solo perciben la RMV (S/ 1,025) tengan garantizada una pensión mínima en similar monto al que se prevé en el SNP (S/ 500).

Al privatizar todo el sistema de pensiones peruano, cada trabajador al momento de sufrir una contingencia, como la vejez, solo accederá a una prestación de acuerdo con el fondo acumulado en la CIC, y por el tiempo que dure en el monto determinado (por ejemplo, S/200 solo por 2 o menos años). Del mismo modo con la creación de las pensiones por consumo, cuya administración estará

a cargo de las AFP, con el cobro de las comisiones, las reglas de juego que se mantienen en el SPrP y diferentes crisis globales que se presentan, imposibilitará contar con un fondo suficiente en el CIC para acceder a una pensión, inclusive en un monto inferior a la pensión mínima que otorga el SNP.

Por otro lado, en el contexto de planteamientos de reformas del sistema de pensiones desde el Congreso, este también aprobó proyectos de ley para autorizar el retiro de fondos del SPrP (sumando 7 retiros a la fecha), sin que estas últimas siquiera advierte que el Perú ha ratificado el Convenio 102 de la OIT, y que las medidas planteadas violaron dicho instrumento internacional, así como los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución de 1993. En la Autógrafa de Ley, la que posiblemente no sea observada por el Ejecutivo, persiste esa posibilidad de que los afiliados menores de 40 años puedan tener la libertad de retirar sus fondos para fines no previsionales.

Desde el Congreso, al que se suma ahora el Ejecutivo, se advierte de que no existe un consenso para efectuar una verdadera y sistemática reforma del sistema de pensiones. Solo se estaría promoviendo su destrucción con propuestas populistas, muchas veces aprobadas solo por contar con mayoría de voto, y no por fundamentos jurídicos y técnicos que lo sustenten.

De este modo, corresponde a dichos poderes del Estado, involucrando a otros actores importantes de la sociedad, reevaluar y replantear todas las propuestas de reforma que se están discutiendo en el Perú, a fin de que estas estén acorde a la Carta Magna de 1993; los instrumentos internacionales de la OIT ratificados por el Perú y demás referidos a los derechos humanos; los pronunciamientos del máximo órgano de interpretación de la Constitución (en el que existen precedente vinculantes para ser cumplidos por parte de todos los poderes del Estado); a los Objetivos de Desarrollo Sostenible - ODS o Agenda 2030, entre otros estándares internacionales. Asimismo, si se toman en consideración las sugerencias brindadas por los órganos internacionales, como es la OIT.

2. (Des)mercantilizar el derecho a la seguridad social en pensiones

Según la Constitución de 1993 (artículos 10, 11 y 12, fundamentalmente), se reconoce a la seguridad social como un derecho humano y social, así como a la pensión, además de considerarlos como derechos fundamentales.

Contrariamente a lo antes descrito, en nuestro país ya no resulta bonito ni mucho menos gratificante hablar de la seguridad social como un derecho humano y social. De ahí que existan empresas privadas y políticos, como en el caso peruano, que mercantilizan este derecho, porque así lo han permitido los diferentes gobiernos de turno (desde 1992). Últimamente, viene siendo avalada por la propia sociedad.

Ahora bien, si no interiorizamos ¿qué es la seguridad social?, por más recursos que se tenga en un Estado o exista la voluntad política de hacer cambios, solo tendremos más empresas privadas haciéndose cargo de la entrega de las pensiones (y de las atenciones médicas), pero mercantilizándolas como productos al mejor postor, y no como derechos que son de todos; cuyo acceso y garantía debe efectuarse sin distinción alguna.

Al respecto, la *seguridad social*, además de ser un avanzado mecanismo de protección social, es un servicio público. Por ello, “es sin duda una de las estrategias políticas, económicas y sociales más importantes para cualquier país del orbe, más allá del tipo de gobierno o del perfil ideológico de sus gobernantes”. Sin embargo, “no es extraño que hoy día a muchos les suene el concepto a mero postulado de corte político, una simple entelequia al no entenderse la trascendencia de lo que significa e implica dicha seguridad social: un derecho humano y social de todos, inalienable e irrenunciable, establecido como un servicio público que debe brindar el Estado como responsable primario y final del sistema, atento a lo previsto en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos” (Ruiz, 2010, pp. 126-2017).

Por ello, las pensiones no deben ser tratadas como mercancías al mejor postor en el mercado. Frente a dicha situación, siguiendo a Ruiz (2012), existe la obligación de recodar y enfatizar que toda persona tiene derecho a la seguridad social, al ser este es un *derecho humano y fundamental* (inherente a todo ser humano y que permite el ejercicio de otros derechos), *irrenunciable* (no se puede ni se debe renunciar por ningún motivo), *inalienable* (no se puede ceder o vender), *imprescriptible* (nos acompaña desde el nacimiento hasta la muerte) e *indispensable para el respeto de la dignidad humana* (es el fin supremo del Estado y la sociedad). Sin embargo, dicho autor lamenta que, a lo largo y ancho del planeta, el derecho humano inalienable e irrenunciable en la práctica sí que se “negocia”, donde los representantes del Estado optan “por lavarse las manos.” (p. 150)

Cabe recordar que los derechos de seguridad social, así como los derechos laborales, son derechos humanos que reconocen como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas del mundo (Canessa, 2014, p. 22), frente a las contingencias sociales, principalmente, el de la vejez.

3. (Des)laboralizar el acceso del derecho fundamental a la pensión

Es una obligación social repensar el sistema de pensiones en pleno siglo XXI, rompiendo de una vez por todas el paradigma de condicionar el acceso a la protección social, únicamente, al trabajo subordinado.

Si bien los beneficios de la previsión social – pensiones del seguro social –, inicialmente, se limitaron a los trabajadores asalariados, por lo que la seguridad social vivió subordinada al derecho del trabajo; en la actualidad, las leyes vigentes sobre seguridad social – la fase más avanzada de protección social que todavía no posee el carácter universal y solidario que lo caracteriza – están dirigidos a todos los miembros integrantes de un país, que no poseen la calidad del trabajador tradicionalmente entendido.

Mientras el derecho del trabajo se ocupa exclusivamente del trabajador en relación de dependencia, el sujeto del derecho de la seguridad social es el hombre. Para lograr sus objetivos utiliza métodos y técnicas jurídicas propios, que también lo diferencian del derecho del trabajo.

En el caso peruano, desde la Carta Magna de 1779, inclusive en la de 1993, persiste la tendencia de laboralizar la seguridad social. Pese a que su autonomía es reconocida a nivel jurídico, doctrinal y jurisprudencial, “hay un evidente campo de interacción entre esta disciplina y el derecho del trabajo, que está conformado por la porción de la seguridad social que corresponde a los trabajadores.” (Neves, 1987, p. 182)

Dicha situación genera gran desconcierto, sobre todo cuando se piensa que la pensión es un derecho laboral o se emiten normas de ese carácter, aun se trate de la materia previsional.

Tenemos un régimen de seguridad social claramente laboralizado que presenta una serie de problemas que hasta la actualidad no han venido siendo superados, como lo señaló el maestro Neves (1987, p. 182). Por el contrario,

la situación se agrava al punto de desnaturalizar la finalidad de las pensiones. Por ejemplo, al emitir normas que restringen el financiamiento de instituciones que velan por la seguridad social o que permiten el libre retiro de fondos de pensiones para fines no previsionales.

Es imprescindible reconocer la autonomía de la seguridad social, y superar la etapa del seguro social, el cual está íntimamente ligado con el derecho laboral, a fin de brindar cobertura a todas las personas, sin distinción alguna, accediendo a las pensiones de manera íntegra, oportuna y eficaz.

Las pensiones representan una de las transferencias de fuente segura de ingresos más importantes en las sociedades modernas, teniendo como función la provisión de mecanismos de vida a todos los grupos de la población, en especial a los que son vulnerables (adultos mayores) que, por su edad avanzada o condición de salud, ya no pueden participar o reincorporarse en el mercado de trabajo.

Dichas prestaciones económicas son una importante herramienta para la prevención y alivio de la pobreza, puesto que impregna la vida de todas las personas desde su nacimiento hasta su muerte. Inclusive más allá de esta última contingencia (por ejemplo, con el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes: viudez, orfandad o ascendientes). Se debe entender de una vez por todas que las pensiones no deben ser consideradas más como derechos laborales y, por ende, exclusivos de los trabajadores y de las trabajadoras.

Un elemento clave para iniciar con la deslaboralización de las pensiones, es implementar programas sociales y educativos dedicados a construir los cimientos de una *cultura en seguridad social*, por otros denominado *cultura previsional*.

Con ello, se debe buscar sensibilizar a todas las personas en general, y en las diferentes etapas de su vida, sobre la importancia de la seguridad social, los valores y principios que lo sustentan, los mismos que derivan de la Constitución. Es pues dicho mecanismo de protección social un derecho humano y constitucional, además de ser una garantía institucional que la clase política no puede ni debe desconocer.

Urge sacar a la luz la trascendencia de las pensiones, para luchar por su acceso y garantía. Con la recuperación y fortalecimiento de la participación de la población en su financiamiento, se tendrá el siguiente fin supremo: *la redistribución de la riqueza con justicia social y equidad*. Busquemos fomentar más solidaridad social en aras de brindar mayor protección en pensiones.

Entonces, ¿cómo empezar una reforma del sistema de pensiones, en el marco de su disrupción? *Mínimum minimorum* (lo mínimo de los mínimos), urge la desmercantilización y deslaboralización de las pensiones, y con base en la reafirmación de los principios de la seguridad social; se construya un nuevo modelo de protección social. Con ello, ya no solo se reformará el sistema de pensiones, sino que revolucionará, pues ninguna persona debe estar desprotegida, en sobremanera, frente a los grandes retos que se afronta en pleno siglo XXI.

IV. CONCLUSIONES

Frente a los fenómenos del envejecimiento poblacional, la informalidad laboral, el trabajo en la *gig economy* y la (In)sostenibilidad financiera previsional, en el Perú, ¡estamos más desprotegidos que nunca!

Vivimos en un mundo de constantes riesgos y que envejece aceleradamente. Muchas personas se enferman, accidentan o jubilan, pero pocas reciben una pensión para afrontar las incertidumbres ocasionadas por dichas contingencias sociales, principalmente, las que no forman parte del empleo formal.

En un país donde impera la informalidad (superando el 70% de la tasa de empleo formal), el no poseer un trabajo asalariado y dependiente implica automáticamente no contar con ninguna medida de protección social y, por ende, ser un grupo vulnerable y excluido del modelo de protección social imperante (seguros sociales). Solo 1 de 4 ancianos recibiría una pensión.

Ahora bien, todos los retos que se presentan en el siglo XXI para el sistema previsional, tales como el envejecimiento poblacional, el descenso en el número de aportantes jóvenes, como consecuencia de la elevada tasa de informalidad laboral, los bajos niveles de empleo; afectan gravemente la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones de reparto (SPuP) y de capitalización (SPrP).

En ese sentido, para evaluar cualquier reforma de corte estructural o paramétrico del actual sistema de pensiones peruano; y, mínimamente, garantizar la aplicación de los principios por los que se sustenta cualquier modelo de protección social, se tiene que, desmercantilizar y deslaboralizar el acceso a la seguridad social en pensiones.

Con base en ello, sin caer en populismos, antitecnicismos o politización de las pensiones, recién podremos evaluar la necesidad imperiosa de implementar un nuevo paradigma del sistema de pensiones peruano (deslaboralizado), ade-

más de avizorar la premura de armar un moderno modelo de protección social universal y más inclusivo, acorde a nuestra realidad social, económica, jurídica, política y cultural. Necesitamos una auténtica y reflexiva revolución pensionaria.

Ante los mencionados fenómenos sociales del siglo XXI, no nos queda más que luchar por nuestros derechos pensionarios, lo cual es responsabilidad y deber de toda la ciudadanía, para su garantía en nuestro presente y futuro. O, ¿podemos ser capaces de imaginarnos un Perú sin pensiones?

V. BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, César & Paitán, Javier. (2020). “El dilema del sistema de pensiones peruano en tiempos de pandemia: ¿Reforma o deconstrucción?” *Revista Derecho del Trabajo. Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Año VIII, N° 29, octubre / diciembre 2020.
- Azuara, O. et al (2021). *Ahorro sin barreras: lecciones de las intervenciones del Laboratorio de Ahorro para el Retiro*. Monografía del BID; 907. Abril 2021. <http://dx.doi.org/10.18235/0003177>
- Bronstein, A. (2010). *Derecho internacional y comparado del trabajo. Desafíos actuales* (C. Melero, trad.). México D.F.: OIT y Plaza y Valdes Editores.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) / Organización Internacional del Trabajo (OIT). “Trabajo decente para los trabajadores de plataformas en América Latina”. *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, N°, Santiago: OIT y CEPAL. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46955/S2100277_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2024). *Día mundial de la Población 2024*. <https://www.cepal.org/es/notas/dia-mundial-la-poblacion-2024>
- Dinegro, A. (2020). El mercado laboral peruano y las plataformas de delivery: ¿Qué dicen los derechos laborales? En Hidalgo, Kruskaya & Salazar, Carolina (eds.). *Precarización laboral en plataformas digitales. Una lectura desde américa latina*. Quito: Friedrich-Ebert-Stiftung Ecuador.
- Dinegro, A. (2021). *Diagnóstico sobre las condiciones laborales en las plataformas digitales. Caso de Lima-Perú*. Lima: Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Dru, J-M. (1997). *Disrupción. Desafiar los convencionalismos y estimular el mercado*. Madrid: Editorial Eresma & Celeste Ediciones.
- Galasso, Vincenzo. (2008). *The political future of social security in aging societies*. MIT Cambridge, Mass.

- Gonzales, César & Paitán, Javier. (2015). Hacia un modelo multipilar del sistema de pensiones peruano: ¿Una reforma impostergable? *Revista de Diálogo y Concertación Nacional del Consejo Nacional del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*.
- Gonzales, César & Paniura, Daniel. (2024). La sostenibilidad financiera como principio de la seguridad social. En VV. AA. *Derecho del Trabajo. Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual. Estudios en homenaje al profesor Alfredo Villavicencio Ríos*. Lima: Palestra.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2015). *Estado de la Población Peruana 2020*. Lima: INEI. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1743/Libro.pdf
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2024a). Situación de la Población Adulta Mayor. *Informe Técnico N° 2*, Junio 2024. Lima: INEI. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6548711/5706764-situacion-de-la-poblacion-adulta-mayor-enero-febrero-marzo-2024.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2024b). *Situación de la Población Peruana 2024. Una mirada de la diversidad étnica*. Lima: INEI. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6616587/5751291-situacion-de-la-poblacion-peruana-2024-una-mirada-de-la-diversidad-etnica.pdf>
- León, Janina. “Educación, seguridad social y mercados de trabajo en el Perú”. (2012). En Garavito, Cecilia & Muñoz, Ismael (ed.). *Empleo y protección social*. Lima: PUCP.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (2024). *Informe trimestral del mercado laboral. Situación del empleo 2024 Trimestre I*. Lima: MTPE. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6653196/5783668-ite-2024-t1.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) / Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (2024). *Estrategia de Formalización para América Latina y el Caribe 2024-2030*. Ginebra: OIT. <https://www.ilo.org/es/publications/estrategia-de-formalizacion-para-america-latina-y-el-caribe-2024-2030>
- Olivera, Javier & Clausen, Jhonathan. Las características del adulto mayor peruano y las políticas de protección social. *Economía* Vol. XXXVII, N° 73, semestre enero-junio 2014. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/view/10085/10522>
- Paitán, Javier. (2023). *¿Estamos protegidos en la vejez? Jubilación, deslaboralización y un modelo para armar*. Lima: Palestra.
- Rodríguez, Catalina & Azuara, Oliver (2022). Gig economy: el nuevo paradigma para la generación de ingresos. *Factor Trabajo*. <https://blogs.iadb.org/trabajo/es/gig-economy-el-nuevo-paradigma-para-la-generacion-de-ingresos/>

- Sánchez, Ch. (2021). Análisis crítico de las medidas adoptadas por el Estado y las empresas frente a los impactos del COVID-19 en relación a los derechos laborales y la salud de los trabajadores. En Ch. Sánchez & F. Cuadros (Coord.), *Flexibilización laboral y de la seguridad social. Análisis económico, antecedentes y contexto en COVID-19* (pp. 19-120). Lima; Palestra.
- Sociedad de Comercio Exterior del Perú (COMEXPERU). (2022). Informalidad laboral peruana continúa al alza: ¿Cómo nos posicionamos en la región? *Semanario 1139*, 07 de Octubre de 2022. <https://www.comexperu.org.pe/publicaciones?id=1&publicacion=Semanario&edicion=1139>
- Sosa, Zulma. (2024, 19 de junio). *Tendencias del envejecimiento poblacional, cuidados y economía plateada* [Diapositivas de PowerPoint]. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Todolí, Adrián. (2018). Prólogo. En: Todolí, Adrián & Hernández, Macarena (direc.). *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (pp. 27-34). Navarra: Thomson Reuters Arazandi.
- Tortuero, José L. (1997). Prestaciones económicas de la seguridad social: Incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia. En DE BUEN, Néstor y MORGADO, Emilio (Coord.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 683-701). México: AIADTSS y UNAM.

CONFERENCIA DE CLAUSURA

**Desafíos de la seguridad y salud
en el trabajo a propósito del
cambio climático**

DESAFÍOS DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO A PROPÓSITO DEL CAMBIO CLIMÁTICO. REFLEXIONES GENERALES DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

BÁRBARA TORRES GARCÍA

Doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela
Profesora ayudante Doctor en la Universidad
de Santiago de Compostela

I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTUALIZACIÓN DEL ESTUDIO

Sin lugar a duda, uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta la sociedad actual es el cambio climático y la degradación medioambiental. Ciertamente que, en ocasiones, esta problemática parece ocultarse tras otras cuestiones, como el rápido envejecimiento demográfico o los efectos de la digitalización y la inteligencia artificial (IA) sobre el mercado de trabajo, que ocupan el centro de la mayoría de los debates actuales. Pese a ello, existe un compromiso a nivel mundial de hacer realidad una economía del bienestar climáticamente neutra. En efecto, son múltiples los países, instituciones y organizaciones que se suman a este tipo de políticas de sostenibilidad, diseñando y suscribiendo diversos instrumentos (como acuerdos, estrategias o planes) cuyo objetivo final es la promoción de un modelo de producción verde.

Según el último informe de la *World Meteorological Organization*¹, Europa es el continente que más rápido se calienta, con un promedio que duplica la ratio mundial desde la década de 1980. Una tendencia al alza que se espera que continúe durante los próximos años, siendo los países del sur los más afectados y respecto de los que se pronostica la aparición de mayores problemas derivados de: 1) el aumento de las temperaturas medias; 2) los cambios en los niveles de precipitación; 3) la mayor frecuencia de fenómenos meteorológicos extremos (*v. gr.*, inundaciones); o, en fin, 4) la proliferación de incendios². De ahí que, no es de extrañar que en el ámbito de la Unión Europea (UE) exista una vigorosa y decidida voluntad para atajar este problema. Un compromiso que queda reflejado en la suscripción del *Pacto Verde Europeo*³ por los veintisiete estados miembros

1 Wordl Meteorological Organization (2023). *State of the climate in Europe 2022*. Informe disponible en el siguiente enlace: <https://library.wmo.int/records/item/66206-state-of-the-climate-in-europe-2022> (última visita el 16.07.2024).

2 Diversos estudios del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [IPCC (siglas en inglés)] coinciden en que la región mediterránea es una de las áreas del planeta más expuestas al cambio climático (calor extremo, estrés hídrico o problemas de producción agrícola). Consúltase el último informe en el siguiente enlace: https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf (última visita el 16.07.2024).

3 Comisión Europea (2019). *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo eu-*

de la UE. En particular, se trata de una estrategia de crecimiento destinada a crear un modelo económico más sostenible y respetuoso con el medio ambiente. La meta final que se persigue con la firma de tal documento es alcanzar un continente climáticamente neutro en 2050. Además, como objetivo a medio plazo, se pretende que en 2030 las emisiones netas de efecto invernadero se reduzcan en, al menos, el 55 por ciento en comparación a los niveles de 1990⁴. Unos propósitos cuyo logro dependerá de la adopción de una serie de políticas, ambiciosas e interconectadas, en materia de fiscalidad y financiación, que den soporte económico a la transición verde de las industrias nacionales. A tal fin, el Consejo Europeo aprobó el *Fondo de Recuperación Next Generation EU*, como un instrumento temporal dotado de más de 800 mil millones de euros y cuyo propósito es promocionar una Europa más ecológica, digital, resiliente y mejor adaptada a los retos actuales y futuros⁵.

