

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



**LA PONDERACION COMO MEDIO DE SOLUCION DE EQUILIBRIO DE
DERECHOS LABORALES ENTRE EL EMPLEADOR Y TRABAJADOR, EN
AREQUIPA 2015-2018.**

**Tesis presentada por el Bachiller: Angulo
Valdivia, Renzo Santiago, Para optar el
Grado Académico de: Maestro en Derecho
del Trabajo y Seguridad Social**

Asesor: Mtro. Christian Oliver Silva Urday

Arequipa – Perú

2018

INFORME

AL: Dr. Hugo Tejada Pradell

Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.

DE: Dra. Silvia Flores Viamont

Docente de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.

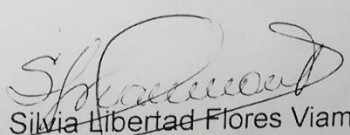
Asunto: Proyecto de Investigación

Fecha: 25 de Julio del 2018

Visto: El borrador de tesis titulado "La Ponderación como medio de solución de equilibrio de derechos laborales entre el empleador y trabajador, en Arequipa 2015-2018", presentado por el bachiller ANGULO VALDIVIA, Renzo Santiago, para optar el grado académico de MAESTRO EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Cumplo con informar que el trabajo reúne los requisitos exigidos en un Proyecto de Investigación, en consecuencia deberá disponerse su desarrollo.

Atentamente:


Dra. Silvia Libertad Flores Viamont.



DICTAMEN N° 004-2018-CSU-EPG
Arequipa, 13 de setiembre de 2018

SEÑOR DOCTOR
HUGO TEJADA PRADELL
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
Presente.-
De mi consideración:

Mediante Boleta de Nombramiento de Jurado Dictaminador N° 140: Borrador de Tesis para el Grado Académico de Maestro en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, fui nombrado jurado dictaminador del Proyecto de Tesis titulado "*La Ponderación como medio de solución de equilibrio de Derechos Laborales entre el empleador y trabajador, en Arequipa 2015-2018*", presentado por la bachiller **Sr. Renzo Santiago Angulo Valdivia**

En este sentido y en concordancia con el Reglamento de Graduación de nuestra casa de estudios se procede a emitir informe respecto a la suficiencia del Borrador de Tesis presentado en los términos siguientes:

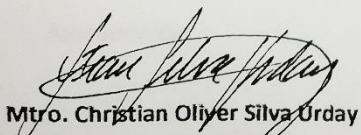
DICTAMEN:

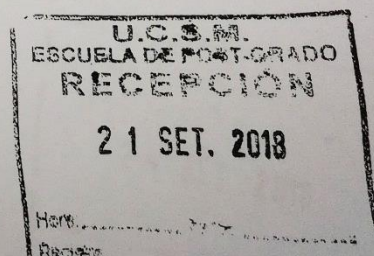
En cuanto al análisis del borrador, el mismo cumple con todos los presupuestos de un trabajo de investigación, habiendo desarrollado el proyecto de investigación adjunto como anexo de manera satisfactoria.

Según lo expresado, concluyo que debe disponerse la sustentación del trabajo de investigación realizado.

Sin otro particular, quedo de Ud.

S.S.S.


Mtro. Christian Oliver Silva Urday
Docente de la EPG – UCSM
Jurado Dictaminador



Arequipa, 31 de julio de 2018

Sr. Dr.

Hugo Tejada Pradell

Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María

Presente.-

De mi consideración:

Mediante Boleta de Nombramiento N° 270 he sido nombrado dictaminador del proyecto de tesis titulado: "*La ponderación como medio de solución de equilibrio de derechos laborales entre el empleador y el trabajador, en Arequipa 2015-2018*" presentado por el Bachiller **Renzo Santiago Angulo Valdivia**; en este sentido procedemos a pronunciarnos sobre el proyecto propuesto y si tiene el mérito suficiente para ser desarrollado.

I. ANÁLISIS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

Habiendo revisado de manera exhaustiva el proyecto del trabajo de investigación presentado tanto en los aspectos metodológicos, como en el fondo del tema tratado, se plasman a continuación las principales observaciones al mismo:

1. En cuanto a la relevancia de la investigación

El tema de investigación es jurídicamente relevante en el campo del Derecho Laboral.

2. En cuanto a la hipótesis planteada:

La Hipótesis planteada es coherente con el problema de investigación.

3. En cuanto a los objetivos planteados:


Los objetivos planteados se cumplirán tras el desarrollo de la investigación bibliográfica y de campo tendientes al desarrollo de la ponderación de derechos aplicando su lógica al campo laboral, analizando para estos efectos los derechos que asisten tanto al empleador como al trabajador y determinar los escenarios en los que podrían entrar en conflicto. Esto permitirá que exista concordancia entre los objetivos planteados y las conclusiones a las que se arribará tras el desarrollo del trabajo.

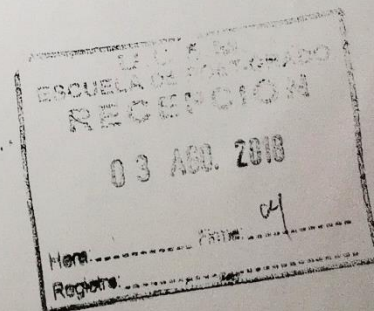
II. CONCLUSIONES:

En virtud a lo señalado, concluimos en que el desarrollo del Proyecto de Investigación resultará viable.

Sin otro particular me despido de Ud.

Atentamente,


Berly Gonzales Ortega
Dictaminador



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca analizar la colisión de derechos de los sujetos de una relación laboral, dando un énfasis mayor en los derechos del trabajador por ser la parte más débil de la relación laboral, y es por lo general que sus derechos se ven afectados en el ejercicio de su actividad laboral, por parte del empleador, que con el uso de su poder de dirección pretende condicionar al trabajador hacer ordenes fuera de la actividad laboral o aceptando ideologías.

Es por eso que presento la presente investigación con la finalidad de poner como límite al poder de dirección de los derechos fundamentales del trabajador, así como utilizar el principio de ponderación, que es un mecanismo de equilibrio de derechos fundamentales, como un medio de solución de equilibrios.

Por lo que, en el primer capítulo se desarrolló los principales conceptos de derechos fundamentales, en un segundo capítulo se verá sobre derechos del trabajador desde un punto de vista teórico, doctrinal, legal y jurisprudencial, por otro lado en el tercer capítulo se desarrolla los derechos del empleador, su poder de dirección y límites, como sus obligaciones, finalmente se desarrolla en un cuarto capítulo el test de ponderación de derechos así como su uso de solución de conflictos.

En la presente investigación los principales problemas han sido la búsqueda de información de poder de dirección y sus límites, por ser un tema muy controversial y discutido, así como el desarrollo del capítulo de resultados.

RESUMEN

Como es sabido el poder de dirección de empresa deriva del derecho de propiedad, es decir la libertad empresarial, el cual le permite a los entes privados decidir sobre sus gestión organización política, la misma que está reconocida por el estado, debido a tal tendencia y producto de sus actividades económicas, y justificándose de una relación laboral que se cuenta con el trabajador, que nace de un contrato de trabajo, estos grupos empresariales y producto de la falta de regulación laboral, ha ocasionado que se generen colisiones de derechos entre los trabajadores y sus empleadores producto de sus actividades económicas que realizan.

Dicha tendencia parte de las costumbres políticas, religiosas o económicas que cuentan los grupos empresariales, cuando los empleadores muchas veces obligan a sus trabajadores a participar de ellas, no siendo parte de su obligación como trabajador.

Colisionándose a si en un enfrentamiento eterno y continuo de derechos de ambas partes laborales, por una parte está el trabajador, que cuando consigue un empleo su obligación se encuentra solamente al limitarse a prestar los servicios por los cuales fue contratado, por otra parte está el empleador que como grupo empresarial ejerce su poder de dirección para obligar al realizar al trabajador actividades no propias del empleo.

Conforme lo expuesto, el poder de dirección debe enfocarse solamente dentro de la relación de trabajo, ejerciéndose dentro de los límites que la ley lo permite, y ponderándose en los supuestos de colisión de derechos laborales, lo cual supone que el empleador al ejercer su poder de dirección debe basarse en causas estrictamente objetivas producto de la relación laboral, o equilibrando derechos fundamentales de los trabajadores.

PALABRAS CLAVES: Ponderación, Proporcionalidad, Derechos Laborales, Derechos Inespecíficos, Derechos Expresos, Idoneidad, Necesidad.

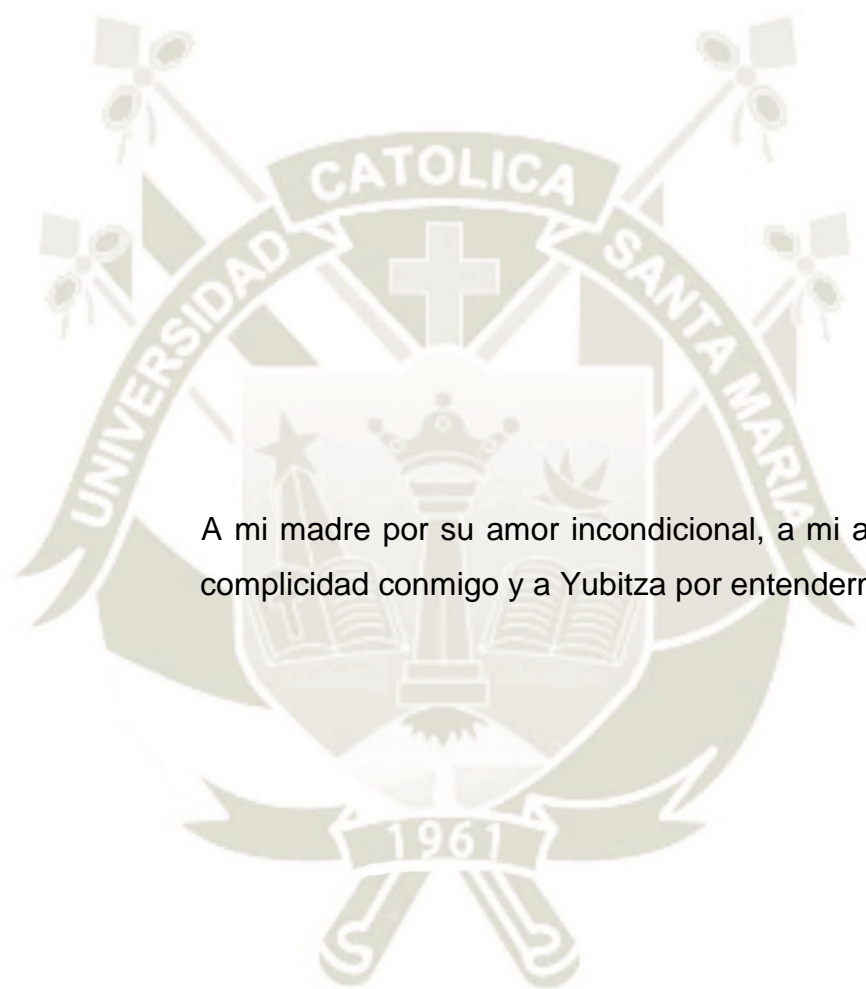
ABSTRACT

The present work seeks to analyze the collision of rights of the subjects of an employment relationship, giving a greater emphasis on the worker's rights as the weakest part of the employment relationship, and it is generally that their rights are affected in the The exercise of their labor activity, by the employer, who with the use of his power of direction pretends to condition the worker to make orders outside the labor activity or accepting ideologies.

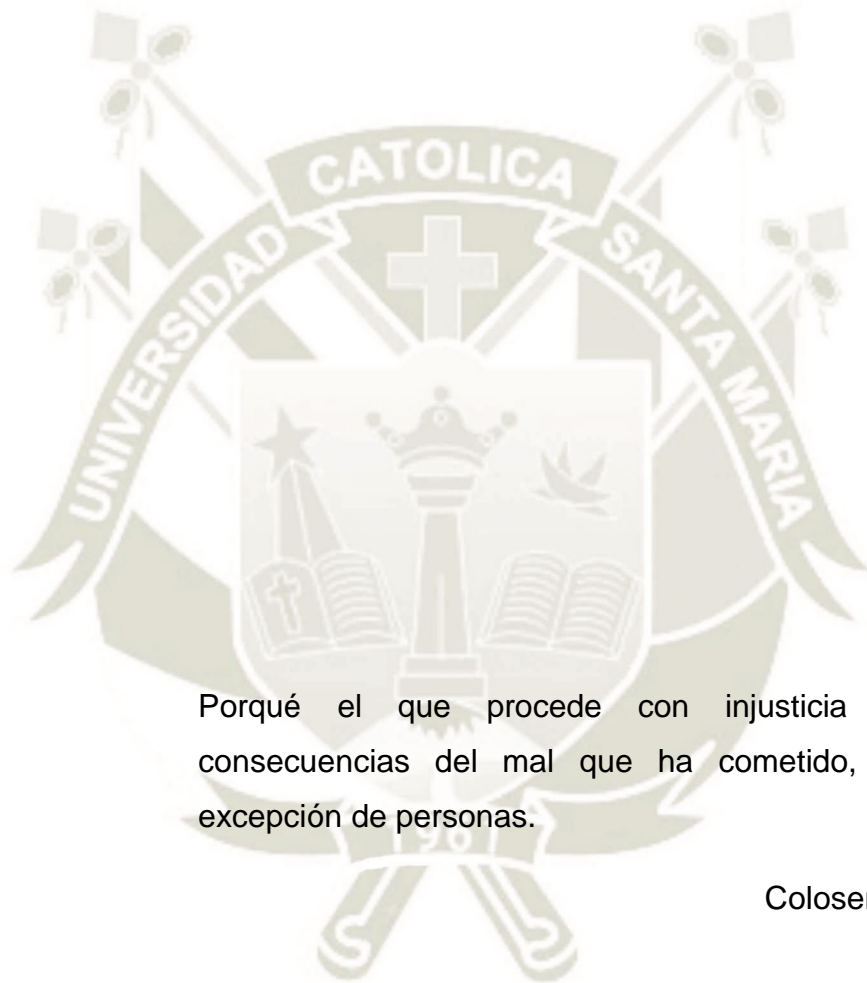
That is why I present the present investigation with the purpose of putting as limit to the power of direction of the fundamental rights of the worker, as well as to use the principle of weighting, which is a balance mechanism of fundamental rights, as a means of solving balances.

So, in the first chapter the main concepts of fundamental rights were developed, in a second chapter we will look at worker's rights from a theoretical, doctrinal, legal and jurisprudential point of view, on the other hand in the third chapter the rights of the employer, its power of direction and limits, as its obligations, finally develops in a fourth chapter the weighting test of rights as well as its use of conflict resolution.

In the present investigation the main problems have been the search for information of power of direction and its limits, for being a very controversial and discussed topic, as well as the development of the chapter of results



A mi madre por su amor incondicional, a mi abuela por su
complicidad conmigo y a Yubitza por entenderme.



Porqué el que procede con injusticia sufrirá las consecuencias del mal que ha cometido, y eso, sin excepción de personas.

Colosenses 3:25

INDICE

INTRODUCCION

RESUMEN

ABSTRACT

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES-LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES 1
2. NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y
TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 6
3. LA BIDEMENSIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 13
4. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
18
5. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 26

CAPÍTULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

1. DERECHOS AL TRABAJO 32
 - 1.1. DEFINICIÓN 32
 - 1.2. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL
EN LA RELACIÓN LABORAL..... 34
2. DERECHO AL TRABAJO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN COMO
DERECHOS EXPRESOS 37
 - 2.1. CONTENIDO ESENCIAL DEL TRABAJO 45
 - 2.2. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ESTADO..... 46
3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES LABORALES 47
 - 3.1. CONCEPTO DE PRINCIPIOS DEL DERECHO DE TRABAJO: 47
 - 3.2.1 IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS..... 49
 - 3.3. IGUALDAD ANTE LA LEY, DE TRATO DE OPORTUNIDADES..... 50
 - 3.4. INDUBIO PRO OPERARIO 53
 - 3.5. PRINCIPIOS INCORPORADOS POR EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL 55
 - 3.5.1. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD:..... 55
 - 3.5.2. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ 56
4. CLASIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS LABORALES .. 57

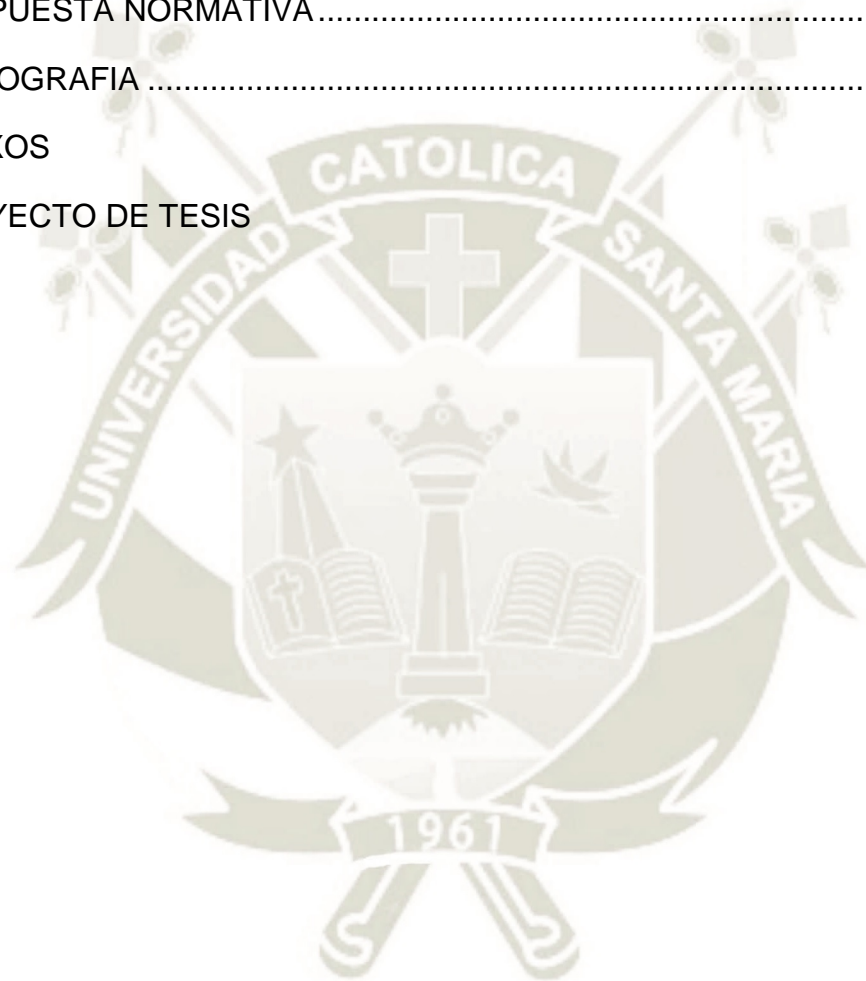
| | | |
|----------|---|----|
| 4.1. | DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES..... | 57 |
| 4.1.1. | PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y TRATADOS INTERNACIONALES..... | 58 |
| 4.1.2. | CONTRATO DE TRABAJO Y MODALIDADES FORMATIVAS LABORALES..... | 60 |
| 4.1.3. | PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR CONTRA EL DESPIDO: . | 68 |
| 4.1.4. | LA JORNADA DE TRABAJO. | 73 |
| 4.1.5. | EL DESCANSO LABORAL | 76 |
| 4.1.6. | LA REMUNERACIÓN..... | 78 |
| 4.2. | DERECHOS LABORALES COLECTIVOS | 81 |
| 4.2.1. | LA LIBERTAD SINDICAL..... | 82 |
| 4.2.2. | LA CONSTITUCIÓN DE LOS SINDICATOS..... | 85 |
| 4.2.3. | LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. | 85 |
| 4.3. | LA HUELGA..... | 86 |
| 4.3.1. | CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES. | 86 |
| 4.3.2. | REQUISITOS | 87 |
| 4.4. | PARTICIPACIÓN EN LAS UTILIDADES | 89 |
| 4.4.1. | CONCEPTO..... | 89 |
| 4.4.2. | EMPRESAS OBLIGADAS..... | 89 |
| 4.4.3. | EMPRESAS NO OBLIGADAS. | 90 |
| 4.4.4. | PORCENTAJES DE DISTRIBUCIÓN. | 90 |
| 4.5. | LOS DERECHOS SOCIALES Y LA SEGURIDAD SOCIAL..... | 90 |
| 4.5.1. | LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LAS PRESTACIONES DE SALUD..... | 90 |
| 4.5.1.2. | VERIFICACIÓN Y FORMAS DE PRESTACIÓN DE SALUD EN EL PERÚ..... | 91 |
| 4.5.2. | LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LAS PENSIONES. 92 | |
| 4.5.2.1. | CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN. . | 92 |
| 4.5.2.2. | DERECHO A LA PENSIÓN. | 92 |
| 4.5.2.3. | SISTEMAS DE PRESTACIÓN DE PENSIONES EN EL PERÚ. 93 | |
| 5. | DERECHOS INESPECÍFICOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES..... | 94 |
| 5.1. | PLANTEAMIENTO DE DERECHOS NO ESPECIFICADOS EN LA CONSTITUCIÓN. | 94 |

| | |
|---|-----|
| 5.2. DERECHOS INESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR-NOCIÓN JURÍDICA..... | 97 |
| 5.3. DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA DEL TRABAJADOR..... | 98 |
| 5.4. DERECHO A LA IGUALDAD EN LA RELACIÓN LABORAL..... | 101 |
| 5.5. DERECHO A NO SER DISCRIMINADO EN LA RELACIÓN LABORAL..... | 102 |
| 5.6. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR | 105 |
| 5.7. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL..... | 107 |
| 5.8. DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE COMUNICACIONES..... | 108 |
| 5.9. DERECHO AL HONOR Y BUENA REPUTACIÓN..... | 110 |
| 5.10. DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA..... | 111 |
| CAPÍTULO III: | |
| EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR EN LA RELACIÓN DEL TRABAJO | |
| 1. LA SUBORDINACIÓN EN LA RELACIÓN DEL TRABAJO..... | 114 |
| 1.1. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO..... | 115 |
| 1.2. MARCO CONCEPTUAL DEL PODER DE DIRECCIÓN..... | 116 |
| 1.3. PODER DE DIRECCIÓN EN EL PERÚ..... | 117 |
| 1.4. MANIFESTACIONES DEL PODER DE DIRECCIÓN..... | 119 |
| 1.5. ATRIBUCIONES AL PODER DE DIRECCIÓN..... | 120 |
| 2. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y POLÍTICA COMO FUNDAMENTO DE PODER DE DIRECCIÓN..... | 121 |
| 2.1. LIBERTAD DE EMPRESA-LIBERTAD ECONÓMICA..... | 121 |
| 2.2. LA POLÍTICA EMPRESARIAL-IDEOLOGÍA..... | 122 |
| 3. LÍMITES DEL PODER DE DIRECCIÓN..... | 124 |
| 3.1. LÍMITES DE LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO. | 125 |
| 3.2. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO..... | 126 |
| 4. ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO Y DISCIPLINA EN LA RELACIÓN DE TRABAJO..... | 127 |
| 4.1. LA POTESTAD DE ORGANIZAR TRABAJO..... | 127 |
| 4.2. EL SISTEMA SOCIAL COMO PRODUCTO DE LAS RELACIONES SOCIALES..... | 128 |
| 4.3. EL PODER SANCIONADOR..... | 128 |

| | |
|---|-----|
| 5. REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO..... | 131 |
| 6. LA FACULTAD DEL EMPLEADOR DE SUMINISTRAR OCUPACIÓN..... | 132 |
| CAPÍTULO IV | |
| LA PONDERACIÓN DE DERECHOS COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE DERECHOS LABORALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO | |
| 1. LEY DE PONDERACIÓN | 134 |
| 2. CRITICAS A LA PONDERACION | 141 |
| 3. TEST DE PROPORCIONALIDAD | 145 |
| 4. LA PROPORCIONALIDAD Y LA COLISION DE DERECHO EN LAS RELACIONES LABORALES..... | 150 |
| 5. LOS DERECHOS LABORALES INESPECIFICOS Y SU APLICACIÓN EN EL PERU..... | 159 |
| CAPITULO V: | |
| ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS | |
| 1. PRIMERA PARTE: ANÁLISIS DE RESULTADOS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE: LA PONDERACIÓN COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE EQUILIBRIO: | 172 |
| 1.1. RESULTADOS DEL PRIMER OBJETIVO; DETERMINAR SI LA APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN DE DERECHOS LABORALES PODRÁ SER UN MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES ENTRE EL EMPLEADOR Y TRABAJADOR: | 172 |
| 1.2. RESULTADOS DEL SEGUNDO OBJETIVO: IDENTIFICAR SI EN LA COLISIÓN DE DERECHOS LABORALES ES POSIBLE APLICAR LA PONDERACIÓN COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES | 176 |
| 1.3. RESULTADOS DEL TERCER OBJETIVO: DETERMINAR LAS CONDICIONES JURÍDICOS LABORALES ENTRE EL EMPLEADOR Y TRABAJADOR:..... | 178 |
| 2. SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DE LA VARIABLE DEPENDIENTE; DE DERECHOS LABORALES ENTRE EL EMPLEADOR Y TRABAJADOR: .. | 182 |
| 2.1. ANÁLISIS DE CUARTO OBJETIVO; IDENTIFICAR SI SE COLISIONAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES ENTRE EL EMPLEADOR Y TRABAJADOR: | 182 |

2.2. ANÁLISIS DEL QUINTO OBJETIVO: DETERMINAR SI EN LOS
CENTROS DE TRABAJO SE ESTÁN VULNERANDO DERECHOS
LABORALES, PRODUCTO DE UNA COLISIÓN DE DERECHOS

| | |
|--------------------------|-----|
| LABORALES: | 183 |
| CONCLUSIONES..... | 185 |
| SUGERENCIAS | 186 |
| PROPUESTA NORMATIVA..... | 187 |
| BIBLIOGRAFIA | 189 |
| ANEXOS | |
| PROYECTO DE TESIS | |



CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES-LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales de las personas constituyen en la actualidad una obligación jurídica para los estados velar por su cumplimiento, por cuanto es el pilar fundamental para el sustento de un sistema democrático y de estado de derecho, por lo que es obligación del estado contar con personas adecuadas, que comprendan los alcances de los derechos fundamentales en los diferentes entidades públicas del estado, así como regular su cumplimiento imperativo en las diferentes entidades privadas.

El tratadista Cesar Landa, expone un breve resumen sobre los derechos fundaméntales, “Los derechos fundamentales en el Perú han sido recogidos en las constituciones de 1979 y 1993, bajo el modelo de Estado democrático y social de Derecho; esto después de un largo periodo histórico de demandas incumplidas por derechos y libertades ciudadanas y reivindicaciones sociales y económicas postergadas al Estado y a los particulares. La evolución del modelo estatal ha permitido configurar derechos fundamentales civiles y políticos, pero también económicos y sociales; que han sido apuntados sobre todo por el desarrollo jurisprudencial garantista del tribunal Constitucional y subsidiariamente por la incorporación del Perú al sistema internacional de protección de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Desde entonces se ha ido desarrollando una doctrina jurisprudencial de los derechos humanos que presenta elementos centrales.¹

El profesor PEREZ LUÑO, los define como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la

¹ ARROYO Landa, Cesar, Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Palestra, Lima, 2010, p 11.

dignidad, la libertad, y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Agrega que los derechos fundamentales corresponden a aquellos derechos humanos que han sido positivados por el orden constitucional².

Humberto Nogueira Alcalá, los define como el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, igualdad y seguridad humana, en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos – considerados tanto en su aspecto individual como comunitario, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de éstos³.

Una definición propia de derechos fundamentales es difícil realizarla, prueba de ello es la diversa bibliografía de la materia donde se aprecia que dicha definición esta consensuada, pero no obstante a ello, a efecto nos sirva de guía una definición y para fines del presente trabajo, citaremos la definición realizada por PEREZ LUÑO, quien refiere que son “ 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”.⁴

Esta definición puede ser analizada tridimensionalmente⁵:

- Dimensión axiológica: Es la que está referida a valores inherentes a todo ser humano como dignidad, libertad e igualdad, los mismos que son independientes.

² PÉREZ luño, Antonio, Los Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución, 7° Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 46

³ NOGUEIRA Alcala, Humberto, Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, Editorial Liberotecnia, Santiago, 2006, p. 243

⁴ PÉREZ Luño, Antonio Enrique, Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución, Tecnos, 6ta Ed, Madrid, 1999,p 46.

⁵ IDEM. P 47

- Dimensión fáctica: es la que alude a la evolución histórica y cultural de la noción de derechos humanos.
- Dimensión normativa: es la que expresa la necesidad de que los rasgos a la persona humana sean concentrados en normas jurídicas, que no solo prescriban conductas socialmente deseables, sino que también atribuyan responsabilidades e institucionalicen mecanismos para los transgresores.

La constitución política del estado en sus artículos 1, 33 y 44, regula que la dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales, pero lo hace desde una perspectiva abierta, a efecto de que el estado sea el ente encargado de velar por la protección de los derechos fundamentales subjetivos que pertenecen al ser humano, por cuanto de manera objetiva el estado mediante sus entes que ejercen el control de legalidad evitan o solucionan las posibles colisiones entre estos derechos subjetivos.

Al decir de LOPEZ VIERA, la idea general de la dignidad humana, como concepción del hombre en tanto persona o ser humano, en el cual se manifiestan los más altos valores espirituales y costumbres éticas, individuales y comunitarias, constituyendo un principio y un límite de la actuación de todas las personas, la sociedad y el Estado que no la pueden violentar puesto que produjera por acción u omisión un daño a la misma.⁶

El tribunal constitucional, al referirse a los derechos fundamentales ha establecido, “que en nuestra constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica. En ese orden de ideas, permiten la consagración práctica del postulado previsto en el artículo 1 referido texto que concibe a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado. De este modo, la garantía de su

⁶ LOPEZ Viera, Jose Reynaldo, Balotarlaro Desarrollado de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, Ubilex Asesores, Lima, 2017, p 144.

vigencia dentro de nuestra comunidad política no puede limitarse solamente a la posibilidad de ejercicio de pretensiones por parte de los diversos individuos, sino que también debe ser asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica.⁷

La dignidad humana es una cualidad inherente a la persona en cuanto ser humano, forma parte de ella y es inseparable de ella. Su reconocimiento expreso el texto constitucional supone que la fundamentación del ordenamiento jurídico no depende de un valor supra positivo o de un poder político determinado; todo lo contrario, tal configuración jurídica significa que la dignidad humana es el prius lógico y axiológico de todo el sistema constitucional, desde esta perspectiva, la dignidad de la persona se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales, desplegando su proyección hacia ellos, y a la vez, como el valor del ordenamiento jurídico en su conjunto.⁸

Para Fernández Segado, el precepto viene a significar que “la persona no es un mero reflejo de la ordenación jurídica, sino que, bien al contrario, tiene una existencia previa, y aunque es evidente que el ordenamiento jurídico habrá de dotarle de significación, no es menos que en ningún caso podrá ignorar esa preexistencia que se manifiesta en el hecho de que la persona dimanen unos derechos inviolables que han de ser considerados inherentes a ella.⁹

En estos tiempos, la dignidad humana es reconocida no solo como un principio si no como un derecho y concepción filosófica, dogmática y doctrinaria sirve de base para la interpretación de la Constitución asimismo, la interpretación de los derechos fundamentales que esta reconoce deben entenderse como una verdadera manifestación de la dignidad humana¹⁰.

⁷ STC EXP N° 1042-2002-AA-TC.

⁸ STCEXP N° 0020-2012-PI/TC, Fj.75.

⁹ FERNANDEZ Segado, Francisco (1996) “la dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico” en Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, diciembre 1996, p 17

¹⁰ STC.EXP N° 0030-2005-PI/TC,F.J.22.

El máximo interprete también señaló lo siguiente (...) en el principio el derecho de dignidad humana (artículo 1 de la constitución), en atención al cual “el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada la dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la constitución y, en particular, con los derechos fundamentales¹¹.

Ahora bien como es sabido los derechos fundamentales no solamente son aquellos que están consagrados en un norma expresa, sino también son todos aquellos que no están regulados formalmente, pero que forman parte del ser humano por ser considerado sujeto de derecho, es decir le pertenece toda la gama de derechos, además este se justifica por cuanto en los tiempos modernos en el que se vive se van generando nuevos derechos entre ellos tenemos por mencionar el derecho a la tecnología.