Ahora bien, el gran reto no solo es frenar las emisiones de gases efecto invernadero, sino hacerlo asegurando un modelo de producción económicamente sostenible, en el que ninguna persona se quede atrás. En este sentido, parece que el objetivo de cualquier política verde es doble, pues, junto con la reducción de los riesgos ambientales y la escasez ecológica (a cuyo fin han de ejecutarse diversos cambios estructurales del modelo de producción), se ha de pretender el desarrollo de un sistema económico viable, equitativo y justo⁶. El concepto de ‘justicia’ se inserta en este ámbito como un elemento modulador en la relación de tres dimensiones: 1) la ambiental; 2) la económica; y 3) la social. Una interrelación entre estos tres elementos que acuña el término de ‘transición justa’, referido a un modelo de bienestar en el que las actuaciones a nivel ambiental se

ropeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de Regiones: el Pacto Verde Europeo. Documento disponible en el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF (última visita el 16.07.2024).

- 4 A los efectos de que este compromiso político se convirtiera en obligatorio para los estados miembros, se aprobó el Reglamento (EU) 2021/1119, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) núm. 401/2009 y (UE) 2018/1999 (denominado Legislación europea sobre el clima). Documento disponible en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1119> (última visita el 16.07.2024).
- 5 Para una mayor información sobre estos fondos, consúltase: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/recovery-plan-europe_es#nextgenerationeu (última visita el 16.07.2024).
- 6 Álvarez Cuesta, H. (2023). La formación en los nuevos yacimientos de empleo (empleos digitales, verdes) con especial atención a la perspectiva de género”. *Lan Harremanak. Revista de relaciones laborales*, 49, p. 4.

combinan con políticas sociales y económicas, destinadas (estas últimas) a paliar los efectos que las acciones de lucha frente a la crisis climática pueden acarrear.

La respuesta al cambio climático, mediante políticas de mitigación y adaptación, puede tener efectos adversos en el plano social y económico (*v.gr.*, cierre de determinadas industrias o desaparición de determinados puestos de trabajo). Así las cosas, se requieren políticas gubernamentales audaces, formuladas en consulta con las organizaciones de empresarios y trabajadores, que palien las cargas de esta transición verde y permitan una distribución equitativa de los beneficios derivados de la misma. Tal y como se reconoció en la 111ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo⁷, es necesario avanzar hacia sociedades que sean sostenibles tanto desde el punto de vista medioambiental como económico y social, para lo que resulta imprescindible promover “el desarrollo de economías inclusivas que generen trabajo decente para todos, sin sobrepasar los límites de los recursos de nuestro planeta”⁸. Un enfoque que es compartido por Naciones Unidas, en cuya *Agenda 2030*, junto con la protección al planeta [Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) 7, 12, 13, 14 y 15], se identifica como otro pilar de actuación la promoción del trabajo decente y del crecimiento económico (ODS 8). Asimismo, el ya mencionado *Pacto Verde Europeo* se asienta sobre esta misma idea, en la medida en que, al tiempo que pretende proteger el capital natural, también aspira a crear una “sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de recursos y competitiva” y en la que se habrá de “dar prioridad a la dimensión humana y prestar atención a las regiones, los sectores y los trabajadores expuestos a los mayores desafíos”.

En España, la Ley 7/2021, de 20 de mayo de cambio climático y transición energética (en lo siguiente Ley 7/2021) acoge esta acción integrada y multidisciplinar, tratando, por una parte, de avanzar en la lucha contra la degradación medioambiental y, por otra, ofrecer respuestas solidarias e inclusivas a los colectivos más afectados por el cambio climático, así como atraer inversores en sectores, actividades y tecnologías ‘limpias’. En esta línea, tal y como se aprecia en su art. 1, el objetivo de esta Ley es triple: 1) asegurar el cumplimiento del *Acuerdo de*

7 Véase, Chacartegui Jávega, C (2023). El concepto de transición justa para la OIT. Análisis del VI Informe “Lograr una transición justa hacia economías y sociedades medioambientales sostenibles para todos”, presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo 111ª reunión. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 103-104.

8 Véase, OIT (2023). *Lograr una transición justa hacia economías y sociedades ambientales para todos*. Informe VI, pp. 25 y ss. Documento disponible en el siguiente enlace: file:///C:/Users/barba/Downloads/wcms_876569.pdf (última visita el 17.07.2024).

París; 2) facilitar la descarbonización de la economía española, promoviendo su tránsito hacia un modelo circular en el que se garantice el uso racional y solidario de los recursos; y 3) implantar un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente y contribuya a la reducción de las desigualdades. Este texto legal parece proclamar el principio de ‘transición justa’, promoviendo un modelo de producción en el que se combinen políticas ecológicas, económicas y sociales, a los efectos de alcanzar un sistema de bienestar climáticamente neutro⁹. Un enfoque que se reafirma con la aprobación del *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático*¹⁰ (previsto en el art. 17 Ley 7/2021) y, especialmente, con la *Estrategia de Transición justa*¹¹ (art. 27). Precisamente, en este último instrumento se abordan, entre otras cuestiones, los efectos que la ecologización de la economía española puede ocasionar en el empleo, diseñando una serie de medidas -especialmente previstas en los ejes E y F de la Estrategia- dirigidas a impulsar la creación de empleos (verdes) de calidad.

En este artículo, la expresión ‘empleo verde’ no se utiliza desde una óptica reducida, limitando su uso a aquellos puestos de trabajo que están vinculados estrechamente con la conservación del medio ambiente (*v. gr.*, ingeniero de energías o experto en logística sostenible). Por el contrario, se ha optado por ampliar este concepto para referirse, también, a aquellos otros empleos que, ya de manera directa, ya indirecta, contribuyen a mitigar el cambio climático (*v. gr.*, un barrendero o un agricultor). En todo caso, más allá de esta precisión terminológica, no hay duda de que “para que el empleo verde constituya un puente para un futuro verdaderamente sostenible, el empleo verde debe abarcar el trabajo decente”¹², es decir, debe ser productivo, proporcionar ingresos suficientes y protección social y respetar los derechos de los trabajadores, especialmente, en lo referido a la prevención de riesgos laborales¹³. Todo trabajo para ser decente

9 Álvarez Cuesta, H. (2021). La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa? *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, 10 (1), pp. 324-329.

10 Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/cambio-climatico/temas/impactos-vulnerabilidad-y-adaptacion/pnacc-2021-2030_tcm30-512163.pdf (última visita el 17.07.2024).

11 Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ministerio/planes-estrategias/transicion-justa/Estrategia_Transicion_Justa_Def.PDF (última visita el 17.07.2024).

12 Álvarez Cuesta, H. (2017). Los empleos verdes en la economía española. Peso específico y marco jurídico general. En Agra Viforcós, B. (directora), *Empleos verdes y prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, p. 196.

13 A estos efectos, la OIT concluye que la relación entre estas dos variables (verde y decente) puede

ha de ser, primeramente, seguro y saludable¹⁴. Para conseguir tal objetivo, se han de conocer los riesgos que puedan afectar a la salud y seguridad laboral en estos empleos verdes. Precisamente, el objetivo fundamental de este trabajo es realizar un estudio sobre la relación existe entre empleo verde y salud laboral. Con tal propósito, en primer lugar, se analizarán (de manera muy genérica) los principales riesgos laborales aparejados a la crisis climática, para, en segundo lugar, reflexionar sobre cómo el sistema normativo español en materia de prevención de riesgos laborales está respondiendo frente a estas nuevas y no tan nuevas amenazas.

II. LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL: RIESGOS LABORALES PRESENTES, NUEVOS Y EMERGENTES

El calificativo de ‘verde’ y los beneficios ambientales que se atribuyen a los empleos vinculados a la conservación medioambiental podrían llevar a engaño, en la medida que es posible que tales connotaciones se interpreten en el sentido de entender que en estos trabajos no existe ningún tipo de riesgo laboral (si es verde es seguro y saludable). Sin embargo, esta última consideración no es absolutamente cierta. Muchas de las actividades económicas que se dirigen o contribuyen -de una u otra forma- a la sostenibilidad ambiental conllevan riesgos para la salud de los trabajadores. Además, hay que tener en cuenta que, más allá de estos empleos calificados como verdes, otros puestos de trabajos de perfil más tradicional (como personal de cocina, de limpieza o de administración) también se verán expuestos a las consecuencias de la crisis climática y de las políticas de ‘ecologización’ de la economía.

El cambio climático, en sí mismo, y las acciones de lucha contra este “dibujan un escenario en el que todos los sectores serán objeto de profundos cambios, con el objetivo de reducir las emisiones de gases efectos invernadero, lograr una mayor eficiencia en el uso de recursos y materias primas y eliminar o minimi-

ser variable, en la medida en que un trabajo puede ser: 1) verde y decente; 2) verde, pero no decente; 3) decente, pero no verde; y 4) ni verde, ni decente. En OIT (2010). *Estrategias Territoriales Innovadoras para Empleos Más Verdes*, p. 6. Documento disponible en el siguiente enlace: https://eulacfoundation.org/system/files/digital_library/2023-07/estrat_territ_inov.pdf (última visita el 18.07.2024)

14 Consúltase, OIT (2013). *Resolución sobre el desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes*. Informe V, pp. 111-112. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_210289.pdf (última visita el 18.07.2024).

zar los impactos ambientales asociados a los mismos”¹⁵. Así las cosas, tanto el sector primario, centrado en la obtención de alimentos y materias prima (*v.gr.*, agricultura, minería o ganadería), como el secundario o industrial e, incluso, el terciario o de servicios sufrirán una serie de transformaciones (bien por efecto directo del cambio climático, bien por efecto de las acciones emprendidas para paliar las consecuencias de este) que impactarán en la salud de sus trabajadores. Esto se observa, por ejemplo, en el caso de los agricultores que se exponen, cada vez con más frecuencia, al riesgo de estrés término derivado del aumento de temperaturas o al riesgo de contraer enfermedades de la piel, infecciosas o respiratorias, causadas por nuevas plagas o parásitos. En el mismo sentido, en la transición hacia el uso de una energía limpia se está promocionando la producción de baterías, en cuya fabricación los trabajadores se exponen a sustancias peligrosas como el plomo, el litio o el cobalto.

Ciertamente, analizar la forma en la que la degradación medioambiental y las políticas de actuación frente a la misma afectan a la salud de los asalariados es una ardua tarea, en atención a la diversidad de factores de riesgo y riesgos laborales que se generan en cada uno de los diversos sectores afectados por la crisis climática. En un intento de sistematizar estos peligros se ha optado por establecer dos categorías diferenciadas¹⁶ en función de su origen. De un lado, se identifican los *riesgos derivados del propio cambio climático* (riesgos de primer orden), causados por la variación de temperaturas o la transformación de los ecosistemas. En segundo lugar, se hallan los *riesgos derivados de las políticas de adaptación y mitigación* diseñadas por los gobiernos con el propósito de transitar hacia economías más verdes (riesgos de segundo orden). Sobre dichos peligros clasificados versarán los subapartados siguientes.

15 Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (2019). *Los empleos verdes y la salud laboral. Una aproximación a los riesgos ocupacionales en el marco de una economía circular y descarbonizada*, p. 17. Documento disponible en el siguiente enlace: https://istas.net/sites/default/files/2019-04/Guia-empleosverdesy%20SL_0.pdf

16 Otros autores establecen una clasificación triple, diferenciado: 1) los riesgos relacionados con la exposición directa a los efectos del cambio climático, como por ejemplo, el estrés térmico; 2) los riesgos relacionados con las alteraciones de los ecosistemas que, a su vez, dan lugar a modificaciones de peligros biológicos (*v.gr.*, aparición de patógenos en zonas no reconocidas como contaminadas, aumentando el peligro de enfermedades infecciosas, inmunoalérgicas y tóxicas); y 3) riesgos derivados de las políticas gubernamentales verdes. Véase, ETUC (2020). *Adaptación al cambio climático y al mundo laboral. Una guía para los sindicatos*, pp. 16-17. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2020-09/ETUC-adaptation-climate-guide_ES.pdf (última visita el 18.07.2024).

1. Riesgos laborales de primer orden. Especial referencia al estrés térmico en el trabajo

El cambio climático constituye, por sí mismo, un factor de riesgos laboral. Los efectos directamente vinculados a la degradación medioambiental se materializan en, por ejemplo, un aumento desmesurado de las temperaturas, una reducción de los niveles de precipitación, una intensificación de los rayos ultravioleta o un aumento -en número e intensidad- de fenómenos meteorológicos extremos (*v.gr.*, inundaciones o tormentas). Consecuencias que afectan, especialmente, a los trabajadores que prestan sus servicios al aire libre y, de manera todavía más particular, a aquellos que realizan tareas que requieren un importante esfuerzo físico. La agricultura, la construcción, la pesca o los servicios municipales son las actividades que se consideran más expuestas. Ahora bien, junto con estos empleados, aquellos otros que desarrollan sus responsabilidades profesionales más resguardados de tales inclemencias climáticas (en lugares cerrados), también, sufrirán de algún modo sus efectos. En ese sentido, puede pensarse en el personal de cocina que, si ya trabaja en ambientes por sí calurosos, esta circunstancia puede agravarse con el aumento de la temperatura exterior. Incluso, como demuestra la experiencia, los trabajadores de oficina pueden verse afectados por tales picos de temperatura si el lugar desde el que prestan sus servicios carece de aislamiento o de un sistema de refrigeración, ventilación o calefacción adecuados¹⁷.

En el sur de Europa y, especialmente, en España son cada vez más frecuentes los picos de calor extremo¹⁸. El estrés térmico, derivado del alza (en intensidad, duración y frecuencia) de las temperaturas, se ha convertido en un riesgo laboral que está preocupando a los interlocutores sociales, tanto a nivel nacional como europeo. Una preocupación cuya lógica radica en el hecho de que, con el paso del tiempo, son más numerosos los accidentes en el trabajo derivados de la subida de las temperaturas ambientales. En detalle, la exposición al calor excesivo en el trabajo causa, cada año, casi 23 millones de lesiones laborales y cerca de 19 mil muertes en todo el mundo¹⁹. Unos datos que, en referencia a la

17 Ibidem, p. 18.

18 Véase, OCDE (2024). *OECD Employment outlook 2024. The net-zero transition and the labour market*, p. 74. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/ac8b3538-en.pdf?expires=1721461768&id=id&accname=guest&checksum=A84BDE178BE381D00830C5E131472CF4> (última visita el 22.07.2024).

19 Véase, OIT (2024). *Ensuring safety and health at work in a changing climate*, p. 102. Global report. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.ilo.org/publications/ensuring-safety->

situación española, se concretan, para 2023, en 304 accidentes laborales²⁰. De acuerdo con un informe de *Eurofound*, superados los 30 grados centígrados, el riesgo de accidente laboral aumenta entre un 5 y un 7 por ciento²¹. En adición, cuando las temperaturas superan los 38 grados centígrados, este riesgo aumenta entre un 10 y 15 por ciento. Así las cosas, se observa que las olas de calor están causando el mayor número de muertes de todos los fenómenos relacionados con el cambio climático.

Esta preocupación ha llevado al Gobierno y al Parlamento español a adoptar varias actuaciones de distinta naturaleza y ámbito. A efectos legales, cabe referirse a la aprobación del RDL 4/2023²² por el que se modifica el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, relativo a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo (en lo siguiente RD 486/1997). Tal y como se manifiesta en la exposición de motivos del propio RDL 4/2023, el propósito de este nuevo texto legal es “introducir las modificaciones precisas para reforzar el marco jurídico de la prevención de riesgos laborales”, a los efectos de garantizar que los principios e instrumentos, ya previstos en la legislación preventiva española, resulten efectivos en situaciones como las aquí planteadas (de exposición a temperaturas altas u otros fenómenos meteorológicos). Con tal finalidad, se introducen una serie de disposiciones instrumentales que vienen a reforzar la protección de los trabajadores expuestos a estas condiciones ambientales y meteorológicas extremas. Así, se prevé que, entre las medidas preventivas diseñadas para tales situaciones, se habrán de incluir: 1) la prohibición de desarrollar determinadas tareas durante las horas del día en las que estas circunstancias climatológicas adversas concurren con mayor intensidad; y 2) la adaptación de las condiciones de trabajo, incluida la reducción o modificación de las horas de

and-health-work-changing-climate (última visita el 22.07.2024).

20 Unión General de Trabajadores (2024). *Informe sobre accidentes de trabajo. 2023*, p. 34. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.ugt.es/sites/default/files/informe%20AT%202023.pdf>

21 Eurofound (2023). *Working conditions and sustainable work. Job quality side of climate change*, p. 13. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2024/job-quality-side-climate-change#:~:text=Workers%20will%20experience%20the%20effects,of%20new%20activities%20and%20products>. (última visita el 22.07.2024).

22 Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas.

desarrollo de la jornada, cuando se emita por el órgano competente un aviso de nivel naranja o rojo.

En todo caso, estas previsiones legales ‘nuevas’ deben conjugarse con la normativa preventiva tradicional existente en España respecto del riesgo laboral de calor extremo. A estos efectos habrían de mencionarse las diferentes *Notas técnicas preventivas* (en lo siguiente, NTP) aprobadas en esta materia. En este sentido, se pueden traer a colación la NTP núm. 922 y la núm. 923, *relativas al estrés término y sobrecarga térmica: evaluación de riesgos*²³. En ellas se ofrece información acerca de lo que implica una situación como la referenciada (de calor extremo), los factores de riesgo de los que deriva, la forma de evaluación de los mismos y las medidas preventivas a adoptar. De acuerdo con la primera NTP mencionada, el estrés térmico se corresponde con “la carga neta de calor a la que los trabajadores están expuestos” y resulta de la combinación de tres categorías de factores: 1) las condiciones ambientales del lugar de trabajo; 2) la actividad física que se realiza; y 3) las características de la ropa que portan los empleados. Por consiguiente, a la hora de valorar este riesgo laboral se ha de tener en cuenta no solo el hecho de que la temperatura ambiente sobrepase un determinado umbral, sino también el nivel de humedad relativa presente en el ambiente y el movimiento del aire (como primer grupo), el calor metabólico resultante del trabajo físico (segundo tipo), la resistencia térmica y la permeabilidad del uniforme de trabajo y la superficie de la piel que queda cubierta por este equipamiento (como tercer conjunto de factores)²⁴. En suma, resulta igualmente importante valorar las características personales del trabajador expuesto. Cada persona tiene un nivel de tolerancia diferente al estrés término. De este modo, habría que tener en cuenta la edad, la hidratación, el consumo de medicamentos, el género o, en fin, el nivel de aclimatación personal. Si, en principio, parece que los años no influyen en la aparición de este tipo de amenaza (siempre que el trabajador tenga un adecuado sistema cardiovascular, respiratorio y de sudoración), lo cierto es que las personas mayores son más propensas a sufrir problemas de control de la circulación periférica y tienen una menor capacidad de mantener

23 Junto a estas, se podrían mencionar también: 1) la NTP núm. 18, *relativa al estrés término: evaluación de las exposiciones muy intensas*; 2) la NTP núm. 279, *relativa al ambiente térmico y la deshidratación*; 3) la NTP núm. 322, *relativa a la valoración del riesgo de estrés térmico: índice WBGT*; y 4) la NTP núm. 350, *relativa a la evaluación del estrés térmico: índice de sudoración requerida*.

24 Narocki, C. (2022). *Los episodios de altas temperaturas como riesgo laboral: su impacto en la salud, la seguridad y el bienestar de la población trabajadora y en las desigualdades sociales*. ETUI, pp. 18-19.

la hidratación, lo que implica que la probabilidad, magnitud y frecuencia del riesgo de estrés térmico serán mayores para este colectivo.

No cabe duda de que la exposición al calor, por una parte, transforma la actividad laboral, convirtiéndola en más estresante y dificultosa, y, por otra, afecta a la capacidad de concentración del trabajador (lo que supondrá, a su vez, un aumento del riesgo de experimentar un accidente laboral). La exposición a temperaturas elevadas supone un aumento de la disconformidad laboral, tanto a nivel físico como mental. Desde el primer punto de vista, los principales efectos sobre la salud física que se derivan de la exposición a ambientes calurosos son el síncope por calor, la deshidratación, el agotamiento por calor o el golpe de calor²⁵, cuyas probabilidades de aparición aumentan en supuestos en los que el trabajador realiza actividades de gran esfuerzo físico. Además, las altas temperaturas son propicias para el desarrollo de patógenos, bacterias, virus u otro tipo de agentes o compuestos -orgánicos o inorgánicos-, capaces de afectar a la salud de las personas de múltiples formas (*v.gr.*, causando enfermedades respiratorias o dermatológicas). Desde la perspectiva de la salud mental, diversos informes corroboran que el estrés término influye, en determinadas circunstancias, en la aparición de estrés, depresión, ansiedad y trastornos del comportamiento (como un aumento de comportamientos agresivos)²⁶. Una sobrecarga térmica puede implicar una disminución de la destreza manual, de la capacidad cognitiva, del rendimiento y de las capacidades de respuestas del trabajador, lo que, a su vez, puede repercutir, negativamente, en su estado de bienestar psíquico, al observar que no responde con normalidad a las demandas laborales.

La reducción de los efectos que el calor extremo puede casar en la salud de los trabajadores requiere una acción multidisciplinar en la que se combinen actuaciones de distinta naturaleza y nivel que, muchas veces, se escapan del ámbito de la prevención de riesgos laborales. Desde luego, las políticas de ecologización de los edificios y de reducción de los gases de efecto invernadero, así como las

25 NTP núm. 922, *relativa al estrés término y sobrecarga térmica: evaluación de riesgos*, op. cit., p. 2.

26 European Environment Agency (2022). *Climate change as a threat to health and well-being in Europe: focus on heat and infectious diseases*, p. 18. Para más información sobre la afectación de la salud mental de las personas por el cambio climático, consúltase, *European Climate and Health Observatory* (2022). *Climate change impacts on mental health in Europe. An overview of evidence*. Documentos disponible, respectivamente, en los siguientes enlace: <https://www.eea.europa.eu/publications/climate-change-impacts-on-health> y https://climate-adapt.eea.europa.eu/en/observatory/evidence/health-effects/mental-health-effects/european_climate_health_observatory_mental-health_evidence_review_2022.pdf/@download/file (última visita el 23.07.2024).

acciones de prevención de los efectos derivados de las altas temperaturas llevadas a cabo a nivel general (para toda la población, se trate de personas trabajadoras o no)²⁷ se comportan como auténticas medidas de prevención de riesgos laborales. Junto a ellas, se podrían mencionar otras actuaciones cuyo ámbito de actuación se circunscribe, puramente, a las políticas preventivas de las empresas, como: 1) establecer descansos para la recuperación de la temperatura en zonas habilitadas; 2) diseñar un plan de primeros auxilios y medidas de emergencia para situaciones de peligro extremo; 3) fijar reconocimientos médicos específicos para valorar y prevenir enfermedades ligadas a las altas temperaturas; 4) informar a los empleados de la existencia de cada una de las olas de calor y de los protocolos a seguir en esas situaciones; 5) promocionar la formación de los trabajadores expuestos en materia preventiva, capacitándolos para que detecten los primeros síntomas de los golpes de calor o deshidratación y sepan actuar en dichas circunstancias; 6) modificar las tareas asignadas y que impliquen gran carga física para aquellos tiempos de gran exposición a ambientes calurosos; 7) aplazar las actividades que requieran de la utilización de uniformes o equipos de protección individual que no permitan la transpiración, aumentando nivel de calor corporal; o 8) adaptar o reducir la jornada laboral en función de las horas en las que el calor sea más intenso²⁸.

2. Riesgos laborales de segundo orden: las políticas de mitigación y adaptación al cambio climático desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales

Como se ha mencionado al inicio de este apartado, no solo el cambio climático, *per se*, puede afectar a la salud de la persona trabajadora. Las acciones tendentes a reducir su impacto también pueden generar riesgos laborales. A estos efectos, hay que distinguir entre actuaciones de mitigación y acciones de adaptación. En detalle, las políticas de mitigación pretenden desacelerar el proceso de cambio climático, limitando las emisiones de gases efecto invernadero

27 A estos efectos se puede aludir al *Plan nacional (español) de actuaciones preventivas de los efectos del exceso de temperatura sobre la salud*, elaborado por el Ministerio de Sanidad. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.sanidad.gob.es/areas/sanidadAmbiental/riesgosAmbientales/temperaturasExtremas/planAltasTemperaturas/2024/docs/Plan__Excesos_Temperaturas_2024.pdf (última visita el 24.07.2024)

28 A estos efectos resulta interesante el protocolo de la EU-OSHA (2023). *Heat at work. Guidance for workplaces*. Documento disponible en el siguiente enlace: https://osha.europa.eu/sites/default/files/Heat-stress-guide-guidance-for-workplaces_en.pdf (última visita el 24.07.2024).

y eliminándolos de la atmósfera. Con tal propósito, a través de esta línea de acción se adoptan actuaciones como: 1) promocionar las energías renovables, en detrimento de aquellas derivadas de combustibles fósiles; 2) potenciar la reforestación de los bosques; o, en fin, 3) alentar el uso de un material de construcción más sostenible, sustituyendo, por ejemplo, el cemento o el acero por madera. Por su parte, las políticas de adaptación persiguen, de manera complementaria a las anteriores, acomodar la forma de vivir y de trabajar a la situación climática actual y futura, con el propósito de, por una parte, moderar los efectos nocivos del cambio climático y, por otra aprovechar las posibles ‘ventajas’ que de esta crisis se pueden derivar. En este segundo sentido, se pueden mencionar, a título de ejemplo, medidas destinadas a rediseñar los patrones de construcción (a los efectos de que los edificios resistan mejor las, cada vez más frecuentes, inclemencias meteorológicas) o políticas de desarrollo de nuevas variedades de cultivos resistentes al nuevo clima²⁹. Mientras que la mitigación actúa sobre las causas del cambio climático -emisiones de gases efecto invernadero-, intentando atenuarlas, las políticas de adaptación actúan sobre las consecuencias de esta transición.

Más allá de esta precisión terminológica, no hay duda de que tanto uno como otro tipo de políticas pueden dar lugar a riesgos laborales, unos de corte más tradicional y otros emergentes. Esto se observa, por ejemplo, en el supuesto de las actuaciones de mitigación dirigidas a la creación de nuevos modelos de producción más *ecofriendly* en sectores potencialmente emergentes. Así, en el ámbito de la energía, los nuevos biocarburantes y las nuevas técnicas de producción (*v.gr.*, la combustión de biomasa) y de almacenamiento y manipulación de los productos resultantes se asocian a nuevos riesgos físicos, químicos y biológicos, al igual que al riesgo de incendio o explosión en los procesos de pirólisis (que se producen entre 350 y 550 grados centígrados) y gasificación (más de 700 grados centígrados). En el mismo sentido, en el sector de la construcción, junto con los peligros clásicos (tales como caídas o golpes), los nuevos materiales utilizados, como el cemento bajo en carbono o los nanomateriales, supondrán la aparición de riesgos nuevos, muchos de los cuales todavía están por identificar a la espera de saber cuáles son las implicaciones reales de estas novedosas y diversas sustancias. Igualmente, en el uso del transporte eléctrico,

29 United Nations (2020). *World social report 2020. Inequality in a rapidly changing world*, p. 89. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.un.org/development/desa/dspd/wp-content/uploads/sites/22/2020/02/World-Social-Report2020-FullReport.pdf> (última visita el 24.07.2024)

híbrido o propulsado por biocombustible, baterías o hidrógeno, junto con el riesgo eléctrico (vinculado a la electrificación del vehículo), se pueden identificar riesgos nuevos para este sector, como los químicos, al exponerse el trabajador a sustancias presentes en las baterías de los vehículos (*v. gr.*, plomo o litio) 30. La misma clase de amenazas se identifican en el sector agrícola, en la medida que, la necesidad de utilizar nuevos fertilizantes o plaguicidas, como medida de adaptación y protección frente a las nuevas inclemencias meteorológicas, obliga al trabajador a exponerse a sustancias que pueden ser tóxicas.

Ahora bien, con independencia de las amenazas típicas de cada sector, lo cierto es que hay una categoría de riesgos que parece ser compartida por todas las actividades y que puede derivar tanto de las políticas de mitigación como de adaptación: los riesgos psicosociales. A estos efectos, hay estudios que confirman que es posible que algunos trastornos psicosociales deriven de una sensación de inseguridad laboral³¹, que, a su vez, puede surgir como resultado de: 1) la reducción de rendimientos en determinadas actividades a consecuencia de la degradación medioambiental (piénsese en la agricultura); y 2) la decisión de cerrar determinadas industrias contaminantes (como la minera) con el propósito de mitigar la emisión de gases efecto invernadero. Por su parte, la disminución de la rentabilidad de ciertos negocios impacta, normalmente y de manera negativa, en los ingresos de los empleados que, por su parte, pueden sentir que no están siendo bien valorados por sus empleadores, generándole este sentimiento un malestar psicológico. Además, la rápida y constante evolución de determinadas actividades y sectores hacia modelos más sostenibles (mediante, por ejemplo, la modificación de determinadas fases de los procesos de producción) obligan al trabajador a reciclar sus capacidades (*reskilling* y *upskilling*), a los efectos tanto de poder permanecer en su puesto de trabajo como de encontrar un nuevo empleo. Esta exigencia puede convertirse para el trabajador en una presión perjudicial para su bienestar mental.

En definitiva, el cambio climático (ya sea por sí mismo, ya sea a través de las políticas para su mitigación o adaptación) potencia -en intensidad y fre-

30 De la Cruz Leiva, J.L. (2017). *Afrontar el cambio climático: retos y oportunidades*, p. 63. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.ugt.es/sites/default/files/migration/Informe%20UGT%20Cambio%20Climatico%202017_0.pdf (última visita 24.07.2024).

31 Véase en referencia a la situación del trabajador español, Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2023). *Salud mental y trabajo. Diagnóstico de situación*. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.insst.es/documents/94886/5326464/Salud+Mental+y+Trabajo+2023.pdf/9a0163c8-e840-0b47-ca05-dc4e46e866ab?t=1687776097872> (última visita 24.07.2024).

cuencia- determinados riesgos clásicos (como el estrés término o las radiaciones solares) y genera otros emergentes (tales como los psicosociales o los derivados de nanomateriales), frente a los cuales las políticas de prevención de las empresas deben actuar con el propósito de eliminarlos o, de no ser posible, reducirlos. Precisamente, sobre este aspecto tratará el apartado siguiente. Ahora bien, en las próximas líneas no se ofrecerá una descripción de cómo las actuaciones empresariales en materia preventiva han de tratar estas nuevas amenazas (*v.gr.*, identificando la forma en la que se debe evaluar el riesgo de estrés término o las medidas preventivas a implantar frente al riesgo de electrificación), pues la extensión y el grado de detalle que debería conferirse a esta cuestión -tan amplia y diversa- impediría a esta autora ajustarse al espacio que se le ha asignado. Por el contrario, lo que se pretende a continuación es destacar los principales rasgos característicos del sistema preventivo español que, de una u otra forma, influyen en la gestión preventiva de estos (nuevos y no tan nuevos) riesgos medioambientales en el trabajo.

III. LA GESTIÓN PREVENTIVA DE LOS RIESGOS LABORALES ASOCIADOS AL CAMBIO CLIMÁTICO

El *Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027*³² alerta de las repercusiones que el cambio ambiental puede tener en la salud laboral mediante, por ejemplo, el aumento de la temperatura ambiente, la contaminación atmosférica y los fenómenos meteorológicos extremos. Así, uno de los objetivos de esta Estrategia es, justamente: anticipar y gestionar el cambio en el nuevo mundo de trabajo que ha traído consigo el tránsito hacia un modelo de producción más verde. En el mismo sentido, se pronuncia la *Estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2023-2027*³³ que, tras reflexionar sobre el impacto de las transiciones digital, demográfica y ambiental en el mercado de trabajo, propone, como segundo eje de actuación: avanzar en la gestión eficiente de los riesgos que, a nivel preventivo, pueden suponer estas

32 Comisión Europea (2021). Comunicación de la Comisión al *Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de Regiones: Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación*. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0323&qid=1626089672913#PP1Contents> (última visita el 18.07.2024).

33 Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.insst.es/documents/d/portal-insst/estrategia-espanola-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-2023-2027> (última visita el 18.07.2024).

transformaciones³⁴. Ahora bien, sin denostar la relevancia de estos dos marcos estratégicos, por cuanto suponen un reconocimiento expreso de los peligros aparejados a la crisis climática y un aliciente para emprender acciones en este campo, sin embargo, su valor parece un tanto simbólico. Ninguno de ambos contiene ni medidas concretas, ni avances sólidos, ni recomendaciones para reorientar las actuales políticas de prevención, a los efectos de convertirlas en actuaciones eficaces frente a los riesgos laborales medioambientales³⁵.

Ciertamente, hubiera sido deseable que ambas Estrategias, como documentos especializados en materia preventiva, abordaran esta temática con mayor ambición, cubriendo un ámbito que parece olvidado por muchas de las políticas de gestión del cambio climático. Como reconocen diversas instituciones -entre ellas, la EU-OSHA³⁶-, las presiones políticas y económicas para descarbonizar las economías con la mayor celeridad posible (por ejemplo, haciendo depender la percepción de ciertas subvenciones de la consecución de determinados objetivos climáticos en períodos prefijados) podrían dar lugar a que se pasen por alto cuestiones de salud y seguridad laboral. Una realidad peligrosa si se atiende a que: 1) la degradación medioambiental y las actuaciones encaminadas a su mitigación pueden potenciar determinados riesgos clásicos y generar otros nuevos, respecto de los cuales todavía no se dispone de un conocimiento definitivo; 2) el ‘enverdimiento’ de los procesos productivos muchas veces implica la robotización y digitalización de determinadas fases o tareas, factores que suponen, por ellos mismos, la aparición de nuevas amenazas asociadas a la relación máquina-persona y al uso de tecnologías digitales; 3) la dispersión en el territorio de los procesos de trabajo (*v.gr.* instalación de placas fotovoltaicas) complica el control del cumplimiento de los criterios de seguridad y salud; y 4) el ritmo acelerado con el que se quiere enverdir los modelos de producción puede dar lugar a una falta de capacitación o cualificación profesional de los trabajadores que, de por sí, puede considerarse como un factor de riesgo laboral. Los nuevos nichos de

34 Esta Estrategia se completa con el *Plan de Acción 2023-2024*, en cuyo segundo objetivo (bajo el título de “Gestión de los cambios derivados de las nuevas formas de organización del trabajo, la evolución demográfica y el cambio climático”), se identifican veinticuatro medidas a emprender. Consúltense todas estas medidas en el siguiente enlace: <https://www.insst.es/documents/94886/375219/Plan+de+acci%C3%B3n+2023-2024+EESST+2023-2027.pdf/d626cb5a-3d59-86ba-2914-246f7593c260?t=168751788837>

35 De la misma opinión, Igartua Miró, M.^a T. (2022). Prevención de riesgos laborales y cambio climático. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 469, p. 51.

36 Consúltense el siguiente enlace: Seguridad y salud de los trabajadores en los empleos «verdes» | Safety and health at work EU-OSHA (europa.eu) (última visita el 25.07.2024).

empleo verde pueden motivar una migración de personas trabajadoras procedentes de otros sectores que no tienen la formación necesaria ni para realizar las nuevas tareas, ni para afrontar los riesgos asociados a estos nuevos empleos³⁷. Por todo esto, resulta imprescindible emprender campañas que alerten de las principales amenazas aparejadas a esta transición e identifiquen (aún en un plano muy general) actuaciones tendentes a revertir o minimizar estos peligros. En todo caso, el hecho de no contar ni con acciones más contundentes en el plano de la prevención de riesgos laborales medioambientales, ni con una normativa específica que permita anticiparse a los efectos que el cambio climático puede suponer en esta materia, no significa que en España no existan instrumentos -normativos o técnicos- que den respuesta a situaciones como las expuestas en el apartado anterior.

El sistema preventivo español se caracteriza por su dispersión, en la medida que este ordenamiento viene conformado por diversas normativas de distinto valor y naturaleza. La norma general de protección (primer nivel normativo) es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en lo siguiente, LPRL). A partir de ella, se aprueban una serie de disposiciones reglamentarias de carácter más específico (segundo nivel),³⁸ que, bien completan las previsiones generales de la LPRL para todos los sectores (estableciendo, por ejemplo, el contenido mínimo de cualquier evaluación de riesgo)³⁹, bien establecen disposiciones complementarias a tener en cuenta en determinadas actividades (*v.gr.*, pesca⁴⁰ o minería⁴¹) o respecto de determinados factores de riesgo o riesgos laborales (*v. gr.*, en relación con el lugar de trabajo⁴² o el riesgo

37 Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (2019). *Op. cit.*, pp. 18-26.

38 El art. 5 LPRL establece que la política en materia de prevención de riesgos “se llevará a cabo por medio de normas reglamentarias y de las actuaciones administrativas que correspondan”, disponiendo el precepto siguiente que será el Gobierno quien, “a través de las correspondientes normas reglamentarias y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas”, tendrá que regular determinadas materias de acuerdo, en todo caso, con los principios establecido por dicha Ley.

39 A estos efectos, se aprobó el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención.

40 Véase el capítulo IV y el anexo I del Real Decreto 618/2020, de 30 de junio, por el que se establecen mejoras en las condiciones de trabajo en el sector pesquero.

41 Capítulo IV del Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre por el que se aprueba el estatuto minero.

42 Consúltese en ya mencionado RD 486/1997, relativo a la seguridad y salud en los lugares de trabajo.

químico⁴³⁾⁴⁴. Ahora bien, tanto en uno como otro nivel normativo, los riesgos ambientales asociados a la degradación ambiental parecen contar con espacio.

Por un lado, la generalidad y la dinamicidad con la que fue aprobada LPRL hacen que esta dé cabida a este tipo de amenazas derivadas del cambio climático. Así, el artículo 14 LPRL, cuando reconoce el deber general de protección del empresario, obliga a la empresa a garantizar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras a su servicio “*en todos los aspectos relacionados con el trabajo*”. De esta manera, resulta evidente que, en virtud de tal precepto, cualquier política preventiva empresarial debe evaluar y actuar frente a las condiciones climáticas cuando estas supongan una amenaza para la salud y seguridad de los trabajadores. El art. 15 LPRL reafirma dicha consideración al establecer entre los principios de actuación preventiva la obligación del empleador de: “planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y *la influencia de los factores ambientales en el trabajo*”. Además, a la hora de determinar lo que se entiende por “factor riesgo”, la LPRL es clara al disponer que dicho concepto engloba toda condición de trabajo “que pueda tener una influencia en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador” (art. 4.7 LPRL). En concordancia con este último precepto, parece que el objeto de la actividad preventiva se amplía a toda característica de la prestación de servicios, de forma que, junto con los medios de trabajo, habrá que evaluar el lugar en el que se prestan los servicios (en cuanto a ventilación, iluminación, arquitectura o, en fin, temperatura), y la gestión y organización del trabajo (rotación por turnos, asignación de tareas, tiempos de descanso, etc.). En este sentido, parece que en España existen mecanismos legales suficientes para obligar a las empresas a: 1) evaluar los riesgos derivados de la situación climática (sean de perfil tradicional, sean emergentes), siempre y cuando tales circunstancias puedan afectar a la salud de sus trabajadores durante la jornada laboral; 2) planificar las correspondientes medidas para, primeramente, eliminar tales amenazas y, de no ser posible, minimizar sus efectos.

43 Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.

44 Rodríguez- Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1997). “El desarrollo reglamentario de la Ley de prevención de riesgos laborales”. *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 2, pp. 1-9 (versión *La ley digital*).

Por otro lado, hay que mencionar que determinados textos reglamentarios o técnicos hacen referencia expresa a este tipo de riesgos, si bien las precisiones contenidas deberían ser más específicas y ambiciosas. En este sentido, más allá de las diversas notas técnicas aprobadas respecto de la prevención de determinados riesgos (como el estrés térmico⁴⁵), el mencionado RD 486/1997, relativo a la seguridad y salud en los lugares de trabajo, regula las condiciones ambientales de las zonas de trabajo (anexo III), pero lo hace limitándose a establecer una serie de medidas poco precisas y, quizá, no adaptadas a las nuevas circunstancias derivadas del cambio climático. Del mismo modo, el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales, si bien establece una limitación de los tiempos de exposición a riesgos ambientales, sin embargo, no concreta tal medida, remitiéndose a tal efecto a lo establecido por convenio colectivo⁴⁶. Asimismo, el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo cuenta con una serie de precisiones interesantes desde el punto de vista ambiental. Este último texto legal precisa que: 1) en el empleo al aire libre de equipos de trabajo para la elevación de cargas no guiadas, dicho ascenso deberá cesar cuando las condiciones meteorológicas se degraden hasta el punto de causar un riesgo para la salud de los trabajadores expuestos (anexo II.3.2); 2) en trabajos de altura habrán de paralizarse los trabajos cuando las condiciones meteorológicas pongan en peligro a las personas trabajadoras (anexo II.4.1); y 3) en el uso de andamiaje, este solo podrá ser montado, desmontado o modificado por personas que tengan formación profesional que las habiliten para tales funciones y, en particular, que tengan competencias para la adopción de medidas de seguridad en caso de cambio de las condiciones climáticas que pudiesen afectar negativamente a la estabilidad del andamio. Por su parte, el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, alude de manera muy superficial a los riesgos ambientales relacionados con la temperatura o las inclemencias climáticas. Dicho texto legal se limita a disponer que la “temperatura

45 *Cfr.*, apartado II.1 de este artículo.

46 El art. 23 de este texto legal establece que: “procederá la limitación o reducción de los tiempos de exposición a riesgos ambientales especialmente nocivos en aquellos casos en que, pese a la observancia de la normativa legal aplicable, la realización de la jornada ordinaria de trabajo entrañe un riesgo especial para la salud de los trabajadores debido a la existencia de circunstancias excepcionales de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad, sin que resulte posible la eliminación o reducción del riesgo mediante la adopción de otras medidas de protección o prevención adecuadas”.

debe ser la adecuada para el organismo humano durante el tiempo de trabajo” (anexo IV), desaprovechando la oportunidad para, por ejemplo: 1) establecer un límite mínimo y máximo de grados entre los que se entienda que existe un confort término, y 2) identificar los otros factores a tener en cuenta a la hora de determinar ese estado de bienestar, como el tipo de actividad, la humedad, la ventilación o, en fin, la ropa de trabajo.