De esta manera, podemos señalar que es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional, no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se dividen de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. Consecuentemente, el catálogo de los derechos fundaméntales incorporados en la Constitución se complementa con aquel constituido por los derechos innominados, cuyo reconocimiento corre por cuenta de los

¹¹ STC.EXP N°00228-2009-PA/TC, f.j22.

jueces y, en especial, de supremo interprete de la constitución, por este colegiado. Así lo ha hecho, por ejemplo, en otros casos, cuando ha definido los alcances del derecho a la verdad (STC EXP. N° 2488-2002-HC/TC), caso Genero Villegas Namuche), del derecho a agua potable (STC EXP.6546-2006-PA/TC, Caso Cesar Augusto Zúñiga López), del derecho del libre desenvolvimiento de la personalidad (STC EXPN 0007-2006-PI/TC, caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari), del derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos (STC EXP. N° 0168-2005-PC/TC, caso Maximiliano Villanueva Valverde), del derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas (STC EXP. N° 02432-2007-PHC/TC, caso Rolando Apaza Chuquitarco), entre otros¹².

Finalmente y habiendo abundado ampliamente el concepto básico de derechos fundamentales, es necesario brevemente hacer una reflexión sobre las expresiones de los derechos constitucionales, es quizá con la constitución de 1979 donde se consagra y regula garantías constitucionales, dicha línea sigue nuestra actual carta maga, y la denomina garantías individuales, estas garantías individuales obedecen a una lógica y es que requieren necesariamente un procedimiento donde el órgano jurisdiccional con un sistema protector hace cumplir la eficacia de los derechos fundamentales, como los derechos del hombre y los derechos fundaménteles, derechos del hombre y derechos del ciudadano, derechos naturales y derechos civiles, derechos civiles y derechos políticos, derechos civiles y derechos a libertades individuales, derechos a la libertad publica, entre otros.

2. NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La naturaleza de los derechos fundamentales obedece a un orden constitucional, debido a que están consagradas en la carta magna y por lo consiguiente definen el modelo constitucional de un estado, para la

¹² STC EXP N° 03052-2009-PA/TC,f.j.6

defensa del ciudadano, la actuación de los poderes públicos y el desenvolvimiento entre particulares.

Los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos, sino también, principios objetivos del orden constitucional. Al mismo tiempo que constituyen una potestad subjetiva que se reafirma frente al poder público para exigir garantías procesales y respeto (*agere licere*), los derechos fundaméntales poseen también una significación objetiva que se materializa en directrices constitucionales y mandatos a los poderes públicos. Al ser consagrados en normas jurídicas, los derechos fundamentales se convierten en elementos indispensables para estructurar el Estado de derecho. A tal punto su omisión u olvido implica la volatilización de la sustancia de Estado democrático y constitucional, configurando como un acto jurídico, político y social de convivencia pacífica. Nada que le afecte puede pasar desapercibido para el ordenamiento. Por eso mismo, el tribunal Constitucional sostiene que los derechos fundamentales no solo son derechos subjetivos, sino que también constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional¹³.

La constitución de 1993 en el Título I reconoce una gamma de derechos fundamentales como derechos fundamentales (capítulo 1), derechos sociales económicos (capítulo 2), donde se describe los derechos consagrados literalmente, que poseen los sujetos de derechos.

No obstante JOSE PAREJA PAZ SOLDAN¹⁴, ha simplificado la clasificación de derechos de la siguiente forma:

a) Derechos de libertad del individuo aislado:

- Libertad personal
- Libertad de conciencia
- Propiedad privada

¹³ STC EXP N° 01757-2007-PA/TC FJ 6

¹⁴ PAREJA Paz Soldan, Jose, Derecho constitucional peruano y la constitución de 1979, Tomo II, Justo Valenzuel editor, 1980.

- Inviolabilidad de domicilio
- Inviolabilidad de correspondencia

b) Derechos del individuo en el estado como ciudadano:

- Igualdad ante la ley
- Derecho de petición sufragio universal
- Acceso a los cargos públicos
- Igualdad ante la justicia

c) Derechos de libertad del individuo en relación con los demás:

- Libertad de manifestación
- Libertad de opinión
- Libertad de discurso y prensa
- Libertad de culto
- Libertad de asociación

d) Derechos de libertad del individuo a prestaciones del estado:

- Derecho al trabajo
- Derecho de asistencia y socorro
- Derecho a la educación, instrucción y formación profesional.

La naturaleza de los derechos fundamentales y su titularidad radica en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, que refiere “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado*” en tal sentido BERNALES BALLESTEROS¹⁵, recata dos ideas centrales:

1. La persona se realiza dentro de la sociedad. Es decir, pertenece a una definición que por su propia naturaleza la hace social. La pura individualidad del ser humano, vale decir, el ser humano aislado de los

¹⁵ BERNALES Ballesteros Enrique, La constitución de 1993 veinte años después, Idemsa, Lima, Secta edición, Pg. 86.

demás, no existe sino analíticamente, mediante la ubicación conceptual del medio natural en el que existe.

2. La persona humana es el valor supremo de la sociedad y del Estado, tanto en lo que se refiere a su defensa, como en el respeto de su dignidad. Es por tanto el referente concreto de la acción del Estado y de la sociedad. No obstante, un manejo más conveniente y completo del concepto hubiera debido incluir la protección, defensa y promoción, conjuntamente con el respeto a la dignidad de la persona humana. Adicionalmente, esta declaración contradice aquellas concepciones según las cuales el estado o incluso la sociedad deben ser preferidas en ciertas circunstancias.

En conclusión los derechos fundamentales son inherentes a las personas humanas por su condición de tal, ya estén estos debidamente consagrados en una norma o sean de carácter implícito, el Tribunal Constitucional¹⁶ “refiere que: los derechos fundamentales reconocidos en nuestra constitución, constituyen componentes estructuras básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, ello en razón de ser la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan el conjunto de la organización política y jurídica”.

ROMERO SANCHEZ¹⁷, refiere algunas características propias de los derechos humanos, y para efectos del presente trabajo se citara estás haciendo un breve resumen, de la siguiente forma:

- a) Es inherente: esto es, su carácter consustancial e indelible, respeto de todo ser humano.
- b) Límites al ejercicio de poder: nadie puede lícitamente invadir la esfera de los derechos humanos de un individuo con la finalidad de cercenarlos.
- c) Universalidad: pues no exististe en el mundo persona formalmente despojada de sus derechos humanos.

¹⁶ STC EXP 1042-2002-AA/TC.

¹⁷ ROMERO Sanchez Ruben, El Orden interno y Derechos Humanos en el Perú, Editorial San marcos, Primera Edición, 2006, Lima, Pgs 178-180.

- d) Indivisibilidad e interdependencia: la dignidad humana no es divisible y es absoluta.
- e) Imperatividad ERGA OMNES: los derechos humanos son imperativos.
- f) Irreversibilidad: un derecho humano reconocido queda irrevocablemente integrado al elenco preexistente y no puede ser suprimido posteriormente en razón de los azares de la historia
- g) Progresividad: conforme se avanza en el tiempo los derechos humanos progresan en sus esencias individuales y sociales.

Ahora bien, hasta este punto desarrollado, se ha tenido en cuenta la importancia de enumerar los derechos fundamentales, también aquellos que no están enumerados en norma expresa pero por su naturaleza pertenece al ámbito de derechos inherentes a la persona, de tal forma LANDA ARROYO¹⁸, realiza unos interesantes cuestionamientos, que se procederá a desarrollar puntualmente:

1. ¿Cuál es la estructura normativa de dichas normas?

El mismo autor responde lo siguiente:

“sobre la estructura jurídica de los derechos fundamentales cabe señalar que la Constitución alberga básicamente reglas y principios que pueden ser: normas mandato, normas de permisión y normas de prohibición, en consecuencia, la diferencia entre los principios y las reglas son distinciones entre dos tipos que regulan los derechos fundamentales. Los principios son normas con un alto grado de generalidad y las reglas son normas con un nivel relativamente bajo de generalidad.

Los principios son mandatos de optimización, que se caracteriza por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado de intensidad y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades de su estructura jurídica, sino también su presupuestas. Mientras que, las reglas son normas con mandatos prescriptivos que solo pueden ser cumplidas o no_; porque contienen

¹⁸ LANDA Arroyo, Cesar, Los derechos Fundamentales en la jurisprudencia del tribuna constitucional, Palestra, Primera Edición, 2010, Lima, Pgs. 16-21.

determinaciones concretas en el ámbito de lo jurídico y son fácticamente posibles.

Por ello, cabe realizar un análisis casuístico entre los distintos derechos fundamentales para identificar en cada uno de ellos las normas regla y /o de principio. Así, los derechos fundamentales civiles han sido concebidos como derechos de defensa frente al estado, pero al igual que los políticos su formulación ha ido conferida como derechos regla, es decir normas prescriptivas donde la solución a un caso se basa en la subsunción del supuesto de hecho en la norma preestablecida.

Mientras que los derechos fundamentales sociales han sido considerados prima facie como normas de principio, propio de los derechos de participación, del Estado en la satisfacción de los mismos, en la medida que contienen un mandato claro más no es así del medio de su realización jurídica. Por ello, estos derechos requieren no un juicio de subsunción, sino de ponderación de valores, a partir del test de razonabilidad o proporcionalidad, pero con diferentes grados de intensidad en función de la naturaleza del derecho o del bien constitucional a tutelar

2. ¿Cuáles son las obligaciones o deberes que generan para el estado y los particulares?

El mismo autor señala:

“En cuanto a las obligaciones o deberes que exigen del estado, se podría precisar que en cuanto a los derechos civiles y políticos a la actuación del estado es no solo de dejar a la persona a su libre albedrío, sino también, garantizar la tutela de los mismos cuando es afectada por la autoridad, funcionario o cualquier persona. Sin embargo, cabe precisar, que el ejercicio de los derechos políticos demanda de una actuación positiva del Estado a través de la ley, antes que abstenerse de interferir en el ejercicio del mismo.

En principio los derechos fundamentales sociales son derechos de participación para que el Estado procure la existencia básica de las necesidades fundamentales de los ciudadanos, sobre todo a favor de quienes están en situaciones de desventaja social y económica; como también para que regule la satisfacción indirecta de los mismos a través de terceros, que asumen en la redistribución de las cargas sociales una cuota de responsabilidad solidaria de su posición preferente afrente a los más desaventajados”

3. ¿todos los derechos fundamentales son igualmente exigibles judicialmente frente al estado de manera directa y concreta?

El mismo autor señala:

Si bien todos los derechos fundamentales son de derechos consagrados en la constitución y por lo tanto gozan de la fuerza normativa de su configuración más general o menos general otorgada por el propio constituyente, la eficacia en el cumplimiento de los mismos plantea dos cuestiones. Una, en tanto derechos subjetivos son exigibles de protección por parte del estado y subsidiariamente son oponibles frente a terceros particulares, así en el caso de los derechos civiles ala exigibilidad de su tutela judicial es directa e inmediata, sin mediar por con su exigibilidad requiere de una norma legal intermedia que precise los alcances y límites del goce y ejercicio de los mismos.

Otro es el caso de los llamados derechos sociales, económicos y culturales, siendo obligacionales del poder público protegerlos o procurarlos, se demanda en principio, no solo duna norma legal que la reglamente, sino también una provisión presupuestal que complete la eficacia de un derecho subjetivo que irroga gasto público, pero, no es el caso de todos estos derechos, porque no pocos son exigibles plenamente en la medida que no irrogan gasto estatal. Por ejemplo, la jornada laboral de ocho horas diarias, el estado tiene la obligación de

cautelarla y hacer que el empleador la respete, la cual no demanda ley de por medio ni incide sobre el presupuesto.

4. ¿Los presupuestos públicos son una condición sine qua nom para satisfacer las demandas de los derechos sociales?

Si bien todos los derechos económicos y sociales no exigen que se irroque gasto público para su defensa o su cumplimiento, en cambio sí existen otros derechos fundamentales que al ser obligaciones estatales requieren del presupuesto público, como la promoción del empleo, la prestación de servicios públicos, establecer la infraestructura y ofertar educación, proveer salud o pensiones públicas. Todo ello requiere del gasto social, proveniente de los tributos y otros ingresos que el estado recauda para cumplir con sus programas de intereses público y social.”

Finalmente se puede concluir que la naturaleza del ser humana se basa en su dignidad, conforme lo establece la carta magna, y es donde radica su importancia de su regulación y protección.

3. LA BIDIMENSIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales es quizá una problemática en el ámbito jurídico, por cuanto trae consigo interrogantes, o saber distinguirlos es el problema más frecuente, y en ello radica la dimensión objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales, en lo subjetivo encontramos los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales y en la dimensión objetiva que se centra en la protección de los derechos fundamentales.

Al respecto el Tribunal Constitucional refiere: La constitución no es un ordenamiento neutral o desprovisto de valores fundamentales, desde el

mismo que ha introducido un conjunto de derechos fundaménteles. Por ello, este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad del ser humano, bale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella su orientación y su impulso. Esto significa que los derechos fundamentales no solo tienen una vertiente subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo sistema jurídico nacional y en esta condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción. En esta medida, el tribunal Constitucional considera que el amparo no solo puede entenderse como un proceso en cuyo seno se diluciden problemas que atañen únicamente a las partes que en el participen, sino como una acción de garantía en la cual subyace un orden público, representado por los derechos constitucionales cuya defensa, en el ámbito de su competencia, la norma suprema ha encomendado al tribunal Constitucional.¹⁹

De manera que es incuestionable que no existe Estado constitucional sin derechos fundamentales: estos derechos se convierten en la razón de ser del Estado, cuya función básica es la protección y la efectiva realización de las prerrogativas fundamentales. Bajo esta perspectiva, los derechos fundamentales se mueven en dos dimensiones: por un lado, son la expresión más inmediata de la dignidad humana, que se traduce en la posibilidad que tiene un ciudadano de reclamar la protección de determinada potestad fundamental violada o amenazada por el poder público o por un particular (derechos de defensa). Esta relación jurídica bilateral indiscutiblemente presenta una vertiente sustancialmente subjetiva que garantiza al titular un estatus jurídico²⁰.

Por tanto, desde el contenido subjetivo, son derechos a prestaciones sociales que comprenden la puesta en marcha de la actividad general del

¹⁹ STC N° 2050-2002-AA-TC.

²⁰ OSUNA Patiño. Néstor Iván Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales, Temas de Derecho Público, N.º 37. Bogotá: Universidad Externa de Colombia, 1996, pp. 28 a 34.

Estado, y en sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como «directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal.²¹

En reiterada jurisprudencia el tribunal constitucional ha manifestado en relación de derechos de garantía de cumplimiento normativo lo siguiente “El proceso de inconstitucionalidad si bien es de naturaleza abstracta tiene una doble dimensión: objetiva y subjetiva. En reconocimiento de la dimensión objetiva se debe ejercer un control de constitucionalidad acordó con los valores y principios consagrados por la Constitución Política; es decir, que no se reduce, únicamente, a un mero examen de la ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional. Esto es promoviendo la superación de las situaciones reales conflictivas de los diversos intereses que coexisten en el marco del Estado Constitucional de Derecho, a fin de otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales. En mérito a la dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional puede valorar la constitucionalidad de los actos concretos realizados al amparo de la norma legal impugnada, lo cual definitivamente no supone la resolución del problema en un caso concreto; sino otorgarle un canon valorativo constitucional – función de valoración, para la resolución del presente proceso de inconstitucionalidad²²”, en el mismo orden de ideas en otra sentencia el máximo interprete refiere que: “no puede soslayarse que aun cuando el control abstracto de las normas tiene una finalidad inmediata, como es el de salvaguardar el principio de supremacía jurídica de la Constitución expulsando del ordenamiento aquellas disposiciones que la contravengan material o formalmente, como fin mediato impide su aplicación y con ello evita que se puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, el juez constitucional debería considerar que el proceso orientado por antonomasia a defender la supremacía de la Constitución (proceso de inconstitucionalidad)

²¹ SCHNEIDER. “Peculiaridad y función...”, p 32

²² STC N° 0002-2005- AI/TC, fundamento jurídico 2.

siempre tendrá también, en última instancia, la vocación subjetiva de preservar los derechos fundamentales de las personas²³.

En este orden de ideas queda claro que el respeto de los derechos fundamentales, visto desde su doble dimensión objetiva y subjetiva, no solo está a cargo del Estado, si no también esta cargo de los ciudadanos, que están en la obligación de hacer respetar mutuamente sus derechos y evitar cualquier transgresión de derechos y de ser el caso de ejercer su defensa dentro den los límites que la legalidad impone.

Por ese motivo la doble dimensión de los derechos fundamentales y su tratamiento no solamente debe ser tratado o manejado judicialmente o administrativamente, si no esa relación de respeto se ve manifestado entre un trato entre particulares como refiere del siguiente extracto del tribunal constitucional “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico y, en ese sentido, lo hace en forma directa incluso en las relaciones que entre privados pudieran suscitarse, toda vez que su respeto constituye, en plano sustancia, parte del orden publico constitucional. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos resulta inexorablemente inconstitucional²⁴.

Ello significa que los derechos fundamentales no solo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizando en su condición de los derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada²⁵.

²³ STC N° 0031-2015-PI/TC.

²⁴ STC N° 1121-2002-AA/TC.

²⁵ STC N° 0976-2001-AA-TC.

MARCIAL RUBIO CORREA, FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI Y ENRIQUE BENALES BALLESTEROS²⁶, son de la idea que:” nuestra constitución es, en este sentido, significativamente avanzada. En otras latitudes se ha debido recurrir a figuras abstractas de interpretación para aplicar la obligatoriedad del cumplimiento de los derechos también a los particulares. En nuestro caso, el artículo 200 de la Constitución repite sistemáticamente que los procesos pueden ser dirigidos contra hechos u omisiones e personas que vulneran o amenazan los derechos constitucionales. Hay, entonces, una protección contra los agravios particulares.

Finalmente, GARCIA TOMA²⁷, con relación a la doble dimensión de los derechos fundamentales, lo resume de la siguiente manera:

- a) La dimensión subjetiva es aquella que hace referencia a las facultades de acción que estos reconocen a la persona titular de los mismos en el ámbito de la vida existencial y coexistencial. Por consiguiente permiten exigir al Estado y/o particular el cumplimiento cabal, exacto y preciso de lo dispuesto normativamente.
- b) La dimensión objetiva es aquella que hace referencia a que la normatividad tuitiva contenida en dichos derechos se irradia o expande a todos los ámbitos de la vida estatal y social.

Dicha dimensión exige que el estado realice una atención determinada a través de las políticas legislativas, jurisprudenciales o administrativas que permitan la optimización de atribuciones comprendidas en el conjunto de preceptos de carácter general; y que, por ende, se manifiesten bastamente en el plano de la realidad, estas actuación también involucra residualmente a los particulares.

Los efectos expansivos se expresan concretamente en lo siguiente:

²⁶RUBIO Correa, Marcial, GUIGUREN Praeli Francisco y BERNALES Ballesteros, Enrique, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal Constitucional, Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera edición,2010, Lima, Pg.27.

²⁷GARCIA Toma, Víctor , Los Derechos Fundamentales en el Perú, Editorial de la universidad Inca Garcilaso de la vega, Primera Edición, 2008, Pg 32-33.

- a) Exige un actuación propositiva hacia la conformación material determinadas prescripciones jurídicas (vía la dación de normas, sean de naturaleza pública o privada).
- b) Exige l actuación propositiva hacia la conformación de políticas económicas, sociales y culturales.
- c) Exige la actuación propositiva hacia la conformación de políticas jurisdiccionales.
- d) Exige la actuación propositiva de facilitar la acción ciudadana tendente a permitir la reclamación de su realización²⁸.

4. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

hasta lo aquí estudiado sea dicho que los derechos fundamentales tienen una protección imperativa y que son inherentes a los seres humanos por su condición de tal, pero con referencia al contenido esencial de los derechos humanos o fundamentales es preciso señalar que cada derecho individualmente merece su protección especial, tiene su límite a proteger y tiene su mecanismo para ser protegido o exigido, en ese sentido, el contenido esencial de los derechos fundamentales se basa en la protección y alcance individual de los derechos fundamentales.

Al respecto el Tribunal Constitucional²⁹ refiere: Este Tribunal considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el adquiere participación medular el principio de dignidad humana, al que se

²⁸ IBIDEM, P. 33.

²⁹ STC N° 1417-2005-AA, FJ 21

reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de este resultan admisibles, forman una unidad (Haberle, Peter. La Libertad en el Estado Constitucional. Lima: Fondo editorial de la PUCP, 1997,p.117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad constitucional” y de “concordancia práctica”, cuyo principal contenido es optimizar la fuerza normativa axiológica de la constitución en su conjunto.

El contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreducible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada³⁰.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede afectarse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no solo a disposiciones constitucionalistas expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales³¹.

Conforme se sostiene en el derecho alemán, el contenido esencial limita la posibilidad de limitar y señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales. La cláusula de

³⁰ STC. N° 1042-2002-AA/TC

³¹ STC N° 20-2004-TC.

respeto al contenido esencial se entiende como un límite a la actividad del legislador limitadora de los derechos fundamentales: el legislador puede restringir los derechos fundamentales, siempre y cuando respete su contenido esencial³².

Francisco Fernández Segado, el carácter limitado de los derechos es hoy una evidencia que no admite contestación alguna, y que la habilitación constitucional al legislador ordinario persigue, fundamentalmente, excluir al Ejecutivo, y a su producción normativa propia, los Reglamentos, de toda posibilidad de incidir sobre la regulación de estos derechos. Señala además que el principio de reserva de ley debe entenderse en el sentido de una ley expresa. Es más, la reserva de ley, competencia del legislador, ha supuesto la restricción de la posibilidad de habilitar legalmente al Ejecutivo para que pueda inmiscuirse en ámbitos propios de la libertad³³.

A efecto de sustentar lo señalado por los anteriores autores es importante señalar las teorías que el contenido esencial de derechos fundamentales ha señalado, las cuales son en un plano negativo y en un plano positivo, conforme lo señala CLAUDIA VILLASEÑOR:³⁴

- a) Plano negativo: señala un límite a la regulación legislativa de los derechos fundamentales.
- b) Plano positivo: señala el valor asignado el contenido de los derechos fundamentales, por ende, este deviene en imprescindible e insustituible.

³² PAREJO, L. (1981). «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 19ilL». En Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, 3. l'p. 175-183

³³ La dogmática de los derechos humanos, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994,p.1 00 ss. Antecede Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego

³⁴ VILLASEÑOR Goyzueta, Claudia, Contenido Esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Madrid Universidad complutense, 2003.

MESIAS RAMIREZ³⁵, señala constituye doctrina unánimemente aceptada que los derechos fundamentales no son absolutos, que su ejercicio puede estar sujeto a diversos límites:

- A límites impuestos directamente por la constitución (art 4, los miembros de las fuerzas armadas no pueden elegir ni ser elegidos).
- A límites derivados de la constitución por la necesidad de preservar otros derechos (art. 2 inc. 5, el derecho acceso a la información pública, con excepción de la que afecta la intimidad personal, las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad)
- A límites derivados de la constitución por la necesidad de preservar o proteger otros bienes constitucionalmente valiosos (art. 2, inc. 11 la libertad de tránsito puede limitarse por razones de sanidad, mandato judicial o por aplicación de la ley extranjera; el derecho de reunión, artículo 2inc 12, por motivos probados de seguridad o sanidad públicas).

Pero esta labor limitadora de los derechos tiene una valla que le es infranqueable: el contenido esencial de los derechos fundamentales. No puede ser de otro medio, si se tiene en consideración que la sola incorporación del derecho en la Constitución y en tratados convierte a la norma que lo contiene en resistente a cualquier disposición legal³⁶.

La doctrina constitucional española refiere: *“Los derechos fundamentales como todos los derechos subjetivos, no son derechos absolutos que pueden ejercitarse sin tasa alguna, y así lo ha señalado reiteradamente el tribunal constitucional a partir de su sentencia 11/81 (caso decreto ley sobre la huelga). Su ejercicio, pues, está sujeto a límites más allá de los cuales resulta ilegítimo. Ahora bien, determinar cuáles son esos límites es una tarea decisiva ya que una gran amplitud en su definición cuáles son esos límites es un atarea decisiva ya que una gran amplitud en su definición podría conducir a reducir el ámbito*

³⁵MESIAS Ramirez, Carlos, Los derechos Fundamentales Dogmática Y Jurisprudencia del tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, 2018, Lima, P. 50.

³⁶ Opcit P. 50.

delos derechos fundamentales hasta eliminarlos. Dos son los tipos de límites que pueden establecerse al ejercicio de los derechos fundamentales límites interno y límites externos.

A) Límites internos

El primer grupo de límites lo forman los denominados límites internos, que son aquellos que sirven para definir el contenido mismo del derecho, resultando, intrínsecos a su propia definición. Los límites internos, constituyen, pues, las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de este sino ante otra realidad. Así, por ejemplo, no puede invocarse el derecho a la tutela judicial efectiva para justificar la entrada de una persona en el domicilio del titular de in órgano judicial sin autorización, o la libre circulación por el territorio nacional para justificar una colisión intencionada contra un vehículo ajeno; en estos casos se estaría ante una realidad ajena al derecho. Los límites internos al derecho, no obstante, no siempre son fáciles de trazar o de deslindar de los otros límites, los externos. Su definición solo puede provenir de los operadores jurídicos; al legislador le corresponde fijar estas fronteras en la regulación de los derechos fundamentales; los tribunales tienen que controlar que dicho trazado sea correcto, completándolo y adecuándolo ante las exigencias de la cambiante realidad social mediante la cotidiana resolución de los problemas más interpretativos que se planteen.

B) Límites externos

Los límites externos forman el segundo grupo de límites de los derechos fundamentales. Estos se imponen por el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinario de aquellos. A su vez, los límites pueden ser de dos tipos expresos e implícitos.

La constitución reconoce en muchos preceptos del título Primero límites expresos al ejercicio de los derechos fundamentales, a su vez, los límites externos expresos pueden establecerse bien con carácter general para todos los derechos fundamentales, bien

respecto algunos derecho en concreto. Con carácter general figura en la Constitución un límite: el ejercicio de los derechos de los demás (art 10.1) se trata de un límite genérico de contornos imprecisos por cuanto lo que se presume es la colisión del ejercicio de derechos por distintas personas; la solución a este tipo de conflictos debe determinarse caso por caso, atendiendo la naturaleza de los derechos en ejercicio y al uso de los mismos realizando por sus titulares.

Más abundantes son los límites expresos impuestos de derechos concretos. Así, por ejemplo, el orden público se establece como limite a la manifestación de las libertades ideológicas, religiosa y de culto (art. 16 1 CE); la existencia de un flagrante actúa como limite a la inviolabilidad del domicilio (art 18.2 CE): los derechos del art 201 (libertad de expresión, de producción y creación, de cátedra de información) tiene como limites expresos de los demás derechos del Título Primero y, especialmente, los derechos de honor, a la intimidad y a la propia imagen, la protección de la juventud y de la infancia (art. 33.2 CE)- la función social es un límite del derecho de propiedad (art 33.2 CE). Estos son algunos de los ejemplos de límites expresos específicos establecidos en la Constitución, su alcance hay que determinarlo en el estudio de cada uno de los derechos.

Junto a estos límites expresos, el tribunal constitucional ha reconocido reiteradamente la existencia de otros límites al ejercicio de los derechos, Se trata de límites que, aunque no se encuentran previstos de manera expresa, vienen impuestos por la propia lógica del ejercicio de derechos y del ordenamiento³⁷.”

Finalmente es importante conocer las siguientes teorías que sobre límites de los derechos fundamentales existen en la doctrina mundial:

³⁷ LOPEZ Guerra Luis, Espin Eduardo, GARCIA Morillo Joaquin, PEREZ Tremps Pablo y Sastrustegui Miguel, Derecho Constitucional Volumen 1, El ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos, Editorial Tirant Lo Blanch, Octava Edición, 2010, España, P 130 y 131.

- a) Teoría absoluta: que distingue en cada derecho dos esferas: un núcleo duro, constituido por el contenido esencial, y otro accesorio o complementario. Lo esencial según Shinder sería el ámbito por cada derecho fundamental, del cual se halla excluida por completo la actividad del legislador³⁸.

La teoría absoluta sostiene, por el contrario, que en cada derecho fundamental existen dos zonas: una esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial y en cuyo ámbito toda intervención del legislador se encuentra vedada y otra parte accesorial o no esencial, en la cual son admisibles las intervenciones del legislador, pero a condición de que no sean arbitrarias, sino debidamente justificadas³⁹.

Así, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial, o dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho⁴⁰.

Para el tratadista Duran Ribera, de la expresión Contenido esencial, no puede extraerse que cada derecho fundamental esté integrado por un contenido nuclear (esencial) y el otro periférico (accesorio), y de ello entender que la esfera vedada al legislador ordinario sea la primera y no la segunda; pues, este entendimiento no sólo presentaría infranqueables dificultades a la hora de establecer el contenido de cada una de las partes aludidas, sino que, fundamentalmente, no encontraría respaldo alguno en el texto ni en

El sentido de protección de cada derecho fundamental. Y es que, para Duran Ribera el contenido esencial del derecho no puede ser otro que el derecho mismo en sus caracteres propios que lo describen e

³⁸ MESA RAMÍREZ, Carlos, Los derechos Fundamentales Dogmática Y Jurisprudencia del tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, 2018, Lima, P. 52

³⁹ MARTÍNEZ-PUGALDE, Antonio (1997). La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 22.

⁴⁰ PRIETO, Luís (1990). Estudio sobre derechos fundamentales. Madrid. Debate, p. 148.

identifican como tal; o dicho en otras palabras, el contenido esencial de un derecho, es el derecho en sí mismo, sin añadidos ni mermas⁴¹.

b) Teoría relativa

Parte del razonamiento de que toda limitación necesita justificación. Sostiene la tesis que no existe ningún núcleo duro que el legislador esté prohibido de traspasar, como tampoco ninguna esfera accesoria a su libre disponibilidad⁴².

En el extracto del artículo jurídico del profesor Juan Ulises Salazar Laynes, sobre el tema nos ilustra con lo siguiente: “La teoría relativa sostiene que el contenido esencial no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, por lo que será todo aquello que queda después de una ponderación. Para Robert Alexy no existe pues, en teoría, un contenido esencial preestablecido, sino que éste debe ser determinado mediante la ponderación. En análisis, se tiene que la teoría relativa parte de la idea de que la protección a los derechos fundamentales no es absoluta, y que por tanto es posible restringir un derecho fundamental cuando tal limitación se halle razonablemente justificada, justificación que debe encontrar apoyo explícito en la Constitución o bien pueda extraerse implícitamente de esta, en cuanto responde a la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. Esta ponderación se sustenta en el llamado «test de razonabilidad principio de proporcionalidad, en palabras de la doctrina alemana. Según Durán Ribera, esta ponderación o examen de razonabilidad se realiza a través de tres etapas: a) El examen de la adecuación del precepto limitador del derecho al bien que mediante él se pretende proteger; b) el examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no

⁴¹ DURAN Ribera, Willman (2002). Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho. Tribunal Constitución de Bolivia.

⁴²MESIAS Ramirez, Carlos Los derechos Fundamentales Dogmática Y Jurisprudencia del tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, 2018, Lima, P. 52

existir otro medio menos gravoso; e) el examen de proporcionalidad entre la lesión al derecho y el fin que se persigue. Para esta teoría no existe, pues, algún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho. Las teorías relativas consideran que el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental. Lo que indica la noción de contenido esencial es tan sólo que, a la hora de evaluar la constitucionalidad de un límite legislativo a los derechos fundamentales, el intérprete realice un juicio acerca de la justificación de tal límite o intromisión en el derecho fundamental⁴³.

c) Teoría Institucional:

Los Límites que se pueden imponer a los derechos fundamentales, así como la determinación de su contenido esencial, solo pueden llevarse a cabo mediante un equilibrio que contiene como un punto de referencia el sistema objetivo de los valores de la constitución⁴⁴.

5. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales han sido clasificados de distintas formas, estas clasificaciones obedecen a diferentes criterios de la doctrina, motivo por el cual desarrollaremos las principales clasificaciones doctrinarias, por los principales tratadistas a nivel nacional:

CARLOS MESIAS RAMIREZ⁴⁵, los clasifica de la siguiente manera:

⁴³SALAZAR Laynes, Juan Ulises, artículo encontrado vía web en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18503/18743>

⁴⁴ HABERLE, Peter, La libertad fundamental en el estaco constitucional, Lima, 1997, Fondo editorial de la pontificia Universidad Católica del Perú, p 432.