En este plano normativo de total dispersión y con alguna referencia (aunque indirecta) a los riesgos derivados del cambio climático -como riesgos ambientales-, existen una serie de consideraciones a las que se puede hacer referencia. Precisamente, en los subapartados siguientes se abordarán dos puntos que se cree que son centrales a la hora de estudiar la prevención de esta clase de amenazas. Así, en primer lugar, se analizará la relación entre dos ramas del Derecho (medioambiental y de prevención de riesgos laborales) que, si por naturaleza parecen interconectadas, sin embargo, se legislan separadamente. En segundo lugar, se hará referencia a los principios preventivos más importantes a tener en cuenta en la gestión preventiva de los riesgos laborales asociados a la degradación medioambiental.

1. El riesgo medioambiental y el riesgo medioambiental laboral: de la interrelación natural a la desconexión normativa

Tal y como reconoce la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en diversos informes y declaraciones, existe una interrelación manifiesta entre el medioambiente en general y el medioambiente en el trabajo, entendiendo que los factores que provocan el deterioro del ambiente donde se trabaja cuentan, también, entre las principales causas de la degradación ambiental⁴⁷. Esta Organización declara la necesidad de emprender una actuación coordinada y conjunta entre estos dos ámbitos. Ciertamente, “la realidad no conoce de escisiones temáticas que puedan derivarse de su abordaje sistemático, sino que se nos ofrece como un todo inescindible donde interactúan elementos y factores de riesgo de todo orden”⁴⁸. Así las cosas, los factores medioambientales generales han de ser

47 OIT (2019). *Sostenibilidad medioambiental con empleo. Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2018*, p. 81. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_638150.pdf (última visita el 30.07.2024).

48 Rivas Vallejo, P. (2020). El cambio climático como factor modificador de la exposición a los riesgos del trabajo. En *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Ediciones Laborum, p. 252.

tenidos en cuenta a la hora de diseñar y establecer la acción preventiva empresarial, pues, no cabe duda de que, por ejemplo, los efectos derivados de las altas temperaturas inciden, especialmente, en la persona que está desarrollando su trabajo al aire libre. El medioambiente laboral es un campo que se compone de las características propias de la prestación de servicios remunerada, pero también de las características ambientales externas que, combinadas con las anteriores, pueden confluir en la aparición de amenazas.

En estos supuestos, el Derecho medioambiental y el de la prevención de riesgos laborales deberían actuar como “sístole y diástole”⁴⁹. Ciertamente, entre ambos ordenamientos jurídicos existen fuertes puntos en común. En primer lugar, hay que referirse a su finalidad tuitiva, por cuanto tanto el uno como el otro lo que pretenden es proteger, en un caso, el medio ambiente natural y, en el otro, el entorno laboral. En segundo lugar, se aprecia otra conexión en lo que se refiere a los principios inspiradores de ambas áreas⁵⁰. De este modo, se podrían invocar los principios de: 1) protección y prevención; 2) anticipación del riesgo⁵¹; 3) adaptación a las nuevas situaciones surgidas; 4) mejora constante, aprovechando los avances de la ciencia y de la técnica; o 5) priorización de la protección colectiva a la individual. Más conflictivo es el principio de precaución, cuya aplicación, si bien no es polémica en el plano de preservación del medioambiente natural, genera dudas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. En tercer lugar, se percibe que estos dos campos suelen actuar sobre la misma fuente de riesgo (v. gr., temperaturas, ruido, patógenos, etc.)⁵². En cuarto lugar, se puede aludir al plano sancionador, en la medida en que ambos ordenes cuentan con sanciones en caso de incumplimiento de sus disposiciones. Ahora bien, tal y como reconoce cierta doctrina, no existen normas “que sirvan para sancionar incumplimientos conexos en ambas materias, lo que, desde luego podría ser un elemento a tener en cuenta”⁵³.

49 Rodríguez Ramos, M.^a J (2002). Salud laboral versus medio ambiente: por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo. *Aranzadi social: estudios doctrinales*, 22, p. 15.

50 Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1999). Medio ambiente y relaciones de trabajo. *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar laboral*, 50, p. 15.

51 De la misma opinión, Rodríguez Martín-Retortillo, R. (2021). Transición justa y salud laboral. Retos y oportunidades. En Chacartegui Jávega, C. (directora), *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa*, Tirant lo Blanch, p. 190.

52 García Valverde, M.^a D. (2013). Aspectos jurídicos de la prevención de los riesgos medioambientales. En Rivas Vallejo, P. (directora), *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales. Participación, salud laboral y empleo*, Ediciones Laborum, p. 60.

53 Rodríguez Ramos, M.^a J (2002). *Op. cit.*, p. 6

Pese a todas estas sinergias, lo cierto es que a nivel legal estos dos ordenamientos discurren en planos separados. En efecto, existe una desconexión a nivel normativo entre el medio ambiente natural y el medioambiente de trabajo. Por una parte, la LPRL limita su campo de actuación al ambiente laboral interno. Tal es así que su art. 2, cuando establece que el objetivo de esta Ley es promover la seguridad y la salud de los trabajadores, hace referencia exclusiva a la necesidad de proteger al trabajador y prevenirlo de los “riesgos derivados del trabajo”. Además, el art. 4 LPRL, define la “prevención” como “el conjunto de actividades y medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la empresa con el fin de evitar o disminuir *los riesgos derivados del trabajo*”. De este modo, esta disciplina se aplica solo respecto de las amenazas que se originen por (vinculación directa) o como consecuencia (vinculación indirecta) de la prestación de servicios, quedando fuera aquellas otras que, pese a poder originar un peligro para la salud de la población, nada tienen que ver con la actividad profesional desarrollada por la persona. Un enfoque que parece ser el compartido por la normativa preventiva a nivel europeo⁵⁴ e internacional⁵⁵.

Por otra parte, respecto a la normativa de protección del medioambiente natural, se podría mencionar la reciente Ley 7/2021, que a lo máximo que aspira es a promocionar “la transversalidad de las políticas de cambio climático y transición energética y su coordinación”⁵⁶. Dicho texto legal, al igual que su antecesor⁵⁷, parece olvidarse de la influencia del factor ambiental en las relaciones de trabajo y de la necesaria confluencia entre medioambiente natural y el medio ambiente de trabajo. De igual modo, la Directiva 2024/2760, sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad⁵⁸, tampoco conecta estos dos campos, pese a que su objetivo último es evitar los efectos negativos que, sobre los derechos humanos y la ecología, se pueden derivar por el incumplimiento

54 Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

55 Consúltase el Convenio núm. 155 de la OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981 y el núm. 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006.

56 Igartua Miró, M.^a T (2022). *Op. cit.*, p. 70.

57 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. Sobre el valor de esta Ley en el plano de las relaciones de trabajo, véase Fernández Avilés, J.A. y Durán Bernardino, M. (2011). Gestión de la empresa y gestión de los riesgos. En Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P. (directores), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Comares, p. 74.

58 Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

de las empresas de sus obligaciones medioambientales⁵⁹. En estas circunstancias, son varios los autores que, considerando artificial contraponer la seguridad y salud fuera y dentro del trabajo, reclaman un tratamiento conjunto de ambos ordenamientos. Para esta doctrina, “no se trata de unificar disciplinas sino, más bien, de la articulación de una serie de principios, reglas jurídicas y de técnicas que garanticen una organización y gestión integral de los riesgos”⁶⁰. De acuerdo con este pensamiento, ambas disciplinas permanecerían independientes, pues cada una de ellas tienen una orientación y unos objetivos propios que no deben perderse, pero la integración de los dos campos aumentaría la credibilidad, la base de conocimientos y la eficacia de cada uno de los mismos.

2. Reflexiones sobre los principios de prevención de los riesgos ambientales en el trabajo

El art. 14 LPRL impone al empresario un deber general de protección que se desglosa en diversas obligaciones instrumentales y, principalmente, en: 1) la obligación de realizar una evaluación de los riesgos presentes en la prestación de servicios; y 2) la obligación de establecer una serie de medidas que eviten la materialización de las amenazas identificadas en la primera fase o, cuanto menos, que minimicen sus efectos. Ciertamente, la LPRL “procedimentaliza” la acción preventiva empresarial, pues establece una serie de pasos a seguir por el empleador a los efectos de que su actuación sea global, completa, no improvisada y, en especial, eficaz⁶¹. Ahora bien, como se adelantó en su momento, no es objeto de este apartado analizar cada una de estas obligaciones instrumentales desde el punto de vista de las amenazas ambientales, entrando en el examen de las técnicas de evaluación previstas para cada riesgo de este tipo y de las correspondientes actuaciones preventivas. La extensión que se necesitaría para abordar un estudio desde este enfoque impide abordar tal cometido en el presente trabajo. Así las cosas, lo que se pretende en este apartado es destacar los principios que deben guiar la actuación de cualquier empresario a la hora de emprender el cometido del art. 14 LPRL, haciendo hincapié en aquellos que detentan una especial relevancia en la gestión preventiva de los riesgos ambientales en el trabajo.

59 Igartua Miró, M.^a T (2022). *Op. cit.*,

60 García Valverde, M.^a D. (2013). *Op. cit.*, p. 65.

61 Igartua Miró, M.^a T (2023). *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, p. 170.

El art. 15 LPRL establece que el empleador habrá de llevar a cabo las actuaciones que integren el deber general de protección, intentando: 1) evitar los riesgos y combatirlos en su origen; 2) evaluar aquellos que no se puedan evitar; 3) adaptar el trabajo a la persona; 3) tener en cuenta la evaluación de la técnica; 4) sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; 5) planificar la prevención, de manera que esta se perciba como una actuación coordinada y coherente, plenamente, integrada en el sistema de gestión empresarial; 6) adoptar las medidas que antepongan la protección colectiva a la individual; y 7) dar las debidas instrucciones a los trabajadores. En relación con el objeto de este artículo (empleo y salud en el contexto del cambio climático), dos de estos principios destacan especialmente.

1. *El principio de adaptación del trabajo a la persona.* En detalle, el art. 15 LPRL establece que, en la ejecución de sus responsabilidades preventivas, el empresario habrá de adaptar el trabajo a la persona y, en particular, en lo que respecta a la ordenación y diseño de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción. Precisamente, este principio tiene una especial transcendencia en la materia objeto de este análisis (riesgos laborales derivados del cambio climático). Tal es así que el reciente RD 4/2023, relativo a la prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas (y anteriormente mencionado), hace uso del mismo, obligando a las empresas a incorporar, dentro de sus planes de prevención, las correspondientes medidas de acomodación de las condiciones de trabajo a las inclemencias climáticas, especialmente, en lo que se refiere a la duración y organización de la jornada laboral. Así, este texto legal hace referencia expresa a la posibilidad de incluir entre las medidas preventivas: 1) la prohibición de desarrollar determinadas tareas durante las horas del día en las que las circunstancias climatológicas adversas concurren con mayor intensidad; y 2) la posible reducción de la jornada laboral cuando exista un riesgo de tal calibre que aconseje paralizar la actividad.

Idénticas medidas se encuentran en el ámbito de la negociación colectiva. Por ejemplo, el “convenio colectivo general del sector de la construcción” reconoce, para situaciones en las que las temperaturas sean extremas, la capacidad de los representantes sindicales para proponer horarios de trabajo distintos a los preestablecidos, a los efectos de evitar las horas de mayor insolación⁶². Por

62 Art. 172 del VII “convenio colectivo general del sector de la construcción” (Resolución DGT de 6 de septiembre de 2023; BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2023). Frente a estas situaciones de calor extremo, este precepto también prevé otras medidas: 1) proveer a los trabajadores de

su parte, el “convenio colectivo estatal para el sector de las actividades forestales” prevé la posibilidad de distribuir de manera irregular o flexible la jornada pactada en atención a las especiales características del trabajo forestal⁶³. En el mismo sentido se pronuncia el “convenio colectivo estatal para la acuicultura”, al prever la posibilidad de establecer una jornada irregular a consecuencia de inclemencias meteorológicas o causas de fuerza mayor probada⁶⁴. Finalmente, el “convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid” dispone que “en ningún caso se podrá obligar al personal que, por lo específico de su labor, desarrolle su trabajo a la intemperie, tales como servicios agropecuarios, forestales o de vías y obras, a realizar sus funciones cuando la adversa situación climatológica derivada de lluvia intensa o continua, nieves, u otros fenómenos similares, o cuando las condiciones del terreno supongan un riesgo grave e inminente”. En tales supuestos, de acuerdo con este convenio, se podrá paralizar la actividad y se empleará al personal en tareas que se puedan realizar bajo cubierto⁶⁵.

A propósito de lo último mencionado, cabe recordar que la propia LPRL prevé la posibilidad de paralizar la actividad realizada por los trabajadores cuando concurra un riesgo grave e inminente. Por este concepto ha de entenderse aquella amenaza que probablemente se materialice en un futuro inmediato y que puede suponer un daño grave para la salud (art. 4 LPRL). Así definido, parece que esta definición engloba, por ejemplo, supuestos de tormentas eléctricas, de lluvia o nieve, de calor extremo, de inundaciones u otras catástrofes naturales. En tales circunstancias, es posible que el trabajador, ya sea por el mismo, ya siguiendo las instrucciones de sus representantes legales o su empleador, deje de realizar las tareas encomendadas para resguardarse del peligro próximo a materializarse (art. 21.2 LPRL)⁶⁶.

cremas protectorias de factor suficiente; 2) habilitar zonas de sombra con agua potable para poder hidratarse; y 3) proporcionar áreas de descanso protegidas del sol.

63 Art. 24 del “convenio colectivo para el sector de actividades forestales” (Resolución DGT de 27 de junio de 2019; BOE núm. 165, de 11 de julio de 2019).

64 Art. 14 del VII “convenio colectivo estatal para la acuicultura” (Resolución DGT de 23 de abril de 2024; BOE núm. 108, de 3 de mayo de 2024).

65 Art. 146 del “convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid” (Resolución DGT de 27 de abril de 2021; BOCM núm. 112, de 12 de mayo de 2021).

66 Para una reflexión más profunda, Igartua Miró, M.^a T (2022). Prevención de riesgos laborales y cambio climático, *op. cit.*, pp. 59-61.

2. *El principio de tener en cuenta la evolución de la técnica.* Cuando el art. 15 LPRL prevé esta regla, parece querer llamar la atención sobre la potencialidad de las nuevas tecnologías en materia de prevención de riesgos laborales. No cabe cuestionar los avances y ventajas que supone la digitalización y la robotización de los procesos productivos, por cuanto constituyen una oportunidad única para reducir la siniestralidad en el trabajo. Los clásicos riesgos laborales (por ejemplo, la exposición a sustancias peligrosas) pueden quedar neutralizados, al substituir la presencia del trabajador por máquinas o robots digitales que, bien actúan de manera autónoma, bien mediante control remoto. Al mismo tiempo, el uso de sistemas digitales e inteligentes, del internet de las cosas (*IoT*) o de las técnicas de *Big Data* (búsqueda, procesamiento y sistematización de gran cantidad de datos) permiten optimizar los procesos de evaluación, analizando los riesgos laborales no identificables a primera vista e, incluso, realizando un análisis predictivo de posibles situaciones de emergencia que pudieran ocurrir en un futuro (olas de calor, inundaciones, etc.), permitiendo al servicio de prevención adelantarse a las mismas e implantar protocolos de seguridad más eficientes. Asimismo, la tecnología proporciona la posibilidad de conocer y trabajar sobre datos biométricos referentes al estado de salud del trabajador (*v. gr.*, niveles de estrés, tensión o ritmo cardíaco), que podrían tener una influencia significativa en la prestación de servicios⁶⁷. Esto último resulta de interés a los efectos de comprobar si aquel se encuentra en una situación adecuada o no para la ejecución de sus responsabilidades laborales, siendo ello de importancia en aquellas profesiones en las que se ven implicadas otras personas (conductores, pilotos, etc.)⁶⁸.

3. *Principio de precaución.* Ciertamente es que es principio, ni está previsto en la LPRL ni presenta una naturaleza puramente preventiva. Sin embargo, en la relación triple “empleo-salud laboral-cambio climático” dicha regla parece adquirir una especial relevancia en atención a su origen (vinculado al Derecho Medioambiental) y al desconocimiento de determinados riesgos laborales vinculados a la transición verde. En detalle, el principio de precaución va más allá

67 Sobre esta cuestión, Fernández Orrico, F. J. (2020). Límites a la biometría como medio de identificación y control de los trabajadores: necesidad de su regulación. En Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (directores), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi, pp. 301-326.

68 En todo caso, la gestión de estas informaciones, que se podrían obtener, requerirá de un tratamiento de protección de dichos datos, especialmente tratándose de información tan sensible como es la referente a la salud. Véase, Arruga Segura, M.^a C. (2020). Riesgos laborales derivados de la digitalización. En *La transformación digital en las relaciones laborales y en la organización del trabajo*, Wolters Kluwer, pp. 310-324.

que la propia “prevención”. Más claramente, mientras que la “prevención” se dirige a neutralizar la materialización de riesgos ya constatados y conocidos, la “precaución” expande su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que no existe una relación causal probada y cierta entre la acción laboral y el peligro generado.

En el seno de determinadas políticas verdes se está promocionando el uso de ciertos materiales y herramientas, cuyos riesgos asociados todavía no se conocen con certeza (v. gr., cemento bajo en carbono o nanomateriales). Esta incertidumbre lleva a reflexionar sobre la aplicación del principio de precaución. La “precaución” implica una nueva forma de gestión del riesgo, por cuanto las medidas a adoptar se establecen antes de la verificación científica de la existencia de la amenaza. En otras palabras, su campo de vigencia queda determinado por la incertidumbre científica de los peligros generados, dirigiéndose a limitar el uso de dichos materiales, hasta tanto en cuanto no se conozcan con seguridad sus efectos sobre la salud de los trabajadores. Desde este punto de vista, ya se puso de manifiesto que, si en el pasado se hubiera recurrido a este principio, “se hubieran evitado o atenuado algunos de los daños derivados de los avances científicos y técnicos”, como, por ejemplo, las muertes causadas por asbesto o el benceno⁶⁹. Ahora bien, junto con estas actitudes positivas, este principio también presenta un claro potencial alienante. En efecto, la utilización abusiva y no responsable del mismo, por parte de los poderes públicos o del propio empresario, puede dar lugar a disputas entre determinados grupos sociales o a justificar determinadas conductas ilegítimas que, incluso, podrían suponer una vulneración de los derechos laborales. Por ello, se necesita de un cierto control en la aplicación de dicho principio, requiriéndose de la concurrencia de una serie de presupuestos que garanticen, en todo caso, su necesidad y legitimidad. En esta línea, se exige la existencia, por un lado, de una situación de incertidumbre científica y, por otro, y directamente vinculado con esta, de un riesgo grave e irreversible⁷⁰.

69 Muñoz Ruiz, A. B. (2009). “El sistema normativo internacional y comunitario en materia de prevención de riesgos laborales”. En *El sistema normativo de la prevención de riesgos laborales*, Lex Nova, p. 104.

70 Véase, Comisión de las Comunidades Europeas (2000) *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*, Bruselas, 2 de febrero de 2000, COM (2000) 1 final. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001&from=ES>

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El cambio climático y las actuaciones adoptadas para su mitigación y adaptación deben abordarse desde múltiples perspectivas y, especialmente, desde el enfoque preventivo. No hay duda de que la degradación medioambiental está afectando a las condiciones de trabajo en múltiples empleos. En este sentido, las políticas preventivas empresariales deberán actuar frente a tales efectos, previendo y minimizando sus consecuencias. En España, pese a que existe una desconexión normativa entre la protección del medioambiente natural y del medioambiente en el trabajo, existen instrumentos -normativos y técnicos- que obligan a las empresas a: 1) evaluar los riesgos derivados de la situación climática (sean de perfil tradicional, sean emergentes), siempre y cuando tales circunstancias puedan afectar a la salud de sus trabajadores durante la jornada laboral; 2) planificar las correspondientes medidas para, primeramente, eliminar tales amenazas y, de no ser posible, minimizar sus efectos. Ahora bien, como ya apuntan diversos autores, quizá sea necesario renovar el ordenamiento jurídico español en materia preventiva, a los efectos de hacerlo más sensible a los riesgos laborales aparejados al cambio climático. En este sentido, se podría, por ejemplo: 1) reformular ciertos aspectos de la LPRL, como el relativo a la participación de los trabajadores, fomentando su implicación en los procesos de ecologización de la empresa; 2) incluir más referencias a esta clase de amenazas en las normas reglamentarias que regulan la prevención de riesgos de determinados sectores (v. gr., pesca o construcción); y 3) integrar los dos ordenamientos jurídicos concurrentes en este ámbito, fomentando la protección conjunta del medioambiente en general y el laboral.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Cuesta, H. (2017). Los empleos verdes en la economía española. Peso específico y marco jurídico general. En Agra Viforcós, B. (directora), *Empleos verdes y prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch.
- Álvarez Cuesta, H. (2021). La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa? *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, 10 (1).
- Álvarez Cuesta, H. (2023). La formación en los nuevos yacimientos de empleo (empleos digitales, verdes) con especial atención a la perspectiva de género”. *Lan Harremannak. Revista de relaciones laborales*, 49.