⁴⁵MESIA Ramirez, Carlos, Los Derechos Fundamentales Dogmática y jurisprudencia del tribunal Constitucional, editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2018, Pp. 72-75.

1. Los derechos de la persona en si dimensión vital

- El derecho a la vida: artículo 2, inciso 1).
- El derecho a la integridad moral, psíquica y física: artículo 2, inc.1) y 24), parágrafo h)

2. Los derechos de la persona como ser libre: las llamadas libertades individuales

- El derecho al desarrollo y bienestar personal: artículo 2, inc. 1)
- El derecho a la igualdad: artículo 2, inc. 2).
- El derecho a la identidad personal: artículo 2, inc.1)
- El derecho a la propia imagen y la voz: artículo 2, inc. 7)
- El derecho al honor: artículo 2, inc. 7).
- El derecho a la buena reputación: artículo 2, inc. 7).
- El derecho a la intimidad personal y familiar: artículo 2, inc. 7).
- El derecho a la inviolabilidad del domicilio: artículo 2, inc. 9)
- El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones: artículo 2, inc. 10).
- El derecho a la autodeterminación informativa: artículo 2, inc.6)
- El derecho a la libertad de residencia y de tránsito: artículo 2, inc. 11).
- El derecho a la libertad personal, física o corpórea: artículo 2, inc.24.)
- El derecho a la seguridad personal: artículo 2, inc. 24).

3. Los derechos de la persona como ser espiritual: las libertades públicas como libertades espirituales

- La libertad de conciencia, ideas, creencias, opinión y pensamiento: artículo 2, incisos 2) y 4).
- La libertad de religión: artículo 2, inc., 3).

- El derecho a mantener reserva sobre las convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole: artículo 2, inc. 18).
 - La objeción de conciencia: derecho innominado, artículo 3.
 - El secreto profesional: artículo 2, inc. 4).
 - La libertad de expresión y de información: artículo 2, inc. 4).
 - La libertad de prensa: artículo 2, inc. 7).
 - El derecho de rectificación: artículo 2, inc. 7).
 - El derecho de acceso a la información pública: artículo 2, inc. 5).
 - El derecho a la verdad: derecho innominado, artículo 3.
 - El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria: artículo 2, inc. 5).
 - La libertad de enseñanza: artículo 13.
 - El derecho a la educación: artículo 13.
 - La libertad de cátedra y la autonomía universitaria: artículo 18
4. Los derechos de la persona uti socius: las libertades públicas de proyección social
- El derecho de reunión: artículo 2, inc. 12)
 - El derecho de asociación: artículo 2, inc. 13).
5. Los derechos de la persona en cuanto miembro de una comunidad política: el derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural de la nación.
- los derechos políticos
 - El derecho de sufragio: artículo 2, inc. 17 y artículo 31.
 - El derecho de revocatoria y remoción de autoridades: artículo 2, inc. 17 y artículo 31.
 - El derecho de referéndum: artículo 2 inc. 17 y artículo 31.
 - El derecho a rendición de cuentas: artículo 31.

- El derecho de iniciativa legislativa: artículo 2, inc. 17) y artículo 31.
 - El derecho de petición.
 - El derecho a la nacionalidad. Artículo 2, inciso 21)
 - El derecho de asilo y de refugio: artículo 36.
6. Los de la persona como Homo Faber: los derechos laborales
- La libertad de trabajo: artículo 2, inc. 15)
 - El derecho al trabajo: artículo 22.
 - El derecho de sindicación: artículo 28.
 - El derecho de huelga: artículo 28.
7. Los derechos de la persona en cuanto miembros de una colectividad socioeconómica
- El derecho a la propiedad y a la herencia: artículo 2, inc. 16); artículos 70, 71, 72 y 73.
 - El derecho a contratar: artículo 2, inc. 14).
 - El derecho a la salud: artículo 7.
 - El derecho a la seguridad social: artículo 10.
8. Los derechos de la persona en cuanto ser sociocultural
- El derecho a la identidad étnica y cultural: artículo 2, inc. 19)
 - El derecho a usar su propia idioma: artículo 2, inc. 19)
 - El derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso: artículo 2, inc. 22.
 - El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado: artículo 2, inc. 22.
9. El derecho a la jurisdicción
- El derecho al debido proceso: artículo 139, inc. 3.

- El derecho a la tutela jurisdiccional: artículo 139, inc. 3)

Por otro lado el constitucionalista GARCIA TOMA⁴⁶ hace referencia a la siguiente clasificación:

a) Por el orden cronológico de reconocimiento

- Derechos de primera generación: por ser históricamente los primeros en ser reconocidos y de manera formal, dentro de los cuales están los derechos civiles y políticos, los primeros entendidos como: aquellos que garantizan el disfrute de la libertad personal y la plena autonomía de la voluntad. Aluden a la exigencia de respeto a la autodeterminación personal frente al Estado⁴⁷, los segundos denominados derechos políticos permiten la participación activa en la formación de la voluntad del Estado en los distintos órganos y niveles de este⁴⁸.
- Derechos de segunda generación: por ser sucedáneos a los de primera generación, en este rubro se encuentran los derechos sociales, económicos y culturales. Los sociales son aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas en relación a otros, por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económicas-sociales, ósea, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida no acordes con la dignidad humana⁴⁹. Los derechos económicos son aquellas atribuciones dadas a los humanos para generar riqueza mediante actividades económicas y trabajo; los derechos culturales son aquellos derechos de educación dorados de cultura y arte.

⁴⁶ GARCÍA Toma, Víctor Los Derechos Fundamentales en el Perú, Editorial Jurista Editores, Primera Edición, Lima , 2008,Pp43-48.

⁴⁷ Op. Cit p 44.

⁴⁸ Op. Cit P 44

⁴⁹GARCIA Toma, Víctor Ibidem p 45

- Derechos de tercera generación, son los últimos en ser reconocidos y haberles dado un reconocimiento legal, su sustento esta concepción de la vida humana en conjunto.

b) Por su categoría jurídica

- Espirituales: la moral
- Materiales: derecho de propiedad

c) Por su naturaleza jurídica:

- Derecho de libertad, libertades humanas, libre desenvolvimiento.
- Derecho de prestación, necesidades humanas, derecho de salud.

d) Por su forma de enumeración

- Expresos: enumerados en una norma
- Implícitos : no enumerados en una norma

CAPÍTULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

1. DERECHOS AL TRABAJO

1.1. DEFINICIÓN

El derecho de trabajo puede ser entendido como una actividad económica subordinada dependiente, cuya finalidad es generar riqueza, mediante una prestación de servicios, la cual tiene una recompensa que es una contribución económica.

Actividad económica consciente (no instintiva, ni automática) que implica la realización de un esfuerzo físico y/o intelectual (gasto de energía y tiempo) con una finalidad productiva. El trabajo puede ser entendido desde diversos puntos de vista. El trabajo es desarrollado por el hombre para satisfacer intereses que desbordan lo fisiológico (subsistencia), pues existen una gama de fines que desea satisfacer (culturales, educativos, familiares sociales) y que le otorguen significado a su vida. Además, por el trabajo se transforma y organiza el medio natural en que vive el hombre, a través de elementos técnicos e intelectuales en continuo cambio (tienden a actualizarse a partir de un nuevo proceso de transformación, apropiándose de la experiencia anterior)⁵⁰

El Tribunal constitucional señala sobre el derecho de trabajo “Como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la

⁵⁰ Concepto extraído del diccionario del régimen laboral peruano, enfoque normativo doctrinario y jurisprudencial, gaceta jurídica, primera edición, lima, 2016, pp.384-.385.

acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc. El trabajo con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre. A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea, una huella, maraca o sello que caracteriza su plasmación. Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo. Por ende, para el TC, la importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos, 1) esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales; 2) vocación y exigencia de la naturaleza humana, pues el trabajo es sinónimo y expresión de vida; y 3) carácter social de la función, ya que solo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros⁵¹.

Respecto al derecho al trabajo existen muchas nociones y definiciones al respecto y me pareció interesante citar la reflexión que hacía Ricardo Marcenaro Frers cuando manifestó en una ocasión: “Lo primero a distinguir cuando hablamos del trabajo como un derecho, es diferenciar entre dos niveles, fases o estadios de este; el derecho al trabajo, como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada, y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular”, reflexión que no ha perdido vigencia y que hasta la fecha motiva muchas opiniones. Planteado en términos de derecho constitucional, lo que interesa siempre en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Incidiendo en si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo⁵².

⁵¹ STC N° 008-2005-PI/TC

⁵² GÓMEZ GUEVARA, Amalia Magdalena, en Soluciones Laborales N° 66, Junio 2013, gaceta jurídica, p 65

Etimológicamente la palabra trabajo proviene del latín Tripalium, que en los tiempos antiguos un instrumento de tortura y que textualmente significa tres palos, su término equivalente, labor, proviene del griego labeo, que significa tambalearse o vacilar bajo un gran peso⁵³.

1.2. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA RELACIÓN LABORAL

Este tipo de derechos se fundamenta con la dignidad de la persona, de conformidad con lo establecido con el artículo 3 de la Constitución Política del Perú.

En tal sentido, nuestra carta magna ha garantizado expresamente los derechos esenciales al derecho al trabajo y a la seguridad social, como lo desarrollaremos detenidamente posteriormente, donde desarrollaremos las condiciones y formas de organización laboral las cuales sean desarrollado a lo largo de la historia y transformándose en el tiempo, en razón al conocimiento de justicia y realidad social de la época.

El tribunal constitucional refiere que: *“de conformidad con lo que dispone el artículo 23 de la constitución, el estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo:*

- *Promover condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.*
- *Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.*

⁵³ Julio E. Haro Carranza, Derecho Individual de Trabajo, editorial San Marcos, Primera Edición, 2010, Lima, P. 5.

- *Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales no desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.*
- *Asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento*
- *Proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido⁵⁴.*

Ahora, bien en nuestra legislación los derechos laborales que más merecieron atención por parte del legislador fueron en las constituciones de 1979 y 1993, hallándose algunas diferencias:

Sobre la estabilidad laboral

a) **Constitución política de 1979**

El artículo 48 señalaba: el estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobado.

La carta magna regulaba la estabilidad absoluta

b) **Constitución política de 1993**

La constitución señala en su artículo 27, la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

La mencionada constitución regula la estabilidad relativa

Sobre La remuneración y la jornada de trabajo

a) **Constitución de 1979**

- Las remuneraciones mínimas vitales se reajustaban periódicamente, con participación de las organizaciones representativas de trabajo y empleadores.

⁵⁴ STC 0008-2005-AI, fj. 19

- Las jornadas laborales eran de 8 horas diarias y 48 semanales, se podía reducir la remuneración mediante ley o convenio.
- Protección para los trabajos de riesgo, menores y mujer
- Se precisó normas para el horario nocturno
- Derecho al descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo y servicios.
- Preferencia del crédito laboral, que prescribía a los 15 años

b) Constitución de 1993

- Remuneración mínima vital, regulada por el estado con participación de las organizaciones de trabajadores y empleadores
- **Preferencia del crédito laboral**
- jornadas de 8 horas diarias y 48 horas semanales, pudiendo ser acumulativas
- participación en las utilidades de la empresa.

Sobre la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga

a) Constitución de 1979

- Se reconocía el derecho a sindicalización sin autorización previa
- Se reconocía el derecho de huelga

b) Constitución de 1993

- Se reconoce el derecho de sindicalización, huelga y negociación colectiva, se cautela su ejercicio democrático

Sobre los principios del derecho del trabajo

a) Constitución de 1979

- Irrenunciabilidad de derechos laborales, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trabajo.
- Indubio pro operario
- Irretroactividad benigna en materia laboral.

b) Constitución de 1993

- igualdad de oportunidades, carácter irrenunciable de derechos laborales.
- Igualdad de oportunidades sin discriminación.
- Retroactividad benigna en materia laboral.

2. DERECHO AL TRABAJO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN COMO DERECHOS EXPRESOS

Según el Artículo 22 de la Constitución Política del Estado el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Breve reflexión sobre lo regulado:

Al respecto, BERNALES BALLESTEROS, al desarrollar el presente artículo refiere que “El trabajo es base del bienestar social, porque mediante el la sociedad puede obtener lo que requiere para vivir y progresar. Un pueblo que no trabaja no subsistirá ni siquiera en los términos más elementales de la vida. Sin embargo, en un mundo moderno globalizado e integrado, con mercados de dimensión mundial en los que se intercambia practicante todos los bienes a precios de competencia de

unas economías a otras, el trabajo requiere de calidades y eficiencias considerables.⁵⁵

Por trabajo debemos entender a la actividad física o intelectual organizada en función de la producción de bienes y servicios. Pero también hay un sentido histórico y acumulado de trabajo: los conocimientos adquiridos, las maquinas que adquirimos, nuestras capacidades en los sectores de punta de la ciencia y tecnología, todo ello no es sino una condensación, de trabajo realizado por otros y por nosotros mismos, la sociedad que no tiene trayectoria de trabajo tampoco tiene posibilidades de modernización. Por ello, el trabajo es un deber para con la sociedad y consiste no solo en una actividad simple y llana, sino también de calidad. En este sentido, nos parece el enfoque puntal del artículo bajo comentario.⁵⁶

En tal sentido, el trabajo es un derecho fundamental de la persona y es su medio de realización humana, debido a que le permite desarrollarse dentro de la sociedad, y entendiéndose como una contraprestación, lo cual le permite ser el sustento económico de su familia, ahora bien, es por ello que su protección no solamente está amparada en la Carta Magna, si no que existe la Organización Internacional de Trabajo, que ha promovido una amplia legislación internacional, como es el artículo 6 del Protocolo a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y políticos Protocolo de San Salvador, “toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita, libremente escogida o aceptada”.⁵⁷

Para efectos de profundizar el concepto de trabajo como derecho fundamental en una relación de trabajo, el mismo que también ha sido

⁵⁵BERNALES Ballesteros Enrique, La Constitución de 1993, IDEMSA, 6Ta Ed. 2012, Lima, 255-256.

⁵⁶ IDEM pg. 256.

⁵⁷ Suscrito en la ciudad de San Salvador el 17 de noviembre de 1998 y aprobado en el Perú mediante Resolución Legislativa 26448.

desarrollado en el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, es preciso mencionar el concepto según criterio de RUBIO CORREA al decir que “a través del trabajo la persona obtiene independencia económica, lo que permite desarrollarse libremente, sin ataduras ni dependencias de terceros en lo esencial de su vida. Además, trabajando desarrolla sus propias habilidades, y, en muchos casos, su capacidad creativa. En la mayoría de las actividades laborales se puede, cuando menos, hacer un aporte propio a la actividad realizada.⁵⁸

El derecho a la libertad de trabajo consiste en la libre determinación de cada persona para dedicarse a una o más actividades, que pudiera desarrollar, para su realización personal o, en suma, para trabajar en lo que libremente escoja.⁵⁹

El derecho de trabajo se encuentra reconocido por el artículo 22 de la constitución. Al respecto, este tribunal estima que el contenido constitucionalmente protegido del referido derecho implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho de trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según la posibilidades del Estado. Un segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa: se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa⁶⁰.

Según el artículo 23 de la Constitución Política del Perú, el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

⁵⁸RUBIO Correa, Marcial, Estudios de la Constitución Política de 1993, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ra Ed, 1999, Lima, Pg.200.

⁵⁹ STC. Exp.N° 0661-2004-AA, 16/08/2004, S2, F.j. 2.

⁶⁰ STC 7903-2013-pa/tc, F.J.3.3.1

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

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, no desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

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

Breve comentario sobre lo regulado:

La atención del Estado reclamada en la primera parte del artículo conduce a dictar disposiciones legislativas de diverso rango, estableciendo las pautas según las cuales ha de llevarse a cabo la relación laboral entre trabajador y empleador⁶¹.

Como se puede observar es una norma de carácter proteccionista, donde el ente encargado es el Estado, y siendo el derecho de trabajo económico producto a una actividad realizada por esfuerzo físico humano, dentro de esta norma también se debe contemplar tanto la actividad laboral dependiente como la independiente.

Se refiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, principio pro operario y los contenidos en el artículo 23 de la constitución⁶²).

En tal sentido, la protección prioritaria esta en las siguientes personas de manera específica:

- Protección a la madre trabajadora: Su protección está basada en los descansos pre y post natal, la lactancia materna dentro del horario de trabajo, protección especial contra el despido por

⁶¹ BERNALES Ballesteros, Enrique, La Constitución de 1993, editorial Idemsa, sexta edición, 2013, Lima, P 258.

⁶² STC 1124-2001-PA/TC f.j 12

razón de embarazo, condiciones de igualdad, evitar la discriminación, etc.

- Protección al menor que trabaja: su protección está basada contra la explotación económica, trabajo forzoso, si de realizar una actividad económica sea con autorización de los padres sujetos a un horario mínimo.
- Protección al discapacitado: su protección se basa a la dignidad humana, tener mismas condiciones de trabajo, creación de normatividad que permita que las discapacidades ingresen a laborar.

Según el artículo 24 de la Constitución Política del Perú, El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, por él y su familia, el bienestar material y espiritual.

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

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

Según el artículo 25 de la Constitución Política del Perú, - La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

Breve comentario sobre el articulado:

Este artículo es básicamente como base limitativo y como se garantiza los derechos del trabajador a trabajar en horas determinadas, no pudiendo el empleador sobre pasar estas, salvo las excepciones establecidas por ley.

En tal sentido, cabe destacar que el texto constitucional no establece únicamente un horario de ocho horas diarias, sino que, cualquiera que sea este. En ningún caso puede superar las cuarenta y ocho horas semanales. Del mismo modo opina Marcial Rubio Correa, quien, al comentar dicho artículo expresa que; la parte final del primer párrafo del artículo 25 de la constitución prevé jornadas acumulativas o atípicas, que son aquellas en las que el trabajador trabaja más intensamente en un turno (por ejemplo) doce horas seguidas), caso en el cual el trabajador trabajara más cada día de labores, pero deberá mantenerse el máximo de cuarenta y ocho horas semanales⁶³.

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

Breve comentario sobre el articulado:

Con relación al principio de igualdad de oportunidades, se debe tener en cuenta que es un principio proteccionista, ya que la actividad económica que desarrolla nuestro país está basada en la inversión privada, por lo consiguiente existe una infinidad de empresas, y estas son las portadoras de trabajo, al momento de acceder a un puesto de trabajo el trabajador merece un tratamiento igual sin discriminación con los demás postulantes, al fin y al cabo será el mejor postor quien acceda al puesto de trabajo, por causas objetivas.

Con relación al principio de carácter irrenunciable de derechos laborales, este punto se desarrollará más adelante, pero no obstante se refiere que

⁶³ STC n° 1396-2001-AA, FJ 2.

todo acto de disposición expresa o tácita del trabajador que atente con sus derechos será nulo.

Con relación al principio de interpretación más favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, se debe señalar que, ante la aplicación de una norma y una vez habiendo aplicado todas las técnicas de aplicación de interpretación de derechos debe resolverse bajo lo más favorable al trabajador.

Según el artículo 27 de la Constitución Política del Perú, La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Breve comentario sobre el articulado:

El tribunal constitucional ha venido resolviendo diversos criterios en materia laboral entre las cuales tenemos, el expediente 1124-2001-AA/TC, que estableció el siguiente criterio jurisprudencial:

- Ha establecido la colisión con la constitución del segundo párrafo del artículo 34 del TUO del decreto legislativo 728, aprobado por decreto supremo N° 003-97-TR, proscribiéndose los despidos sin causa.
- La adecuada protección contra el despido
- El despido arbitrario, es nulo fundado en la voluntad del empleador
- La decisión por optar por la indemnización o la reposición corresponde al trabajador.
- En caso el trabajador opte por la indemnización y tenga derecho a esta, debe recurrir exclusivamente a la justicia laboral ordinaria, no a la constitucional, la jurisdicción ordinaria, en este caso, no puede ordenar la reposición, pues no tiene facultad para ello.
- Si el trabajador opta por la justicia constitucional vía acción de amparo esta es restitutoria.
- Si la dilucidación necesita una etapa probatoria necesariamente el trabajador tendrá que irse a la justicia ordinaria.
- En caso de nulidad de despidos la justicia ordinaria y constitucional son competentes, a opción del trabajador.

- En consecuencia, la vía de amparo procede:
 1. Despido nulo
 2. Despido encausado o arbitrario
 3. Despido fraudulento

| TIPO DE DESPIDO | DESCRIPCION | CONSECUENCIAS LEGALES | CONSECUENCIAS DEL TC |
|---|---|-------------------------------------|----------------------|
| Despido encausado | Sin expresión o causa alguna | Despido arbitrario indemnización | Reposición |
| Despido fraudulento | Despido inventado, por coacción | Despido arbitrario Indemnización | Reposición |
| Despido nulo | Despido discriminatorio | Despido nulo Reposición | Reposición |
| Despido con vulneración de derechos fundamentales | El debido proceso, religión, intimidad | Despido arbitrario indemnización | Reposición |
| Despido con imputación razonable | Despido justificado (posteriormente se demuestra la inexistencia de la falta grave) | Despido arbitrario indemnización | Indemnización |

Según el artículo 28 de la Constitución Política del Perú, El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

Breve comentario sobre el articulado:

La libertad sindical es definida como la capacidad auto determinativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, por ende, alude a un atributo directo, ya que relaciona un derecho civil y un derecho político, y se vincula con la consolidación del Estado social y de democrático de derecho, ya que constitucionaliza la creación y fundamentación de las organizaciones sindicales⁶⁴.

El derecho colectivo del trabajo es una disciplina que tiene por objeto la regulación de las relaciones entre los trabajadores colectivamente organizados en defensa de sus intereses y un empleador, un grupo de empleadores o una entidad representativa de los mismos. Estas relaciones se desarrollan teniendo en cuenta el derecho de los trabajadores a la sindicación, la negociación colectiva y huelga⁶⁵.

Según el Artículo 29 de la Constitución Política del Perú El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.

Breve comentario sobre el articulado:

Debido a la producción del trabajador en su centro de empelo no solamente tiene derecho a su remuneración, adicionalmente a ello tiene derecho a la repartición de utilidades conjuntamente a sus propietarios.

2.1. CONTENIDO ESENCIAL DEL TRABAJO

Al respecto, el tribunal refiere que “el contenido esencial de este derecho constitucional al trabajo implica dos aspectos. El de acceder a un puesto

⁶⁴ STC 008-2005-pi/tcFJ26

⁶⁵ AREVALO Vela, Javier tratado de Derecho Laboral, Editorial Pacifico, Primera Edición, Lima , 2016, P 365.

de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido si no por causa justa.⁶⁶

Como parte del contenido esencial del derecho al trabajo (...) no solo se comprende el acceso a un puesto de trabajo sino el derecho a la conservación del mismo. Ello, en la medida que estamos ante la emisión de un acto de la administración que carece de razonabilidad (...) y por tanto es arbitrario en su contenido, se estaría afectando el ejercicio del derecho al trabajo de los oficiales que son objeto de pase a retiro por renovación en esta vertiente⁶⁷.

El contenido esencial del derecho de trabajo implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades económicas del Estado. El segundo aspecto trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa⁶⁸.

2.2. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ESTADO

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política del Perú, es el estado asume las siguientes responsabilidades:

- a) Promover condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

⁶⁶ STC. Exp. N° 1124-2001-AA, 11/07/2002, P,F.J. 12.

⁶⁷ STC 08446-2006-pa/tc, f.j.13

⁶⁸ ST N° 3337-2012-PA/TC f.j.3.3.1.

- b) Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.
- c) Asegurar que ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento.
- d) Proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.⁶⁹

3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES LABORALES

3.1. CONCEPTO DE PRINCIPIOS DEL DERECHO DE TRABAJO:

“Tanto la definición del derecho del trabajo, como la identificación de las diversas funciones que ellos cumplen respecto al ordenamiento, con las que estamos más próximos son las formuladas por Pla Rodríguez (1978:9). Según este autor, los principios son líneas directrices que informan a las normas e inspiran soluciones, y sirven en diversas fases de la vida normativa.

Podemos señalar las siguientes: para la producción de las normas, momento en el que debe acudir al carácter protector del derecho del trabajo; para su interpretación, actividad en el que el principio apropiado es el indubio Pro Operario; para su aplicación, oportunidad en la que resolvemos un conflicto, mediante la norma más favorable, o retenemos ventajas alcanzadas, a través de la condición más beneficiosa; y para su sustitución, supuesto en la que acudimos al método de la integración. Asimismo, se utilizan en hipótesis de afectación de derechos por diversas vías, (la primacía

⁶⁹ STC. Exp. 0008-PI,12/08/2005,P,F.J.19

de la realidad, irrenunciabilidad de derechos, la igualdad y la propia condición más beneficiosa, desempeñan este papel).

La doctrina se pregunta si la recepción de los principios por el ordenamiento es necesaria para su vigencia o siquiera conveniente. Creemos que hay acuerdo en que la plasmación de los principios en una norma no es indispensable para tenerlos como aceptados en un ordenamiento. Ello es, más bien, recomendable. Porque los reforzaría solo si se fuera a hacer en fórmula que no resultara limitativa de sus alcances. Esta regulación restrictiva es la que lamentablemente se da en la constitución actual, respecto de la irrenunciabilidad de derechos y el indubio Pro Operario.⁷⁰

Los principios laborales constitucionales fueron conceptualizados por la doctrina como aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral⁷¹.

El tribunal constitucional al respecto señala: “denominase como tales a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas. La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte fuerte e imponente y el trabajador en la parte débil e imponente(..), en efecto en el campo jurídico sustancial el rasgo más característico de la relación de trabajo es la subordinación y los deberes imputables al trabajador; y en el campo jurídico procesal se constata la capacidad intimidatoria que se puede crear para impedir los reclamos en vía litigiosa y la extensión de la posición predominante en materia de prueba. Asimismo, en el campo económico, la nota más específica es que frente a la propiedad del medio de producción, el trabajador

⁷⁰ NEVES Mujica Javier, Introducción al Derecho Laboral, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2da edición, 2007, Lima, Pag.101-102.

⁷¹ GARCIA Toma, Victor Análisis sistemático de la constitución de 1993. Primera edición. Editorial de la universidad de lima, lima, 1998,p 161

solo puede exponer su fuerza de trabajo. Para hacer frente a ello se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por lo cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma⁷².

3.2. IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

Con este principio se regula la regla de no revocabilidad de los derechos reconocidos por la constitución y la ley.

Analizando algunos conceptos por tratadistas reconocidos tenemos al de Haro Carranza, que expone que la irrenunciabilidad en materia laboral equivale a decir que el trabajador que expresa su voluntad renunciado a derechos laborales, realiza un acto nulo porque es una declaración de voluntad contraria al orden público, como es un mandato constitucional.⁷³

Este principio está debidamente regulado en el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución, cuya finalidad es proteger al lado más débil de una relación laboral, es decir, el trabajador, ante posibles abusos de poder o de dirección que el empleador pudiera hacer valer por su condición económica y aprovechando la situación en desventaja del trabajador.

También es de suma importancia dar a conocer que este principio no solamente está regulado, por las normas nacionales, si no su contenido está regulado por normas de carácter internacional, para ello citaremos al tratadista Remotti Carbonell, que expone que también tiene la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de derechos humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo a que todo estado se obliga a garantizar a sus ciudadanos. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del

⁷² STC N° 008-2005-PI/TC fj 20

⁷³ HARO Carranza Julio E. Derecho Individual de Trabajo, San Marcos, 1Ra edic, 2010, Lima, Pag.12

Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.⁷⁴

Este principio surge como una base de protección de derechos fundamentales a los cuales no se puede renunciar, o disponer, según sea el caso, esta base es el límite, donde las partes de una relación laboral no pueden negociar o pactar actos en contrario, por ser de carácter imperativo y se sanciona con su invalidez.

3.3. IGUALDAD ANTE LA LEY, DE TRATO DE OPORTUNIDADES.

El derecho de igualdad está regulado en el artículo 2 inciso 2 de la constitución que refiere que, toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

El Tribunal Constitucional a lo largo de estos años ha emitido diversas opiniones sobre el derecho de igualdad entre ellas tenemos las más resaltantes:

a) “El derecho de igualdad, reconocido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución, tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en aplicación de la ley. Mientras la primera constituye un límite al legislador, la igualdad en aplicación de la ley se configura como límite al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que los mismos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales”.⁷⁵

⁷⁴ REMOTTI Carbonell Jose Carlos, La Corte Interamericana De Derechos Humanos, Estructura, Funcionamiento Y Jurisprudencia, Instituto de Derecho Europeo, Barcelona, 2003.

⁷⁵ Cfra. Exp. 004-2006-PI/TC, fundamento 1213-124.

b) “El derecho de igualdad tiene dos fases. La primera de ellas, la igualdad ante la ley, está referida a la necesidad de una aplicación igualitaria de la ley a todos aquellos que se encuentren en una misma situación de hecho prevista por la norma; la segunda, la igualdad ante la ley, está referida a la imposibilidad de un órgano de modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, por lo que, al apartarse de un precedente, el órgano en cuestión debe necesariamente justificar tal decisión. En el caso de autos la alegación de la demandante está referida a la vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley”.⁷⁶

c) “(...) con relación al derecho de igualdad en la aplicación de la ley conviene recordad lo establecido por este Tribunal en la ATC 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (acumulados), en el sentido de que (...), desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derechos a la igualdad en la ley, no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como termino de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma, y, desde la perspectiva de quien considera legitima una determinada diferenciación legal, no bastara incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la normas. En el presente caso el recurrente se limita a alegar una violación de su derecho a la igualdad de aplicación de la ley, refiriéndose como “termino de comparación” del tratamiento diferente al dado a su caso”.⁷⁷

Ahora, este principio que primeramente parte de un punto constitucional como base de igualdad en todas las ramas del derecho, tiene suma importancia en el ámbito de las relaciones laborales, debido a que equipara la desventaja que ostenta el empleador por su poder económico,

⁷⁶ STC. 02498-2008-AA, Fj7.

⁷⁷ STC 06155-2006-AA, Fj4.

por lo que, es necesario, conocer un concepto el cual nos permita conocer la finalidad de este principio para ello citaremos a RUBIO CORREA, que refiere que:

“Es decir, la igualdad por definición supone dos o más situaciones o relaciones jurídicas, que son comparadas entres si para determinar si se está produciendo un trato igual o desigual a las personas involucradas. Pero las personas pueden estar, dentro de esta comparación, en dos posiciones cualitativamente distintas, o pueden tener una posición analógica, en el sentido que es sustantivamente semejante, o pueden tener una situación diferente, que las hace desiguales no en tanto en personas, si no en tanto en circunstancias y características. Cuando estas diversidades corresponden a la naturaleza de las cosas, entonces es razonable que el derecho establezca normas distintas.”⁷⁸

Este principio en el ámbito de las relaciones laborales opera tal y conforme lo señala el Tribunal Constitucional, que refiere que: El Convenio OIT Num.11, sobre discriminación (empleo y ocupación), ratificado por el Perú y, por tanto con fuerza vinculante, establece en el artículo 2 que todo miembro para el cual este convenio se halle en vigor, se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a las practicas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en discriminación a este respecto, y, en el artículo 3, literal c) señala que el Estado se obliga a derogar las disposiciones legislativas y a modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política.

Además, el numeral 2, literal d) de la Declaración de la OIT relativa a los “Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo” y su seguimiento, dispone que los Estados miembros tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad de buena fe y de conformidad con la Constitución la eliminación de la discriminación en materia de empleo y

⁷⁸ RUBIO Correa Marcia, Estudio de la Constitución Política de 1993, Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo 1, 1ra. Ed., Lima, 1999, Pag.151.

ocupación por tanto, cualquier práctica administrativa generadora de una afectación al derecho fundamental a la igualdad debe ser contrarrestada.⁷⁹

Por lo que, esta regla regula la no discriminación en materia laboral, al derecho de igualdad de oportunidades y trato, siendo esta una obligación del estado peruano su cumplimiento ya sea en entidades del estado como particulares, a efecto no se genere ningún tipo de diferencias, sino que, muy por lo contrario, se trate a las personas en idéntica condición, ya sea de forma directa o de forma indirecta, tal y con forme lo señala GARCIA TOMA al decir que:

- a) Por acción directa. La conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamente en un juicio y una decisión carente de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Tal el caso, de la negación de acceso al empleo derivada de la opinión política u ocupación sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros por su mera condición de no afiliados a una organización sindical; por el solo hecho del ejercicio de actividades sindicales .
- b) Por acción indirecta. La conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa, revestida con la apariencia de lo constitucional, empero, cuya intención y efecto perseguible es intrínsecamente discriminatorio para uno o más trabajadores. Tal el caso de las reglas de promoción y concurso sobre la base de información de cultura general no vinculadas como la actividad laboral de los trabajadores.