- ETUC (2020). *Adaptación al cambio climático y al mundo laboral. Una guía para los sindicatos*. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2020-09/ETUC-adaptation-climate-guide_ES.pdf (última visita el 18.07.2024).
- Eurofound (2023). *Working conditions and sustainable work. Job quality side of climate change*. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2024/job-quality-side-climate-change#:~:text=Workers%20will%20experience%20the%20effects,of%20new%20activities%20and%20products>. (última visita el 22.07.2024).
- EU-OSHA (2023). *Heat at work. Guidance for workplaces*. Documento disponible en el siguiente enlace: https://osha.europa.eu/sites/default/files/Heat-stress-guide-guidance-for-workplaces_en.pdf (última visita el 24.07.2024).
- García Valverde, M.^a D. (2013). Aspectos jurídicos de la prevención de los riesgos medioambientales. En Rivas Vallejo, P. (directora), *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales. Participación, salud laboral y empleo*, Ediciones Laborum.
- Igartua Miró, M.^a T. (2022). Prevención de riesgos laborales y cambio climático. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 469, p. 51.
- Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (2019). *Los empleos verdes y la salud laboral. Una aproximación a los riesgos ocupacionales en el marco de una economía circular y descarbonizada*. Documento disponible en el siguiente enlace: https://istas.net/sites/default/files/2019-04/Guiaempleosverdesy%20SL_0.pdf (última visita el 18.07.2024).
- Narocki, C. (2022). *Los episodios de altas temperaturas como riesgo laboral: su impacto en la salud, la seguridad y el bienestar de la población trabajadora y en las desigualdades sociales*. ETUI.
- OCDE (2024). *OECD Employment outlook 2024. The net-zero transition and the labour market*. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/ac8b3538-en.pdf?expires=1721461768&id=id&accname=guest&checksum=A84BDE178BE381D00830C5E131472CF4> (última visita el 22.07.2024).
- OIT (2013). *Resolución sobre el desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes*. Informe V. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_210289.pdf (última visita el 18.07.2024).
- OIT (2019). *Sostenibilidad medioambiental con empleo. Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2018*, p. 81. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_638150.pdf (última visita el 30.07.2024).

- OIT (2023). *Lograr una transición justa hacia economías y sociedades ambientales para todos*. Informe VI, pp. 25 y ss. Documento disponible en el siguiente enlace: file:///C:/Users/barba/Downloads/wcms_876569.pdf (última visita el 17.07.2024).
- OIT (2024). *Ensuring safety and health at work in a changing climate*, p. 102. *Global report*. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.ilo.org/publications/ensuring-safety-and-health-work-changing-climate> (última visita el 22.07.2024).
- Rivas Vallejo, P. (2020). El cambio climático como factor modificador de la exposición a los riesgos del trabajo. En *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Ediciones Laborum.
- Rodríguez Martín-Retortillo, R. (2021). Transición justa y salud laboral. Retos y oportunidades. En Chacartegui Jávega, C. (directora), *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa*, Tirant lo Blanch.
- Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, M. (1999). Medio ambiente y relaciones de trabajo. *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar laboral*, 50.
- Rodríguez Ramos, M.^a J (2002). Salud laboral versus medio ambiente: por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo. *Aranzadi social: estudios doctrinales*, 22.
- United Nations (2020). *World social report 2020. Inequality in a rapidly changing world*, p. 89. Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.un.org/development/desa/dspd/wp-content/uploads/sites/22/2020/02/World-Social-Report2020-FullReport.pdf> (última visita el 24.07.2024).

CONCURSO UNIVERSITARIO

LÍMITES DEL DERECHO A HUELGA EN EL PERÚ: UN ANÁLISIS COMPARADO A RAZÓN DEL CASO HUMPERT VS. ALEMANIA

YOHANA LISSETH HUAMÁN VÁSQUEZ

Universidad Nacional de Cajamarca

"La rebeldía es la virtud original del hombre".

-Arthur Schopenhauer.

I. NOCIONES GENERALES DEL DERECHO A LA HUELGA

A través del derecho a la huelga, los trabajadores accionan con el fin de alcanzar mejores condiciones de trabajo y remuneración conforme a las actividades o servicios que realice, en ese sentido, ellos se encuentran en la capacidad para desvincularse de sus responsabilidades laborales de forma temporal. La huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de determinados fines ligados a las expectativas e intereses de los trabajadores, y que se ejerce cuando se agote previamente la negociación directa con el empleador. Cae añadir, que hay ocasiones en las cuales los trabajadores no pueden negociar con su empleador, por ende, existe el poder de negociación de este el cual reca en agruparse y reunirse colectivamente (pluralidad de sujetos), porque de ese modo, se va a formar una fuerza, la cual en la medida de lo posible se puede hasta obligar al empleador a concretar o cimentar acuerdos previos¹.

Siguiendo a Lama², aunado a la libertad sindical y negociación colectiva, la huelga es el complemento de un conjunto de manifestaciones de la autonomía colectiva, la cual se identifica con la denominada autotutela colectiva en la medida que procura garantizar la efectividad (y por tanto la existencia) de este instituto. Además, se hace alusión a que sin capacidad para presionar a la contraparte (empleador), para que se pueda inducir a hacer o no algo, refleja el papel fundamental que cumplen las medidas de autotutela colectiva, en particular la huelga, como sanciones autónomas esenciales que pretenden obtener, mediante la presión aquello que no se ha conseguido en la negociación colectiva pura.

Asimismo, señala que cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato resultará lesivo del derecho de libertad sindical³. Es cierto que a todos los trabajadores les corresponde ejercer dicho derecho, el cual se

1 Cuarta Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación N°27752-2018-Arequipa

2 De Lama Laura, M. (2011) Jurisprudencia laboral para el abogado litigante. (p. 192) Gaceta Jurídica. Lima.

3 Tribunal constitucional. STC N° 02211-2009-PA/TC, fundamento 7.

encuentra protegido a nivel nacional a través de la Constitución Política de 1993⁴, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo⁵ e internacionalmente mediante el Convenio 87 de la OIT⁶, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ y la corte Interamericana de Derechos Humanos⁸.

II. LÍMITES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA HUELGA

Es importante acotar que el derecho a la huelga no es absoluto, dado que está sujeto a límites. De ese modo, se trae a colación la siguiente clasificación⁹:

1. Límites subjetivos

Este aspecto en relación con aquellas personas que no pueden ejercer su derecho a huelga, dicho de otro modo, se encuentran imposibilitados cómo lo establece la Constitución Política del Perú en sus artículos 42 y 153¹⁰.

2. Límites objetivos

Se encuadra en la naturaleza de los servicios que podrían ser afectados por la huelga. En este caso estamos hablando de los servicios públicos esenciales¹¹

4 Constitución Política del Perú (1993). *“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático (...) Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”*. (Inciso 3 del Artículo 28).

5 Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Artículo 72).

6 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969), Ley N° 22129, del 28 de marzo de 1978. Este tratado entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978.

7 Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protocolo de San Salvador (1988), aprobado en el Perú mediante la Resolución Legislativa N°26448, del 27 de diciembre, 1994.

8 La Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-27/21, del 5 de mayo de 2021

9 Clasificación tomada para efectos de estudio, de Arévalo Vela, J. (2022). La huelga en el derecho Laboral. Revista de derecho Procesal del Trabajo. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/rdpt/article/view/586/802#toc>.

10 Constitución Política del Perú (1993). Derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos: *“Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”*. (Artículo 42). Constitución Política del Perú (1993). *“Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga”*. (Artículo 153).

11 Blancas Bustamante, C. (1992). *“(.) no sería admisible que el derecho de huelga fuera considerado de tal manera absoluto o ilimitado que su materialización hiciera peligrar o, inclusive, afectar*

señalados en los artículos 82 y 83 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Para ello, se debe hacer una distinción entre los funcionarios y servidores públicos. El funcionario público es quien desarrolla actividades con predominancia política, representa al estado o cierto sector de la población, por otro lado, un servidor público puede ser un directivo, ejecutivo especialista o apoyo, tal como lo establece la Ley Marco del Empleo público¹².

Conviene subrayar que en nuestro país la función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado (entendido de manera amplia). A su vez, los cargos que contemplan los servidores públicos, en general, pueden ser de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales.

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional establece que es clara la voluntad del Poder Constituyente de crear un régimen específico para los funcionarios y servidores públicos, ya que han quedado establecidos sus objetivos principales; (...) determinadas obligaciones de los funcionados y servidores públicos; la exigencia de que por ley se establezcan las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos; y cuáles de éstos tienen limitados expresamente sus derechos de sindicación y huelga, entre otros asuntos¹³.

III. ALCANCES DEL CASO HUMPERT Y OTROS VS. ALEMANIA

El presente caso¹⁴ surge a raíz de la participación de cuatro profesores en huelgas, quienes enseñaban en escuelas públicas de Alemania, ellos ostentaban la condición de funcionarios del Estado. Dichos profesores eran miembros del Sindicato de Educación y Ciencia, el mismo que desplegó huelgas y una serie de manifestaciones durante el horario laboral, pues tenían como fin luchar contra

seriamente otros bienes jurídicos protegidos, que responde a derechos fundamentales de las personas” La Huelga en los Servicios Esenciales” (p. 23). Lima

12 El Funcionario Público puede ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria. (Presidente, Congresistas, alcaldes, etc.), b) De nombramiento y remoción regulados. (Jefes de reguladores, por ejemplo), c) De libre nombramiento y remoción. (típico caso de ministros de Estado)

13 Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00025-2005-PU-TC. (F. 52).

14 European Court of Human Rights. Strasbourg 14 December 2023. *Case Of Humpert And Others v. Germany* (Applications nos. 59433/18, 59477/18, 59481/18 and 59494/18).

el empeoramiento de condiciones de trabajo de los profesores, los cuales posteriormente a lo acontecido, fueron amonestados y sometidos a procedimientos disciplinarios por incumplimiento de sus obligaciones como funcionarios al participar en las huelgas durante su horario laboral.

Ahora veamos quienes fueron los accionantes, en adelante serán demandantes tal y como se establece en la sentencia la Corte Europea de Derechos Humanos: La Sra. Humpert (primera demandante), profesora de primaria, fue amonestada por no haber impartidos dos clases, por protestar contra el deterioro de las condiciones de trabajo de los profesores y la prolongación de la jornada laboral. La Sra. Wienrank (segunda demandante), profesora de formación profesional, y del Sr. Grabs (tercer demandante), profesor de enseñanza secundaria; la autoridad de baja Sajonia les impuso una multa administrativa de 100 euros a cada uno, por ausencia indebida del trabajo, por no haber impartido cinco clases ese día que participaron en la huelga, la cual tenía como objetivos la obtención de un convenio colectivo que previera una remuneración más alta. La Sra. Dahl (cuarta demandante), a quien se le impuso una multa administrativa de 1.500 euros por su ausencia no autorizada como funcionaria durante doce horas lectivas debido a su participación en huelgas, el propósito de esta huelga era la misma la de los demandantes anterior.

A nivel administrativo, se consideró que la prohibición de la huelga de los funcionarios forma parte de la esencia de los principios constitucionales consagrados en su Ley Fundamental (si hacemos un paralelo con Perú podemos considerar a la Constitución Política), y confirmaron las decisiones disciplinarias. Por ello, los demandantes (en fechas distintas) recurren al Tribunal Constitucional Federal, alegando que las decisiones disciplinarias impuestas se derivaban de la prohibición de la huelga para los docentes con estatuto de funcionario, se habían violado su derecho a formar asociaciones para proteger y mejorar las condiciones laborales tanto como económicas.

Lo interesante en dichos petitorios, es el énfasis que se da en cuanto alegaban que no se había interpretado el derecho nacional de conformidad con el Derecho Internacional Público, ya que la prohibición de la huelga para los docentes con estatuto de funcionario, que no desempeñaban funciones que implicaran el ejercicio de elementos esenciales de la autoridad pública, violaba, en particular, el artículo 11 del Convenio. En opinión del Tribunal Constitucional Federal, la prohibición de la huelga de los funcionarios públicos en el derecho alemán era compatible también con el artículo 11 del Convenio y con

la jurisprudencia de este Tribunal relativa al derecho de huelga. El Convenio en cuestión contempla lo siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por parte de los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado."

En el presente caso se ha hecho un estudio de 35 estados en Alemania de los cuales:

- a. En ocho de ellos, los docentes de las escuelas tienen condición de funcionarios públicos.
- b. En diecisiete, el empleo de docentes se rige por un régimen privado y legislación especial
- c. En diez estados existe más de un estatuto, es decir dichos docentes no pueden elegir su estatuto laboral, pues sólo se determina en función del tipo de escuela en el que trabajan y del régimen jurídico que se les aplica.

La justificación de dicha clasificación es la existencia de "medios alternativos de protección de los derechos relacionados con el empleo" (énfasis propio añadido). Se justifica en que las medidas que pueden adoptarse para prohibir la huelga se encuentran los procedimientos de conciliación y mediación, la negociación colectiva, la representación a través de organismos profesionales (a los que el gobierno puede tener que consultar) y la posibilidad, en algunos Estados, de iniciar procedimientos judiciales en materia de remuneración, en algunos de estos Estados también se consideran como una forma de compensación las condiciones de servicio favorables para los funcionarios públicos; ¿pero se tiene en cuenta cuánto se tardaría iniciar dichas acciones?

La Corte observa que las medidas disciplinarias en cuestión fueron impuestas a los demandantes por haberse declarado en huelga, es decir, por haber

dejado de dar clases durante unas horas, junto con otras personas, para reclamar mejores condiciones de trabajo, y por haber participado durante ese tiempo en manifestaciones organizadas a tal efecto por el sindicato al que pertenecían y que representaba también los intereses de los docentes empleados como funcionarios públicos del Estado.

Pero el Tribunal Federal de Alemania (podemos hacer el paralelo al Tribunal Constitucional del Perú), afirma que la prohibición de la huelga de los funcionarios públicos tiene como fin garantizar una buena administración, de conformidad con la obligación más amplia del Estado de garantizar un buen gobierno, garantizando el desempeño eficaz de las funciones delegadas a la función pública y asegurando así la protección de la población, la prestación de servicios de interés general y la protección de los derechos consagrados en el Convenio mediante una administración pública eficaz en múltiples situaciones.

Entonces a lo largo de la sentencia, el Tribunal considera que la prohibición de la huelga de los funcionarios persigue los objetivos del artículo 11 Convenio en cuestión, señalado líneas at supra. Es así como, se considera acordes las medidas disciplinarias impuestas a los profesores demandantes por haberse declarado en huelga y no haber impartido entre dos y doce clases en sus respectivas escuelas, debido a que las mismas servían para garantizar el funcionamiento del sistema escolar y para salvaguardar el derecho de los demás a la educación¹⁵. ¿Se infringieron los derechos de los demandantes con la prohibición de la huelga para todos los funcionarios públicos en Alemania debido a su condición? El análisis que hace Corte Europea de Derechos Humanos se basa en una serie de aspectos, pero se ha creído conveniente resaltar los siguientes que son los siguientes:

a. La naturaleza y el alcance de la restricción al derecho de huelga.

El Tribunal estaría de acuerdo en la prohibición general de huelgas para todos los funcionarios públicos, incluidos los docentes con esa condición (como los demandantes) no guarda concordancia con los instrumentos internacionales especializados, tal como los interpretan los órganos de control competentes, o de la práctica de los Estados contratantes. Y en el fundamento 127 de dicha sentencia nos hace referencia que, a pesar de las observaciones hechas por los Órganos de la OIT en reiteradas oportunidades, los considera relevantes mas no decisivos sobre la prohibición de la huelga en el presente caso, y

15 Ley Fundamental de Alemania. Artículo 7 numeral 1.

las sanciones a las partes accionantes se han mantenido en el margen de la legalidad.

- b. **Medidas adoptadas que permiten a los sindicatos de funcionarios públicos y a los propios funcionarios públicos proteger sus intereses profesionales.** Si bien la huelga es una parte importante de la actividad sindical, el Tribunal reitera que no es el único medio para que los sindicatos y sus miembros protejan los intereses profesionales pertinentes. Debido a que, en Alemania, las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, incluidos, se regula por ley, acorde a los principios tradicionales de la función pública de carrera, y no por convenios colectivos entre los sindicatos y la autoridad estatal (empleadora). Las organizaciones centrales de los sindicatos de funcionarios tienen un derecho legal a participar en la elaboración de las disposiciones legales relativas a la función pública.
- c. **El objetivo o los objetivos perseguidos por la prohibición de la huelga por parte de los funcionarios públicos**

La Corte asegura la protección de la población, la prestación de servicios de interés general y la protección de los derechos consagrados en el Convenio mediante una administración pública eficaz en múltiples situaciones. Subraya que el derecho a la educación, indispensable para la promoción de los derechos humanos, desempeña un papel fundamental en una sociedad democrática, y en su fundamento 143, indica que las medidas disciplinarias contra las demandantes no fueron severas

Finalmente, la Corte declara que no hubo violación del artículo 11 de la Convención.

IV. ANÁLISIS COMPARADO

1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

"El derecho de huelga, siempre que se ejerza de conformidad con las leyes del país de que se trate."¹⁶

16 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Art. 1 letra d).

Existe un detalle que se ha advertido en el sistema jurídico Alemán, pues el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha criticado reiteradamente la prohibición por parte de los Estados, la huelga de funcionarios públicos o empleados estatales contractuales que no presten servicios esenciales. En el que expresamente señala lo siguiente:

“El Comité sigue preocupado por la prohibición por el Estado parte de la huelga de todos los funcionarios públicos con la condición de funcionarios públicos, incluidos los docentes de las escuelas que tienen esa condición. Esta prohibición va más allá de las restricciones permitidas en virtud del artículo 8, párrafo 2, del Pacto, ya que no todos los funcionarios públicos pueden ser considerados razonablemente proveedores de un servicio esencial”.¹⁷

Las recomendaciones van en sentido a que el Estado de Alemania adopte medidas para revisar el alcance de la categoría de servicios esenciales con miras a garantizar que todos aquellos funcionarios públicos cuyos servicios no puedan considerarse razonablemente esenciales tengan derecho a la huelga de conformidad con el artículo 8 del Pacto y con el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.¹⁸

En vista de lo anterior, el Comité alienta al Gobierno a que siga participando en un diálogo nacional amplio con las organizaciones representativas de la función pública con miras a encontrar posibles formas de armonizar más estrechamente la legislación con el Convenio. Pues existen procedimientos contra la prohibición de huelga de los funcionarios públicos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Así mismo, este comité muestra cierta preocupación por la prohibición general de que los trabajadores del sector público hagan huelga en algunos Estados de Alemania, incluyendo a los maestros de escuela, como prestadores de servicios esenciales. Para ilustrar mejor, hay que traer a colación a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el apartado que nos señala que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

17 Informe de Alemania (12 de octubre de 2018) Sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

18 Organización Internacional del Trabajo (OIT) 1948 (núm. 87).

3. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 87

El Perú al igual que Alemania a ratificado el Convenio 87 de la OIT, contempla lo siguiente:

“Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”. (Artículo 11).

3.1. Órganos de supervisión de la OIT

(La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones; y el Comité de Libertad sindical).

Dichos órganos de supervisión toman en consideración que los Estados pueden restringir o prohibir el derecho de huelga de aquellos funcionarios públicos que ejercen autoridad en nombre del Estado¹⁹, pero en lo que están en desacuerdo es incluir a los docentes del sector público dentro de la categoría de funcionarios públicos que ejercen autoridad a nombre del estado, y por ende, deben beneficiarse del derecho de huelga sin estar sujetos a sanciones, aunque, en determinadas circunstancias, puede preverse el mantenimiento de un servicio mínimo en este sector²⁰.

Respecto a las limitaciones, que es lo que motiva el presente trabajo, es cierto que los estados parte pueden restringir hasta prohibir el derecho a la huelga siempre y cuando sean servicios esenciales, en ese sentido, hay que definir tales servicios en estricto, entendiendo que la interrupción de estos pondría en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población²¹. A lo que precisamente los órganos de supervisión de la OIT consideran que el servicio público de educación y en general el sector de la educación no constituyen un servicio esencial. Las divergencias surgen en considerar el derecho a la educación como un servicio esencial, Alemania lo contempla así, pero nuestro país no²².

19 Observaciones Finales del 30 de noviembre de 2021 sobre el informe estatal presentado por Alemania sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 22).

20 Declaración Universal de Derechos Humanos. (Artículo 23 numeral 4).

21 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2012). https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previousessions/101stSession/reports/reports-submitted/WCMS_174846/lang-en/index.htm

22 Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical (2018) <https://www.ilo.org/dyn/nor->

4. Carta Social Europea

Los trabajadores en Alemania no se ajustan al artículo 6 de la Carta Social Europea de 1961.

“Con miras a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva, las Partes Contratantes (...) 4. el derecho de los trabajadores y de los empleadores a la acción colectiva en caso de conflicto de intereses, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que pudieran derivarse de los convenios colectivos previamente celebrados.”²³

El Comité Europeo de Derechos Sociales ha considerado que la situación en Alemania no era conforme a la legislación, ya que la prohibición de hacer huelga a los funcionarios públicos, en este caso los profesores, constituía una restricción excesiva del derecho de huelga. Dicha situación no ha cambiado²⁴.

Del mismo modo, reitera que el derecho de huelga es uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover y proteger sus intereses económicos y sociales, dicho tratamiento entra a tallar en el presente análisis. Así el ordenamiento jurídico alemán, señala que el derecho de huelga de ciertas categorías de funcionarios públicos está sujeto a restricciones, en particular los miembros de la policía y de las fuerzas armadas, los jueces y los altos funcionarios²⁵. ¿Resulta entonces contradictorio el aplicar dicha restricción a la totalidad de los funcionarios?

De cualquier manera, se hace la observación en el caso de los funcionarios públicos que no ejercen la autoridad pública y que sólo puede justificarse una restricción mas no una prohibición absoluta, siguiendo estos principios, todos los funcionarios públicos que no ejercen la autoridad pública pueden ejercer su derecho de huelga sin que se les permita ejercer su derecho de huelga^{26,27}.

Lo anterior, guarda estrecha relación con nuestra legislación peruana y se alinea a la clasificación anteriormente planteada. Si bien es cierto que nuestro

mlex/en/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002_HIER_ ELEMENT_I,P70002_HIER_ LEVEL:3945366,1

23 Carta Social Europea (1961). Artículo 6.

24 Las Conclusiones XXI-3 del 24 de enero de 2019.

25 Conclusiones I, 2005. Alemania

26 Conclusiones XVII-1, 2005, Alemania.

27 Compendio de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, 2018, pág. 105, <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>

país no pertenece a la Unión Europea, comparte un común denominador con los parámetros respecto al tema en cuestión. Pues, tal como lo establece nuestra constitución, se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos, pero no están comprendidos los funcionarios del Estado (entendidos cómo funcionarios públicos) con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, además de los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.

5. Sistema Interamericano

El 5 de mayo de 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Opinión Consultiva sobre el derecho a la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, y su relación con otros derechos, con una perspectiva de género. El cual ha sido adoptado tanto por Perú como por Alemania, basado en el Derecho Internacional, esto es, se reafirma lo establecido por la OIT, teniendo en cuenta que el derecho de huelga podía considerarse como un principio general del derecho internacional y que es un componente esencial de la libertad sindical, también una herramienta esencial para la libertad sindical y la libertad de organizarse. Simultáneamente, se consideró que el ejercicio del derecho de huelga podía restringirse o prohibirse únicamente en el caso de los funcionarios públicos que prestaban servicios en cuanto administración pública, en otras palabras, que trabajan para el estado²⁸.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también observa en el caso en particular que, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un Estado no puede invocar su derecho interno, incluida la Constitución, como justificación del incumplimiento de sus compromisos de derecho internacional²⁹.

28 Corte Interamericana De Derechos Humanos (2021). Opinión Consultiva sobre Derechos a la Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga, y su relación con Otros Derechos, con perspectiva de género.

29 Convención de Viena, Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre la Convención. Artículo 27.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Del estudio del caso *Humpert y otros vs. Alemania*, exploremos un poco más la idea, en consideración al principio *in dubio pro operario*, se entiende a que, si una norma le permite a su intérprete varios sentidos distintos, debe elegir entre ellos el que sea más favorable para el trabajador. Entonces, se puede aplicar dicho principio a los derechos nacidos en convenios colectivos en favor del trabajador ¿pero si se ven limitados a formar parte de los convenios colectivos, se estaría quebrantando el referido principio? Así, el maestro Nieves Mujica, afirma que el principio *in dubio pro operario*, implica que debe ser empleado por el juez, “toda vez que hubiera diversos significados para las palabras utilizadas por la norma, incluso después de culminados los esfuerzos razonables por obtener, mediante el empleo de los criterios clásicos de interpretación, un sentido convincente para aquellas”³⁰.

A pesar de encontrarnos en ordenamientos jurídicos contrapuestos con aspectos jurídicos, sociales y culturales distintos, los jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos no han considerado que norma es más favorable para el trabajador, pues como se ha evidenciado existen múltiples observaciones a nivel internacional y la preocupación por la prohibición en Alemania de la huelga de los funcionarios públicos que no ejercen la autoridad pública.

El gobierno alemán considera que los profesores en condición de funcionarios no tienen derecho a hacer huelga, porque prestaban servicios esenciales. Pero los profesores que ostentan la condición de empleados contractuales no tienen limitación alguna para ejercer el derecho en cuestión, no los diferencia el servicio que prestan o el trabajo que realizan, simplemente los diferencia la condición de funcionario público o empleado contractual del Estado. Tal como se ha mencionado en el análisis del caso, existen mecanismos especiales para que los funcionarios públicos puedan presentar sus reclamos, pero ¿qué tan efectivos resultan aquellos?, porque se ha evidenciado la necesidad de los profesores en condición de funcionarios públicos a concurrir a protestas para las mejoras de sus condiciones laborales.

Será preciso referir lo siguiente: cuando exista incompatibilidad entre el favorecimiento al trabajador y otros elementos interpretativos, en situaciones en que se “pretendiera interpretar en favor del trabajador un precepto referido

30 Nieves Mujica, J. (2018). *Introducción al Derecho del trabajo*. (p.159). Fondo Editorial PUCP. Lima.

a la huelga en los servicios esenciales, que estuviera puesto en salvaguarda del interés del usuario y no del huelguista”³¹. Entonces, en relación con la norma más favorable, se presenta el conflicto divide en dos aspectos: contradicción y divergencia. Se puede distinguir a partir de dos factores:

“De un lado, el origen puede ser internacional (como el tratado), estatal (como la ley y el reglamento), profesional (como el convenio colectivo y el reglamento interno de trabajo) o social (como la costumbre). De otro lado, el ámbito puede ser general o especial (uno de alcance mayor que el otro, por ejemplo, internacional respecto de nacional, nacional respecto de regional, o de rama de actividad respecto de empresa”³².

De ello, se tiene en cuenta que en el derecho del trabajo se aplica la norma más favorable y que conceda de cierta forma más ventajas para el trabajador. En el sistema jurídico alemán, la función pública de carrera es un concepto desarrollado y arraigado históricamente, pues forma parte de un consenso democrático que subyace a la Ley Fundamental de Alemania. Del análisis del presente caso, se da cuenta que la obligación de no hacer huelga para los funcionarios públicos ha sido objeto de revisión continua por parte los mismos legisladores y observaciones de órganos internacionales, mas no ha sido modificada.

Finalmente, la educación en Alemania se considera como un servicio público esencial³³, mientras que en nuestro país no lo contempla como tal, pero se acopla a las instituciones del Derecho Internacional Público, además, los servidores y funcionarios tienen diferente connotación, referente a los últimos, ellos se encuentran limitados de ejercer su derecho a la huelga.

Para concluir, las huelgas están prohibidas en el ejército, la policía, los servicios de seguridad y, a menudo, en el sistema judicial, el servicio penitenciario y el servicio diplomático. Esta prohibición se debe a que estos sectores son esenciales para la estabilidad del Estado, ya que desempeñan roles cruciales en el funcionamiento del país y en la protección de la seguridad nacional y el orden público. Además, en muchos países, las huelgas están restringidas o reguladas

31 Nieves Mujica, J. (2018). Introducción al Derecho del trabajo. (p.159). Fondo Editorial PUCP. Lima.

32 Valverde, M (1978, p. 25) Citado por Nieves Mujica, J. (2018) En Introducción al Derecho del trabajo. (p.162). Fondo Editorial PUCP. Lima.

33 TUO de la Ley de Relaciones colectivas de trabajo. Decreto Supremo N°010-2003-TR. Son servicios públicos esenciales: a) Los sanitarios y de salubridad. b) Los de limpieza y saneamiento. c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible. (..) (Artículo 83)

en servicios públicos vitales como la atención médica, el control del tráfico aéreo, y los servicios de bomberos y rescate. Se exigen servicios mínimos en áreas como el transporte público, la gestión de residuos, el suministro de energía y calefacción, y las telecomunicaciones, para asegurar que se mantengan la vida, la salud y la seguridad pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Arévalo Vela, J. (2022). La huelga en el derecho laboral. *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/rdpt/article/view/586/802#toc>
- Blancas Bustamante, C. (1992). La huelga en los servicios esenciales (p. 23). Lima. Carta Social Europea. (1961). Artículo 6.
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (2012). https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previoussessions/101stSession/reports/reports-submitted/WCMS_174846/lang--en/index.htm
- Compendio de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. (2018). pág. 105. <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>
- Conclusiones I. (2005). Alemania. Conclusiones XVII-1. (2005). Alemania. Conclusiones XXI-3. (24 de enero de 2019).
- Constitución Política del Perú. (1993). Artículo 42 y Artículo 153. Constitución Política del Perú. (1993). Inciso 3 del Artículo 28.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1988). Protocolo de San Salvador, aprobado en Perú mediante la Resolución Legislativa N°26448, del 27 de diciembre de 1994.
- Convención de Viena. (n.d.). Opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre la Convención. Artículo 27.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Opinión consultiva sobre derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Opinión consultiva OC- 27/21 (5 de mayo de 2021).
- De Lama Laura, M. (2011). Jurisprudencia laboral para el abogado litigante (p. 192). Gaceta Jurídica.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Artículo 23, numeral 4.
- Decreto Supremo N°010-2003-TR. (2003). TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Artículo 83.

- European Court of Human Rights. (2023, 14 de diciembre). Case of Humpert and Others v. Germany (Applications nos. 59433/18, 59477/18, 59481/18, and 59494/18).
- Informe de Alemania sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (12 de octubre de 2018).
- Nieves Mujica, J. (2018). Introducción al Derecho del trabajo (p. 159). Fondo Editorial PUCP.
- Nieves Mujica, J. (2018). Introducción al Derecho del trabajo (p. 159). Fondo Editorial PUCP.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. (s.f). *Precedentes*. https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/precedentes.pdf
- Observaciones Finales sobre el informe estatal presentado por Alemania sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (30 de noviembre de 2021). Artículo 22.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1948). Convenio núm. 87. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Artículo 1, letra d.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1969).
- Ley N° 22129, del 28 de marzo de 1978.
- Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. (2018). https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002_HIER_ELEMENT_I,P70002_HIER_LEVEL:3945366,1
- Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. (n.d.). Artículo 72.
- Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N.º 00025-2005-PU-TC (F. 52). Tribunal Constitucional. (2009). STC N° 02211-2009-PA/TC, fundamento 7.
- Valverde, M. (1978, citado por Nieves Mujica, J., 2018). En Introducción al Derecho del trabajo (p. 162). Fondo Editorial PUCP.

HUELGAS VIRTUALES EN LA ERA DEL TELETRABAJO: DEFICIENCIA NORMATIVA

CLAUDIA ELBERTHINNA RODRIGUEZ MONTALVO

Estudiante de Derecho de la Universidad de Lima

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se abordará la problemática que enfrentan los teletrabajadores al intentar realizar una “huelga virtual”, un concepto emergente en el contexto del trabajo remoto y las plataformas digitales.

Definiremos la huelga virtual como una acción colectiva organizada de trabajadores que, utilizando medios tecnológicos, interrumpen o alteran los procesos laborales en línea para expresar demandas o descontento. Esta modalidad plantea desafíos únicos: ¿cómo se materializa una huelga en un entorno laboral virtual y cuál es la medida de presión efectiva en ausencia de un espacio físico compartido?

Paralelamente, exploraremos el concepto de protesta digital, que abarca un espectro más amplio de acciones reivindicativas en el entorno virtual, incluyendo campañas en redes sociales, boicots en línea y peticiones digitales. Analizaremos si estas formas de activismo digital pueden reemplazar eficazmente a las huelgas tradicionales.

La dispersión física inherente al teletrabajo presenta obstáculos para la organización de manifestaciones tradicionales. Examinaremos cómo mantener la cohesión y el impacto de una huelga en un entorno laboral disperso, considerando los cambios en la comunicación, coordinación y visibilidad de las protestas.

Además, abordaremos los desafíos adicionales que surgen de la globalización del trabajo, como la coordinación de acciones conjuntas entre equipos distribuidos internacionalmente, frente a diferentes legislaciones laborales y zonas horarias.

En ese sentido, esta investigación tiene como objetivo visibilizar las deficiencias en la regulación actual de las huelgas virtuales y proponer posibles soluciones para garantizar el derecho a la huelga en un mundo laboral cada vez más digitalizado y descentralizado.

II. MARCO LEGAL

- Ley No. 31572 - Ley de Teletrabajo
- Decreto Supremo No. 002-2023-TR- Reglamento de la Ley de Teletrabajo
- Ley No. 25593 - Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada
- Decreto Supremo N° 010-2003-TR
- Decreto Supremo No. 011-92-TR Aprueba el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

III. FUNDAMENTOS DEL MARCO LEGAL

1. Fundamentos de la Ley de teletrabajo y su reglamento

Los teletrabajadores en Perú gozan de los mismos derechos y deberes que los trabajadores presenciales, incluyendo el derecho fundamental a la huelga. Este derecho está consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú de 1993, que reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, y cautela su ejercicio democrático.

2. Fundamentos de la Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada y su reglamento

Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR. El procedimiento actual para una huelga legal implica: (i) comunicación previa, esto implica que los trabajadores deben notificar al empleador y a la Autoridad de Trabajo con al menos cinco días hábiles de anticipación, o diez días hábiles en servicios públicos esenciales; (ii) requisitos formales, refiere que la huelga debe ser acordada por más del 50% de los trabajadores votantes en asamblea, mediante voto universal, directo y secreto; (iii) fines lícitos, esto quiere decir que la huelga debe tener por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores; (iv) agotamiento de negociación directa, implica que de haberse agotado previamente la negociación directa entre las partes respecto de la materia controvertida; y por último, (v) garantías mínimas, refiere que debe garantizar la permanencia del personal necesario para la continuidad de actividades indispensables.

3. Deficiencias identificadas en la regulación de la huelga virtual

3.1. Deficiencias en la normativa

La normativa laboral vigente presenta significativas deficiencias al no contemplar las particularidades de una huelga virtual, evidenciando una desconexión con las realidades del trabajo moderno. Estas limitaciones se manifiestan en varios aspectos clave:

1. Definición de “centro de trabajo”: La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 010-2003-TR) asume un espacio físico definido, ignorando los entornos de trabajo remoto o híbrido establecidos por la Ley N° 30036 de Teletrabajo y el Decreto de Urgencia N° 026-2020 que regula el trabajo remoto.
2. Mecanismos de votación: No se especifican procedimientos seguros para votaciones digitales que garanticen el secreto del voto, aspecto fundamental en la decisión de ir a huelga según el artículo 73 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.
3. Métodos de protesta digital: Se omiten formas de protesta como la interrupción de servicios en línea o la alteración de plataformas digitales de trabajo, que podrían ser equivalentes a la paralización de labores en un entorno virtual.
4. Notificación de huelgas: Faltan procedimientos claros para la notificación electrónica de huelgas, considerando que el artículo 74 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo requiere un preaviso de al menos cinco días hábiles.
5. Servicios mínimos: No se define cómo garantizar la continuidad de servicios esenciales en contextos de trabajo remoto, un requisito establecido en el artículo 82 de la mencionada ley.
6. Huelgas transnacionales: No se aborda cómo manejar huelgas que involucren a trabajadores en diferentes ubicaciones geográficas, dentro o fuera del país, un escenario cada vez más común en la era digital.

Adicionalmente, las formas de protesta digital, como campañas en redes sociales, boicots en línea o peticiones digitales, podrían considerarse como nuevas manifestaciones del derecho a huelga en el entorno virtual. Sin embargo, su

efectividad y reconocimiento legal aún no están determinados en la normativa peruana.

3.2. Deficiencias en la finalidad de la huelga: ejercer presión

Existe una deficiencia significativa en cuanto a la finalidad de la huelga, que es ejercer presión. Actualmente, los trabajadores que realizan trabajo presencial ejercen presión al manifestarse fuera del centro de trabajo físico. En el contexto virtual no hay una medida de presión así de efectiva como el presencial. Entonces, ¿Cuál sería la solución? Es por ello que la normativa actual debería buscar una solución a esta interrogante e implementar otros tipos de huelgas para que la finalidad de la misma sea efectiva.

3.3. Deficiencias en el esquirolaje virtual

Se evidencia una falta de protección contra el esquirolaje (reemplazo de trabajadores en huelga) en el entorno remoto. La normativa actual no contempla mecanismos específicos para controlar y prevenir el esquirolaje en medios digitales. Surge la pregunta: ¿Cómo se puede implementar un mecanismo de inspección efectivo en un entorno laboral virtual?

En el contexto del teletrabajo y las huelgas virtuales en Perú, el esquirolaje tecnológico podría manifestarse de diversas formas:

- Uso de programación automática o pregrabada: En empresas de medios o tecnológicas, se podría mantener la operación mediante contenido pregrabado o sistemas automatizados, reduciendo la visibilidad y el impacto de la huelga.
- Reasignación de tareas digitales: Los empleadores podrían redistribuir fácilmente las tareas digitales entre trabajadores no huelguistas o a otras sedes de la empresa, algo difícil de detectar en un entorno virtual.
- Utilización de plataformas alternativas: Las empresas podrían recurrir a plataformas o servicios en la nube alternativos para mantener sus operaciones, eludiendo los efectos de la huelga virtual.

La jurisprudencia internacional ha evolucionado en su interpretación de estas prácticas. Inicialmente, se consideraba lícito el uso de medios tecnológicos

habituales de la empresa durante una huelga. Sin embargo, interpretaciones más recientes han reconocido que estas prácticas pueden vaciar de contenido el derecho de huelga, especialmente en sectores donde la tecnología es fundamental.

En Perú, es crucial que la legislación y la jurisprudencia se actualicen para abordar estas nuevas realidades. La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y la Ley General de Inspección del Trabajo deberían ser modificadas para:

- Definir claramente qué constituye esquirolaje tecnológico en el contexto del teletrabajo y las huelgas virtuales.
- Establecer mecanismos de inspección y control adaptados al entorno digital para detectar y prevenir estas prácticas.
- Considerar cómo se aplica el principio de no sustitución de trabajadores en huelga cuando se trata de tareas digitales o remotas.
- Abordar la complejidad adicional que presentan las redes de empresas o empresas descentralizadas, donde el impacto de una huelga puede ser minimizado fácilmente mediante la redistribución de tareas entre diferentes unidades o subcontratistas.

3.4 Tipos de huelga

Huelga típica: La huelga típica, según la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se define como la "suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo". Esta definición refleja el modelo clásico de huelga, en el que los trabajadores cesan completamente sus actividades y abandonan el lugar físico de trabajo. Vidal (2004) describe esta modalidad como "la suspensión total de labores con abandono del centro de trabajo" (p. 53). En este modelo, los elementos esenciales de la huelga incluyen el paro total de actividades y el retiro físico del centro de trabajo.

Huelga atípica: Por otro lado, las huelgas atípicas abarcan una variedad de formas de protesta que no se ajustan a la definición clásica. Estas modalidades pueden incluir huelgas en las que no se paralizan completamente las labores o en las que no se produce el retiro del centro de trabajo. Según Vidal (2004), "los diferentes ordenamientos jurídicos tienden a proteger estas variantes estableciendo límites específicos a su desarrollo, e incluso prohibiéndolas". Las

huelgas atípicas incluyen, por ejemplo, la huelga de brazos caídos, o la huelga de firma, entre otras.

Ahora bien, en un entorno de teletrabajo, el “centro de trabajo”, como bien lo hemos mencionado, es un concepto que se torna difuso, ya que las actividades laborales se realizan desde diversos lugares fuera de una oficina física. Por lo tanto, la definición clásica de huelga puede resultar inadecuada para los teletrabajadores, quienes no tienen un lugar físico específico que puedan abandonar como parte de su protesta.

Las huelgas atípicas, por su parte, podrían ofrecer un marco más flexible para los teletrabajadores, permitiendo formas de protesta que no requieren la paralización total de actividades o el retiro de un centro de trabajo físico. Sin embargo, la falta de una regulación específica para estas modalidades atípicas en el contexto del teletrabajo puede llevar a ambigüedades legales y a la falta de protección adecuada para los derechos de los trabajadores.

3.5. Servicios Mínimos

Los servicios mínimos son aquellas actividades esenciales que deben mantenerse operativas durante una huelga o situación de conflicto laboral para garantizar la continuidad de funciones críticas en una organización o sector. Estos servicios se establecen con el fin de equilibrar el derecho a huelga de los trabajadores con la necesidad de proteger intereses públicos fundamentales, la seguridad de las personas y los bienes, y prevenir daños irreparables.