3.4. INDUBIO PRO OPERARIO

⁷⁹ STC N° 02053-2007-AA, Fj 10

Este principio hace referencia a la interpretación favorable al trabajador en caso de la duda insalvable sobre el sentido de la norma.

El Tribunal constitucional al respecto (...), hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano indubio pro reo. Nuestra constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado.

La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica.

El principio indubio pro operario será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de norma abarca a la misma constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios de trabajo, los contratos de trabajo, etc.

El tribunal constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:

- Existencia de una norma jurídica, que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio se refiere a suplir la voluntad de este, sino adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.⁸⁰

⁸⁰ STC 00008-2005-AJFJ 21.

Según NEVES MUJICA, el principio de in dubio pro operario enuncia que si una norma le permite a su intérprete varios sentidos distintos, debe elegir entre ellos el que sea más favorable para el trabajador. Tiene sus equivalentes en otras áreas del derecho imbuidas del mismo espíritu: indubio pro reo, en el derecho penal, in dubio contra stipulatorem, como excepción en el derecho civil, interpretación a favor del consumidor y, fundamentalmente, in dubio pro hominis, que lleva a preferir el sentido más ventajoso a un derecho de la persona y que podría subsumir a las anteriores.⁸¹

Como es de verse, este es otro de los principios que garantiza la protección de los derechos básicos que todo trabajador debe tener, en supuestos de duda que favorece al trabajador o que favorezca a un sindicato.

3.5. PRINCIPIOS INCORPORADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.5.1. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD:

PLA RODRIGUEZ, expone que en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el término de los hechos.

El Tribunal Constitucional, expuso que el principio de primacía de realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra constitución, que se consagra el trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social

⁸¹ NEVES Mujica Javier. Ibid, pag. 120

y medio de la realización de la persona (...) y además, como un objeto de atención prioritaria del estado.⁸²

Es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluyen los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se admite que existía una relación laboral entre el demandante y demandada (...); por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada.⁸³

Este principio es el mecanismo más utilizado por los inspectores de trabajo para hacer valer los derechos laborales de los trabajadores que se ven vulnerados por la ocultamientos de relaciones laborales, debido a la informalidad laboral con la que cuenta nuestro país, mediante este principio donde prevalece lo que se ve en la realidad de lo que muestran los documentos, permite al inspector de trabajo probar la subordinación de trabajadores que no cuentan con un contrato de trabajo y por ende no gozan de sus derechos laborales, como ya se ha mencionado tienen el carácter de irrenunciables.

3.5.2. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

ELIAS MONTERO, refiere que se trata de un límite al ejercicio de poder disciplinario del empleador, el cual se encuentra obligado a sancionar una falta apenas esta se conocida y/o comprobada, caso contrario nos encontraríamos ante una situación de condonación de la misma.

El Tribunal Constitucional, dice que "(...) no es menos que dicha falta debió ser determinada como tal en la fecha que presuntamente fue cometida, resultando inadmisibles y contrario al principio de inmediatez

⁸² STC. 689-2003-aa/TC

⁸³ STC. 1944-2002-AA/TC.

que, después de tantos años, la demandada pretenda responsabilizar a la recurrente por los hechos respecto de los cuales no tomo las medidas pertinentes en el momento oportuno; por consiguiente, queda claro que la demandada ha pretendido es eximirse de sus propias responsabilidades, sancionando a destiempo a la hoy demandante, de lo que de ningún modo puede considerarse ejercicio regular de un acto conforme a derechos.

Por lo que conforme se ha expuesto en el presente punto se puede advertir que este también es un principio protector del derecho del trabajo, poniendo un límite al empleador en el uso de sus facultades como director del empleo, a efecto no se vulnere derechos fundamentales del trabajador, los cuales están debidamente amparados.

4. CLASIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS LABORALES

4.1. DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES

En relación a los derechos laborales individuales para fines del presente trabajo se enumerará cada uno de ellos, que la ley ordinaria reconoce, y veremos si en cada uno de ello podría existir alguna colisión con el poder de dirección del empleador.

Los derechos individuales serían todos aquellos derechos del trabajador a cuenta personal, que le pertenece y que la ley le reconoce por ser parte o sujeto de una relación laboral.

El derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo. En el presente caso la demandante no se encuentra en ningún de los supuestos descritos. En opinión de este

colegiado, el derecho en controversia sería el derecho al trabajo, por las razones que se desarrollan que se desarrollan seguidamente⁸⁴.

4.1.1. PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y TRATADOS INTERNACIONALES

a) La protección del trabajador en la constitución: como ya se ha señalado anteriormente, la protección del derecho al trabajo está garantizada, por nuestra Constitución Política del Perú en su artículo 59, sobre del derecho a trabajar y desarrollarse libremente, asimismo el tratadista DOLORIER TORRES, ha resumido la base legal mínima de protección al derecho al trabajo de la siguiente forma⁸⁵:

- Art. 2 num.15 y art. 59 del Constitución Política del Perú.
- Art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.
- Art. 6.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

b) La protección del trabajador en los tratados internacionales:
En materia laboral no solamente ha sido regulada la protección de derechos del trabajador en la Constitución,

⁸⁴ STC EXP. N° S20661-2004-AA/TC, jj5.

⁸⁵ DOLORIER Torres Javier, Tratado practico de Derecho Laboral, tomo I, Gaceta Jurídica, 1ra Ed, 2010, Lima, Pag.11.

sino que además, de ello existen, otros instrumentos que garantizan su protección, dentro de ellos mencionaremos los siguientes (fuente del tratadista DOLORIER TORRES):⁸⁶

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.
- El Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos De 1966.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
- La convención americana sobre Derechos Humanos de 1969 y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

⁸⁶ IBID, pag, 12

4.1.2. CONTRATO DE TRABAJO Y MODALIDADES FORMATIVAS LABORALES.

A. CONCEPTO:

El contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades mediante el cual una de las partes se compromete libremente a prestar sus servicios, poniendo su energía de trabajo a disposición de la otra parte, a cambio de una retribución.

En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.⁸⁷

Al decir de TOYAMA, el contrato de trabajo puede ser definido como un negocio jurídico mediante el cual un trabajador presta servicios personales por cuenta ajena para un empleador, en una relación subordinada a cambio de una remuneración. Cabe resaltar que la determinación de la aplicación de los elementos esenciales del contrato de trabajo procede inclusive sobre cualquier otra estipulación que establezcan las partes, tales como la referencia al artículo 62 de la Constitución que prevé la libertad de contratación.⁸⁸

B. SUJETOS EN UNA RELACIÓN LABORAL:

En nuestra legislación no está desarrollado un concepto sobre los sujetos en una relación laboral, pero para fines de estudio de la presente tesis, que es ponderar derechos laborales, es que es de suma importancia conocer un concepto de ambos.

⁸⁷ Art. 4, primer párrafo, del texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR del 27/03/1997.

⁸⁸ TOYAMA Miyagusuku Jorge, Los Contratos de Trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral, Soluciones Laborales, 1ra Ed, 2008, Lima, Pag.48.

1) EL TRABAJADOR:

En ese sentido tenemos que un trabajador, atendiendo a una interpretación de los artículos correspondientes de la LPCL, es todo aquel sujeto que se compromete a prestar personal y directamente sus servicios a favor de un empresario, a cambio de una remuneración, en un régimen de ajenidad y bajo la dirección jurídica de este último.⁸⁹

2) EL EMPLEADOR:

TOYAMA citando a CRUZ BALLON JESUS, refiere que empleador es, el empresario a la contraparte subjetiva del trabajador y lo define como aquella persona física, jurídica o comunidad de bienes que son acreedores de los servicios que los trabajadores le brinden.⁹⁰

C. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO:

1) PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIOS

Los servicios de naturaleza laboral son prestados en forma personal y directa por el trabajador como persona natural.⁹¹

Según RENDÓN VÁSQUEZ, la prestación de servicios es la “obligación del trabajador de entregar su fuerza de trabajo se tangibiliza en la ejecución de las tareas indicadas por el empleador. Es la obligación fundamental tipificante de este contrato. Sus caracteres básicos son la ejecución personal, la dependencia y la ejecución dentro de una jornada limitada.⁹²

⁸⁹ NEVES Mujica Javier, Introducción al Derecho al Trabajo, Pontificia Universidad Católica del Perú, lima, 2008.

⁹⁰ TOYAMA Miyagusuku Jorge, Derecho Individual del Trabajo, Soluciones Laborales, 1ra Ed, 2011, Lima, Pag, 20.

⁹¹ Art. 5 de LPCL.

⁹² RENDÓN Vásquez Jorge, Derecho Individual del Trabajo, Edial, 5ta Ed, 2000, Lima, Pag.17.

El trabajo, materia de contrato de trabajo, debe ser necesariamente ejecutado en forma personal por el trabajador comprometido en esta relación; es, como dice la doctrina, una obligación Intuitu Personae.⁹³

La prestación de servicios como elemento esencial del contrato de trabajo deviene del derecho del trabajo del elegir libremente la actividad que desea desempeñar, por lo que, su prestación de servicios debe ejecutarse de forma idónea, en el puesto que el empleador le asigne, en el horario de trabajo que este sujeto, en forma personal, creándose una contraprestación debido a que el empleador está obligado con el pago de la remuneración.

2) SUBORDINACIÓN

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios del empleador.

El empleador tiene facultades para reglamentar las labores.

En virtud de este poder, el empleador puede dictar las órdenes necesarias para la ejecución de servicios. Asimismo, puede supervisar y verificar que estas disposiciones sean cumplidas eficientemente por el trabajador.

El empleador puede sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.⁹⁴

⁹³ Ibid, pag. 39.

⁹⁴ Art. 9 de la LPCL.

Los conceptos de subordinación y sus implicancias, facultades, será desarrollado en un capítulo posterior, a efecto delimitar el poder de dirección del empleador.

3) REMUNERACIÓN:

Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición.⁹⁵

Este punto será desarrollado líneas abajo, para su mejor comprensión y para fines del presente trabajo que es conocer los derechos laborales del trabajador.

D. CLASES DE CONTRATO DE TRABAJO

1) CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO INDETERMINADO.

El contrato de trabajo a tiempo indeterminado es aquel contrato típico, que no reviste de formalidades escritas para su ejecución, debido a que es una presunción legal que el ordenamiento peruano ha establecido en el artículo 4 de la ley LPCL.

TOYAMA, al respecto señala que uno de los mecanismos que crea el derecho laboral para armonizar los intereses de ambos sujetos y compensar la posición de debilidad contractual del trabajador es la presunción de que todo contrato laboral es por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario, es decir, los contratos se presumirán por tiempo indefinido pero las partes pueden pactar que sea determinado

⁹⁵ Art. 6 de la LPCL.

siempre y cuando recurran válidamente a una de las modalidades de contrato temporal admitidas legalmente.⁹⁶

2) CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Está regulado por el artículo 4 de la ley LPCP, donde señala que “también puede celebrarse por escrito contratos a tiempo parcial sin limitación alguna”.

Como es de verse del artículo citado precedentemente, la ley de la materia no ha cumplido con desarrollar un concepto de contrato a tiempo parcial, pero si ha señalado que es un contrato que necesariamente reviste de formalidad, debido a que debe ser celebrado por escrito y firmado en triplicado para su registro ante la autoridad administrativa de trabajo.

ARCE ORTIZ, desarrollando los contratos a tiempo parcial nos da entender que, es aquel que su existencia depende de una jornada reducida, que tiene como límite de horas diarias y que su valor de trabajo es reducido en su remuneración y que su habitualidad puede ser regular o habitual.⁹⁷

3) CONTRATO SUJETO A MODALIDAD

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad son aquellos en los cuales las partes de la relación laboral han establecido previamente un plazo de duración para la prestación de los servicios objeto del contrato. De este modo se ha previsto que la relación laboral se extinguirá una vez vencido el plazo señalado por las partes en el contrato de trabajo temporal.⁹⁸

⁹⁶ TOYAMA Miyagusuku Jorge, Los contratos de Trabajo y otras Instituciones del Derecho Laboral, Soluciones Laborales, 1ra Ed, 2008,Lima, Pag. 60.

⁹⁷ ARCE Ortiz Elmer, Derecho Individual del Trabajo en el Perú desafíos y deficiencias, Palestra Editores, 1Ra Ed, 2008, lima, Págs.297-319.

⁹⁸ DOLORIER Torres Javier, Tratado Practico de Derecho Laboral, Tomo I, Gaceta Jurídica,1ra Ed, 2010, Lima, Pag. 27-28.

a) CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL

Estos se realizan teniendo en cuenta el tiempo y pueden ser:

- a) **Contratos por inicio de actividad:** El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial.

Se entiende como nueva actividad tanto el inicio de la actividad productiva como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa.

El contrato tiene una duración máxima de tres años.⁹⁹

- b) **Contratos por necesidad de mercado:** El contrato temporal por necesidades de mercado es aquel que se celebra con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, aun cuando se trate de labores ordinarias que forman parte de la actividad normal de la empresa y que no puedan ser satisfechas con personal permanente.

En los contratos temporales por necesidad de mercado debe indicarse la forma expresa la causa objetiva que justifique la contratación temporal.

Dicha causa objetiva debe sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.¹⁰⁰

⁹⁹ Art. 57, primer y segundo párrafo de la LPCL.

¹⁰⁰ Art. 58, primer, segundo y tercer párrafo de la LPCL.

Este contrato de trabajo puede ser renovado sucesivamente hasta un plazo máximo de 5 años.¹⁰¹

- c) Contratos por reconversión empresarial:** se define el contrato temporal por reconversión empresarial como aquel celebrado en virtud de la sustitución, ampliación, o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos.

Este contrato tiene un plazo máximo de duración de dos años.¹⁰²

b) CONTRATOS DE NATURALEZA ACCIDENTAL

Estos contratos son celebrados cuando ocurren hechos imprevistos y pueden ser:

- a) Contrato ocasional:** Este contrato temporal se celebra para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo.

La duración máxima de este contrato es de seis meses al año.¹⁰³

- b) Contrato de suplencia :** Mediante este contrato se sustituye a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación laboral, o por efecto de las disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo.

En tal caso el empleador debe reservar el puesto de trabajo a su titular, quien tiene derecho a ser readmitido en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia.

¹⁰¹ Art. 58 primer párrafo, y 74, segundo párrafo, de la LCPL.

¹⁰² Art. 59 de la LPCL.

¹⁰³ Art. 60 de la LPCL

Este tipo de contrato procede también en los casos de coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo.

La duración del contrato de trabajo será la que resulte necesaria según las circunstancias.¹⁰⁴

Sin embargo, el contrato de suplencia deberá contener la fecha de su extinción.¹⁰⁵

c) Contrato de emergencia: Este tipo de contrato se utiliza para cubrir necesidades promovidas por caso fortuito y fuerza mayor.

Su duración coincide con el tiempo de emergencia.¹⁰⁶

El caso fortuito o la fuerza mayor se configura por su carácter de inevitable, imprevisible e irresistible.¹⁰⁷

c) CONTRATOS POR OBRA O SERVICIO ESPECÍFICO

Son modalidades de contrato para obra y servicio entre ellas tenemos las siguientes:

a) Contrato para obra determinada o servicio específico: Son aquellos celebrados con objeto previamente establecido y de duración determinada.

La duración de estos contratos será la que resulte necesaria.¹⁰⁸, sin embargo a lo citado por la norma la Corte Suprema ha establecido que estos contratos no deben exceder los 8 años.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Art. 61, primer párrafo, de la ley LPCL

¹⁰⁵ Art 77 del reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR.

¹⁰⁶ Art. 62 LPCL.

¹⁰⁷ Art 78 del reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR.

¹⁰⁸ Art. 63 de LPCL.

¹⁰⁹ Casación N° 1809-2004-Lima, Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

En el contrato de trabajo se debe establecer la obra que debe ejecutar el trabajador, que puede ser material o intelectual.¹¹⁰

b) Contrato intermitente: Son celebrados para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.¹¹¹

Estos contratos se efectúan con el mismo trabajador y por diferentes lapsos, el mismo que no deberá excederse de 5 años.

c) Contrato de temporada : Este contrato es celebrado con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen solo n determinadas épocas del año y que están sujetas a repartirse en periodos equivalentes en cada ciclo en función de la naturaleza de la actividad productiva.¹¹² Su duración no debe exceder los cinco años.

4.1.3. PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR CONTRA EL DESPIDO:

A. NOCIÓN

La protección contra el despido arbitrario está debidamente normada en el artículo 27 de Constitución Política del Perú, concordada en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728.

El tribunal Constitucional, en el fallo conocido como Caso Telefónica, señaló que “la protección contra el despido arbitrario que establece en el artículo 27 de la Constitución debe considerarse como un mandato constitucional al legislador que no puede interpretarse como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador a efectuar una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de

¹¹⁰ HARO Carranza Julio, Derecho Individual del Trabajo, Editorial San Marcos, 1ra Ed, 2010, Lima, Pag, 105

¹¹¹ Art. 64, primer párrafo, de la LPCL

¹¹² Art. 67 de la LPCL.

contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional, si bien es cierto el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se debe ejercer respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente solo conduciría a variar el contenido los derechos constitucionales y convertiría a la ley que la acogiera en constitucionalmente inadmisibles.¹¹³

Analizando la sentencia antes citada RODRIGUEZ GARCIA Y QUISPE CHAVEZ, refieren que “el fallo en el caso telefónica plantea un contenido más amplio de la protección del despido arbitrario que el establecido en el derecho ordinario, señalándose que el artículo 27 de la constitución contiene un mandato al legislador para establecer una proyección frente al despido arbitrario que supone tres aspectos fundamentales: a) se trata de un mandato al legislador; b) consagra un principio de reserva de la ley en garantía de la regulación de dicha protección; y c) no determina la forma de protección frente al despido arbitrario sino que la remite a la ley. En ese sentido, con este fallo se plantea que la protección adecuada implica que este no debe afectar el contenido esencial del derecho al trabajo, por lo que no debe considerarse al citado artículo 27 como consagración, en virtud de la propia constitución, de una facultad de despido arbitrario hacia el empleador.¹¹⁴

Por lo que, se puede concluir que la protección del despido arbitrario está amparada, y ante un eventual despido arbitrario el empleador está en la obligación de sustentar su decisión, respetándose para ello y dando conocer al trabajador la causa justa del despido, respetando el procedimiento del despido, y dando la opción al trabajador para hacer valer su derecho de defensa, solo así, se

¹¹³ STC Exp. N° 1124-2001-AA, 11/07/02, p,Fj.12.

¹¹⁴ RODRIGUEZ Garcia Fernando y QUISPE Chavez Gustavo, Soluciones Laborales, 1Ra Ed, 2009, Lima, Pag 174.

garantiza la titularidad del derecho a la protección, y cuyo caso contrario se garantiza los efectos del despido injustificado.

B. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DESPIDO

1) PROTECCIÓN PREVENTIVA DEL DESPIDO ARBITRARIO.

Tal como, lo señala el título, su carácter y fin es de prevenir el despido arbitrario, por tal motivo el estado impone tanto a la actividad pública como a la privada, hacer conocer los hechos de despido típico e ilícitos que configuren un despido justificado, para que el trabajador pueda hacer valer su derecho de defensa, y así, no se vulneren sus derechos laborales con el carácter de irrenunciables.

El contenido del derecho puede ser configurado por el legislador de modo tal que se prevenga, evite o impida que un trabajador, pueda ser despedido sin fundamento legal, es decir, que mediante ley se prevea que solo se puede despedir al trabajador por causal prevista en la ley, y en la medida que esta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, recibe la calificación de preventiva, debido a que la protección adecuada que enuncia el artículo 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario.¹¹⁵

2) PROTECCIÓN REPARADORA DEL DESPIDO ARBITRARIO.

El legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevea una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. En tal supuesto, la ley no evita que se

¹¹⁵ GARCIA Toma Victor, *Ibidem* pag. 450

produzca el despido arbitrario, si no que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencia.¹¹⁶

El régimen con el que se pretende proteger el despido arbitrario es el resarcitorio, con el que se busca vía judicial probar un despido injustificado, a efecto se repare el daño causado económicamente.

3) REPOSICIÓN DEL TRABAJADOR.

El tribunal constitucional, en el caso LLANOS HUASCO, estableció que la omisión del procedimiento previo de defensa del trabajador vulnera el derecho constitucional al debido proceso, por lo que procedió a amparar el derecho lesionado ordenando la reposición del recurrente.¹¹⁷

4) PAGO DE REMUNERACIONES Y DEVENGADOS.

En cuanto al pago de las remuneraciones y devengados dejados de percibir el Tribunal Constitucional, ha regulado que esta tiene carácter indemnizatorio mas no reparatorio, por lo que el trabajador hará valer su derecho por la vía ordinaria.

“si un trabajador repuesto pretende que se le paguen las remuneraciones que dejo de percibir durante el tiempo que permaneció separado del cargo, debe tenerse en cuenta que las remuneraciones que se reclaman tienen naturaleza indemnizatoria y no restitutoria, por lo que se deja a salvo su derecho para que lo haga por la vía correspondiente y no en la de amparo”.¹¹⁸

C. CLASES DE DESPIDO

¹¹⁶ Ibid. Pag. 450.

¹¹⁷ STC. Exp. 976-96-AA/TC.

¹¹⁸ STC. Exp. N° 03720-2006-PA/TC

a) Despido nulo: La nulidad del despido se refiere a aquel despido que obedece a motivos que nuestro ordenamiento no consiente por lesionar la dignidad de la persona. No se trata de un despido sin causa que lo justifique, sino de un despido que tiene una causa pero no es legítima porque lesiona derechos fundamentales.¹¹⁹ Estos están específicamente regulados en el artículo 29 de la LPCL y son los siguientes supuestos:

- La afiliación del trabajador a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- Que el trabajador sea candidato o representante de los trabajadores o actué o haya actuado en esa calidad.
- Que el trabajador presente una queja o participe en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes.
- La discriminación del trabajador por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- El embarazo de la trabajadora, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o durante los 90 días posteriores del parto.
- Si el despido fue por razón de sida.
- Si el despido fue por razones de discapacidad.

b) Despido incausado: Se configura este despido cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.¹²⁰

Esta modalidad aparece en nuestro ordenamiento con fecha 11 de julio del 2002, en el caso de Sindicato de Trabajadores Telefónicos del Perú y Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ García Fernando y QUISPE Chávez Gustavo, Soluciones Laborales, 1Ra Ed, 2009, Lima, Pag 116.

¹²⁰ STC. Exp. 1124-2002-AA/TC.

c) Despido Fraudulento: Se configura este despido cuando el trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; ello aun cuando se cumpla con la imputación de una causal y los cánones procedimentales.¹²¹

Esta modalidad se introdujo en nuestro sistema laboral en el caso Elba Rojas Human.

4.1.4. LA JORNADA DE TRABAJO.

A. DETERMINACIÓN.

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.¹²²

El empleador está facultado para establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal.¹²³

Ahora bien en nuestro ordenamiento existen trabajadores que están comprendidos en la jornada ordinaria de trabajo, así como existen trabajadores que no están comprendidas dentro de este jornal de horas diarias, conforme se expone a continuación brevemente:

¹²¹ STC Exp. 628-2001-AA/TC.

¹²² Art. 25 de la Constitución Política del Perú.

¹²³ Art. 2, num. 1, lit, a), del texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR del 04/07/2002.

- a) Trabajadores comprendidos:** La jornada de trabajo ordinaria máxima de trabajo por varones y mujeres mayores de edad es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales.¹²⁴

La jornada de trabajo de los menores de edad se regula por la ley de la materia.¹²⁵, los adolescentes entre 15 y 17 años su jornada ordinaria máxima es de 6 horas diarias y 36 horas a la semana y para adolescentes entre 12 y 14 años es de 4 horas diarias y 24 horas semanales.¹²⁶

- b) Trabajadores excluidos:** Los trabajadores que se encuentran excluidos a un horario de jornada, son trabajadores que por su investidura y necesidad en labores de la empresa, no se les puede atribuir un horario permanente de trabajo, como son trabajadores de dirección, trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, trabajadores que no están sujetas a fiscalización inmediata, trabajadores de confianza, trabajadores que ocupen un puesto de inspección y trabajadores donde todos sean miembro de familia.

Dentro del ordenamiento sobre el horario de trabajo existe las jornadas atípicas las mismas establecen que “El establecimiento de la jornada ordinaria máxima diaria o semanal no impide el ejercicio de la facultad del empleador de fijar jornadas alternativas, acumulativas o atípicas de trabajo, de conformidad con el Artículo 4 de la Ley, siempre que resulte necesario en razón de la naturaleza especial de las labores de la empresa”.¹²⁷

¹²⁴ Art. 1, primer párrafo, del TUO de la Ley de Jornada de trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo, aprobado por decreto Supremo N° 007-2002-TR

¹²⁵ Art. 1, tercer párrafo, del TUO de la Ley de Jornada de trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo, aprobado por decreto Supremo N° 007-2002-TR

¹²⁶ Art. 56 de la Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes

¹²⁷ Art. 9, primer párrafo, del TUO de la Ley de Jornada de trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo, aprobado por decreto Supremo N° 007-2002-TR

Una de las facultades del poder de dirección del empleador está en la posibilidad de modificar el horario de trabajo, ya que este puede introducir cambios o modificar los días u horas de trabajo, así como la forma y prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.¹²⁸ Así como lo señala la ley de la materia.

B. HORARIO DE TRABAJO

Se entiende por horario de trabajo a la hora de ingreso y de salida que rige en el centro de trabajo.¹²⁹

El horario de trabajo representa el periodo temporal durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador para la prestación de sus servicios, y, evidentemente, este lapso no podrá ser mayor la jornada legal. De esta manera, el horario comprende desde el ingreso hasta la salida del trabajo del puesto o centro de trabajo.¹³⁰

C. HORAS EXTRAS

Se considera trabajo en sobretiempo a aquel que exceda de la jornada ordinaria vigente en el centro de trabajo, aun cuando se trate de una jornada reducida.¹³¹

Esta prestación fuera del jornal ordinario de trabajo debe ser ejecutada en forma voluntaria, debiendo el empleador pagar el valor de las horas extras conforme a la ley de la materia.

¹²⁸ Art. 9, segundo párrafo de la LPCL.

¹²⁹ Art. 6, del TUO de la Ley de Jornada de trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo, aprobado por decreto Supremo N° 007-2002-TR

¹³⁰ Toyama Miyagusuko Jorge, Los Contratos de Trabajo y otras instituciones del derecho laboral, Soluciones Laborales, 1ra Ed., 2008, Lima, Pag, 420.

¹³¹ Art 10, Primer párrafo, del TUO de la Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, aprobado por decreto supremo 007-2002-TR.

La determinación de la cantidad de horas extras laboradas para efecto de la aplicación de las sobretasas. Se calcula sobre el trabajo que exceda la jornada diaria del trabajo¹³².

4.1.5. EL DESCANSO LABORAL

El artículo 25 de la Constitución establece que los trabajadores tienen derecho a un descanso semanal y anual remunerados, y su ejercicio es regulado por las normas y convencionales.

Asimismo, los descansos remunerados de los trabajadores están regulados por el Decreto Legislativo N° 713, Ley de Descansos Remunerados, y su reglamento, el Decreto Supremo N° 012-92-TR.

A. DESCANSO VACACIONAL

Toda persona tiene derecho, después de un año de prestación de servicios continuos a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborales, por lo menos.¹³³

Las vacaciones anuales de las que goza un trabajador es un derecho fundamental, el cual le permite suspender sus servicios subordinados, gozando de su remuneración, una vez al año, por la prestación de sus servicios continuas durante un determinado de días al año.

B. FERIADOS NO LABORABLES

¹³² DS. N° 012-2002-TR:ART. 2

¹³³ Art. 2.1 del Convenio 52 de la OIT de 1936, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284 del 15/12/1952.

Los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado en los días feriados señalados en el Decreto Legislativo N° 713, así como en los que se determinen por dispositivo legal específico.¹³⁴

Los días feriados legales son días no laborales pero remunerados, se paga en forma proporcional a los días laborados, teniendo derecho el trabajador de prestar sus servicios en días feriados a percibir una sobretasa del 100%, los días feriados contemplados por la norma son año nuevo, jueves y viernes santo, día del trabajo, San Pedro y San Pablo, fiestas patrias, santa rosa de lima, combate de Angamos, todos los santos, inmaculada concepción y navidad del señor.

C. DESCANSO SEMANAL OBLIGATORIO

El trabajador tiene derecho como mínimo a veinticuatro horas consecutivas de descanso en cada semana, el que otorgara preferentemente el día domingo.¹³⁵

D. PERMISOS Y LICENCIAS OTORGADOS POR EL EMPLEADOR

En nuestra legislación no hay norma que especifique el tratamiento regular de cómo se debe facilitar al trabajador las licencias y permisos, por lo que nace del empleador de su poder de dirección revocar unilateralmente un permiso o licencia que haya concedido.

Al decir de GARCIA MANRRIQUE¹³⁶ en cuanto a la naturaleza jurídica del otorgamiento de licencias y permisos lo siguiente:

¹³⁴ Art 5 del Decreto Legislativo N°713 sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

¹³⁵ Art. 1 del Decreto Legislativo N°713 sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

¹³⁶ GARCIA Manrique Alvaro, Vacaciones permisos y otros descansos remunerados, Soluciones laborales, 201, Guía operativa N° 1, lima, Pag 56.

- a) Permisos son: la aceptación por el empleador de la solicitud del permiso o licencia genera el acuerdo de las dos partes contractuales de suspender temporalmente la prestación del servicio, en cuyo caso el fundamento es origen convencional.
- b) Licencias son: la aceptación del permiso no solamente nace de la exclusiva del empleador sino que el acto de otorgamiento constituye en sí mismo una decisión unilateral- aunque surja a instancias del trabajador- que modifica aspectos de la prestación del servicio para los que el empleador si está autorizado a variar unilateralmente- de hecho, la solicitud del trabajador también puede ser asumida con una autorización de modificación- en cuyo caso fundamento es el poder de dirección del empleador.

4.1.6. LA REMUNERACIÓN

A. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA REMUNERACIÓN

El artículo 24 de la constitución establece que: El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

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

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

En tal sentido, la remuneración es el pago que percibe el trabajador por su prestación de servicios de carácter laboral, para su subsistencia personal y familiar o recreación.

Entre las características y elementos de la remuneración tenemos las siguientes (fuente de García Manrique¹³⁷):

- a) **Carácter irrenunciable:** Esta característica está amparada en el principio de irrenunciabilidad de derechos, por lo tanto, es de orden público, por estar consagrada en la constitución y normas conexas, como un marco de protección al trabajador por ser la parte más débil de la remuneración laboral, en tal sentido, el trabajador no tiene la facultad de renunciar a este derecho por más que lo consienta.
- b) **Carácter contraprestativo:** Esta característica se refiere que la remuneración es la contraprestación producto a la prestación realizada por el trabajador por el vínculo laboral y contractual que los une.
- c) **Derecho de libre disposición:** Esta Característica se refiere a la libre disposición del trabajador de decidir el destino que le da a su remuneración, que por lo general es para efectos de subsistencia personal y familiar.
- d) **Ventaja de incremento patrimonial:** teniendo la característica la remuneración de remunerativa y continua incrementa su patrimonio, ya sea que el trabajador ahorre o gaste su remuneración.
- e) **Libertad en forma de prestación:** se refiere que la remuneración puede otorgarse en dinero o especie.
- f) **Naturaleza alimentaria:** siendo la remuneración de carácter irrenunciable esta debe procurar para el trabajador y familia la satisfacción plena de subsistencia y recreación.

¹³⁷ GARCIA Manrique Alvaro y otros, Remuneraciones y beneficios sociales, Soluciones laborales, lima, 1ra Edi, 2014, pag.15-23.

- g) **Prioridad de pago:** por su carácter irrenunciable es que la remuneración tiene el carácter prioritario y obligatorio sobre cualquier otra obligación del empleador.

B. REMUNERACIÓN MÍNIMA VITAL

La remuneración mínima vital es el monto mínimo que debe percibir diariamente o mensualmente un trabajador que labora por lo menos cuatro horas diarias en promedio y que está sujeto al régimen laboral de la actividad privada, como contraprestación por los servicios prestados en el marco de la relación laboral.¹³⁸

C. DETERMINACIÓN DE LA REMUNERACIÓN

Según GARCIA MANRRIQUE, la remuneración se puede establecer de varias formas.¹³⁹ Como es por función de tiempo donde se tomara la jornada laboral realizada por el trabajador, también se puede tomar en cuenta la producción es decir comisiones por desempeño laboral, por su estructura que puede ser principal o complementaria la primera se refiere a la regularidad y permanencia es decir un salario básico y la segunda se refiere a los bonos u otros tipos de ingresos que el trabajador pueda percibir pero sin tener la necesidad de que sean continuas o fijas.

D. MODIFICACIÓN DE LA REMUNERACIÓN

Durante la vigencia de la relación laboral pueden presentarse diversas modificaciones en cuanto a la modificación de la remuneración, ya sea por decisiones colectivas, o decisión del empleador en cuanto y solo incremento de remuneraciones, o por

¹³⁸ Art. 1 del decreto ley N° 14222, art. 3 del decreto supremo N° 16 y decreto de urgencia N° 074-97.

¹³⁹ GARCIA Manrrique Albaro, Ibid, pags 25-28.

ascenso, a efecto se modifique la remuneración, pero nunca en perjuicio del trabajador

En cuanto a la reducción de la remuneración esta tiene que llevarse a cabo por acuerdo de ambas partes y nunca en forma unilateral.

La reducción de la remuneración procede por acuerdo entre el trabajador y empleador sin que exista una causa justificante supletoriamente.¹⁴⁰

E. INTANGIBILIDAD DE LA REMUNERACIÓN

Como principio general, considerando su carácter alimentario, las remuneraciones son intangibles, es decir, no pueden sufrir descuento o disminución unilateralmente establecido, sin causa o justificación.¹⁴¹

Asimismo, existen algunos descuentos que por su naturaleza son admitidos y pueden ser descontados de la planilla del trabajador como son los préstamos efectuados por el trabajador, pagos por asociación de viviendas, cuotas sindicales, turismo, cooperativas, debiendo existir para todas ellas voluntad expresa del trabajador como uso de su derecho de libre disposición de su remuneración.

Cuando se trata de garantizar obligaciones alimenticias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.¹⁴²

4.2. DERECHOS LABORALES COLECTIVOS

¹⁴⁰ Ley N° 9463 del Art 17//12/1941.

¹⁴¹ Art. 3 decreto supremo de 24/12/1948.

¹⁴² Art. 648, num 6, segundo párrafo, del Código Procesal Civil, modificado por la ley 26599

4.2.1. LA LIBERTAD SINDICAL

A. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES

Se puede definir como la capacidad con que cuenta el trabajador para participar tanto en la constitución y desarrollo de la actividad sindical.

Al decir de DIAZ AROCO, la libertad sindical, constituye un aspecto de la libertad natural que es la facultad consustancial de todo ser humano; indudablemente que la libertad constituye la facultad más preciada de la persona, base y fundamento de su realización personal y social.¹⁴³

(..) La constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28, inciso 1). el derecho de libertad sindical tiene un doble contenido: un aspecto orgánico, aso como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no a este tipo de organizaciones. A su vez implica la protección del trabajador afiliado o sindicato frente a actos que perjudiquen sus derechos y tengan como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga, la protección ante el despido por pertenecer o participar de actividades sindicales.

Sin embargo, además de los dos planos de la libertad sindical antes mencionados, debe también considerarse la garantía para el ejercicio de los propios trabajadores. En tal sentido, el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que, a este núcleo mínimo e indispensable, deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto de la

¹⁴³ DIAZ Aroco Teofila, Derecho Colectivo de Trabajo, Grijley, Lima, 1ra ed. 2011, Pag.117.

Constitución y la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, 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, resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical.¹⁴⁴

B. LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL.

La sindicalización a nivel individual esta normado en el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, la misma que regula que los trabajadores sin ninguna distinción tienen derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes sin autorización previa.

La libertad sindical asimismo tiene dos aspectos uno positivo, que comprende el derecho de un trabajador a constituir un sindicato y a afiliarse a los ya constituidos, uno negativo que es el derecho del trabajador a no afiliarse a un sindicato, así como no desafiliarse del mismo.

Ahora bien según la Constitución Política del Perú se encuentran excluidos del goce de libertad sindical los siguientes:

- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.¹⁴⁵
- Los miembros del Ministerio Público y Órgano Judicial.¹⁴⁶
- Los miembros de la Administración Pública, con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza o de dirección.¹⁴⁷

¹⁴⁴ STC 1469-2002-AA, fj 4,5.

¹⁴⁵ Art. 42 de la Constitución.

¹⁴⁶ Art. 153 de la Constitución.

¹⁴⁷ Art. 42 de la Constitución

C. LIBERTAD COLECTIVA SINDICAL.

Está regulada en el artículo 5 del convenio 87 de la OIT, que regula que las organizaciones sindicales de cualquier grado, basando su derecho en que estas se pueden organizar entre si generándose para ello una jerarquía sindical.

Trae consigo tres derechos:

- La libertad sindical ante el estado.
- Libertad sindical ante empleadores y organizaciones patronales.
- Libertad sindical en relación con las demás organizaciones de trabajadores.

D. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Al decir de HARO CARRANZA sobre la protección constitucional de la libertad sindical que “la constitución de 1993 se ocupa de la libertad sindical en dos de sus secciones: al tratar sobre los derechos fundamentales de la persona (artículo 2.13) y sobre los derechos sociales y económicos (artículo 28). Asimismo, aunque en negativo, vuelve a ella para determinar exclusiones al derecho (artículo 42 y 153).

Al regular la libertad sindical entre los derechos fundamentales de la persona, la constitución considera a la sindicación como una especie del género asociación. En este contexto, la constitución menciona dos importantes elementos de su contenido: la constitución sin autorización previa y la no disolución por vía administrativa.¹⁴⁸

¹⁴⁸ HARO Carranza Julio, Derecho Colectivo del Trabajo, Ediciones Legales, 1ra edi, 2009, Lima, pag.99

Con relación a la protección legal este está regulado por el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral Decreto Supremo N° 003-97-TR, en su artículo 29, literal a, b y c, protege el fuero sindical cuando prohíbe los despidos que tengan por motivo la prohibición de la libertad sindical.

4.2.2. LA CONSTITUCIÓN DE LOS SINDICATOS

Los sindicatos surgen como expresión de la necesidad de unión en la lucha de los posibles abusos de sus empleadores, o de mejoras de condiciones laborales.

La adquisición de personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite el derecho de libertad sindical.¹⁴⁹

De acuerdo con lo previsto en el TUO de la ley de relaciones colectivas de trabajo Decreto Supremo N° 10-2003-TR, los sindicatos pueden constituirse de la siguiente forma:

- Sindicato de empresa
- Sindicato de actividad
- Sindicato de gremio
- Sindicatos con pluralidad ocupacional

4.2.3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

¹⁴⁹ Art 8 del Convenio 87 de la OIT de 1948.

La negociación colectiva¹⁵⁰ comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por un parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo
- b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores
- c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

La negociación colectiva trae como consecuencia la concertación de empleadores y trabajadores, a fin de ordenar y regular las relaciones laborales.

Tal como lo dispone el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución, la fuerza vinculante de la negociación colectiva ya se haya realizado mediante la conciliación, mediación o arbitraje, trae como consecuencia y obliga:

- A las personas celebrantes de la convención colectiva.
- A las personas representadas en la suscripción de la convención colectiva.
- A las personas que se incorporen a la empresa con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.

4.3. LA HUELGA

4.3.1. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES.

¹⁵⁰ Art. 2 del Convenio de la OIT N° 154, aprobado en la sexagésima séptima reunión de 1981, el mismo que no ha sido ratificado en el Perú.

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. Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos.¹⁵¹

Al respecto el TC¹⁵² en cuanto al contenido esencial de la huelga manifestó que de un análisis previo de los derechos colectivos de los trabajadores según la Ley Fundamental se derivan principios constitucionales para la delimitación del contenido esencial del derecho a la huelga. En tal sentido, considera este colegiado emito pronunciamiento a fin de establecer que son garantías o facultades del contenido esencial del derecho de la huelga las siguientes:

- a) Ejercitar o no ejercer el derecho de huelga.
- b) Convocar dentro de un marco de la Constitución y la ley. En este contexto, también cabe ejercer el atributo de su posterior desconvocatoria.
- c) Establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio económicos o profesionales de los trabajadores involucrados.
- d) Adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la constitución y la ley.
- e) Determinar la modalidad de huelga, esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.

4.3.2. REQUISITOS

¹⁵¹ Art. 72 e inciso a) del art. 73 del TUO del Decreto Ley N° 25593, Ley de las Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

¹⁵² STC. 0026-2007-PI/TC, fundamento 15, de la sentencia que declaro infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la ley 28988, ley que declara a la educación básica regular como servicio publico esencial.

La declaración de huelga a efectos no sea declarada ilegal debe cumplir por lo menos los siguientes requisitos:

- a) La huelga debe tener por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores comprendidos en ella. 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.¹⁵³
- b) La decisión para la declaración de huelga deberá seguir la forma establecida en los estatutos de la organización sindical. En caso no se señale en dicho documento, la decisión deberá representar la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito.¹⁵⁴
- c) La declaración de huelga debe constar en un acta de la asamblea sindical y deberá ser refrendada por un notario público o, a falta de este, por el juez de paz de la localidad.¹⁵⁵
- d) Tratándose de sindicatos de actividad o gremio, cuya asamblea está conformada por delegados, la decisión será adoptada en la asamblea convocada expresamente y ratificada por las bases.¹⁵⁶
- e) La organización sindical deberá comunicar a su empleador y a la autoridad de trabajo la decisión de ir a huelga en un plazo no menor

¹⁵³ Inciso a) del art. 73 del TUO del decreto ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por el Decreto Supremo N° 10-2003-TR y Art. 63 del Decreto Supremo N° 011-92-TR, reglamento del decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

¹⁵⁴ Inciso b) del art. 73 del TUO del decreto ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por el Decreto Supremo N° 10-2003-TR y Art. 62 del Decreto Supremo N° 011-92-TR, reglamento del decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

¹⁵⁵ Inciso b) del art. 73 del TUO del decreto ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por el Decreto Supremo N° 10-2003-TR.

¹⁵⁶ Inciso b) del art. 73 del TUO del decreto ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por el Decreto Supremo N° 10-2003-TR y Art. 64 del Decreto Supremo N° 011-92-TR, reglamento del decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

a los cinco días útiles de antelación. De tratarse de una huelga que involucre servicios esenciales la comunicación al empleador debe realizarse con diez días útiles de anticipación. En ambos casos se debe acompañar copia del acta de acuerdo de los trabajadores comprendidos en esta medida.¹⁵⁷

4.4. PARTICIPACIÓN EN LAS UTILIDADES

4.4.1. CONCEPTO.

La participación de los trabajadores sujetos a régimen de la actividad privada, se encuentra regulada por el Decreto Legislativo N° 892, Decreto Supremo N° 009-98-TR y las normas vigentes del Decreto Legislativo 677.

La expresión participación en las utilidades alude al derecho de los trabajadores consistente en la retribución adicional y extraordinaria que se les concede en proporción a las ganancias obtenidas por el empleador en un ejercicio determinado. Ello indica un reconocimiento a la aportación del factor trabajo al proceso productivo, así como un aliciente para recompensar la eficacia productiva.¹⁵⁸

4.4.2. EMPRESAS OBLIGADAS.

Están obligadas al pago de la participación de utilidades las empresas que desarrollan actividades generadas de rentas de tercera categoría¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Inciso c) del art. 43 del TUO del decreto ley 25593, ley de relaciones colectivas de trabajo aprobado por el decteto supremo N° 010-2003-TR

¹⁵⁸ GARCIA Toma Victor, Los Derechos Fundamentales en el Perú, Inca Garcilaso de la Vega, 1ra Edi, 2008, Lima, pag. 486.

¹⁵⁹ Art. 1 del Decreto Legislativo 892 sobre el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría del 11//1996

4.4.3. EMPRESAS NO OBLIGADAS.

Se encuentran excluidas de la participación de utilidades, de acuerdo a su modalidad, las cooperativas, las empresas autogestionarias, las sociedades civiles y las empresas que no exceda de 20 trabajadores¹⁶⁰.

También las empresas establecidas en las zonas francas industriales o turísticas, en razón de su espacial naturaleza, quedan exceptuadas de aplicar los regímenes de participación en las utilidades¹⁶¹.

4.4.4. PORCENTAJES DE DISTRIBUCIÓN.

El porcentaje de distribución de utilidades se realiza de acuerdo a la actividad económica que desarrolla:

- Empresas pesqueras un 10 %.
- Empresas de telecomunicaciones un 10 %.
- Empresas industriales un 10 %.
- Empresas mineras un 8%.
- Empresas de comercio al por mayor y al por menor y restaurante un 8%.
- Empresas que realizan otras actividades 5%.

4.5. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA SEGURIDAD SOCIAL

4.5.1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LAS PRESTACIONES DE SALUD.

¹⁶⁰ Art. 9 del decreto legislativo 677 del 07/10/1991.

¹⁶¹ Art. 16 del decreto legislativo 704 del 13/11/1991.

4.5.1.1. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES.

El acceso a la seguridad social es un derecho humano, tal y como ha sido reconocido por las naciones unidas en el año 1948 al dictarse la declaración universal de derechos humanos, documento en cuyo artículo 22 señalo que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.¹⁶²

4.5.1.2. VERIFICACIÓN Y FORMAS DE PRESTACIÓN DE SALUD EN EL PERÚ.

- a) **Sistema de salud a cargo del Ministerio de Salud:** Está dirigido a otorgar atención integral a personas de escasos recursos, y aquellos que no tienen acceso a otros medios de atención médica.
- b) **Seguro Social de Salud:** Este servicio cubre la cobertura de salud a los asegurados y sus derecho habientes, a través de atención médica, medicinas, rehabilitación y entre otras, y en este rubro es donde están comprendidas los trabajadores que mantiene una relación laboral dependiente, y hasta los mismos trabajadores dominados para efectos laborales trabajadores autónomos.
- c) **Sistema de prestadoras de Salud:** Es un seguro voluntario donde se pueden afiliar los trabajadores bajo relación de dependencia o en calidad de socios de la cooperativa de trabajadores y los derechos habientes, y es complementario a los del Seguro Social de Salud.

¹⁶² CAMPOS Torres Sara Rosa, Manual de Seguridad Social, Soluciones Laborales, 1ra Ed. 2010, Lima, pag. 9

- d) **Seguros privados de carácter familiar:** Es un seguro complementario con el otorgado por el estado, está a cargo de empresas prestadoras de salud particulares.

4.5.2. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LAS PENSIONES.

4.5.2.1. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido esencial de algunos derechos fundamentales, y, en el caso de la pensión, en el fundamento 107 de la sentencia recaída en el citado expediente N° 00050-2004-AI/TC ha establecido que su contenido esencial está compuesto por tres elementos, a saber:

- El derecho al acceso a una pensión.
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión.
- El derecho a una pensión mínima vital.

Estos tres elementos constituyen el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión, por tanto, el legislador no podrá emitir norma alguna que limite su libre ejercicio.¹⁶³

4.5.2.2. DERECHO A LA PENSIÓN.

El derecho a la pensión es un derecho fundamental a la cual todo ciudadano tiene acceso, en tal sentido, estas pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

- a) **Pensión de invalidez:** son aquellos otorgados aquellas personas que sufrieron una incapacidad física o mental de manera permanente o temporal.

¹⁶³ ABANTO Revilla Cesar, Manual del Sistema Privado de Pensiones, Soluciones Laborales, 1ra ed. 2013, Lima, pag.31.

- b) **Pensión de jubilación:** Son aquellos otorgados al cese de la actividad laboral previo cumplimiento de edad y de aportaciones.
- c) **Pensión de sobrevivientes:** Otorgadas a los deudos de un aportante fallecido.
- d) **Pensión de viudez:** Son las otorgadas al conyugue sobreviviente del aportante fallecido.
- e) **Pensión de orfandad:** Son otorgadas al hijo menor del aportante fallecido.
- f) **Pensión de ascendientes:** Son los otorgados a los padres del aportante fallecido, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en ley.

4.5.2.3. SISTEMAS DE PRESTACIÓN DE PENSIONES EN EL PERÚ.

A lo largo de la historia en nuestro país se ha desarrollado diversos sistemas de prestación de pensiones entre las cuales tenemos las siguientes:

- a) **Sistema de pensiones a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas:** Están comprendidos los funcionarios y servidores públicos sujetos al Decreto Ley N° 20530.
- b) **Sistema de pensiones a cargo de la Oficina Nacional Provisional:** Están incluidos los trabajadores dependientes privados y públicos, bajo el régimen del Decreto Ley 19990, y trabajadores autónomos.

- c) **Sistema de Cajas de Pensiones Militar Policial:** conforme indica su nombre este sistema están creados para los miembros de las fuerzas armadas y policiales.
- d) **Sistema Privado de Administración de Pensiones:** Este sistema esta creado para trabajadores privados y públicos, que deciden afiliarse a empresas privadas para obtener un subsidio periódico a partir del termino de las actividades laborales.
- e) **Mutuales:** son organizaciones de libre iniciativa de sus afiliados cuyas acciones están destinadas a la provisión social.
- f) **Derramas:** Son instituciones creadas para fines de mejorar la calidad de vida de los ex trabajadores, por iniciativa propia o de ley expresa.

5. DERECHOS INESPECÍFICOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES.

5.1. PLANTEAMIENTO DE DERECHOS NO ESPECIFICADOS EN LA CONSTITUCIÓN.

En la actualidad y con los cambios sociales y en un estado de derecho en la que vivimos, donde a lo largo de los años se ha logrado progresos frente a los abusos de los empleadores, que producto de su poder de dirección limito o minimizo los derechos fundamentales, se ha logrado que el trabajador imponga su condición igualitaria ante su empleador, mediante organismos judiciales y fiscalizadores del estado, por lo que las necesidades que estos van imponiendo ha generado que no solamente se discutan los derechos laborales de los trabajadores expresos en la constitución y normas conexas, si no que han surgido otros derecho producto al desarrollo y progreso humano, las que se han reconocido, por ello nuevos derechos bajo este contexto descrito

han nacido y su reconocimiento, por lo tanto es constitucional estos derechos, por lo general estos han nacido de acciones de amparo interpuesta por trabajadores, que ante la falta de legislación expresa, han sabido saber respetar su condición de derechos fundamentales y constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano justifica la cláusula de derechos no enumerados argumentando que, en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de las más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que si lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3 de nuestra constitución¹⁶⁴.

En consecuencia, los derechos fundamentales no escritos constituyen verdaderos derechos constitucionales susceptibles de ser protegidos a través de los procesos constitucionales pertinentes, en especial a través del proceso de amparo; por lo que el reconocimiento positivo o escriturado de los derechos fundaméntales no es determinante para calificar un derecho como constitucional o no¹⁶⁵.

La enumeración de derechos fundamentales previstos en la constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos

¹⁶⁴ STC . EXP. N° 895-2001-AA/TC F.J.5.

¹⁶⁵ SAENZ Davalos Luis, Derechos Constitucionales no escritos reconocidos por el tribunal constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, P 89.

fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos, que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales¹⁶⁶.

Asimismo, podemos distinguir estos derechos no escritos de la siguiente forma:

- a) **Derechos no enumerados:** Son el derecho no escrito expresamente en nuestra constitución o normas conexas, pero que en la realidad subsisten y se ven colisionados por la relación laboral a desempeñar.
- b) **Derechos implícitos:** Son derechos existentes e independientes y autónomos, son las que surgen por las nuevas dimensiones de derechos.
- c) **Nuevos derechos escritos:** Surgen de los nuevos valores sociales y a iniciativa de los legisladores.
- d) **Derechos bases:** Surgen de otros derechos, y es el fundamento de su nacimiento.
- e) **Derechos derivados:** Son la contraparte de otros derechos fundamentales.
- f) **Derechos vinculados:** Son los derechos que forman parte de una misma gama de derechos y están unidos entre sí.

Asimismo, es de importancia rescatar los derechos creados por el Tribunal Constitucional peruano, como se detalla a continuación:

¹⁶⁶ STC EXP. N° 1417-2005/AA/TC F.J.4.

- Derecho a la verdad: que fue reconocido en el caso GENARO VILLEGAS NAMUCHE, en la STC EXP N° 2488-2002-HC/TC.
- Derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos: que fue reconocido en el caso MAXIMILIANO VILLANUEVA VALVERDE, en la STC EXP N° 168-2005-PC/TC.
- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, en el caso ROLANDO APAZA CHUQUITARCO, en la STC EXP. N° 2432-2007-PHC/TC.
- Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, en el caso ASOCIACION DE COMERCIANTES SAN RAMON Y FIGARI, en la STC EXP N° 007-2006-PI/TC.
- Derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas, en el caso CORPORACION MEIR SAC Y PERSOLAR SAC, en el STC EXP N° 4972-2006-AA.
- Derecho al agua potable, en el caso CESAR AUGUSTO ZUÑIGA LOPEZ, en el STC EXP N° 6546-2006-PA/TC y adicionalmente en la STC EXP N° 2064-2004-AA/TC.

5.2. DERECHOS INESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR-NOCIÓN JURÍDICA.

“... resulta no controvertido hoy en día, tenemos como regla la vigencia y exigibilidad de las libertades y derechos específicos, y, especialmente, inespecíficos de los trabajadores dentro del centro de trabajo, son estas libertades y derecho de los trabajadores, que RAWLS los considera como elemento constitucionales básicos¹⁶⁷, que podrían entrar en conflicto con las libertades y derechos de dirección y de organización de un empleador ideológico.

Estos derechos constitucionales tienen plena repercusión en el centro laboral, no representan casos de laboratorio. Diariamente, los derechos

¹⁶⁷ Nota de pie que realiza el autor citado al desarrollar el concepto de derechos inespecíficos, Rawls Jhon, la idea de una razón pública en, Liberalismo Político FCF, 1995, pp 216 y ss

fundamentales de trabajadores son ejercidos no solamente fuera del trabajo, también lo son en el seno de la relación laboral. Los derechos fundamentales entonces, no carecen, como señalan algunos, de un matriz laboral, más bien. Los potenciales supuestos de afectación se ha incrementado con la introducción de las tecnologías, y sistemas informáticos que se aprecia en las relaciones laborales”¹⁶⁸

Conforme a expuesto el trabajador antes citado, en las relaciones laborales de la actualidad han surgido circunstancias novedosas, de las cuales el derecho laboral no puede hacer caso omiso, producto de las nuevas actividades y tecnologías, se ha originado, nuevas dificultades en la relación laboral y una de ellas es la colisión de derechos laborales del trabajador con el derecho de poder de dirección del empleador, por lo que considero usando el test de poder de ponderación de derechos o proporcionalidad estos pueden estar resolviendo sus controversias, ya se ha nivel judicial, administrativa y por qué no a nivel mismo de la relación laboral, respetando para ello, claro está, la base mínima de irrenunciabilidad de derechos fundamentales laborales.

5.3. DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA DEL TRABAJADOR.

El tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú, regula que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio, de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Al decir de BALLESTEROS, resalta que el principio de los derechos constitucionales y la dignidad del trabajador, no pueden ser puestos en cuestión en la relación laboral. Esto quiere decir que ni en el centro de trabajo, ni en las actividades cotidianas de la relación laboral, puede extinguirse al trabajador que renuncie a ellas o que de alguna manera sean perjudicadas, cualquier acto del empleador que conduzca al

¹⁶⁸ TOYAMA Migayusuku Jorge, Derechos Laborales ante empleadores ideológicos derechos fundamentales e ideario empresarial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ra Edi, 2009, Lima. Pag. 145.

limitar el ejercicio de derechos constitucionales, o de desconocer, acosar o rebajar la dignidad del trabajador, acarreará reclamo atendido a este, por atentar contra una norma de orden público de mayor rango, que es la constitucional.¹⁶⁹

Es quizá este el principio base como límite del empleador ante el uso de su poder de dirección, ya que este vela por los derechos inherentes de la persona, por lo que, su reconocimiento constitucional es la garantía de su cumplimiento, y es tal vez que la dignidad no puede ser extendido a personas jurídicas, por lo que en una relación laboral de carácter remunerativo, permita servir de base ante la posibilidad de que esta se vea afectada o reducida.

Es probable que en el sector público es donde se vea la más alta incidencia de estrés laboral, ante funcionarios que por su condición, es que hacen diferencias con los demás servidores públicos, ya sea por razón de ideología o de profesión, es por lo que, considero que este principio debería ser invocado en todo tipo de relación laboral para limitar que el empleador atente con la dignidad del trabajador.

El tribunal recuerda que la dignidad humana es un principio constitucional sobre el cual reposa todo el ordenamiento jurídico constitucional. Este, en su formulación básica, garantiza que los seres humanos seamos tratados como fines y no como medios. Es decir, garantiza al ser humano frente a toda acción u omisión orientada a cosificarlo o instrumentalizarlo. La acción que se cuestiona en el presente caso es ajena a este ámbito protegido del principio de dignidad humana, su causa pretendida tiene que ver más bien con una comprensión coloquial, no jurídico constitucional de lo que se entiende por la expresión de dignidad, esto es como referido a decoro, excelencia o realce, en este caso, del abolengo familiar¹⁷⁰.

¹⁶⁹ BERNAL Ballesteros Enrique, La Constitución de 1993 20 años después, idemsa, 5ta Edi, 1999, Lima, pag. 260.

¹⁷⁰ STC EXP N° 5312-2011-PA F.J 8.

Ahora bien, la realización de la dignidad humana implica que sea una obligación jurídica en las relaciones laborales, y en si en la relaciones entre particulares, no basta decir que los derechos terminan cuando empieza del otro, si no que se debe entender que la dignidad humana es un vinculante e inherente a la persona humana como base de límites de derechos fundamentales.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales (...) también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica¹⁷¹.

GONZALES RAMIREZ Y TARAZONA PINEDO, el tratamiento como objeto y el desprecio de su condición de ser humana, situación que no puede ser objeto de especificación con carácter general sino que debe ser evaluada según las circunstancias de la situación enjuiciada. Esta protección especial de la dignidad del trabajador encuentra su justificación en la inaplicación personal del trabajador en la actividad laboral y en la realización misma de la actividad laboral como un espacio para desarrollar sus proyectos y planes de vida, pero además en la posición de sujeción del trabajador frente al empleador y en la posición de este frente a aquel para causar lesiones a la dignidad personal. Es así que, la vulneración de la dignidad en el desarrollo de la relación laboral puede darse de manera directa contra el trabajador o indirecta cuando el empleador incumple determinadas obligaciones que afectan la esencia humana del trabajador. La ocupación efectiva es una de las principales formas indirectas de afectación de la

¹⁷¹ STC EXP N° 2273-2005-HC FF 8 Y 9

dignidad, pudiendo resaltarse lo siguientes pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia¹⁷².

5.4. DERECHO A LA IGUALDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

Este derecho está regulado en el inciso 1 del artículo 26 la Constitución Política, el cual refiere derecho a la igualdad sin discriminaciones.

Es un derecho que regula el trato igual al acceso de las relaciones laborales, ante casos de desigualdad por lo general es el legislador que trata de equipararlas con normas de orden público.

Conforme ya hemos adelantado en el presente capítulo el concepto de igualdad, no se va abundar en dicho punto, más que señalar y resaltar, que en las relaciones laborales está prohibida todo acto de discriminación, que atente o compare por razones de sexo a un trabajador de otros, o de preferencia religiosa, o por su condición sexual.

Una breve aproximación al principio de igualdad podría conceptualarla en dos dimensiones: por un lado, como un principio rector de todo ordenamiento jurídico del estado democrático de Derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que esta debe garantizar y preservar (naturaleza objetiva); y, por el otro, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda apersona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación¹⁷³.

¹⁷² GONZALES Ramires Luis Alvarado y Tarazona Pinedo Manolo, Pronunciamientos de la corte suprema y del TC en materia laboral análisis y comentarios, editorial gaceta jurídica, primera edición, Lima, 2017, pg 8 y 9.

¹⁷³ AMPUERO de Fuertes Victoria, Discriminación e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, en los principios del derecho del trabajo, libro homenaje al profesor Américo Pla Rodríguez, segunda edición, Grijley, Lima, 2009, P 754.

No toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables¹⁷⁴.

La igualdad es un principio derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyen a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones¹⁷⁵.

La cláusula de igualdad prevista en el artículo 2.2 de la constitución, no implica el derecho a un tratamiento uniforme, esto es, que no supone un principio de protección frente al trato diferenciado sino, tan solo, frente al discriminatorio, entendido este como aquel juicio de distinción que no se sustenta en base razonable, objetiva u concretamente verificable¹⁷⁶.

5.5. DERECHO A NO SER DISCRIMINADO EN LA RELACIÓN LABORAL

La discriminación es el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a

¹⁷⁴ STC EXP N° 0048-2004-AF fundamento 39.

¹⁷⁵ STC EXP N 3533-2003-AA/TC, F.J 4

¹⁷⁶ STC EXP N° 001-2004-AA/TC F.J 47

oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición tienen derecho¹⁷⁷.

Habiendo ya conceptualizado el concepto de no discriminación mencionaremos algunos fallos del TC.

A. DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO.

El Tribunal constitucional en un caso de una madre gestante ha regulado un nivel más alto de protección, regulando la prohibición el despido laboral de una mujer embarazada, así como la negativa de contratarlas por su estado de gestación, como una manera de garantizar y proteger su derecho frente a la discriminación por sexo en el ámbito laboral.¹⁷⁸

Mediante este fallo se ordenó su reposición a su puesto de trabajo por existir una evidente discriminación por razón de sexo y dando una protección legal a la mujer, además en la actualidad goza de otros derechos conexos a este como son el descanso remunerado por gestación, el permiso de lactancia materna entre otros.

También es inconstitucional, por afectar el principio de igualdad, que se haya previsto que los actos sexuales contra natura, realizados en sede militar, seas considerados como faltas disciplinarias y/o delitos (según se trate de un oficial o miembro de tropa) y no se haya previsto en iguales términos, en rigor, como un supuesto de falta disciplinaria la práctica, en general, de cualquier relación sexual en sede militar, no destinada a esos fines¹⁷⁹.

¹⁷⁷ STC EXP N° 0090-2004-AA/TC F.J. 43.

¹⁷⁸ STC 5652-2007-PA

¹⁷⁹ STC N° 0090-2004-AA/TC F. J 43.

Por ello, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa por que excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la mediada¹⁸⁰.

La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo la nacionalidad el color de piel, o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. Por ejemplo los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores e cierta edad, o de determinado color de piel o complexión física, es una forma de discriminación directa¹⁸¹.

B. DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD

De la misma forma el TC ordeno la reposición de un trabajador a su puesto de trabajo, ya que, este había sido contratado como trabajador discapacitado, con su contrato debidamente inscrito en el ministerio de trabajo.¹⁸²

En la sentencia antes mencionada, se identifica dos hechos de suma importancia, por un lado el demandante no contaba

¹⁸⁰ STC N° 5652-2007-pa/TC F.J .52

¹⁸¹ STC N° 05652-2007-PA/TC, F.J 44.

¹⁸² STC. EXP N°5218-2007-PA/TC

con vínculo laboral formalmente, pero no obstante, se logró demostrar en juicio que el demandante realizaba tareas de naturaleza laboral, y por lo tanto era de aplicación las normas de trabajadores por discapacidad.

5.6. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR

Este derecho constitucional está previsto en el inciso 4 de la Constitución Política del Perú.

Consiste en poder comunicar pensamientos, ideas y opiniones. En expresar opiniones sin limitación alguna, sin ser limitado en el libre pensamiento por nadie, siempre y cuando no exprese hechos que dañen la moral de otras personas y afecten bienes jurídicos.

PASCUAL, refiere que es la facultad de exponer libre y públicamente los pensamientos o ideas de cualquier tipo, en cualquier circunstancia, lugar o tiempo. En el ejercicio de dicho atributo nadie puede ser objeto de coacción o persecución. Refiere que no opera sobre el expresamente forma alguna de censura previa ni control posterior a su exposición. Finamente establece que solo un órgano jurisdiccional justo e independiente puede determinar las responsabilidades ulteriores en caso encuentre que se ha lesionado los derechos de terceros.¹⁸³

Ahora en el ámbito de las relaciones laborales este derecho muchas veces se ha visto opacado, ya sea por los jefes mediatos, o el empleador mismo, por cuanto hay muchas empresas que guardan ciertas ideologías y pretenden con ello, sobrepasar los derechos laborales del trabajador.