Ahora bien, teniendo en cuenta ello, es evidente que al momento de pensar en “servicios mínimos en teletrabajadores” es más complicado, ya que no está regulado. Las principales diferencias detectadas son las siguientes:

- i. Una de las principales dificultades radica en la definición precisa de qué constituye un servicio “mínimo” en un entorno virtual, donde las fronteras entre las tareas esenciales y las secundarias pueden ser similares. Además, la falta de presencia física complica la supervisión y el control de los servicios prestados, lo que puede llevar a malentendidos sobre el cumplimiento de los estándares mínimos establecidos.
- ii. Otra deficiencia significativa es la potencial sobrecarga de los teletrabajadores designados para servicios mínimos, ya que pueden enfrentar expectativas poco realistas sobre su disponibilidad y capacidad de

respuesta fuera del horario laboral normal. Esto puede difuminar los límites entre el trabajo y la vida personal, afectando negativamente el bienestar de los empleados.

En ese sentido, evidenciamos una clara falta de regulación ante la ley para poder determinar cuando una persona calificaría dentro de esta categoría de servicios mínimos.

3.6. Tipos de sindicato

Sindicatos de Empresa: Estos sindicatos están formados por trabajadores de una misma empresa o entidad.

Sindicatos de Rama o Sectoriales: Los sindicatos de rama agrupan a trabajadores de una misma actividad económica o sector industrial, independientemente de la empresa en la que laboren.

Sindicatos Federales: Los sindicatos federales agrupan a varios sindicatos de rama o de empresa dentro de una misma región o sector, creando una federación para coordinar acciones y negociar a un nivel más amplio.

Sindicatos Nacionales: Los sindicatos nacionales representan a los trabajadores a nivel nacional y suelen estar formados por la federación de varios sindicatos de empresa o de rama a nivel nacional.

Sindicatos de Profesionales: Estos sindicatos representan a trabajadores que tienen una profesión específica, como médicos, abogados, ingenieros, entre otros.

Ahora bien, teniendo en cuenta todo ello, es evidente que la ley de relaciones colectiva de trabajo no aborda cómo los teletrabajadores pueden ejercer su derecho a la sindicalización. Esta omisión es particularmente problemática considerando que la legislación actual está fundamentalmente basada en modelos de trabajo presencial. En ese sentido, hemos identificado los siguientes obstáculos ante esta falta de regulación:

1. **Dispersión geográfica:** La ausencia de un lugar de trabajo común dificulta la creación de cohesión grupal y la identificación de intereses compartidos.
2. **Falta de espacios comunes:** La eliminación de puntos de encuentro físicos tradicionales obstaculiza la gestación de movimientos sindicales.

3. Dificultad para establecer una “comunidad de intereses”: El aislamiento inherente al teletrabajo puede oscurecer problemas laborales comunes, complicando la formación de una base sindical sólida.

IV. PROPUESTA DE SOLUCIONES ANTE LAS DEFICIENCIAS DETECTADAS

Teniendo en claro todas las deficiencias identificadas, es necesario que los legisladores tomen en cuenta todo ello y de una vez regulen este tema tan importante que es para los teletrabajadores.

Sin perjuicio de ello, en el presente artículo, proponemos las siguientes propuestas que deberían de tomarse en consideración:

1. Respetto a la problemática del concepto de “centro de trabajo”

Consideramos que en la normativa actual debería de establecerse un conector como "El Espacio Laboral Virtual", en el cual podría presentar una solución innovadora para el contexto laboral digital. Este entorno digital, similar a plataformas como Decentraland o Spatial, pero diseñado específicamente para el trabajo, permitiría a cada empresa tener su propio Espacio digital personalizado. Este espacio reflejaría la estructura y cultura de la organización, proporcionando un “lugar” concreto para reuniones sindicales y manifestaciones virtuales. Además, facilitaría la interacción informal entre los trabajadores, algo crucial para fortalecer la cohesión sindical, y permitiría la visualización de actividades laborales colectivas

2. Respetto a la problemática del voto:

Se podría implementar el “Voto Blockchain Laboral” (VBL), este mismo introduce una metodología avanzada para la gestión de votaciones dentro de los sindicatos, aprovechando las capacidades de la tecnología blockchain para transformar el proceso electoral sindical. Esta metodología emplea una blockchain privada o de consorcio para garantizar la transparencia, seguridad y eficacia en la votación de los miembros del sindicato.

Este tipo de voto representaría ventajas para la problemática de los teletrabajadores, las cuales son las siguientes: (i) transparencia y seguridad: La blockchain asegura que cada voto registrado es inmutable y transparente. Una vez que un voto es introducido en la cadena de bloques, queda registrado de manera defi-

nitiva e imposible de alterar. Esto elimina el riesgo de manipulación y fraude durante el proceso electoral, proporcionando una base sólida para la confianza en los resultados; (ii) anonimato y verificación de Votos: Cada miembro del sindicato utiliza un token único para emitir su voto, garantizando así el anonimato. La blockchain verifica que cada token sea válido y que cada miembro vote solo una vez. Este sistema protege la privacidad del votante mientras asegura la integridad del proceso; (iii) participación remota segura: El VBL permite a los miembros del sindicato participar en las votaciones sin necesidad de estar físicamente presentes, lo cual es esencial en un entorno sindical que puede incluir miembros dispersos geográficamente. Esto facilita la participación de todos los miembros, incluidos aquellos que trabajan a distancia; y, por último, (iv) reducción de costos y tiempos: Al eliminar la necesidad de papeletas físicas y el conteo manual, el VBL reduce significativamente los costos operativos asociados con las votaciones tradicionales. El proceso se vuelve más eficiente, con menos gastos en logística y administración.

3. Respecto a la problemática de crear presión en las huelgas virtuales:

Las formas de crear presión en una huelga virtual serían las siguientes:

- i. Implementar un sistema de comunicación centralizado que permita a los trabajadores enviar correos electrónicos masivos a otros empleados y a la dirección de la empresa. Este sistema podría facilitar el envío de mensajes coordinados que expresen las demandas de los huelguistas, creando una presión visible sobre la empresa para que responda a las solicitudes de los trabajadores. Adicionalmente, se podría incluir la opción de enviar mensajes personalizados a grupos específicos dentro de la empresa, como el equipo directivo o el departamento de recursos humanos, para asegurar que las demandas sean recibidas por los tomadores de decisiones clave.
- ii. Desarrollar plataformas especializadas para la coordinación y movilización de huelgas virtuales puede ser crucial para organizar y gestionar efectivamente las acciones colectivas. Estas plataformas podrían incluir funcionalidades para planificar actividades de protesta digital, coordinar eventos en línea y realizar votaciones sobre acciones a seguir. Además, permitirían la recopilación de firmas digitales y el envío de peticiones formales a la empresa y a las autoridades laborales, lo que aumentaría la visibilidad y el impacto de las huelgas virtuales.

- iii. Crear foros de discusión y redes de apoyo en línea dedicados a los teletrabajadores en huelga puede fomentar la solidaridad y el intercambio de estrategias efectivas. Estos foros proporcionarían un espacio para que los trabajadores compartan experiencias, coordinen acciones y reciban apoyo emocional. También podrían servir como un canal para que los sindicatos y organizaciones laborales ofrezcan orientación y asistencia durante la huelga.

4. Respetto a la problemática del esquirolaje virtual

Se propone sistemas de inteligencia artificial que usarían aprendizaje automático para detectar anomalías durante una huelga. Estos sistemas establecerían patrones normales de actividad laboral y funcionarían como alertas tempranas para posibles violaciones de los derechos de huelga. Asimismo, se podría detectar intentos de esquirolaje virtual y proporcionar evidencia objetiva para disputas laborales, disuadiendo a las empresas de socavar las huelgas virtuales. Sin embargo, se deben equilibrar la vigilancia con la privacidad de los trabajadores, evitar falsos positivos que puedan dañar las relaciones laborales, y mantener la neutralidad del sistema frente a presiones externas.

5. Respetto a la problemática del tipo de huelga

En la normativa actual se debería implementar una “La Huelga de Teletrabajadores”. La “Huelga de Teletrabajadores” (HT) se definiría como una modalidad de huelga adaptada al entorno digital, donde los trabajadores emplean tecnologías de encriptación para suspender temporalmente el acceso a sus contribuciones digitales. La propuesta implica que, durante la huelga, las contribuciones digitales, tales como documentos y trabajos en curso, estén encriptadas y las claves para desencriptarlas sean custodiadas por una entidad neutral, hasta la resolución del conflicto laboral.

6. Problemática de escoger a los trabajadores que serían considerados dentro del concepto de “servicios mínimos”

La legislación laboral debería incorporar una sección dedicada a los servicios mínimos en el contexto del teletrabajo, abordando las siguientes áreas clave:

- i. Definición de servicios mínimos para teletrabajadores, considerando las particularidades del trabajo remoto y las funciones que pueden realizarse de manera efectiva a distancia.
- ii. Establecimiento de criterios para determinar qué actividades realizadas por teletrabajadores son esenciales y deben mantenerse durante una huelga o situación de conflicto laboral.
- iii. Protocolo para la designación de teletrabajadores que prestarán servicios mínimos, asegurando una distribución equitativa y considerando factores como la conectividad y el equipamiento disponible en sus domicilios.
- iv. Regulación de la jornada laboral y disponibilidad de los teletrabajadores designados para servicios mínimos, respetando los límites de la jornada regular y el derecho a la desconexión digital.
- v. Medidas de protección de datos y seguridad de la información para los teletrabajadores que presten servicios mínimos, incluyendo protocolos de acceso remoto seguro a sistemas críticos.
- vi. Mecanismos de supervisión y evaluación del cumplimiento de los servicios mínimos en entornos remotos, respetando la privacidad del teletrabajador.

7. Respetto a la problemática de los sindicatos

Se podría implementar un tipo de sindicato especializado para los teletrabajadores, en el cual podrían ayudarse de la tecnología para crear una presencia virtual del sindicato en los espacios de trabajo de los teletrabajadores.

V. CONCLUSIONES

En conclusión, la creciente prevalencia del teletrabajo y la digitalización del entorno laboral han evidenciado una serie de deficiencias en la regulación actual de las huelgas virtuales. La normativa vigente, basada en un modelo de trabajo físico, no ha podido lograr adaptarse a las realidades del teletrabajo, dejando a los teletrabajadores con deficiencias para ejercer su derecho a huelga de manera efectiva.

Primero, la falta de una definición clara de “centro de trabajo” en el contexto virtual limita la capacidad de los trabajadores para organizar y llevar a cabo huelgas en un entorno disperso. La propuesta de establecer un “Espacio Laboral Virtual” como un entorno digital específico para cada empresa podría ofrecer una solución innovadora, proporcionando un espacio concreto para la coordinación y visibilidad de las actividades laborales colectivas.

Además, la ausencia de mecanismos específicos para la votación digital y la notificación electrónica de huelgas dificulta la organización y legitimidad de las huelgas virtuales. La implementación del “Voto Blockchain Laboral” podría garantizar la transparencia, seguridad y anonimato en las votaciones, facilitando la participación remota de manera segura.

La presión efectiva en una huelga virtual también representa problema significativo. Las propuestas para establecer sistemas de comunicación centralizados y desarrollar plataformas especializadas para la coordinación de huelgas virtuales podrían ayudar a crear una presión tangible sobre las empresas. La creación de foros de discusión y redes de apoyo en línea también podría fomentar la solidaridad y el intercambio de estrategias entre los teletrabajadores en huelga.

El esquirolaje virtual, una práctica que puede debilitar el impacto de las huelgas digitales, requiere una atención especial. La implementación de sistemas de inteligencia artificial para detectar anomalías y esquirolaje virtual podría ofrecer una solución tecnológica para proteger los derechos de los huelguistas.

Finalmente, la regulación actual no aborda adecuadamente la necesidad de diferentes tipos de huelga en el entorno digital. La propuesta de una “Huelga de Teletrabajadores” que emplee sistemas de encriptación temporal podría permitir una protesta significativa en el contexto virtual, siempre y cuando se establezcan marcos legales que reconozcan y protejan esta modalidad.

Por todo lo expuesto, para garantizar el derecho a la huelga en el ámbito del teletrabajo, es importante que los legisladores actualicen y adapten la normativa laboral a las nuevas realidades digitales. La implementación de soluciones innovadoras y la creación de marcos legales específicos para las huelgas virtuales serán clave para proteger los derechos de los teletrabajadores y asegurar una representación justa en un entorno laboral en constante evolución.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2021). MTPE implementa reuniones virtuales entre sindicatos y empleadores para solucionar conflictos laborales. <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/noticias/165712-mtpe-implementa-reuniones-virtuales-entre-sindicatos-y-empleadores-para-solucionar-conflictos-laborales>
- EAE Business School. (n.d.). ¿Cuántos tipos de huelga existen? <https://www.eaeprogramas.es/blog/negocio/recursos-humanos/cuantos-tipos-de-huelga-existen>
- Vélasquez Elías, C. (2020). Sistema de voto electrónico en el contexto de las huelgas laborales. [Tesis de maestría, Universidad Señor de Sipán]. https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/6131/1/TL_CarlosVelsquezElias.pdf
- Sánchez Herrera, S. (2021). El derecho a huelga y su aplicación en el contexto del teletrabajo. *Revista de Estudios Laborales y Sociales*, 1(2), 15-29. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/2143/2608>
- Sánchez Herrera, S. (2020). Sistema de voto electrónico en las huelgas laborales. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20217/SANCHEZ_HERRERA_SEBASTIAN_SISTEMA_VOTO_ELECTR%
c3%93NICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20217/SANCHEZ_HERRERA_SEBASTIAN_SISTEMA_VOTO_ELECTR%c3%93NICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Organización Internacional del Trabajo. (2021). El futuro del trabajo en el contexto digital. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@inst/documents/publication/wcms_833876.pdf
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2020). Boletín de novedades laborales. <https://www2.trabajo.gob.pe/archivos/boletin/bvice/boletin63.pdf>
- Sindicato de Trabajadores del Sector de Telecomunicaciones y Servicios. (2021). Laborem 21: Análisis y perspectivas. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem21-123-140.pdf>

DESAFIANDO EL ESTATUS QUO: LA NECESARIA REFORMA LEGISLATIVA ANTE LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 190 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

JOSEPH AARON SMITH CUADROS*

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

* Estudiante de último ciclo de la carrera de Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Director Ejecutivo del Instituto de Derecho Laboral Empresarial (ILAE). Intern del área de Litigios Laborales de Ernst & Young (EY). <https://orcid.org/0009-0008-7438-7881>. Correo electrónico: smithcuadrosjoseph@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

Los problemas que suponen la violencia y el acoso *-en cualquiera de sus modalidades-* se han implantado en las relaciones de trabajo, no siendo exclusivos entre el vínculo empleador-trabajador, sino también entre pares del mismo rango. La gravedad de esta problemática es tal que uno de cada cinco trabajadores en el mundo ha sido víctima de estas inaceptables actitudes en el marco de su vida laboral (OIT, 2022).

Estando a lo señalado, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la “OIT”), en aras de combatir desde la raíz el problema antes expuesto, aprobó en el año 2019 el Convenio 190 (en adelante, el “C190”), Convenio sobre la violencia y el acoso, dispositivo mediante el cual se estableció la responsabilidad de los Estados, empleados y empresas en coadyuvar a la creación y correcto mantenimiento de un mundo de trabajo con tolerancia cero frente a la violencia y el acoso.

El Perú no ha sido ajeno a esta problemática trabajada a nivel OIT, siendo el sexto país de la región en depositar el instrumento de ratificación del mencionado convenio el pasado junio de 2022, motivo por el cual, los efectos de los lineamientos adoptados entraron en vigor al año siguiente (08 de junio de 2023).

No obstante, aun cuando nuestro país fue uno de los primeros en ratificar dicho acuerdo, lo cierto es que los avances legislativos en la materia que el C190 pretende regular han sido escasos, no encontrando un hito relevante que demuestre el esfuerzo peruano de cara a aplicar en nuestro territorio tal acuerdo.

El compromiso contra la violencia y el acoso no debe, y tampoco puede, quedarse únicamente en la suscripción del Convenio, es decir, el Estado peruano debe implementar cuantas medidas sean necesarias para su correcta aplicación. Sin embargo, la labor no debe recaer únicamente en el aparato estatal, sino también en cada miembro de la sociedad, pues todos estamos llamados a combatir la presente problemática.

En ese sentido, el presente artículo buscará proponer y explicar múltiples cambios que nuestra legislación debe de implementar para cumplir con los retos y exigencias que el C190 de la OIT establece.

Finalmente, y a modo personal, espero que el presente artículo no sea utilizado exclusivamente como fuente jurídica, sino también se exhiba como un llamado a la concientización, pues solo juntos como integrantes de nuestra nación podremos crear un futuro mejor.

II. ANTECEDENTES, CREACIÓN, CONTENIDO Y ALCANCES

1. Antecedentes y creación

La OIT ha fijado el acceso a un mundo de trabajo libre y seguro para todos como uno de sus principales objetivos. Tal es así que la “**Constitución de la OIT**”, o también conocida como la “**Declaración de Filadelfia**”, en el artículo II de su Anexo “**Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo**”, estableció que uno de los principales pilares de la organización es el de perseguir el bienestar material en condiciones de libertad y dignidad de forma satisfactoria para todos los seres humanos.

En ese sentido, el órgano internacional ha desarrollado múltiples convenios en pro de alcanzar tales objetivos¹, ya sea para luchar contra comportamientos discriminatorios o para reforzar la protección a poblaciones vulnerables.

Con dicha idea clara, la OIT estableció como una de sus metas la creación de un convenio integrador, el cual no solo combata cuestiones discriminatorias de forma específica, sino también de manera general.

Estando a lo propuesto, desde el 28 de mayo hasta el 06 de junio de 2018, se llevó a cabo la sesión 107 de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, misma que tuvo como protagonista a la “**Comisión Normativa: Violencia Y Acoso En El Mundo Del Trabajo**”. En dicha sesión, el tema principal fue “**La Violencia y Acoso en el Mundo Del Trabajo**”.

¹ Véase: **Convenio 100** – Convenio sobre igualdad de remuneraciones del año 1951 – **Convenio 111** – Convenio sobre la discriminación del año 1958 – **Convenio 156** – Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares – **Convenio 183** – Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000. Cabe destacar que el Perú ha rectificado los convenios antes mencionados.

En base al mencionado tema se propuso un orden de tópicos a abordar conforme al “*Plan de Trabajo Provisional del 26 de mayo de 2018*”. En ese sentido, en dicho documento se puede apreciar los siguientes puntos: i) el análisis del informe preparado por la comisión, ii) presentación de conclusiones en miras a la adopción de un convenio, iii) análisis de definiciones y ámbito de aplicación, iv) adopción de principios y derechos fundamentales en el trabajo, y v) las medidas de cumplimiento, seguimiento y apoyo a las víctimas.

De este modo, los Estados, empleadores y trabajadores, tomando en consideración lo mencionado anteriormente, crearon un informe adicional, el cual fue discutido en la quinta orden del día de la centésima octava reunión del “*Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo*”. Culminado dicho punto de orden, y con la mayoría calificada necesaria, los miembros del órgano tripartito aprobaron y adoptaron el C190 sobre la violencia y el acoso, así como también la Recomendación 206 que acompaña a dicho acuerdo.

Es necesario mencionar que, el C190 es de especial naturaleza en tanto no se sustentó en criterios normativos de otras naciones, sino, por el contrario, su fuente provino directamente del conocimiento de los miembros de la entidad y las investigaciones realizadas por estos.

2. Alcances

El C190 se instaura como fuente primordial del derecho laboral peruano, efectivamente, al girar en torno a la protección y cuidado de “Derechos Humanos” su contenido se sitúa en el nivel constitucional. En efecto, la Constitución Política del Perú, en su cuarta disposición final y transitoria, refiere que aquellos cuerpos normativos donde se desarrolle materia de derechos humanos deberán de ser constitucionalizados, máxime si el C190 ha sido ratificado por el Estado.

Por consiguiente, los lineamientos que el acuerdo en mención propone requieren de una tutela especialísima, pues comporta una alta valoración del bien jurídico protegido (integridad física y moral) de los trabajadores.

Esta idea se ve altamente respaldada por la teoría monista sobre incorporación de tratados internacionales, a la cual el Perú se adhiere. A mayor explicación Montoya & Feijóo (2015) precisan lo siguiente:

"(...) los tratados internacionales se integran de forma automática, luego de haber sido ratificados soberanamente por los estados cuando concluya el proceso de perfeccionamiento según la normatividad interna e internacional, momento en el cual el tratado tiene eficacia directa y su aplicación inmediata debe ser respetada por los operadores jurídicos."

Así pues, al haber sido debidamente ratificado el C190 por nuestro país, la Constitución le da la jerarquía constitucional automática en virtud de nuestra postura monista, razón por la cual el C190 es fuente primaria del Derecho laboral peruano.

Sin perjuicio de lo señalado, la urgencia de aplicar y regular el C190 no solo proviene por su estatus como fuente primaria del derecho de trabajo, sino también, porque permitirá cumplir con uno de "***Los Principios del Derecho del Trabajo***", en concreto, con el "***Principio de Igualdad de Trato y No Discriminación***".