¹⁸³ PASCUAL, Pedro, la libertad de expresión, un bien escaso, Madrid, universidad politécnica de Madrid, 1993

Es decir, muy independiente de las ideas que pueda tener un trabajador en condición de prestación de sus servicios, que estos si pueden ser fiscalizados por intereses del empleador, las expresiones de política, religión deben también ser respetados, y que esta no se convierta en una excusa de despido acoso o discriminación por parte del empleador.

En un estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social, sin embargo; ello no admite la aceptación de estados de libertad irrestrictos, pues el ejercicio mismo de la libertad de expresión conlleva una serie de deberes y responsabilidades para con terceros y para con la propia organización social. Así, no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos, toda vez que, a la luz de nuestra constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado¹⁸⁴.

El ejercicio de la libertad de expresión no puede contener expresiones injurias (debiendo evitarse insultos, excesos verbales y respetando la dignidad de las personas), innecesarias o sin relación con las ideas u opiniones que se manifiesten¹⁸⁵.

Se puede afirmar que el juez en tanto persona, de la misma manera que cualquier ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión, pero cuando actúa como juez, debe tomar en cuenta los deberes impuestos por su propia investidura¹⁸⁶.

En determinados supuestos, el legislador puede fijar una diversa clase de límites a tales libertades, límites cuya justificación se encuentra en las relaciones especiales de sujeción bajo las que se encuentran

¹⁸⁴ STC EXP. N° 24652004-AA/TC, F.J. 16.

¹⁸⁵ STC EXP N° 10034-2005-AA/TC F.J. 18

¹⁸⁶ STC EXP N° 2465-2004-AA/TC F.J. 18.

determinados individuos. Tal es el significado particular, precisamente, el inciso d) artículo 23 del D. Leg. N° 276 y del artículo 138 del DS 005-90-PCM, que , con relación a los servidores públicos, señala la necesidad de contar con autorización del superior jerárquico para ejercer las libertades de expresión e información¹⁸⁷.

5.7. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

Es un derecho que está consagrado en el inciso 7 de artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

La intimidad es el conjunto de hechos y situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgable. Entre otros están sus hábitos privados, sus referencias, sus relaciones humanas, sus emociones, sus sentimientos, sus secretos, sus características físicas tales como la salud, sus problemas congénitos, sus accidentes y las escuelas consiguientes, etc.¹⁸⁸

En las relaciones laborales suele suceder que el empleador al querer iniciar un procedimiento sancionador, vulnera este derecho intentando ingresar a la esfera de la intimidad del trabajador, o en los casos de querer obligar al trabajador de divulgar una enfermedad terminar e inclusive despedirla, este derecho a la intimidad no puede ser vulnerado ni por el estado, con el solo hecho de rehusarse, debido a que la intimidad no solamente es el personal, puede ser en el ámbito psicológico, salud y el laboral y entre otros, por cuanto es un derecho fundamental y extenso, que basta con la negativa de la persona para que nadie pueda ingresar a su ámbito de la intimidad.

¹⁸⁷ STC EXP N° 0866-200-AA/TC F. J 3.

¹⁸⁸ BERNALES Ballesteros, Enrique, La constitución de 1993 20 años después, Grijley, 5ta Edi.1999,Lima, pag 122.

La persona puede realizar los actos que se crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que se tiene un derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social¹⁸⁹.

Debe tenerse presente que respeto al derecho fundamental a la intimidad, también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho), de aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto estas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido no esencial)¹⁹⁰.

5.8. DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DE COMUNICACIONES

Este derecho está amparado en el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Al respecto, la Ley 27697 señaló que por comunicación debe entenderse cualquier forma de transmisión del contenido de un pensamiento, o una forma objetiva de este.

El tribunal constitucional ha señalado que el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados tiene eficacia Erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares ajenos a proceso de comunicación.¹⁹¹

¹⁸⁹ STC EXP. N° 6712-2005-HC/TC FJ 39

¹⁹⁰ STC EXP. N° 004-2004-AI/TC, FJ 36.

¹⁹¹ STC. EXP. N° 2863-2002-AA/TC.

En el ámbito de las relaciones laborales, este derecho se manifiesta en la imposibilidad del empleador a penetrar en el ámbito privado de las comunicaciones del trabajador, es decir el trabajador tiene la plena facultad de negar a su jefe mediato o al que haga su vez de no permitir revisar su correo electrónico, su teléfono privado, por cuantos estos son bienes propios del trabajador y no están ligados con la actividad laboral.

El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra reconocido en el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución, e impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación¹⁹².

El amplio derecho fundamental a la vida privada permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo clásico o electrónico, o nota entre particulares, no puede ser objeto de conocimiento de terceros o de la interrupción de su curso¹⁹³.

Dentro de la garantía del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, se encuentran comprendidos también los recibos por los servicios públicos. De manera que es inconstitucional, prima facie, que estos se interceptan y, sin contarse con la autorización de su destinatario, se acceda a su contenido¹⁹⁴.

¹⁹² STC EXP N° 2863-2002- AA/TC FJ 3

¹⁹³ STC EXP. N° 774-2005-HC/TC FJ 24.

¹⁹⁴ STC EXP N° 2863-2002-AA/TC F.J. 4.

5.9. DERECHO AL HONOR Y BUENA REPUTACIÓN

Este derecho está regulado en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

A efecto desarrollar los conceptos de honos y buena reputación citaremos a BERNALES.¹⁹⁵

El honor es el sentimiento de autoestima, es decir, la apreciación positiva que la persona hace de sí misma y de su actuación. El honor es violentado cuando esa autoestima es agraviada por terceros. Tales los casos de una ofensa-en público o en privado-, o una agresión física, psicológica o espiritual. En ese sentido, el honor es un sentimiento eminentemente subjetivo que, sin embargo, es susceptible de ser objetivamente defendido por el derecho.

La reputación es la idea que los demás tienen o presuponen de una persona. Es la imagen que los demás tienen de cada uno de nosotros como seres humanos. La reputación es agraviada cuando nuestra imagen en los demás es dañada. Importante es decir que el daño a la reputación es producido tanto cuando se dicen mentiras, como cuando se dicen verdades dañosas, no es menos atento río contra el derecho a la reputación el imputar públicamente algún defecto o alguna condición negativa que tenga determinada persona.

Estos derechos desarrollados anteriormente se ven colisionados ante empleadores de ideología, ya que estos imponen su forma de pensar, y utilizan su poder de dirección para menoscabar derechos fundamentales de la persona, y por lo consiguiente laborales.

El artículo 2.7 de la constitución reconoce el derecho de toda persona al honor y a la buena reputación. Si bien la norma fundamental prefiere adscribirse a una postura fáctica del honor (reconocimiento de honor

¹⁹⁵ Ibídem. Pag 120

interno y honor externo, entendido este último como buena reputación), lo que en fondo está admitiendo es la existencia de un derecho único al honor, tal como lo ha hecho también el artículo 37, inciso 8) del código procesal constitucional. En este marco, se puede considerar que el honor, sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación. Esto viene a significar que para que haya rectificación debe haberse producido previamente un ataque injustificado al derecho fundamental del honor¹⁹⁶.

Como todo derecho fundamental, también el derecho al honor es una concretización del valor supremo de la dignidad humana y, en ese sentido, garantiza que una persona no sea objeto de actos orientados a desmerecerla social o individualmente, menoscabar su fama, ofenderla, humillarla, o en términos generales, realiza cualquier acto tendiente a afectar la propia estimación de su titular como un ser humano digno. Por ello, como cuando se humilla y se degrada en la condición de ser humano a una persona lanzándole ofensas o agrediéndola en forma verbal, directamente o haciéndolo ante el público y de cualquier forma¹⁹⁷.

5.10. DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA.

Esta facultad se encuentra regulada en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

¹⁹⁶ STC EXP N° 2756-2011-PA/TC F.J. 4

¹⁹⁷ STC EXPE N° 3026-2012-PA/TC F.J. 4

La religión es el conjunto de creencias, sentimientos nacidos de dogmas de adoración a un dios, por lo que se convierte en un estilo de vida de los seres humanos, quien muchas veces dedica su vida entera a seguir sus mandamientos.

Debido a que la religión es una antigua libertad, y una forma de compartir humano, existen diversas fes en el mundo quizá una más drásticas que otras, y otras más aceptables, no deja de ser este un derecho fundamental de la persona, por lo tanto, no puede ser este un motivo de discriminación por parte de los empleadores e imponer su ideología religiosa como condición de permanencia en el puesto de trabajo, por ser este injusto e inconstitucional.

La libertad de religión o libertad religiosa, que es la materia principal entorno a la que gira la presente controversia, supone la capacidad de toda persona para auto determinarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, así como para la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto observancia y cambio de religión¹⁹⁸.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado de distinguir ambas libertades precisando que la libertad de conciencia es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consecuencia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve (STC EXP. 6111-2009-PA/TC, fundamento 10), por su parte, la libertad religiosa supone la capacidad de toda persona para auto determinarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, así como para la práctica de la religión en todos sus manifestaciones, individuales o

¹⁹⁸ STC 6111-2009-PA/TC F.J. 11

colectivas, tantas públicas como privadas, con libertad para enseñanza, culto, observancia y cambio de religión (STC EXP. N° 6111-2009-PA/TC fundamento 11)¹⁹⁹.

Asimismo, este supremo intérprete de la constitución ha indicado que el derecho fundamental de libertad religiosa consta de dos aspectos: uno negativo, que implica la prohibición de injerencias por parte del Estado o de particulares en la formación y práctica de las creencias o en las actividades que las manifiesten. Y otro positivo, que implica, a su vez, que el Estado genere las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que computa su derecho a la libertad religiosa (STC EXP N° 6111-2009-PA/TC, fundamento 14; STC EXP N° 256-2003-HC/TC), fundamento 15)²⁰⁰.

¹⁹⁹ STC EXP N° 2430-2012-PA/TC F.J. 16

²⁰⁰ STC EXP N° 2430-2012-PA/TC F.J 17

CAPÍTULO III: EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR EN LA RELACIÓN DEL TRABAJO

1. LA SUBORDINACIÓN EN LA RELACIÓN DEL TRABAJO

Vínculo jurídico en virtud del cual el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para: 1) normar reglamentariamente las labores y dictar las ordenes necesarias para la ejecución de las mismas, 2) supervisar la prestación del servicio y 3) sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones cargo del trabajador²⁰¹.

NEVES MUJICA, nos dice que la subordinación es un elemento propio del contrato de trabajo ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el derecho civil, existe autonomía. Por ello, la nota distintiva, aquello que diferencia al contrato laboral de las demás relaciones jurídicas semejantes, es la subordinación, que como ya se dijo, es el elemento propio de la relación laboral²⁰².

De aquí se puede concluir que, a raíz del contrato laboral, el empleador puede ejercer ciertas facultades sobre el trabajador quien, en su condición de subordinación está obligado a cortar órdenes que demande el empleador, siempre y cuando estén relacionados con las labores para que fue contratado y no contravengan sus derechos fundamentales²⁰³.

El elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo en relación con el contrato de locación de servicios es de la

²⁰¹ OBREGON Sevillano Tulio, Manual de Relaciones Individuales del Trabajo, Editorial Instituto Pacifico, Primera Edición, 2018, Lima, P 16.

²⁰² NEVES Mujica Javier, introducción al Derecho Laboral, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017. P 45.

²⁰³ GONZALES Ramirez Luis Alvaro y Tarazona Pine. anolo, Pronunciamentos de la Corte Suprema y del TC en Materia Laboral Análisis y Comentarios, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2017, P 30.

subordinación del trabajador con respecto al empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo por el que se les contrata (poder de dirección), así como la de imponer ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario)²⁰⁴.

En este contexto, no se evidencia que el actor se haya encontrado bajo la dirección y subordinación de la clínica demandada al no acreditar en autos la forma en que era controlado su labor, por cuanto, cuando existe subordinación, el trabajador independientemente de la modalidad de los servicios prestados, está a disposición de su tanto tiene obligación de dar cuenta de la forma que ha realizado sus labores, la cual no se ha acreditado en autos.²⁰⁵

1.1. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Las modificaciones a las condiciones de trabajo es un punto esencial a analizar en la presente investigación, por medio del cual veremos la facultad de disciplina y fiscalización que tiene el empleador, y los límites que este tiene, así como los alcances de obediencia que debe seguir el trabajador en la relación de trabajo ante las variaciones de condiciones de trabajo.

Es probable que uno de los aspectos que impulsa a seguir la presente investigación es la falta de regulación de las condiciones de trabajo, es decir los límites que tiene el empleador para ejercer su derecho de poder de dirección, a esta facultad del empleador se llama *ius Variandi*.

Al respecto RENDON VASQUEZ, señala que es la potestad atribuida al empleador para modificar las condiciones de la prestación de trabajo no es, a mi criterio, sino una versión hipertrofiada del poder de

²⁰⁴ STC EXP N° 01846-2005-PA/TC

²⁰⁵ CAS N° 11940-2015-LIMA

dirección, es decir, prescindiendo de la naturaleza contractual de la relación laboral. Como sucede en cualquier otro contrato, los elementos, términos o condiciones de este, si la relación es bilateral, no pueden ser impuestas ni variadas por una sola persona.²⁰⁶

En tal sentido, se entiende que las modificaciones de las condiciones de trabajo es una facultad unilateral con que cuenta el empleador, pero sin embargo la regulación deficiente de nuestra legislación, no ha previsto las condiciones aplicarse o un manual a seguir, a efecto se respete los derechos del trabajador, no obstante a ello el artículo 9 de la LPCL, solamente señala que el empleador está facultado para hacer cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de servicios, respetando para ello los criterios de razonabilidad, y la necesidad del empleador, surgiendo un problema por cuanto no existe un acuerdo previo con el trabajador o no existe un mecanismo de control al ejecutar la facultades del empleador de modificar las condiciones de trabajo.

En términos generales, la noción de condición de trabajo se asocia a la organización del tiempo de trabajo existente al interior de la empresa que corresponde realizar el trabajador en función de su contrato de trabajo. También, comúnmente, se le asocia con las condiciones de salud e higiene que resultan indispensables para el desarrollo de labores, así como con el otorgamiento de beneficios sociales que sirven para mejorar las condiciones de vida de los trabajadores a nivel material o espiritual²⁰⁷.

1.2. MARCO CONCEPTUAL DEL PODER DE DIRECCIÓN

²⁰⁶ RENDÓN Vasquez, Jorge, Derecho del Trabajo Individual, 5ta Edi, 1998, Lima, editorial edial, pag. 152

²⁰⁷ GÓMEZ Valdez, Francisco. Derecho del Trabajo-Las relaciones individuales de trabajo. Tercera edición, San Marcos, Lima, 2009, p. 582

El profesor TOYAMA citando a MANUEL LUQUE, señala que el poder de dirección es un poder privado derivado de la libertad empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de empresa para hacerlas más competitivas.²⁰⁸

Teniendo en cuenta y como ya se mencionó líneas arriba la falta de regulación del poder de dirección, se puede concluir que este derecho con que cuenta el empleador nace de la libertad de empresa que, es un derecho consagrado por la Constitución, en tal sentido el empleador está facultado para direccionar el libre funcionamiento de su empresa e imponer su política empresarial, condiciones de trabajo y poder disciplinario y modificarlos se lo ve por conveniente.

De este modo este poder o facultad con que cuenta el empleador esta conducido a conformar una serie de facultades de diversa índole, las cuales tiene la finalidad de conducir a la empresa en su organización y correcto funcionamiento, y estas facultades se pueden concretar en facultades normativas, ordenadora, de control y de vigilancia, facultad de adaptación o variación y facultad disciplinaria o sancionadora.

Finalmente, este reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa, faculta la configuración unilateral del empleador a dirigir su empresa como vea por conveniente, pero también es cierto que este poder de dirección, puede colisionar muchas veces con los derechos del trabajador, debido a que no está legislado expresamente cuales son estos límites, que por lo general deberían ser aquellos derechos fuera de la relación laboral.

1.3. PODER DE DIRECCIÓN EN EL PERÚ

²⁰⁸ TOYAMA Miyagusuko, Jorge, Derecho Individual del Trabajo en el Perú un enfoque teórico practico, soluciones laborales, 1Ra edi, 2015, Lima, Pag238.

El primer párrafo del artículo 9 de la LPCL, prevé que por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las ordenes necesarias para la ejecución de estas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

Es probable, que este artículo sea la única base legal de poder de dirección con que cuenta nuestro ordenamiento laboral, pero notase del texto citado que menciona que la razonabilidad es el único límite que tiene el empleador para hacer valer su poder de dirección, trayendo como consecuencia, que este siempre sea utilizado en casos concretos al existir un conflicto en la relación laboral, no habiendo o existiendo una solución alterna.

Adicionalmente a ello en nuestro país se ha utilizado la *lus Variandi* como medio a emplearse el poder de dirección de forma excepcional, para ello es necesario exponer una de esas modalidades, como son:

- La *lus Variandi* común o habitual: Esta modalidad nace estrictamente de la norma citada, el cual nos da entender que el poder de dirección cuenta con la facultad de organización, supervisión y sanción, así como denota que el poder de dirección nace del contrato al momento de celebrar la relación laboral, que de la propia ley, siendo esta una facultad unilateral del empleador sin limitación expresa alguna por cuanto ya hemos mencionado la razonabilidad se aplicara al caso concreto teniendo en cuenta la actividad laboral a desempeñarse.
- La *lus Variandi* sustancial o esencial: Esta modalidad puede ser un límite al poder de dirección, por cuanto como se ha explicado anteriormente las modificaciones de las

condiciones de trabajo nace del contrato, también es cierto que se pueden pactar condiciones al momento de la celebración de la relación laboral, porque, en tal sentido, no podría el empleador haciendo uso de su derecho de libertad de empresa unilateral para modificar condiciones ya establecidas y consentidas, así como no podría modificar condiciones que están ya reguladas por la normatividad común.

- La *Lus Variandi* de emergencia o Excepcional: este tipo de medida es ejecutada en casos de suma urgencia, que por lo general son tomadas cuando la empresa está en riesgo, donde los trabajadores están obligados a someterse a ciertas condiciones a efecto de sobrellevar el mal momento, claro está que esta condición tiene un límite que es no exponer en riesgos de vida o salud al trabajador.

1.4. MANIFESTACIONES DEL PODER DE DIRECCIÓN

Las manifestaciones realizadas por los empleadores son inmensas con los días se van presentando nuevas, algunas están con arreglo a ley, pero también existen aquellas que son abusos por los empleadores, pero analizaremos brevemente algunas que la doctrina nos muestra:

- Manifestación de contratación: Esta facultad permite al empleador contratar al personal que vea por conveniente, creando para ello perfiles de trabajos, y clasificar puestos de trabajo, como fijar remuneraciones y condiciones de trabajo fijas o temporales.
- Manifestación de organización: Por medio de esta manifestación el empleador puede regular su condición de

trabajo, establecer la forma y modo y el lugar de la prestación de servicios del trabajador.

- **Manifestación de la prestación:** Es el modo por el cual el trabajador adapta a los trabajadores a las condiciones de trabajo, que por lo general se da en trabajadores permanente, debido que este acondicionamiento se da con cambios sustanciales o permanentemente, el cual por lógica solo podría ser aplicado a un trabajador permanente.
- **Manifestación de fiscalización:** En esta manifestación el empleador realiza diversas actividades o medidas de control, a efecto de evaluar u observar el libre y normal funcionamiento de su empresa, por lo que se emplea actividades de supervisión con personal contratado especializado para el caso, o por mencionar las típicas cámaras de vigilancia, u otros mecanismos, que al respecto sus límites en la actualidad no han sido regulador por cuanto podrían vulnerar derechos del trabajador como es el de intimidad .

1.5. ATRIBUCIONES AL PODER DE DIRECCIÓN

- A) Al inicio:** Las atribuciones que tiene el empleador se dan durante la vigencia del contrato de trabajo, se puede pactar el periodo de prueba, se pueden suscribir convenios.
- B) Durante:** se puede reglamentar unilateralmente el reglamento interno de trabajo, se puede modificar los horarios de trabajo, puede pactar horas extras, puede fijar el descanso vacacional, puede proponer clausulas en las negociaciones colectivas, se puede realizar exámenes médicos.

C) Al término: Se puede despedir por causa justa.

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y POLÍTICA COMO FUNDAMENTO DE PODER DE DIRECCIÓN

2.1. LIBERTAD DE EMPRESA-LIBERTAD ECONÓMICA

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las, áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.²⁰⁹

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.²¹⁰

El Tribunal Constitucional ha señalado que la empresa alude a una actividad económica organizada para los fines de producción o cambio de bienes y servicios. Entre sus elementos constitutivos se consideran la organización y la dirección empresarial, a los cuales se suman los bienes, el capital, y el trabajo, más aun, considera que ello apunta al aseguramiento de la calidad de vida de la población y la transformación de la productividad individual en progreso social para todos.²¹¹

²⁰⁹ Artículo 58 de la Constitución Política del Perú.

²¹⁰ Artículo 59 de la Constitución Política del Perú.

²¹¹ STC. Exp. 018-2013-AI-TC

De los preceptos constitucionales citados, se puede concluir que la libertad de empresa consiste en realizar actividades lucrativas óptimas para el empresario, por medio del cual se procura la promoción del empleo, por medio del cual el empleador organiza sus directrices para contratar el personal que vea idóneo para el puesto de trabajo, y fija las condiciones mínimas para el desempeño del empleo.

Consagrado por el artículo 59 de la constitución, el derecho a la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica auto determinativa, lo cual implica que el modelo económico social del mercado será el fundamento de su actuación y simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas u derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la perseverancia del medio ambiente y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter económico que la constitución reconoce²¹².

La expresión empresa alude a una actividad económica organizada para los fines de producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se le suman los bienes, el capital y el trabajo²¹³.

2.2. LA POLÍTICA EMPRESARIAL-IDEOLOGÍA

“las organizaciones de tendencia o empleadores ideológicos son entidades que se caracterizan por tener un ideario que es el contenido esencial de tales organizaciones y que buscan el sometimiento y

²¹² STC EXP. N° 7320-2005-AA-FJ 53

²¹³ STC EXP N° 3330-2004-AA-F.J. 11

difusión de la ideología en la sociedad. Naturalmente, estamos ante una comunión de intereses que supera cualquier marco ideológico individual: nos encontramos ante una ideología constitucional.

En estos casos la actividad productiva y consecuente organización están supeditadas al contenido axiológico del ideario, a tal punto que, inclusive se apreciara un ánimo de lucro este quedaría desplazado a un segundo plano dado que lo relevante y distintivo de estas organizaciones es la ideología. Lo expresado además importa, el reconocimiento del estado de una manifestación interna que se concreta en una garantía de inmunidad respecto del ejercicio ideológico de tal forma que no puede existir organizaciones o limitaciones y, de otro lado, un reconocimiento en sentido positivo de la dimensión externa que supone en la manifestación pública del ideario así como realizar labores de proselitismo libremente. Como veremos más adelante, se trata, más que la concreción del derecho fundamental a la libertad de empresa, de la manifestación de libertades ideológicas, religiosas, políticas, etc. Y que se instrumentaliza en una determinada organización.²¹⁴

Los empleadores en la actualidad no solamente aprovechan su poder de dirección para imponer su tenencia, sino que, que la transforman en una condición de trabajo, y ante la necesidad y falta de empleo es que los trabajadores se ven sometidos a acceder a la ideología del empleador, con la finalidad de no perder su puesto de trabajo.

No obstante a ello también se ha visto en nuestra realidad social que no solamente la vulneración de derechos fundamentales se ven afectados por la ideología de la empresa, también hay casos en que el uso de su poder fiscalizador ha permitido graves vulneraciones, como es el caso excesivo del uso de las cámaras de video, donde el empleador libremente no solamente observa si el trabajador cumple

²¹⁴TOYAMA Miyagusuko, Jorge, Derechos laborales ante empleadores ideológicos derechos fundamentales e ideario empresarial, Fondo editorial de la pontificia Universidad Católica del Perú, 1ra edi, 2009, Lima, pag 96.

con sus funciones, si no que ve actos propios de la intimidad del trabajador, y está siempre está amparada no solamente en la ideología del empleador si no en la política empresarial aplicada en casos de fiscalización, tema no regulado por nuestro ordenamiento.

Como es de verse la política empresarial también es un medio aprovechado por el empleador, para irse más allá de lo que se le está permitido, como son ciertas actividades extra laborales.

Lo que se pretende dar a entender con la presente investigación que no basta con el límite que plantea la norma del uso de la razonabilidad como límite de poder de dirección si no que, existen otros medios como el test de proporcionalidad donde se pondera los derechos colisionados a efecto que ambas partes no se ven afectados en sus diversos intereses contrapuestos.

Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas, consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley, y por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente²¹⁵.

3. LÍMITES DEL PODER DE DIRECCIÓN

Conforme, se vino incrementando la flexibilidad en las relaciones laborales en nuestro país, también se fueron incrementando abusos empresariales como son las condiciones de trabajo hasta llegar el punto de explotación laboral, con el tiempo se ha permitido denotar tal

²¹⁵ STC EXP N° 3330-2004-AA-F.J. 32.

problema y llegar a ciertas soluciones, ante la deficiencia legislativa, por cuanto el poder de dirección no es absoluta, por cuanto tiene límites a seguir, y estos son los derechos fundamentales del trabajador:

3.1. LÍMITES DE LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO.

- i. **Límites funcionales:** mediante este límite se requiere al empleador que busque un motivo que justifique la decisión de modificar las condiciones de trabajo, utilizando para ello el criterio de la razonabilidad que la norma exige, a efecto que la modificación de la condición de trabajo caiga en un acto de ilicitud y sea considerado un acto de hostilidad del trabajador.

Es decir se debe implementar un procedimiento para tal fin para que el empresario elimine cualquier acto de arbitrariedad, y que su justificación este encerrada en cumplir con las necesidades organizativas empresariales.

- ii. **Límites conceptuales:** En este caso estamos ante actos que el empleador si puede modificar las condiciones de trabajo libremente por estar estos ya expresos, en convenio o norma.

Asimismo, OBREGON²¹⁶ señala que el empleador debe ejercer su poder de dirección de los marcos del ordenamiento. Este le prescribe, básicamente, cuatro restricciones:

- A) La vigencia de relación de trabajo
- B) La realización de la jornada de trabajo
- C) La labor convenida
- D) No incurrir en actos de hostilidad

²¹⁶ OBREGON Sevillano Tulio, Manual de Relaciones Individuales del Trabajo, Editorial Instituto Pacifico, Primera Edición, 2018, Lima, P 450.

3.2. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA MEDICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO.

a) Derecho a resistencia: como se ha venido desarrollando el poder de dirección del empleador no es absoluta, esta tiene que ser revisada por un control de legalidad, a efecto no colisionar derechos fundamentales del trabajador que están por encima de los derechos económicos del empresario.

El empleador al momento de impartir su poder de dirección se presume que sus órdenes son legítimas, por lo que el trabajador está sometido a esas ordenas y a cumplirlas, para algunos tratadistas también existe la posibilidad de primeramente de cumplir con la orden para posteriormente realizar cualquier tipo de cuestionamiento, por cuanto existe un principio de jerarquía y el único apto para determinar qué orden laboral es legítima o ilegítima es el juez.

No obstante a ello hay ciertas ordenes que el trabajador se puede oponer resistiendo tal orden, sin cuestionamiento judicial alguno, como es toda orden que atente contra la dignidad del hombre, la comisión de ilícitos penales o civiles y cuando afecta la salud del trabajador.

b) Control judicial: como lo indica su nombre mediante este control se cuestiona una orden, modificación a la condición de trabajo o decisión final, ante los fueros judiciales, a efecto de conseguir una indemnización caso de despido arbitrario, reposición o se ordene el cese de actos de hostilidad.

en tal sentido el trabajador ante una orden tiene la opción de resistirse en los hechos ya anteriormente mencionados, a aceptar la orden y cumplirla y a impugnar el acto hostil donde se realiza el requerimiento respectivo ante el órgano jurisdiccional, donde el

empleador tiene la opción de subsanar o de cesar con el acto de hostilidad.

4. ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO Y DISCIPLINA EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

4.1. LA POTESTAD DE ORGANIZAR TRABAJO

Es la facultad y derecho que tiene el empleador de una vez realizado la contratación de un trabajador de otorgarle funciones que este debe realizar, es decirle otorgarle un puesto de trabajo y otorgarle un lugar donde desempeñarse, otorgarle las condiciones mínimas para desempeñarse libremente, esta facultad del empleador debe ser ejercida respetándose los límites, que cuenta al ejercer su derecho empresarial.

Uno de los criterios a tomarse en cuenta es la formación profesional del trabajador, por cuanto no podría asignarle tareas no propias de la profesión de las que fue contratado, al menos que el trabajador decida y consienta realizar actividades distintas por curso de especialidad que haya podido realizar, o las que sabe que puede realizar, como es el caso de trabajadores que por necesidad desempeñan actividades distintas a las que se especializó o que por la experiencia laboral ha aprendido

Una de las limitaciones que tiene el trabajador es de degradar la posición del trabajador de cuando fue contratado, o hechos que ya están debidamente establecidos como un convenio colectivo, o realizar una ocupación deferente la cual no pueda responder.

Asimismo el artículo 30 de LPCL ha regulado ciertos límites a la facultad de organización laboral, como es la reducción de la

remuneración por debajo del mínimo legal, o en otros casos salvo pacto contrario debidamente justificado, el traslado de un lugar a otro de su puesto habitual con la intención de perjudicarle un perjuicio, la inobservancia de medidas de seguridad.

4.2. EL SISTEMA SOCIAL COMO PRODUCTO DE LAS RELACIONES SOCIALES

Al decir de QUIROZ LUIS ENRIQUE, el tejido social tiene su origen en la suma de subsistemas de relaciones sociales que los seres humanos adoptan para la consecución de sus distintos intereses y/o necesidades. Sin embargo, no ha existido un sistema social único, rígido o inmune a través del tiempo, si no varios y la historia ha dado testimonio de sus manifestaciones a través de la comunidad primitiva, esclavismo, feudalismo y capitalismo.²¹⁷

De lo anteriormente dicho se puede concluir que en materia laboral también existen relaciones jurídicas y hasta sociales, por tal motivo estas necesitan ser reguladas a efecto no haya actos arbitrarios o un descontrol, por lo que, la relación de trabajador y empleador está relacionada con la subordinación como base, y el someterse a reglas.

4.3. EL PODER SANCIONADOR

ALBERTO RETAMOZO, citando a MARINO JALVO, realiza la siguiente pregunta ¿Qué es disciplina?, jurídicamente se le define como la relación intersubjetiva entre quien pretende la observancia de una regla y quien viene obligado a respetarla”, por lo que constituye el conjunto de reglas a las que debe conformarse la conducta de un individuo en las relaciones con otros individuos. Desde esta

²¹⁷QUIROZ Eslado, Luis Enrique, Manual de Faltas disciplinarias laborales, Soluciones laborales, 1ra ed., 2013, lima, pag 7

perspectiva existen dos tipos de situaciones, una situación jurídica activa, el poder disciplinario, y otra situación jurídica pasiva, la sujeción o responsabilidad disciplinaria.²¹⁸

Las relaciones laborales privadas debido a su caracteriza y poder de organización, ha generado que el estado otorgue a los empleadores un poder disciplinario, donde nace una serie de sanciones graduadas según la falta cometida, este poder es a consecuencia del poder de dirección, de la obligación que tiene el trabajador de cumplir con las ordenas impuesta en el tiempo prudente establecido para su ejecución.

El origen jurídico del poder sancionador es el contrato de trabajo por medio del cual las partes se vinculan jurídicamente, y ante el incumplimiento de obligaciones laborales hace que se genere un hecho ilícito por parte del trabajador el cual debe ser graduado e imponer la sanción que corresponda.

Ahora bien el poder sancionador con que cuenta el empleador no es absoluto por cuanto este cuenta con limitaciones, debido a que se encuentra sujeto a ciertos principios que harán que su aplicación sea conforme a derecho, dando la posibilidad al trabajador a realizar sus descargos o en su defecto impugnarlos ante los fueros jurisdiccionales, para ello también el empleador está obligado a motivar las decisiones disciplinarias.