Este principio, como su propio nombre indica hace un llamado a todos los agentes involucrados en el mundo del derecho laboral, a promulgar el trato digno a todos los colaboradores. Sobre sus implicancias, el Tribunal Constitucional en el Expediente No. 0018-1996-AI/TC, ha señalado lo siguiente:

"(...) El principio de igualdad, plasmado en la Constitución, no solo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos."

En concreto, al ser la "***Violencia y el Acoso***" manifestaciones de un trato desigual y discriminatorio, el presente principio surge como uno de los puntos esenciales a tomar en consideración ante una futura reforma.

En ese sentido, el alcance del C190 es supremo, pues se encuentra establecido bajo una base constitucionalmente protegida de primer nivel en materia de

derecho laboral, con contenido íntimamente atado al “*Principio de Igualdad de Trato y No discriminación*”.

3. Contenido

Respecto de su contenido el Convenio 190 de la OIT reconoce de forma expresa a el “*Derecho a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso*”² como pieza fundamental para combatir a la problemática antes descrita. El objetivo de este derecho es que los Estados se aseguren de que los entornos laborales preserven y desarrollen ambientes de concordia óptimos para el correcto desenvolvimiento personal y profesional de cada trabajador en el mundo.

Es entonces que el C190 pone sobre la mesa un enfoque integrador, donde la “*Violencia y Acoso*” comprende todos los tipos y manifestaciones de actitudes nocivas en el mundo del derecho de trabajo. Bajo esta premisa, sostengo que nos encontramos ante el siguiente paso en la lucha de problemáticas del plano laboral.

En esta línea de ideas, la OIT insta a los Estados a respetar el contenido del C190, así como también busca que acoplen este mismo a sus legislaciones internas, a fin de generar una tutela reforzada.

En un aspecto más técnico, el Convenio brinda la definición de “*Violencia y Acoso*”, precisando que deben ser entendidos como practicas inaceptables, que ocurran una sola vez o múltiples veces en el tiempo, mismas las cuales podrían causar un daño físico, psicológico, sexual e incluso económico al trabajador afectado. Cabe señalar que estas conductas nocivas también pueden darse debido al género o sexo de la víctima.

Los contenidos del C190, por su propia naturaleza -ya antes explicada-, son aplicables y extensibles en cuanto fuese posible al mundo de las relaciones laborales, pudiendo ser invocado por todos los trabajadores indistintamente del tipo de vínculo laboral que ostenten.

Cabe señalar que, la extensión del C190 no queda únicamente en el marco u horario de la relación de trabajo, sino que también sanciona las conductas de “*Violencia y Acoso*” suscitadas en: espacios públicos y privados transitados con causa al trabajo, el trayecto de desplazamiento del trabajador por motivo de viajes, asistencia a eventos, y/o otras actividades con ocasión a su trabajo. Es

2 Véase: Séptima Clausula preambulatoria y artículo 4 del Convenio 190 de la OIT.

importante destacar que también se aplica el C190 en el marco de las telecomunicaciones utilizadas durante la ejecución de labores.

Asimismo, el acuerdo en mención enfatiza en que los miembros deben de asumir una política de tolerancia cero frente a cualquier acto o variante de la violencia laboral, motivo por el cual solicitan la prohibición taxativa de la “**Violencia y Acoso**” en el sistema jurídico interno.

Sin perjuicio de todo lo señalado, el C190 insta a los Estados a crear fórmulas resarcitorias óptimas en pro de las víctimas, así como el seguimiento oportuno a los casos detectados, a fin de salvaguardar la integridad de los afectados y brindarles la tranquilidad necesaria.

Con este breve repaso sobre los antecedentes, creación, contenido y alcances del C190, procederemos a analizar la situación actual de la legislación peruana interna.

III. EL C190 Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL PERÚ:

En el Perú, lo más cercano que encontraremos en cuanto a lo que el C190 regula se halla comprendido en tres normas, las cuales desarrollaremos brevemente.

En primer lugar, tenemos a la **Ley No. 27942** (Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual) y su reglamento. Al respecto, como su propio nombre indica, esta se dedica a sancionar al hostigamiento sexual *-vertiente de la “Violencia y Acoso”-* en el territorio nacional tanto en el ámbito laboral como en los centros educativos.

Haciendo una breve revisión de este cuerpo legal, encontramos que sanciona a los comportamientos indeseados, incluso cuando sean apartados y no sostenidos en el tiempo. De igual manera, no exige acreditar el rechazo de la víctima frente al actuar sancionable desplegado. Este punto va acorde a la idea del C190, en tanto el acuerdo también se rige bajo la misma configuración.

En segundo lugar, tenemos al **Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728** – Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante “LPCL”). Este compendio delimita a los actos hostiles, los cuales abarcan desde cuestiones vinculadas a la violencia y acoso de parte del empleador en materia

remunerativa hasta el faltamiento de palabra y otros actos discriminatorios relacionados a etnia, raza, religión, sexo entre otros.

Es oportuno destacar que aun cuando es taxativa la lista de actos hostiles propuestos por la LPCL, estos mismos al tener una redacción abierta permiten que se puedan accionar las nuevas inclusiones que el sistema jurídico peruano interno adopte sin problema alguno. Por ejemplo, si el empleador despliega violencia sistemática de reducción remunerativa en razón a género, el literal b) del artículo 30 de la LPCL sería suficiente para solicitar el cese de dicho actuar o judicializarlo en caso no se detenga.

No obstante, la imputación de actos hostiles solo opera de empleador a trabajador, no existiendo fórmula legal habilitada en el fuero laboral para poder accionar salvaguardas ante cuestiones, distintas al hostigamiento sexual, que provengan por otro colega trabajador. Inclusive, no se tiene en consideración la intencionalidad del comportamiento, esto es que, de haberse ejecutado se podría haber causado un serio daño a la víctima.

En tercer lugar, encontramos a la **Ley No. 29783** (Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo) y su reglamento (en adelante “LSST”). Si bien, a simple vista cualquiera podría suponer que la LSST no aporta algo a la problemática en mención, lo cierto es que establece que el empleador debe de salvaguardar a los trabajadores en materia de riesgos psicosociales.

Trayendo dicho punto al C190, encontramos que la violencia y el acoso, desde el enfoque de dicho acuerdo, debe ser considerado como un riesgo psicosocial y, por ende, combatido desde esta perspectiva. No obstante, la LSST es muy genérica y no explora algo relativo al C190.

Luego de esta revisión, podemos concluir que el espíritu del C190 no está inmerso de forma total en nuestras normas internas. Cabe destacar que esta idea ha sido compartida por otros autores, por ejemplo, Estela Ospina (2024) ha mencionado lo siguiente:

“Resulta fundamental que la violencia y el acoso en el trabajo tengan un tratamiento común y coherente en la legislación peruana. Para lo cual se debe asumir el enfoque del Convenio 190 y superar el abordaje parcial y asistemático. Superar las brechas normativas que presentan con la ratificación del Convenio 190, la importancia de articulación de la legislación nacional, que solo legisló sobre los actos de hostilidad y hostigamiento sexual en el trabajo.”

En efecto, la legislación peruana en su momento dio a nivel jurídico pasos importantes. Empero, nace la siguiente interrogante ¿y ahora qué? ¿no se presupone que con la firma del C190 nuestro país debía adoptar y dar viabilidad a su contenido en nuestra legislación? ¿dónde queda el respeto por el nivel constitucional que nuestra carta magna brinda al C190 en calidad de fuente primaria del derecho laboral?

Desde la fecha de ratificación a la actualidad, vemos que el panorama de la problemática va a peor. En ese sentido, hace un llamado a la atención Friedrich Ebert Stiftung (2023) al precisar sobre la realidad peruana lo siguiente:

“Según lo relevado en la encuesta, el 74% de las personas respondientes manifestó vivir o haber vivido situaciones violentas en sus espacios de trabajo. En particular, las mujeres son quienes lo identifican en mayor medida (80% vs. 58%, entre los hombres). De un total de cuatro personas de otras identidades que han respondido la pregunta, tres denuncian vivir o haber vivido violencia laboral.”

Observamos entonces que se cumple la premisa propuesta en el exordio del presente artículo, hemos dejado el compromiso del C190 en papel. Por tal razón es necesaria la implementación de medidas, las cuales serán abordadas en las siguientes líneas.

IV. PROPUESTAS PARA LA VIABILIDAD DEL C190

Como hemos venido desarrollando, el C190 no solo propone nuevos entendimientos jurídicos frente a la problemática, sino también que los Estados adopten medidas adecuadas para la protección de los afectados, por ende, la implementación de cualquier medida debe de ser contemplada desde un enfoque holístico.

Cabe señalar que, aun cuando el C190 tiene un nivel constitucional, desde un punto de vista de la fuente de derechos laborales, *-razón por la cual su contenido ya es aplicable en nuestra legislación interna-* sigue siendo necesario que las leyes vigentes en el territorio peruano se apeguen al material ratificado. Es importante entonces desarrollar las aristas que deben adjudicar las modificaciones.

1. Nivel conceptual

¿Cómo pretendemos combatir un agente no identificado? Es la pregunta base del presente subapartado. Como se ha detallado, tenemos por la Ley No. 27942 una definición muy acertada del “*Hostigamiento Sexual*”. No obstante, no existe cuerpo normativo que aborde a la “**Violencia y Acoso**” como una problemática específica. Es menester entonces incluir el enfoque integrador del C190 de la “**Violencia y Acoso**” en nuestra legislación interna.

Sumado a ello, es importante detallar en la legislación nacional bajo una configuración *-numerus apertus-* algunas de las vertientes de la “**Violencia y Acoso**” de modo que se tenga una base para entender las modalidades a través de las cuales se manifiesta la problemática. Véase los tipos: i) Violencia Económica, ii) Violencia psicológica, iii) Violencia Simbólica³, iv) Violencia Sexual, v) Violencia Física y otras.

Acogido el concepto, los ciudadanos, sean trabajadores o no, podrán comprender de mejor manera qué actitudes pueden o son pasibles de ser catalogadas como “**Violencia y Acoso**” y de esta manera coadyuvar a la identificación de la problemática en todo ámbito.

En línea a lo anterior, una vez regulado internamente el concepto antes descrito, se debe de incluir un enfoque de protección a las diversidades sexuales y de género para cumplir con la meta del C190. Con ello se romperá el estatus quo de la Ley No. 27942 la cual solo contempla el fraseo “*Toda persona, varón o mujer*” en sus artículos.

Este enfoque de protección a la diversidad sexual y de género debe de tener un respaldo especial, pues son los individuos pertenecientes a estas poblaciones vulnerables los mayormente afectados.

Adicionalmente a esta inclusión, se debe de adoptar también el concepto del “**Mundo del Trabajo**”. Como bien se ha detallado, el C190 no se limita únicamente al centro de trabajo o al lugar o lugares por donde se desplaza el trabajador, sino que también se extrapola al mundo de las telecomunicaciones. Por tanto, positivizar en el contenido normativo interno que la “**Violencia y**

3 “(...) la violencia simbólica es una forma de dominación más sutil que la violencia física o directa, pero igualmente poderosa en la reproducción y perpetuación de desigualdades sociales. Se basa en la capacidad de imponer significados, valores y representaciones culturales que terminan por ser aceptados como naturales y legítimos por quienes los padecen.” (Soriano, 2023. pp.1).

Acoso” opera a gran escala permitirá una mayor salvaguarda al permitir el acceso del empleador y el Estado a zonas antes no pensadas.

De otro lado, la legislación contemporánea no prevé a la “*Violencia y Acoso*” como una vertiente de los riesgos psicosociales. En efecto, como hemos señalado, la LSST no incluye a la violencia de fuente laboral como agente pasible de generar afectaciones psicológicas en los trabajadores. Por consiguiente, es imprescindible incluir, en cuanto fuese posible, el enfoque integrador del C190 en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, ya que permitirá al empleador tener un mayor margen de acción frente al problema al poder fiscalizar este mismo en pro del cumplimiento de la seguridad y salud en el trabajo.

2. Nivel jurídico

En primer lugar, teniendo en consideración que la “*Violencia y Acoso*” a la luz del C190 debe ser entendido como un riesgo psicosocial, es importante que los empleadores puedan capacitar a sus trabajadores en la materia, a fin de que comprendan el concepto y sepan cómo actuar frente a la concurrencia de estos. Por lo cual, incluir en la LSST el material del C190 permitirá asegurar la capacitación de los trabajadores frente a la problemática.

Con este nuevo añadido en la LSST, SUNAFIL se encontrará habilitada para poder observar el correcto cumplimiento del empleador en la materia, razón por la cual deberá incluir una infracción relativa al cumplimiento de la “*Violencia y Acoso*” por parte del empleador.

Esto nos lleva al segundo punto, la inclusión de la “*Violencia y Acoso*” en el Reglamento Interno de Trabajo (en adelante, “RIT”). Añadir estos conceptos en los apartados de prohibiciones y obligaciones de los trabajadores permitirá sancionar oportunamente a quienes incurran en estos comportamientos. De igual manera, se recomienda que el empleador incluya una política de “*Tolerancia Cero*” frente a cualquiera de las modalidades de “*Violencia y Acoso*”.

Por otro lado, las medidas que el empleador adopte a favor de las víctimas en su RIT no pueden quedarse únicamente en las clásicas acciones de separación, es importante que también se irroguen esfuerzos en pro del apoyo y seguimiento psicológico de cada caso. Así como también en darle un mayor *confort* a la víctima para que pueda desempeñar sus actividades, ya sea brindando flexibilizaciones en la modalidad de prestación de servicios (cambio de la modalidad a teletrabajo)

o dando la tutela jurídica necesaria para comentarle las opciones que tiene a su disposición para enfrentar el problema.

Sin perjuicio de ello, debe de darse un seguimiento al victimario, pues con la debida atención y explicación, este podría entender que su comportamiento no es el adecuado. Por lo que, en caso el victimario comprenda su actuar y se comprometa a no incurrir en alguno de estos comportamientos nuevamente, se deberá permitir su reingreso al centro de trabajo⁴.

Mientras que, en caso de una negativa, el Estado deberá de promover, dependiendo de la gravedad del asunto, que la víctima accione judicialmente en contra del victimario, en aras de que obtenga una indemnización proveniente de este, indistintamente se trate de un empleador o un empleado.

Finalmente, el tercer elemento es positivizar que la sola intención de cometer alguna de las modalidades de “**Violencia y Acoso**” requiera de atención inmediata, pues el enfoque integrador del C190 toma en consideración dos supuestos: i) la comisión del hecho ii) o el peligro abstracto respecto de su posible generación. De esta manera se tendrá por debidamente implementado la iniciativa de “**Tolerancia Cero**” frente a la problemática.

3. Nivel logístico

A nivel macro, el Estado debe de crear un comité o órgano consultivo de seguimiento sobre el C190, mismo que deberá estar conformado por organizaciones sindicales nacionales y grupo empresariales de alto calibre, en aras de observar la evolución y correcta implementación del acuerdo.

Podrían incluso negociarse convenios colectivos sobre la prohibición expresa de cualquiera de las modalidad de la “**Violencia y el Acoso**” para reforzar la lucha desde la fuente trabajadora.

A nivel micro, el empleador debe de disponer de canales de comunicación oportunos para la detección de la problemática. Mientras que, el Estado deberá de implementar políticas nacionales de concientización en la materia, a fin de

⁴ Esto solo deberá ser aplicable cuando el evento suscitado pueda ser subsanable y no haya causado una afectación grave irreparable en la víctima. Asimismo, deberá de consultarse a la víctima si se siente dispuesta a permitir el reingreso con o sin condiciones. Nota: Esto solo es aplicable cuando la violencia date entre trabajadores.

que la ciudadanía tome conocimiento de la importancia del C190 y el por qué la “*Violencia y Acoso*” vulneran a los derechos humanos.

Desde otro enfoque, en lo que respecta a la tramitación de denuncias, deberá de respetarse la carga de la prueba, es decir, que el empleador con base a los hechos denunciados por la víctima acredite que efectivamente existió o no “*Violencia y Acoso*”. En contraste, el victimario, deberá de regirse bajo la carga de la prueba inversa, es decir, deberá de esclarecer los hechos a fin de que determine si incurrió o no en estos actos imputados⁵.

V. REFLEXIÓN

El C190 es una iniciativa internacional altamente importante para con las necesidades de las relaciones laborales contemporáneas. Sin embargo, cuando se traduce este esfuerzo a escala nacional, lo cierto es que, estos avances quedan relegados al olvido.

En efecto, el Perú no ha desarrollado algún nuevo esfuerzo que comporte un hito significado en la lucha contra la problemática de la “*Violencia y Acoso*”, por el contrario, las cifras que arroja nuestro país siguen siendo alarmantes.

Es por ello por lo que el cambio debe ser holístico, pues desarrollar únicamente la parte jurídico-técnica podría dejar al compromiso en papel. Por consiguiente, el desarrollo adecuado del C190 en el Perú requiere de un esfuerzo exhaustivo operacional, logístico y gubernamental que comporte suma coordinación con los tres agentes de las relaciones laborales (Estado, empleados y empleadores), en aras de evaluar los avances continuos y determinar periódicamente qué se puede seguir haciendo para crear un mundo de trabajo mejor.

Bajo esta luz es que combatir esta problemática es tarea de todos, no debiendo pensar indebidamente que el empleador deba asumir la totalidad de la carga y/o responsabilidad de los compromisos del C190 (ya sea en la capacitación o implementación de mecanismos de cuidado oportuno a la víctima). Por el contrario, los trabajadores también juegan un rol importante en la detección y erradicación oportuna de la “*Violencia y Acoso*”, pues estos están en constante interacción con los múltiples eventos que concurren durante el horario laboral.

5 Ello tomando en consideración el lineamiento pactado en la Recomendación 206 de la OIT.

En suma, el C190 de la OIT, una vez que sea debidamente aplicado e interiorizado por todos nos permitirá gozar de la tan ansiada concordia laboral, donde podamos laborar y desarrollar nuestra trayectoria profesional y personal bajo la quintaesencia del trato igualitario y no discriminatorio.

VI. CONCLUSIONES

- Ha transcurrido un año desde que el C190 entró en vigor en el Perú. No obstante, a la fecha no existen avances legislativos en la materia que permiten la correcta aplicación de este.
- El Perú debe de realizar cambios legislativos pensados desde un enfoque holístico, en aras de prever un correcto desarrollo del C190 en el país.
- Aun cuando no se han ejecutado modificaciones sobre la materia, el C190 es aplicable en nuestro país en virtud de la Constitución Política del Perú. Ellos debido a que nos acogemos a la teoría monista de los tratados internacionales, razón por la cual ya es fuente primordial del derecho laboral peruano.
- El Perú debe de realizar cambios legislativos pensados desde un enfoque holístico, en aras de prever un correcto desarrollo del C190 en el país, no debiendo quedar su contenido en líneas jurídicas.
- La “Violencia y Acoso” deben ser tratados bajo políticas de tolerancia cero conforme ha dictado el C190.
- La responsabilidad y cumplimiento del C190 no debe recaer únicamente en los empleadores y el Estado, por el contrario, el rol de los trabajadores es fundamental para combatir la problemática.
- Se recomienda que los empleadores implemente en su RIT el material del C190, con el objetivo de reforzar la concordia en el centro de trabajo, así como la correcta sanción ante la aparición de manifestaciones de “*Violencia y Acoso*”.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Soriano J. (2023). Violencia Simbólica: qué es, características y ejemplos. Recuperado de: <https://psicologiyamente.com/social/violencia-simbolica-ejemplos>

- OIT (2019). R206 – Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206). Recuperado de: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206
- OIT (2022). Experiencias de violencia y acoso en el trabajo: Primera encuesta mundial. Recuperado de: <https://www.ilo.org/es/resource/news/la-violencia-y-el-acoso-en-el-trabajo-afectan-mas-de-una-persona-de-cada>
- OIT (2019). C190 – Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190). Recuperado de: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190
- OIT (2024). Constitución de la OIT. Recuperado de: <https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO>.
- OIT (2018). Plan de trabajo provisional (26 de mayo de 2018). Recuperado de: <https://www.ilo.org/es/resource/conference-paper/ilc/107/plan-de-trabajo-provisional-26-de-mayo-de-2018>
- Montoya & Feijóo. (2015). El Rango de los Tratados sobre Derechos Humanos. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/14824/15379>
- Tribunal Constitucional. (1997). Sentencia del Tribunal Constitucional Exp 018-96-I/TC. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/03/Exp.-018-96-I-TC-LPDerecho.pdf>
- Friedrich Ebert Stiftung (2023). La Violencia Laboral en Perú en el Marco del Convenio 190 de la OIT Entre la incertidumbre y la baja participación social 2022. Recuperado de: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/19756.pdf>
- Ospina J. (2024). Convenio 190 OIT: Retos a casi un año de su vigencia en el Perú. Recuperado de: <https://laborem.spttss.org.pe/index.php/laborem/article/view/62/171>

Este libro se terminó de editar
en el mes de diciembre de 2025.
Lima-Perú