A efecto de demostrar las limitaciones del poder sancionador expondremos los principales principios con que deben los empresarios de tomar en cuenta para graduar o atenuar una sanción como son:

a) El principio de razonabilidad:

²¹⁸RETAMOZO Linares, Alberto, Procedimiento administrativo Sancionador, Administración Publica y Control, 1ra ed., 2015, lima, 19.

El jurista AMERICO PLA, señala que la razonabilidad no es otra cosa que “(...) La afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales procede y debe proceder conforme a la razón”.²¹⁹

Conforme lo establece el artículo 9 de la ley de PCLP, la razonabilidad es el límite, con que cuenta el empleador para organizar su dirección, por lo que el principio de razonabilidad esta impuesta en toda la ejecución de la relación laboral, pues este determina el correcto proceder de las partes.

b) El principio de proporcionalidad:

Si partimos de la premisa que el empleador está facultado para imponer sanciones disciplinarias, esta sanción no puede ser mayor a la falta cometida, ya que no solamente se debe tomar en cuenta el hecho que dio origen a la sanción, debe saber graduarse la sanción a imponerse, antecedentes del trabajador, a efecto evaluar si la falta cometida amerita el despido y esta no se convierta en arbitraria, o si merece una sanción distinta, la misma que debe estar tipificada,

Por medio de este principio lo que se busca es graduar la sanción a imponerse, teniendo criterios en cuenta como atenuantes o agravantes que permita medir la conducta del trabajador.

c) El principio de inmediatez:

El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte

²¹⁹ PLA Rodriguez Americo, Los Principios en el derecho del Trabajo, 3ra Edi, Buenos aires p 364.

razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito. Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32º, debe observarse el principio de inmediatez.²²⁰

En relación a este principio se puede establecer que la norma exija que deba respetarse el debido procedimiento antes de la aplicación de una sanción la misma que exige que haya un procedimiento de investigación.

d) El principio de legalidad:

Este también es un límite que tiene el empleador por cuanto establece que antes de imponerse una sanción debe estar previamente está establecida, para poder ser invocada y sancionado en un procedimiento sancionador.

5. REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO.

Un reglamento es un conjunto ordenado de normas que tiene validez en un cierto contexto. Para exista un reglamento, debe haber una escala jerárquica y una autoridad con la potestad de hacer cumplir las normativas establecidas.

²²⁰ Artículo 31 de la LPCL

En lo laboral la aplicación del reglamento interno de trabajo se debe a la aplicación de normas laborales, de acuerdo a las actividades propias de cada rubro empresarial, por lo que el empleador tiene la facultad de establecer reglas, límites y parámetros que debe tener en cuenta el trabajador en sus actividades técnicas o las que conforman la relación laboral.

Este reglamento se hace necesario sobre todo en actividades técnicas donde es necesario mantener el debido cuidado a efecto realizar la actividad sin causar o poner en peligro la vida del trabajador.

Es quizá por medio del reglamento interno del trabajo que el empleador justifica su poder de dirección por cuanto pone en conocimiento del mismo a los trabajadores para que estos, lo cumplan con el apercibimiento anticipado de las respectivas sanciones a imponerle.

6. LA FACULTAD DEL EMPLEADOR DE SUMINISTRAR OCUPACIÓN.

Habiéndose perfeccionado el ingreso del trabajador mediante un contrato de trabajo, el empleador se obliga a indicar al trabajador cuáles serán sus actividades por los cuales está obligado a responder, previamente que se le haya indicado el puesto de trabajo y tareas a realizar.

a) La instalación del trabajador en un puesto de trabajo:

El empleador está obligado a indicar el lugar de puesto al trabajador donde le entregara las herramientas indispensables para su ejecución, salvo pacto contrario en donde el trabajador por la especialidad es quien utilizara sus propias herramientas, como sucede en los trabajadores de construcción, pero ello obedece que el empleador este en la obligación a compensar el desgaste de las herramientas o de su mantenimiento.

Habiéndose establecido el puesto de trabajo, el empleador está facultado para fiscalizar las actividades encargadas y evaluar durante el periodo de prueba la permanencia del trabajador.

El puesto de trabajo debe ser un lugar idóneo para trabajar si dificultades, respetando para ello las normas de seguridad y salud en el trabajo a efecto de no causar ningún tipo de daño al trabajador en la ejecución de sus actividades diarias.

Asimismo, el trabajador está obligado a cuidar mantener en estado óptimo las herramientas prestadas para el desarrollo de sus actividades, todo este hecho podría ser verificado por la autoridad administrativa de trabajo.

b) Las actividades a realizar encargadas al trabajador:

Un vez instalado el trabajador en su puesto de trabajo, y habiéndole proporcionado el material para desempeñar sus funciones, se debe indicar las tareas a las cuales está obligado ejecutar, así como limitar sus responsabilidades, y obligaciones.

Debido a las actividades que desempeña un trabajador pueden causar daños y perjuicios a terceros ajenos a la empresa o a la misma empresa es por lo cual estas deben estar limitadas, y este límite debe ponérsele en conocimiento al trabajador en el momento de ingreso al trabajador en su empleo, que por lo general está establecido en el reglamento interno de trabajo.

CAPÍTULO IV

LA PONDERACIÓN DE DERECHOS COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE DERECHOS LABORALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO.

1. LEY DE PONDERACIÓN

JOSE VICTOR GARCIA, citando al jurista ALEXANDER ALEINIKOF, define la ponderación como un método de decisión inevitable en el cual se evalúan dos elementos de un mismo nivel a fin de crear una prelación entre ambos bajo un criterio de eficiencia, es una decisión judicial que analiza una cuestión constitucional identificando intereses implicados en el caso y llega a una decisión; o crea una norma en Derecho Constitucional al asignar explícitamente o implícitamente valores a los intereses identificados.²²¹

Los conflictos de derechos, es una realidad que se vive a diario, es sabido la constante deferencia de derechos entre seres humanos, la diferencia está en que cada individuo pretende o argumenta tener mejor derecho sobre el otro, creándose una desigualdad de derechos, los cuales necesariamente merecen ser equiparados para llegar a una solución pacífica y justa, y es donde interviene la autoridad judicial para solucionar dichos conflictos sociales.

En materia laboral sucede lo mismo, al momento de celebrar un contrato de trabajo y en su ejecución diaria se pueden presentar diversos tipos de conflictos unos donde se equiparan los derechos fundamentales de cada parte en la relación laboral y otra donde el empleador con el poder de dirección que ostenta sobrepasa o abusa de derechos de los trabajadores sin que estos necesariamente colisionen, si no donde existe una evidente transgresión de derechos fundamentales.

²²¹GARCIA Yzaguirre, José Víctor, El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales, editorial adrus, 1Ra edi, Lima, 2012, Pag.171.

A modo de esclarecer lo anteriormente señalado existiría colisión de derechos en el siguiente ejemplo cuando el empleador quiere promocionar su marca empresarial con los trabajadores de la empresa para obtener un lucro, y mientras tanto el trabajador podría optar por no aceptar participar en el comercial por no considerarlo necesario, ante tal hecho el empleador estaría obligado a respetar tal decisión y no condicionar al trabajador, porque esta sería una actividad extra laboral, asimismo el trabajador podría acceder a la propuesta del trabajador no antes ser merecedor de una contraprestación por sus servicios adicionales, ahora bien existe abuso de poder de dirección cuando el empleador vulnera los derechos del trabajador relacionados a su dignidad como por ejemplo el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones, o el derecho a no seguir la ideología con que pudiera contar el empleador.

Ponderar, en tal sentido, es la atribución o valor de dos intereses o derechos que sufren un conflicto en un caso especial, para ver cuál de los dos intereses contrapuesto es el que debe prevalecer, en nuestra legislación no se ha desarrollado este tema por nuestros órganos jurisdiccionales, pero no obstante a ello se puede ver en la realidad que existen evidentes casos de conflictos de derechos, por lo que se hace necesario que la ponderación sea un mecanismo de solución de conflictos de colisión de derechos.

A efecto de utilizar un ejemplo de derechos contrapuestos judicializado donde se utilizó la ponderación, utilizaremos la jurisprudencia española, en donde un recluso de la cárcel española se le ordeno desnudarse y hacer flexiones ante un funcionario como medio de fiscalización del orden interno para evitar la introducción de objetos peligrosos o de estupefacientes, en tanto, este preso había mantenido una espacial comunicación con otro. Ante su negativa este fue sancionado, hecho que fue impugnado ante los tribunales españoles, el cual fue determinado con

un caso de colisión de derechos, puesto que había un conflicto entre un derecho y un bien colectivo, intimidad corporal VS seguridad carcelaria.²²²

La necesidad de ponderar en materia laboral no ha sido advertida en nuestro sistema legal, pese que en las relaciones laborales existente entre los sujetos de la relación laboral, y hasta del estado quien es el que debe de garantizar la aplicación adecuada de las normas laborales, considero que esta relación de tensión no solamente debería estar garantizado por los fueros judiciales si no que en el ámbito de las relaciones laborales pudieran ser solucionadas, como es el consentimiento expreso del trabajador a realizar una actividad extra laboral que beneficie al empleador, donde el trabajador se también beneficiario, o reglamentar sanciones expresas donde el empleador sea sancionado por vulneración de derechos laborales en la entidad administrativa de trabajo, a efecto se determine en ambos casos que al ponderar los intereses abstractamente del mismo rango poseen mayor peso en el caso concreto.

“En efecto, como bien nos ha señalado el Tribunal Constitucional Español, el problema de la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales. La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ello, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pensando cada una de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo, y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la constitución señala, explícitamente o implícitamente, esta ponderación o balance de derechos es la que, por supuesto, ha de hacer el juez penal y decidir si el ejercicio del derecho a la libertad de información esta de tal modo legítimamente ejercido que alcance a provocar la desaparición (penalmente como causa de justificación; acto jurídicamente

²²² STC española N° 57/1994 de fecha 28 de febrero de 1994.

irreprochable), de la punibilidad o eventual reproche de esa misma conducta, es decir, la inexistencia jurídica o un atentado al honor personal, que la ley penal castiga y que el propio art. 20.4 se pone como límite, en su caso, del ejercicio de aquel derecho fundamental en virtud de lo señalado hasta el momento, la ponderación es una operación de determinación de preferencias condicionadas. Esta idea nos lleva dos raíces que dan propósito a esta herramienta y legitiman sus resultados: la protección de los derechos fundamentales y el control de los medios empelados por agentes públicos y privados para conseguir sus objetivos. Como bien ha señalado una atenta doctrina, aterrizando en el tema principal de estudio, el principio de proporcionalidad se instrumentaliza mediante la realización del contrapeso de los intereses en conflicto involucrados en el supuesto concreto. De este modo, se pretende relativizar las disposiciones legales para individualizar así la actividad estatal de acción, según las circunstancias particulares del caso.²²³

La doctrina internacional sobre derechos fundamentales, ha considerado que el ponderar es para que la coexistencia de los principios sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado de uno solo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirán en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiera un soberano sobre todos los demás y solo permitiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las constituciones pluralistas ni cabe que esto sea así. Los principios deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos.²²⁴

La ponderación puede ser un método óptimo para reguardar de una forma pacífica los conflictos laborales y resguardar los derechos del trabajador por ser la parte más débil, no solo permite equiparar derechos si no también permite evaluar las condiciones de mejor solución al conflicto y establecer límites a los derechos fundamentales cuando existe conflicto.

²²³ GRACIA Yzaguirre, Jose Victor, Obcit, pag 177 y 178

²²⁴ Frase realizada por Zagrebelsky Gustavo, tratadista español en su destacada obra el derecho dúctil

Los denominados límites de los derechos fundamentales suelen estar contenidos en un texto de similar rango, esto es, la propia constitución de un estado. Sin embargo, al ser imposible regular todas las situaciones existentes en la realidad en un texto constitucional se ha admitido la posibilidad de establecer límites que no necesariamente deban consagrarse en una determinada carta política. Como se sostiene, los límites directos, son los que se encuentran expresamente mencionados o no, respectivamente, en la constitución.²²⁵

ARROYO JIMENEZ, señala que, “cuando mayor sea la limitación que realiza la regulación de la posición jurídica de los individuos más importantes deberán ser los intereses generales que persigue dicha regulación, mejor podrán justificar esos intereses una limitación de un derecho fundamental, o cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, mas cuidadosamente deberán ser tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva”.²²⁶

Una vez señalada la ponderación y obtenido un resultado compuesto por una relación de preferencia de un principio sobre otro y otros, hemos de identificar el elemento que genere tal reacción, el hecho determinante y especial. En vista de lo explicado en nuestro apartado correspondiente al carácter prima facie de las normas y al deber general de la motivación de sentencias, dicha relación funcionara a partir de entonces como un precedente a observar para los casos futuros que compartan el mismo hecho.²²⁷

En tal sentido, de lo expuesto anteriormente podemos aplicar la ponderación como una especie de ley, para solucionar problemas en las relaciones laborales, el mismo que se justifica en su escasa o deficiente regulación, como lo señala TOYAMA, la regulación del derecho laboral ha

²²⁵PAZO Pineda, Oscar Andrés, Los Derechos Fundamentales Y El Tribunal Constitucional, Editorial Gaceta Constitucional, Lima, 2014, pag,89

²²⁶ ARROYO Jimenez, Luis, Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo en : Indret. Ver <http://www.raco.cat/index.php/indret/article/viewfile/13097/>,pp12

²²⁷GARCIA Izaguirre, Victor, Obcit Pag. 190

tenido una notable influencia derivada de la constitución en los últimos años. Así, tenemos que las Resoluciones del tribunal constitucional han tenido un impacto relevante en las relaciones de trabajo en tomes como contratación, estabilidad laboral, jornada de trabajo, pensiones, derechos fundamentales de trabajo, etc. Las normas laborales se han orientado más al desarrollo de las disposiciones constitucionales, se aprecian las reformas implementadas por la suscripción del TLC con Estados Unidos, la actuación del SUNAFIL con sus fiscalizadores laborales, así como la profusa doctrina nacional que le ha dedicado una atención importante a la técnica constitucional. Todo ello da cuenta de la relevancia de la Constitución de trabajo en nuestro país.²²⁸

Por lo que la aplicación de este principio en el derecho del trabajo, puede convertirse en un instrumento de raciocino para los sujetos en una relación de trabajo, convirtiéndose en un lenguaje de razones, que motive o justifique justicia y la no vulneración de derechos fundamentales.

La vinculación de ponderación y el test de proporcionalidad están estrechamente vinculados, por cuanto la proporcionalidad es la vía procedimental de la ponderación.

Y su ámbito de aplicación obedece como lo resume ARROYO JIMENEZ²²⁹, sobre tres posturas:

- a) Visión estricta: los autores que suscriben a esta facción suelen visualizar este método bajo tres lupas i) el principio de proporcionalidad opera en especial para la ponderación de actos derivados de la potestad sancionadora y el poder de policía del estado; ii) opera sobre las limitaciones de la libertad general en acción de los individuos, en concreto, como elemento a solucionar la tensión entre el poder público y la libertad negativa; iii) opera sobre todo acto en contra de las libertades individuales sin importar la estructura normativa de la medida (derecho, mandato, prohibición), El Test de

²²⁸ TOYAMA Miyagusuko, Jorge, Obcit Pag 9.

²²⁹ ARROYO Jiménez Luis ob. Cit Pp 16-20

Proporcionalidad sirve para diferenciar entre una intervención y una vinculación de los derechos fundamentales.

- b) Visión intermedia: quienes se colocan en este sector suelen darle mayor cabida a los temas susceptibles de ser evaluados. El control de igualdad y las competencias territoriales también podrían ser evaluadas a la luz de dicho test (nuestro tribunal constitucional mediante el test de igualdad se adhiere a dicha postura, mientras que el tribunal constitucional español en repetida jurisprudencia incorpora dicho carácter como el segundo al analizar las competencias de las autonomías).
- c) Visión amplia: de forma protagónica el autor alemán Von Arnould asume que el test de proporcionalidad es un criterio derivado de aspectos materiales o sustantivos, sino estructurales relativo de aspectos materiales o sustantivos, sino estructurales relativo a la regla general/ excepción. La proporcionalidad sería un estándar que se proyecta sobre la decisión del poder público a través de la cual se reduce el conflicto entre principios.

Ahora bien, también es preciso señalar como punto final las colisiones de principios y de reglas, para lo cual citaremos a ROBERT ALEXYY, quien refiere al respecto “la distinción entre reglas y principios se muestra clarisamente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Se diferencian en la forma como se soluciona el conflicto, con relación al conflicto de reglas solo pueden ser solucionados o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o la declara inválida; con relación a la colisión de principios,

señala que deben ser solucionados de manera distinta, cuando dos principios entran en colisión uno tiene que ceder al otro.²³⁰

2. CRITICAS A LA PONDERACION

La objeción de irracionalidad constituye la crítica más fuerte a la ponderación. Esta objeción sirve a su vez de fundamento para las demás críticas que acusan a la ponderación de ser un procedimiento subjetivo, ser una figura retórica que Enmascara decisiones arbitrarias, e incluso de ser un procedimiento a través del cual se comparan magnitudes inconmensurables. Por ello, en la medida que se pueda responder satisfactoriamente a la objeción de irracionalidad, se podrá demostrar la falsedad de las críticas derivadas de ella. “La racionalidad de la ponderación no es condición suficiente para la refutación de las otras objeciones; pero ella es, en todo caso, una condición necesaria para esto.”²³¹

La ponderación por ser un método de interpretación de derechos constitucionales ha sido merecedora de críticas como las que describimos a continuación y conforme lo estipula ROBERT ALEXY.²³²

- 1) Objeciones desde la teoría de las normas: se cuestionan si existen principios y si existen como se pueden diferenciar los principios de las reglas, si los principios son normas y si la contraposición entre reglas y principios no debe fracasar ante la diversidad multicolor de normas.
- 2) Objeciones desde la teoría de la argumentación: se cuestionan si la ponderación pueda ser vista como una justificación o argumentación o si debe ser encasillada como un procedimiento no racional o irracional.
- 3) Objeciones desde la dogmática ius fundamental: se cuestiona si la construcción como principio representa un peligro para los derechos

²³⁰ ROBERT Alexy, teoría de los derechos fundamentales , centro de estudios políticos y constitucionales Madrid, 2002, pag.87-89

²³¹ ROBEET Alexy, la construcción de los derechos fundamentales

²³² Ob cit. Pag 5.

fundamentales ya que se pierde su validez estricta como reglas, una protección demasiado poco.

- 4) Objeciones institucionales: se sostiene que existe demasiado espacio para los derechos fundamentales, alegan que la tesis de la optimización llevaría a una inflación de los derechos fundamentales, que tendría como consecuencia un sobredimensionamiento de la constitución, (sobre constitucionalizarían del derecho) lo que institucionalmente resultaría en el tránsito desde el estado legislativo parlamentario al estado jurisdiccional de la justicia constitucional.
- 5) Objeciones desde la teoría de la interpretación: se plantea la cuestión de en qué forma la construcción como principios como interpretación de derechos fundamentales puede justificar un catálogo jurídico positivo de derechos ¿es posible justificar la validez universal de la construcción como principios o de la construcción de proporcionalidad o resulta aplicable a lo sumo ocasionalmente?
- 6) Objeciones desde la teoría de la validez: esta reprocha que se ponga en tela de juicio la primacía de la validez de la constitución y la vinculación legislativa del ejecutivo y del judicial. La estructura jerárquica del derecho colapsaría en el torbellino de la ponderación.
- 7) Objeciones desde la teoría de la ciencia: cuestionan que los principios no son elementos lo suficientemente concisos como para erigir una dogmática de los derechos fundamentales, dado que conceptualmente son estructuradas abstractas que no dicen nada en absoluto.

Estas quizá, sean las principales críticas a este principio pero no es materia de investigación de desarrollar ni comparar cada una de ellas, si no de aplicar este principio en las relaciones laborales como un método de solución de conflictos.

Asimismo, el punto de partida donde se justifica la ponderación es en la eficacia de derechos fundamentales, que como señala PABLO PEREZ

TREMPS, “los derechos fundamentales surgen del constitucionalismo, básicamente, como límite al poder del estado, como garantía del ámbito de libertad del individuo frente al poder público. Aun hoy, la razón de ser el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales se justifica desde esa perspectiva de garantía frente al poder público. La razón de ser de este hecho radica en la posición en la supremacía del poder público ocupa en sus relaciones con el individuo en cuanto titular de múltiples potestades, incluyendo el uso de la fuerza. Ahora bien no cabe duda de que la libertad del individuo, sus derechos fundamentales, pueden ser alterados no solo por ese poder público, sino también por otras personas no investidas de potestad pública alguna; así, por ejemplo, tal vulneración de la inviolabilidad de domicilio es un registro ilegal por parte de la policía como el que pueda desarrollar cualquier otra persona, pero, es más, en ocasiones también entes no públicos se sitúan frente al individuo, en una clara posición de supremacía. Piénsese, por ejemplo, en la acción de grandes empresas en el terreno mercantil, en los grandes grupos en el campo de la comunicación, o en la relación entre empresario y el trabajador en el mundo laboral.”²³³

Asimismo existen algunos límites al utilizar la ponderación, “Los límites normativos de la ponderación se refieren a la limitación argumentativa del procedimiento ponderativo para determinar con seguridad si la medida limitativa que restringe un derecho fundamental está confiada o no a la discrecionalidad del legislador. Es decir, la ponderación no podría determinar si la limitación al derecho fundamental cae o no dentro de la competencia del legislador. La causa de esta incertidumbre puede radicar en la falta de seguridad que el juez tenga sobre las premisas normativas (es decir, argumentos basados en principios jurídicos). Esto implica necesariamente que el juez debe de reconocer un ámbito de discrecionalidad al legislador en todo aquello que no pueda llegar a determinar. Este reconocimiento de la discrecionalidad legislativa por parte del juez constituye el límite normativo de la ponderación. “Se trata de un margen de acción epistémico de naturaleza normativa, cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más

²³³PEREZ tremps, Pablo derecho constitucional Volumen 1 el ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos, Tyrant lo Brancha, España, 2010, Pag.128-129.

apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, y se reconoce que el legislador dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión según su propia valoración”²³⁴

Haciendo un resumen el abogado PORTOCARRERO QUISPE²³⁵, en su trabajo de investigación, señala que la problemática que sí está unida intrínsecamente con la ponderación y que sus críticos pasan por alto, es decir, los límites de la ponderación. Dichos límites se derivan del problema de los límites del conocimiento humano y de la posibilidad de elaborar juicios prácticos sobre lo que está ordenado, prohibido y permitido. Dichos límites demarcan las fronteras de la ponderación, así como, constituyen el límite de su racionalidad. Estos límites se basan a su vez en el denominado problema de la divergencia. El problema de la divergencia “aparece cuando son inciertos los conocimientos acerca de lo que está ordenado, prohibido o confiado a la discrecionalidad del Legislador por los derechos fundamentales”. Dicha incertidumbre puede deberse a la falta de certeza de las premisas empíricas o de las premisas normativas. El problema de la divergencia viene a ser entonces la falta de correspondencia entre lo que es (supuesto ontológico) y lo que se puede llegar a conocer razonablemente (supuesto epistemológico). El problema de la divergencia se suscita cuando el Tribunal Constitucional exige valores inferiores de corrección, por ejemplo limitarse a una exigencia de plausibilidad. Si analizamos al caso de la píldora del día siguiente, en donde el juez constitucional limitó la fundamentación de su fallo a un déficit de conocimiento empírico, es decir, vemos que el juez constitucional se limitó a exigir un grado de corrección plausible de las premisas empíricas del legislador.

Sostener que existe un ámbito de discrecionalidad cognitiva en favor del legislador, en casos en los cuales el juez constitucional no pueda determinar la certidumbre de las premisas que sustentan la norma, es atribuir una carga argumentativa en favor del mismo. Dicha carga argumentativa es solo una carga de naturaleza prima facie. En su argumentación, el juez constitucional

²³⁴ ROBERT Alex y epílogo a la teoría de los derechos fundamentales

²³⁵ PORTOCARRERO Quispe, José Alexander, en su trabajo de investigación peligros y límites de la ponderación

podrá demostrar la veracidad o falsedad de las mismas respecto del caso concreto. De esta manera se podría determinar que las premisas del legislador son falsas y declarar la inconstitucionalidad de la norma, o por el contrario, confirmar su veracidad, darla por constitucional y declarar por improcedente la demanda de inconstitucionalidad.

Este fenómeno puede ser identificado por ejemplo en la limitación a los derechos fundamentales. En efecto, siguiendo la teoría relativa de los límites a los derechos fundamentales, el ámbito de protección del derecho fundamental que se logra a través del test de proporcionalidad, no coincide, en la mayoría de los casos, con el contenido prima facie establecido por la Constitución. “La amplitud del análisis jurisprudencial es superado por la amplitud del derecho fundamental en su integridad. El Tribunal Constitucional no protege la totalidad del derecho fundamental. Dado que, desde éste punto de vista, la amplitud del derecho fundamental y la amplitud de la protección del mismo no coinciden, se puede hablar de la existencia de una solución en función de la divergencia”.

Con esto se demuestra que el problema de la divergencia juega un papel importante en la determinación no solo del grado de afectación de un derecho fundamental, sino también en el grado de control que tendrá el juez constitucional sobre las normas acusadas de inconstitucionales.

Los límites epistémicos de la ponderación pueden ser de dos clases: límites epistémicos de carácter normativo y límites epistémicos de carácter empírico.

Ambos límites se derivan a su vez del problema de la divergencia y constituyen argumentos para el reconocimiento de la discrecionalidad del legislador en casos en que la ponderación no sea suficiente para la resolución de un determinado caso.

3. TEST DE PROPORCIONALIDAD

CARLOS BERNAL, señala que “El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece con frecuencia en las decisiones de los tribunales constitucionales europeos y también en las de nuestra corte

constitucional. La utilización de este principio contribuye de manera determinante a dar fundamentos a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afectan los derechos fundamentales.²³⁶

La proporcionalidad se ha justificado su aplicación apelando al valor justicia, al principio del estado de derecho; a la dignidad de la persona y, con más frecuencia, a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.²³⁷

Según CARLOS BERNAL²³⁸, el principio de proporcionalidad se compone de tres reglas las cuales se deben observar como son las siguientes:

- a) Idoneidad: según este sub principio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.
- b) Necesidad: según este sub principio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objeto perseguido.
- c) Proporcionalidad en sentido estricto: según este sub principio, toda intervención, en el derecho fundamental debe estar en una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otras palabras las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

²³⁶ BERNAL pulido, Carlos, El derecho de los derechos, universidad externado de Colombia, 1Ra edi, 2005, Colombia, pag 66.

²³⁷ CIANCIARDO, Juan, El Principio De Razonabilidad, Editorial Albacao De Rodolfo Depalma, 1ra Edi, 2004, Argentina, Pag.55

²³⁸ BERNAL Pulido, Carlos, Ob cit, pag 67

A modo de ejemplo para entender la utilización del principio de proporcionalidad citaremos un caso resuelto por nuestro tribunal constitucional, para ello copiaremos el resumen y análisis efectuado por PORTOCARRERO QUISPE:²³⁹

“El Tribunal Constitucional evalúa el recurso extraordinario de Habeas Corpus interpuesto por la señora Magaly Jesús Medina Vela y el señor Ney Guerrero Orellana contra los Magistrados miembros de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, quienes expedieron la resolución en el Recurso de Nulidad N.º 3301-04, de fecha 28 de abril de 2005, en la cual se declara no haber nulidad en la sentencia de fecha 4 de junio de 2004, la misma que condena a los demandantes a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el término de tres años, por la comisión del delito contra la libertad–violación de la intimidad. Los recurrentes sostienen que se ha violado su derecho a la libertad personal por haberseles negado tutela procesal efectiva pues se estaría vulnerando su derecho a la probanza y a la defensa. Los recurrentes fueron sentenciados a causa de la propalación, en un programa televisivo, de imágenes explícitas que mostraban a una persona manteniendo relaciones sexuales presuntamente ejerciendo la prostitución clandestina. El programa de televisión “Magaly TV”, emitió el 31 de enero de 2000 un video editado que contenía imágenes que revelaban datos íntimos de doña Mónica Adaro Rueda, y se le apreciaba manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino, identificado posteriormente como don Eduardo Martín Arancibia Guevara. Tal reportaje fue anunciado como ‘Las Prostivedettes’, y fue difundido a través de un canal de televisión de señal abierta. El Tribunal Constitucional luego de dilucidar si existía o no una restricción al derecho a la tutela procesal efectiva de los recurrentes, determina que tal restricción sí existe, teniéndose que determinar si la restricción es constitucional. Para ello hace uso del test de “racionalidad” y sus tres sub principios: sub principio de adecuación o idoneidad, sub principio de necesidad y sub principio de ponderación. Los bienes jurídicos que el

²³⁹ PORTACARRERO Quispe, Jose ob cit110-114

Tribunal Constitucional pone en liza son: el derecho a la información y el derecho a la vida privada. Luego de aplicar el test de racionalidad y sus tres sub principios determina que el derecho a la intimidad ha sido vulnerado y por lo tanto declara infundada la supuesta violación al derecho a la defensa”.

Este principio que para algunos tratadistas tiene la misma finalidad que la ponderación y otros que es su medio procedimental cuenta con algunos límites a tomar en cuenta:

Los límites normativos de la ponderación se refieren a la limitación argumentativa del procedimiento ponderativo para determinar con seguridad si la medida limitativa que restringe un derecho fundamental está confiada o no a la discrecionalidad del legislador. Es decir, la ponderación no podría determinar si la limitación al derecho fundamental cae o no dentro de la competencia del legislador. La causa de esta incertidumbre puede radicar en la falta de seguridad que el juez tenga sobre las premisas normativas (es decir, argumentos basados en principios jurídicos). Esto implica necesariamente que el juez debe de reconocer un ámbito de discrecionalidad al legislador en todo aquello que no pueda llegar a determinar. Este reconocimiento de la discrecionalidad legislativa por parte del juez constituye el límite normativo de la ponderación. “Se trata de un margen de acción epistémico de naturaleza normativa, cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, y se reconoce que el legislador dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión según su propia valoración.²⁴⁰

- a) La inseguridad normativa: Los límites normativos aparecen cuando no se puede llegar a elaborar con seguridad, a través de la ponderación, juicios prácticos sobre aquello que el texto normativo, en nuestro caso la Constitución, establece. “El caso más representativo en que este fenómeno [la inseguridad normativa] se presenta en el ámbito de los

²⁴⁰ IBIDEM Robert alexy 547-548

derechos fundamentales es la inseguridad para llevar a cabo la Ponderación”.²⁴¹

Es decir, el juez no puede determinar con seguridad que es aquello que la Constitución manda, prohíbe o permite al legislador.

Es importante mencionar que los modelos de reconstrucción de la ponderación en consideración de la inseguridad de las premisas normativas, es un ámbito aun no resuelto en la doctrina de la ponderación y es terreno fértil para innumerables clasificaciones y definiciones. Nosotros asumiremos la tesis que sostiene que la inseguridad respecto de las premisas normativas no puede ser resuelta por el juez constitucional, dado que existe un principio formal que exige que las decisiones del legislador sean respetadas en la mayor medida posible, en función de las circunstancias fácticas y jurídicas.²⁴²

Esto significa que el juez constitucional está sujeto a una carga argumentativa a favor del legislador. Cuando exista inseguridad sobre si una norma es aplicable a un caso concreto o si la norma implica una afectación de un derecho fundamental no prevista en el ordenamiento jurídico, etc., el juez constitucional no podrá, en función a estas premisas, ni declarar inconstitucional la norma, ni, en observancia a principios como la conservación de la ley y la interpretación conforme a la Constitución, introducir cambios en el tenor o sentido de la norma. Un ejemplo de inseguridad normativa sería el caso de no poder determinar si cierto grupo de personas está sujeto o no a determinada normatividad. Este es el caso del despido. Se trataba de si era posible exonerar a las fábricas con menos de cinco trabajadores, de las condiciones de despido en general que eran relativamente estrictas, de modo que el empleador pudiera gozar del régimen más flexible para el despido ofrecido por la legislación civil.²⁴³

²⁴¹ Obcit. Robert Aley 558

²⁴² Seikeman ver en

<http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20Principios,%20ponderacion,%20y%20la%20separacion.pdf>

²⁴³ DOWRKIN Ronald, los derechos en serio, Ariel derecho, 1977, España, Pag.189-190

En este ejemplo vemos que colisionan el derecho al trabajo que tiene el trabajador y el derecho a la libertad contractual que tiene el empleador.

- b) Principios formales: El principio formal, es mandato de optimización de carácter prima facie, es decir, que podrá ser contradicho por razones que sean suficientes para hacerlo. Como principio prima facie podrá ser cumplido en determinados grados. Sin embargo, a diferencia de los principios materiales o sustanciales como por ejemplo los derechos fundamentales, el principio formal no forma parte, al menos no directamente, de la ponderación.

El concepto de principio formal no es nuevo, el propio AILEY²⁴⁴ destaca su importancia dentro de su reconstrucción teórica de los derechos fundamentales. En la actualidad el concepto de principio formal ha cobrado importancia no sólo en la intensa polémica acerca de la determinación del margen de decisión legislativa y la dimensión del control constitucional sobre el legislador, sino también debido a las críticas que la teoría de los principios ha recibido por parte de sus detractores, los cuales, basándose en clásicas críticas al concepto de Constitución como orden fundamental, sostienen que la presencia de derechos fundamentales, con carácter de principio, amenazan el orden constitucional democrático del Estado moderno.

4. LA PROPORCIONALIDAD Y LA COLISION DE DERECHO EN LAS RELACIONES LABORALES.

La incursión de los derechos fundamentales del trabajador en las relaciones laborales genera situaciones donde su ejercicio puede entrar

²⁴⁴ OBCIT. ROBERT AILEY pag. 560

en conflicto con las posiciones ideológicas del empleador y su derecho de poder de dirección.

Dicha situación viene siendo discutida recientemente en la doctrina laboral como una colisión de derechos fundamentales, en tal sentido debe ser resuelta como se viene proponiendo con la ponderación, como un método de equivalencia de derechos fundamentales.

Como se dirá, en una síntesis de buena parte de la literatura jurídica en la Materia: “la configuración de este conflicto como una colisión entre derechos de rango constitucional suministra ya los criterios que han de manejarse para su solución y que se sustancian en una ponderación entre ellos a través del principio de proporcionalidad.”²⁴⁵

En tal sentido son quizá los derechos inespecíficos los que entran en colisión, por cuanto por su propia naturaleza son derechos fundamentales, que entran en conflicto, en las relaciones laborales justamente por las nuevas tendencias sociales y tecnológicas.

A modo de conclusión se puede verificar que en las relaciones laborales en la actualidad no solamente se discuten derechos que puedan pactarse en el contrato de trabajo, si no también aquellos derechos que se generen de un convenio colectivo, pero esto no debe ser limitativo, por cuanto en el seno de las relaciones internas laborales internas se puede generar derechos fundamentales generales que afectan a un conjunto de trabajadores, pero también se pueden generar derechos laborales específicos a un grupo de trabajadores.

Es así que una solución del conflicto laboral en la actualidad por lo general es a nivel judicial y/o administrativo, aplicando la normatividad jurídica laboral vigente a la fecha de que suceda el conflicto, pero también cabe la posibilidad que algún órgano jurisdiccional pueda aplicar las fuentes del

²⁴⁵UGARTE catalogo, Jose Luis, La Colisión De Derechos Fundamentales En El Contrato De Trabajo Y El Principio De Proporcionalidad.

derecho para solucionar algún conflicto entre los sujetos laborales. También se debe tener en cuenta que en las relaciones laborales cuando existen conflictos colectivos se discuten mediante la conciliación, huelga o negociación arbitral, donde se podría aplicar la ponderación a modo de solucionar conflictos.

En una relación laboral regida por el derecho privado se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros.

Dicha obligación de respeto de derechos humanos no solamente debe ser aplicada entre particulares, si no en todas las relaciones que pueda desempeñar un ser humano, por cuanto está claro que un trabajador no deja guardado en la gaveta sus derechos fundamentales, sino que lo acompañan en todo el trascurso de su vida, las ideologías empresariales tienen que entender que no pueden sobrepasar los derechos del trabajador, es un límite que la constitución otorga.

De este modo, circundan en torno al sujeto: por una parte, “los derechos específicamente laborales de que son titulares los trabajadores asalariados o empleadores en tanto que sujetos de una relación laboral” –paradigmáticamente derecho a la huelga y negociación colectiva- y por otra “los derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por sujetos de las relaciones de trabajo –los trabajadores en particular - en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenidos”²⁴⁶

²⁴⁶ PALOMEQUE, M. C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en AAVV El modelo social de la Constitución, española de 1978, pag 229.

De lo expuesto anteriormente podemos concluir que los derechos específicos de los trabajadores son aquellos regulados por ley y están garantizados por nuestra carta magna y son los conocidos como los derechos individuales o colectivos, en este tipo de derechos difícilmente exista una colisión de derechos, porque ir en contra de ellos sería una vulneración directa de derechos laborales, el problema radica en aquellos derechos inespecíficos, derechos que se van creando con el lapso de tiempo, o aquellos derechos reconocidos por la constitución que son fundamentales se ven afectados en una relación laboral, justamente porque colisionan con los derechos de los empleadores que casi siempre son específicos²⁴⁷.

Una de las cuestiones más relevantes de las nuevas tendencias laborales, es enfrentar a los nuevos paradigmas, que son justamente las nuevas tendencias empresariales y que vienen siendo reguladas, un ejemplo de ello es la regulación de la ley de seguridad en el trabajo, que hasta hace unos años este hecho era poco probable una aceptación en los fueros judiciales, del mismo modo hay derechos como ya se ha mencionado en el uso de las nuevas tecnologías.

De este modo, el conflicto nace cuando existe un abuso del poder de dirección del empleador donde el trabajador puede ejercer su derecho de resistencia, pero también puede darse el caso que colisionen derechos fundamentales entre ambos sujetos, donde no solamente el justiciable puede solucionarlo utilizando el test propuesto, sino también entre el empleador y trabajador, por cuanto la mayoría de estos derechos inespecíficos son disponibles.

En el caso de la relación laboral dichos conflictos hacen surgir relevantes preguntas: ¿cómo se resuelve el caso del trabajador que no quiere que su imagen sea captada por medios visuales mientras el empresario necesita esa imagen para publicitar su negocio o resguardar el patrimonio

²⁴⁷ *Ibidem* p 45

de la empresa? o ¿qué debe hacer el derecho con la conducta del empresario que descubre actos que dañan su propiedad, ingresando en el correo electrónico del trabajador o grabando sus conversaciones mientras trabaja?

La respuesta es obvia utilizando el test de ponderación a modo de una equivalencia de derechos, pero no hay que olvidar que también son derechos disponibles, así que también una forma de aplicación del test sugerido, es que ambas partes lleguen a un acuerdo y se vean beneficiadas, lo que se quiere es que no haya vulneración de derechos, si no solución y satisfacción evitando el abuso de poder del empleador.

De esta forma, en la actualidad por lo general los derechos fundamentales del trabajador que se discuten son las que están reguladas, dicha partida nace de la conducta del empleador que vulnera un derecho fundamental del trabajador, desde lo legal, una conducta así es calificada como ilícita, por ejemplo la falta de pago que pueda ser exigida judicialmente y administrativamente.

En consecuencia no solamente el test debe aplicarse para aquellas conductas ilícitas, de afectación de normas legales reguladas, sino también aquellas que no lo están, ello no quiere decir que en la actualidad están desamparadas ya que algunos casos han sido resueltas vía amparo, que quizá no es lo más dable, pero dicho punto no es tema de la presente investigación.

En estas situaciones, el mismo legislador efectúa al momento de redactar una ley o propuesta legislativa aplicando las fuentes de derecho para que no exista vulneración hacia particulares (reglas principios). Pero entre particulares es distinto, por cuanto se discute derechos inespecíficos donde el test no va discutir la aplicación de reglas o principios, pero esto no quiere decir su inaplicación ya que existe una misma línea derechos fundamentales en una misma condición, de ahí la colisión, pero su aplicación está en el buen sentido común, a modo de proteger los

derechos del trabajador que merece una defensa especial por su condición menos favorable.

Como se ha explicado, “nadie puede negar que serían deseables leyes ponderadas, es decir, leyes que supieran conjugar del mejor modo posible todos los principios constitucionales; y, en un sentido amplio, la ley irremediadamente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro, es decir cuando contribuye a “cerrar” lo que está “abierto” en el plano constitucional”²⁴⁸.

El cruce entre el poder de dirección del empresario y el derecho a la privacidad de los trabajadores, en lo que dice relación con el control audiovisual: “prohíbe el uso de instalaciones audiovisuales u otros dispositivos que tengan como finalidad exclusiva el control de la actividad de los trabajadores.”²⁴⁹

Ahora, bien distinto es el caso del ejercicio de una facultad, posición o conducta, ya sea el poder de mando o el poder disciplinario, o la facultad de contratar o despedir trabajadores, que pueda ser entendido como parte del ámbito protegido de un derecho fundamental del empresario – particularmente de la libertad de empresa o el derecho de propiedad-. En dicha situación, la conducta o posición jurídica del empleador que restrinja derechos fundamentales del trabajador generará una colisión o conflicto de derechos fundamentales entre las partes de la relación laboral.²⁵⁰

Para esta concepción “las conductas o situaciones que caen bajo el amparo de un derecho fundamental resultan perfectamente claras desde los enunciados constitucionales, de manera que, mediando una correcta interpretación de los mismos, podemos delimitar con absoluta precisión la suerte de nuestro caso: o estamos en presencia de un ejercicio típico del

²⁴⁸ GARCÍA-PERROTE, MERCADER, “Conflictos y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral”, en AAVV El modelo social de la Constitución español la de 1978,p 261.

²⁴⁹ FERNÁNDEZ, S. “Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra”, en AAVV El poder de la dirección del empr esario: nuevas perspectivas, La Ley, Madrid, 2005, p 86.

²⁵⁰ *Ibidem*. Pag 95

derecho o libertad y, entonces, por cierto, nada hay que ponderar ni discutir; o nos movemos por fuera del ámbito protegido por el derecho, en cuyo caso tampoco hay nada porque el asunto queda librado a la decisión libre del legislador o de otras autoridades públicas”.²⁵¹

En el ámbito laboral se ha rechazado explícitamente esta opción, ya que el principio de equivalencia de los derechos en conflicto “de entrada, ya excluye cualquier tentativa de jerarquizar derechos y, con ello, de atribuir abstractas posiciones de valor a unos derechos frente a otros. O por decirlo de manera más directa, la adjudicación a la libertad de empresa de una posición preferente y a los demás derechos fundamentales de la persona del trabajador de una posición claudicante o a la inversa, es contraria al principio de equivalencia que debe informar el juicio de ponderación.”²⁵²

De un lado, “el empresario es titular de un derecho que, en la mayor parte de los Ordenamientos positivos, con una u otra denominación (libertad de empresa, libertad económica o libertad de organización económica, por ejemplo) y de manera expresa o implícita (deducida del derecho de propiedad), tiene anclaje constitucional.”²⁵³

Por ello, el ejercicio de un derecho fundamental inespecífico del trabajador “en la empresa consiste en venir limitado por la concurrencia con otro derecho fundamental menos pleno, que no detenta el mismo valor que los de expresión, dignidad, intimidad, etc., pero que no obstante disfruta de un reconocimiento incluso mayor que los citados. En efecto, estoy hablando del derecho libertad de empresa, que en la Constitución española aparece citado en el artículo 38.”²⁵⁴

²⁵¹TOLLER, F. “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en AAVV La interpretación en la era del neoconstitucionalismo, Abaco, Buenos Aires, 2006, p 181.

²⁵² VALDÉS DAL-RE, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y el Derecho del Trabajo” pag.100

²⁵³ VALDÉS DAL-RE, F. Derechos fundamentales de la persona del trabajador y Derecho del Trabajo, pag. 97

²⁵⁴ OJEDA, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa” pag.98

En ese sentido, la libertad de empresa –como facultad positiva de dirigir la actividad empresarial- “se proyecta en el contrato de trabajo a través de las facultades y poderes que los ordenamientos reconocen al empresario, señaladamente los poderes de ordenación y especificación de las prestaciones laborales, de adaptación de la organización del trabajo a los requerimientos del mercado, de establecimiento de los medios de control y de reglas generales de conducta y disciplina laboral, dictando órdenes e instrucciones dotadas de una Eficacia real para el trabajador.²⁵⁵

El poder de dirección laboral, entonces, entendido como “aquellas facultades que, sumadas o combinadas, permiten llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta, atendiendo a los intereses constitucionalmente protegidos de quien o quienes lo han puesto en marcha”, corresponde a una calificada manifestación del derecho de libertad de empresa.²⁵⁶

Y en ese sentido, la libertad de empresa se erige como el derecho de rango fundamental que en determinados casos, entra en conflicto con los derechos fundamentales del trabajador, especialmente en su dimensión de facultad organizativa de la actividad empresarial y de dirección de la relación laboral. Ello, sin perjuicio de que otros derechos fundamentales de los que sea titular el empresario puedan concurrir en casos determinados a dicha colisión como la propiedad.²⁵⁷

Especialmente relevante, en fin, ha sido para la doctrina laboral, como ya explicamos latamente, la distinción entre derechos fundamentales del trabajador “específicamente” laborales de “que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios (o las organizaciones de representación y defensa de sus respectivos intereses) en tanto sujetos de una relación laboral (paradigmáticamente, derecho al salario, derecho

²⁵⁵ VALDÉS DAL-RE, F. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, Op. Cit., p 97.

²⁵⁶ *Ibidem*.105.

²⁵⁷ OJEDA A, A. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, Op. Cit., pg 19.

de huelga, derecho de negociación colectiva, etc.)” y los derechos fundamentales “inespecíficos” que “son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídico laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por tanto se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza jurídica de la relación en que se hacen valer”.²⁵⁸

“los derechos fundamentales inespecíficos no están en el contrato de trabajo, sino que actúan desde fuera de él en el ámbito de la empresa”. Se dice entonces, que el “trabajador lleva así a la relación laboral unos derechos, inherentes a su Persona, que son previos al contrato de trabajo que concierne y de rango superior y valor a los que en éste puedan regir y haberse acordado, pero cuyo ejercicio va a repercutir ineludiblemente en el propio contrato de trabajo y en la empresa en la que aquel se inserta”.²⁵⁹

La buena fe puede ser entendida como un límite interno de los derechos fundamentales del trabajador. Esto es, uno de aquellos límites que “provendrían de la conceptualización del contenido de los derechos, es decir, de su interior”.²⁶⁰

Se ha recalcado que “la buena fe se constituye en realidad como un límite inmanente de los derechos subjetivos de aquellas partes implicadas en la relación jurídica”²⁶¹.

La doctrina laboral lo expresa de este modo: “donde falta lealtad y buena fe debidas, hay un incumplimiento y no hay ejercicio de un derecho, ni fundamental ni ordinario; y no puede haber amparo, sino sanción”, agregando que en esos casos ejercicio abusivo y de mala fe. “ese falso derecho fundamental en realidad, incumplimiento que quiere acogerse a

²⁵⁸ PALOMEQUE, M.C. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos” en AAVV Modelo social en la Constitución española de 1978, Op. Cit., p 229

²⁵⁹ VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, Op. Cit., p 89

²⁶⁰ CIANCIARDO, J. El ejercicio regular de los derechos, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p 234.

²⁶¹ *Ibidem* pg 256

la tutela judicial y constitucional adoptando una prestigiosa vestidura - no puede obtener el amparo pretendido”²⁶².

5. LOS DERECHOS LABORALES INESPECIFICOS Y SU APLICACIÓN EN EL PERU

El Perú no es ajeno a esta realidad existen innumerables casos expuestos en la prensa de explotaciones laborales, sin ir muy lejos en el año 2016, un conocido chifa denominado el gavilán, se dio a conocer las condiciones infra humanas como vivían, es más estos trabajadores dormían en una casa conjunta en condiciones inhumanas producto de la explotación por parte de sus empleadores, mucho de estos no estaban en planillas ganaban menos del sueldo mínimo permitido, entre otros abusos, como se observa la colisión no de derechos entre los sujetos de una relación laboral no solamente se da cuando se equiparan dos derechos fundamentales, sino se da ante el abuso del empleador, por la necesidad que tiene cualquier ciudadano de trabajar para su propio sostenimiento y el de su familia, ante tal hecho surgen estos abusos que deben ser frenados, la mayoría de estos abusos se dan en los derechos inespecíficos del trabajador, que además es una nueva tendencia que se está dando en las relaciones laborales a nivel mundial.

En una entrevista al profesor CARLOS PALOMEQUE LOPEZ²⁶³ con relación a los derechos inespecíficos, al ser preguntado:

“Es muy cierto que el trabajador, en función de lo que usted manifestaba, al momento de ingresar al centro laboral no deja sus derechos de ciudadano, sino también que dentro de este puede ejercerlos. Pero ¿qué pasa por ejemplo cuando hay un choque de derechos, entre los derechos inespecíficos del trabajador como el derecho al honor, a la intimidad, a la

²⁶² MONTOYA, A. La buena fe en el Derecho del Trabajo, pag 83

²⁶³ Entrevista al profesor PALOMEQUE López Manuel Carlos, Los Derechos del Trabajador Frente a los Actuales Paradigmas productivos, Retos del derecho Laboral en la denominada Nueva Economía, en la revista Soluciones Laborales, N° 114-Junio 2017, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2017, P 13 al 19.

protección de las comunicaciones, etc., con un derecho fundamental del empleador, como la libertad de empresa? ¿Cuál sería el mecanismo de solución en este caso?

El profesor responde lo siguiente:

Bueno, la libertad de empresa no es un derecho fundamental. Es otra cosa, es una garantía institucional, no es técnicamente un derecho fundamental. Habría que hacer un diagnóstico en cada Constitución, porque varía. En general, por lo que yo sé, es una garantía institucional, es algo que impregna cuando un precepto de la Constitución dice que el sistema económico será la economía de mercado, con determinados límites, lo que está haciendo es establecer el marco en el que se ejercen los derechos. Y derivan del derecho de la garantía institucional de la libertad de empresa, los poderes empresariales que el empleador tiene en tanto que empleador y que derivan del contrato de trabajo. Entonces ahí es donde se plantea la colisión como Ud. bien decía. Cuando el ejercicio de los derechos inespecíficos, esos que ha mencionado y otros más, pueden entrar en colisión con el ejercicio legítimo, regular, del poder de dirección. En el tiempo presente la mayor parte de las cuestiones litigiosas por lo menos en el sistema judicial español y en el europeo también, me imagino que el americano y los americanos también, tienen que ver con el ejercicio de derechos constitucionales laborales. Ya no hay pleitos muy abundantes sobre elección del derecho de huelga, o de la libertad sindical, sino sobre este tipo de cuestiones. Una eventual lesión del empleador del derecho a la libertad de comunicaciones, por ejemplo, y eso ahí a la postre lo resuelven los tribunales. ¿Cuál es el criterio que se utiliza en este asunto? Primero, prevalencia de los derechos fundamentales, pues una categoría absoluta que inspira la construcción del Estado social y democrático de derecho, prevalece. Segundo, solamente cabe o cabría una restricción del derecho fundamental, como consecuencia de que se haya convertido esa práctica del empresario (que puede atentar al derecho fundamental, o no atentar, sino restringir) en una actuación indispensable, donde aparece lo que se ha llamado el juicio ponderación

o principio de proporcionalidad. El empleador pone a disposición del trabajador una herramienta informática para el cumplimiento de su prestación laboral, y el trabajador utiliza esa herramienta informática para otros fines distintos de los que le corresponde, ¿es legítimo que el empleador controle este asunto?, naturalmente. Pero cómo lo controla, ¿irrumpiendo abruptamente en el correo electrónico del trabajador? No. Aquí hay que valorar las circunstancias del caso y es lo que se llama el juicio de ponderación. Es decir, la cortes constitucionales que se han ocupado de estos temas entienden que el empresario tiene que probar que ese comportamiento, que afecta al derecho fundamental, es la única posibilidad que tiene para llevar a cabo un control de un supuesto comportamiento irregular por parte del trabajador: el trabajador en vez de estar utilizando la herramienta informática para el cumplimiento de su prestación laboral, se dedica a entrar en páginas irregulares, de asueto, de entretenimiento. Pues el empresario no puede directamente entrar en la correspondencia del trabajador para comprobarlo. No puede. Tiene que acudir a otros medios. Ese sería el último recurso. Pero no es el último recurso, caben otros muchos, que son, probablemente más costosos y más dilatorios para el empleador, para quien lo más inmediato es entrar en el correo electrónico. Pero eso no puede ser. Ahora, ¿eso significa que el empleador se quede sin la tutela del ejercicio regular de su poder de dirección que conduce al control? Pues no. Cabe la posibilidad de medios instrumentales que preserven el derecho fundamental y solo, las cortes constitucionales, la jurisprudencia constitucional, acepta una afectación del derecho cuando sea el último recurso. Cuando no quepa otra solución. Ello es lo que se llama el principio de idoneidad; el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que se construye, no es una construcción legislativa, no hay una norma que regule esto, se construye por la decisión judicial: es el juez el que tiene que ponderar las distintas circunstancias que concurren en el caso y bajo estos principios resolver. Pero, para contestar frontalmente a su pregunta, evidentemente, el día a día hay numerosos supuestos de cuestiones litigiosas que tienen que ver con una colisión del ejercicio del derecho fundamental, los derechos inespecíficos fundamentalmente, y el ejercicio regular por parte del

empresariado de sus poderes empresariales en la empresa, del poder de dirección”.

De lo expuesto anteriormente, se puede rescatar lo siguiente, ¿la libertad de empresa, puede ser considerada como derecho fundamental en nuestra legislación o es una garantía constitucional? o el problema deviene que nuestros operadores lo viene confundiendo y no saben diferenciar entre ambas, o ¿es un derecho como sujeto de derecho la libertad de empresa?.

Al respecto el TC refiere: consagrado por el artículo 59 de la constitución, el derecho a la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica auto determinativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar, consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad, o la preservación del medio ambiente, y su ejercicio deber respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la constitución reconoce²⁶⁴.

Como se observa nuestra legislación lo considera como un derecho fundamental o por lo menos constitucional, en tal sentido, consideramos que es erróneo, por cuanto este debe ser considerado como una garantía institucional, en ese sentido es probable que se evitaría los abusos por parte de los empleadores que por su poder económico que se ajusta al modelo económico legal de nuestra legislación, encuentran una justificación para hacer valer su poder de dirección hacia con los trabajadores.

²⁶⁴ STC EXP N° 7320-2005-AA F.J 53.

Ahora, bien ya hemos señalado en el capítulo anterior sobre el poder de dirección y la facultad que tiene el empleador para fiscalizar labores, es aquí donde se puede colisionar derechos o simplemente se puede ser abuso de este poder de fiscalización, al respecto en la misma entrevista el profesor PALOMEQUE LOPEZ²⁶⁵, al ser preguntado al respecto nos señala:

“Dentro de los poderes directivos del empleador hay una facultad específica, que es la facultad de fiscalización, a través del cual el empleador puede verificar si es que el trabajador está cumpliendo o no efectivamente con sus labores. En ese sentido, cuando el empleador ponga en ejercicio esta facultad, a través de la instalación de una cámara de video vigilancia por ejemplo ¿atentaría de alguna manera el derecho a la intimidad de los trabajadores si es que lo instala sin comunicarlo previamente?”

El profesor responde lo siguiente:

Sí. Podría afectar y de hecho afecta y hay pronunciamientos judiciales en muchos países en este sentido. Bueno ese sería el último recurso, como la cámara de vigilancia personal, incluso instalada en los vestuarios. No es posible ello. No, mire, voy a instalar la cámara para evitar que el trabajador se lleve a su casa cosas de la empresa, de la actividad productiva. Opte usted por otro procedimiento porque usted no puede lesionar la libertad personal del trabajador, en este caso el derecho de intimidad, el derecho a la imagen, etc., etc. Tiene usted que ejercer su fiscalización (que exactamente forma parte del poder empresarial) a través de otros medios que no sean lesivos de los derechos fundamentales, frontalmente lesivos, y en todo caso aplicando la proporcionalidad de medios. Ahora bien, si la instalación de cámaras es como consecuencia de un pacto con la representación de los trabajadores en sitios adecuados y a partir de allí hay una comprobación de un uso irregular, en la práctica laboral, el empresario podría actuar perfectamente sin problema; pero no frontalmente diciendo ahora instalo una cámara de

²⁶⁵ Entrevista al profesor PALOMEQUE López Manuel Carlos, IBIDEM P. 15

video vigilancia sin más, sin haber sido pactada, sin haber sido comunicada previamente. Eso no lo puede hacer. Ocurre en la práctica, pero hay sentencias judiciales que se pronuncian sobre estos casos donde ponen de manifiesto la ilicitud de este comportamiento, precisamente por lesivos, por afectar frontalmente los derechos fundamentales inespecíficos”.

Concordamos, con lo expuesto por el profesor, que no se puede trasgredir los derechos fundamental del trabajador a la intimidad, nótese que este derecho es inherente al ser humano por su condición de tal, y no es un derecho exclusivo como trabajador.

Es preciso adicionar lo siguiente de la entrevista del profesor PALOMEQUE LOPEZ²⁶⁶, al ser preguntado:

“¿Esta facultad fiscalizadora tiene que necesariamente estar regulada taxativamente dentro de una legislación laboral? Porque particularmente, Nuestra legislación laboral nada menciona sobre esta. ¿Cómo es el caso de España?

El profesor responde lo siguiente:

No está regulado. Es muy difícil que eso se regule por una norma. Una norma no puede atender a la casuística completa. La solución que hay en la práctica española es la solución judicial. Son los jueces los que en casos controvertidos ponderan las circunstancias, lo que se llama el juicio de ponderación y ven si ha habido acuerdo o no ha habido acuerdo, que tipo de conocimiento previo y resuelven, bajo estos principios de la proporcionalidad, de tal manera que conducen a una conclusión básica que es que solo cabría una afectación del derecho fundamental si es el último recurso, si no ha habido, si se ha podido probar que no ha habido otras posibilidades respetuosas que conduzcan al mismo fin de control, pero respetuosas de los derechos fundamentales, que son las más tediosas, las más complejas, las más costosas, pero por supuesto está en

²⁶⁶ Entrevista al profesor PALOMEQUE López Manuel Carlos, IBIDEM P 16.

juego el derecho fundamental. Pero a su pregunta, no hay en el derecho español, no creo que quepa una construcción legislativa que contemple todos los asuntos, etc., eso es un típico supuesto, la norma establece los principios claramente, juego de los derechos fundamentales, ejercicio regular del poder de dirección y las circunstancias que acompañan a un caso concreto; la resuelve en caso de controversia, la decisión judicial. Por tanto, el principio de proporcionalidad y de ponderación es una construcción judicial. Judicial al más alto nivel; es decir, forma parte de la jurisprudencia constitucional y ordinaria de los tribunales superiores, pero no se basa en la aplicación de unas reglas de solución de los conflictos, sino de los principios generales del sistema constitucional, aplicados al caso concreto y a la vista de las circunstancias particulares”.

En nuestra legislación difícilmente que se norme esta situación los casos se tiene que ver de forma particular según las los hechos acontecidos pero, tiene que ver un mecanismo de protección, al respeto MAYOR SANCHEZ²⁶⁷, nos señala lo siguiente:

“Los derechos fundamentales, que en principio son derechos públicos subjetivos a ejercer frente al Estado, despliegan además una eficacia en Las relaciones entre particulares, es decir, una eficacia frente a terceros, a particulares (que no son poderes públicos). Esto no se discute. La cuestión es si estamos ante una eficacia directa o solo ante una de carácter indirecto: es la cuestión conocida en la doctrina alemana como *Drittwirkung der Grundrechte*. Para el análisis de los problemas relativos a los derechos fundamentales, a la vista de la jurisprudencia española y de la doctrina y jurisprudencia alemana, Brage Camazano propone un método que “distingue entre el ámbito normativo del derecho fundamental, como contenido ab initio del derecho fundamental, antes de toda posible restricción; la intervención en el derecho fundamental, que se refiere a las distintas formas de interferencia o injerencia en ese ámbito inicialmente

²⁶⁷ MAYOR Sanchez Jorge Luis, Los Derechos Laborales específicos e inespecíficos y su aplicación en el derecho laboral peruano, en Soluciones Laborales N° 116-agosto 2017, editorial gaceta jurídica, Lima, 2017, P. 29-30.

protegido por el derecho; y la justificación constitucional de esa intervención. Es un método de enjuiciamiento que, en buena medida responde a la naturaleza de las cosas, al esquema regla (libertad o derecho) excepción (restricciones de la libertad o derecho), que rige en tantos aspectos o ámbitos del derecho, pero que, a nuestro modo de ver, es antes que nada un expediente técnico que facilita el examen de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales y hace más transparente dicho análisis". En materia de derechos laborales inespecíficos, uno de los inconvenientes con el que se enfrentará el trabajador al momento de su despido es el gasto que le podría generar el acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva. Para ello, el legislador ha impuesto una norma que le asegura al dependiente la posibilidad de acceder a la defensa de sus derechos en las vías administrativas y judiciales, sin desembolsar previamente suma de dinero hasta un determinado monto de Unidades de Referencia Procesal en discusión. Existe regulado en el Decreto Legislativo N° 728 que rige el régimen laboral de la actividad privada el Contrato de Trabajo, el principio que garantiza el acceso gratuito de los trabajadores o sus derechohabientes a la justicia para reclamar por sus derechos derivados de la aplicación de esta ley, normas o convenciones colectivas de trabajo; se materializa en la exención a los trabajadores del pago de la tasa de justicia. Se trata de evitar que los trabajadores resignen sus derechos por falta de recursos económicos en cualquier caso. Artículo VIII que aborda el tema del Principio de Gratuidad en el acceso a la justicia del Título Preliminar del Código Procesal Civil de 1993 y la Ley Procesal del Trabajo Ley N° 29497 en el Artículo III.- con respecto a los fundamentos del proceso laboral que regula el proceso laboral con relación al contrato de trabajo, consagra el principio de gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos que deba incoar el trabajador, o sus derecho habientes, contra el empleador; pero limitado todo hasta un tope de determinadas Unidades de Referencia Procesal. La norma se sustenta en el estado de poca suficiencia económica que, por regla general, afecta a los trabajadores dependientes y tiende garantizar la posibilidad de acceso ante los tribunales del país en concordancia con las prescripciones de

rango constitucional. Al respecto, se ha dicho que el beneficio de gratuidad se otorga independientemente de la condición patrimonial del trabajador, de sus Ingresos, de tener lo indispensable para procurarse su subsistencia, de Percibir un sueldo o salario o disponer de otros bienes. Lo resuelto se inspira en el principio protectorio y coincide con la tesis defendida por un vasto sector de la doctrina pues, por ejemplo, se afirma que la protección discernida por el legislador es tan amplia que, aun en el supuesto de que el accionante no acredite su condición de trabajador dependiente y la misma sea desconocida en el fallo judicial, deben aplicarse las prescripciones del artículo bajo estudio. Así es que podemos observar tres partes claramente diferenciadas en la norma que trata el tema que nos ocupa. La primera en donde se establece el derecho a activar procedimientos administrativos y judiciales en forma gratuita. La segunda en donde se prohíbe que el pago de costas se haga sobre su vivienda. Y la tercera en donde se solidariza al profesional actuante con el actor, cuando hay una desmedida e infundada petición ante los tribunales. Entonces, en la primera parte, lo que se intenta es asegurar el acceso a la defensa administrativa o judicial de los derechos laborales. Eso implica que, desde el reclamo en el Ministerio de Trabajo hasta la demanda judicial iniciada ante los tribunales en cualquiera de sus niveles, no pueden ser impuestos de gastos que eviten avanzar en esos procedimientos. Formular un reclamo ante una delegación de la Corte Superior del Distrito Judicial de Lima, iniciar un juicio por despido, producir la prueba ofrecida, hacer cualquier petición en ese sentido no puede ser gravado con ningún impuesto o tasa. Pero, se trata del acceso y el desarrollo de cualquier procedimiento que se dirija a la defensa de los derechos de los trabajadores. Pero eso cesa, cuando finaliza aquel con una decisión adversa al dependiente. Eso aparece indicado en el segundo párrafo del artículo invocado. Previamente a la etapa judicial se produce un intercambio comunicativo, que como se ha mencionado tiene el carácter de gratuito para el trabajador y culminado el mismo existe un proceso de conciliación obligatoria. La Ley N° 26872 creó la Conciliación Extrajudicial empleada incluso en el rubro laboral obligatoria en lo que en la actualidad es el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Ante

este organismo, de instancia administrativa, se dirimen con carácter obligatorio y previo al inicio de la demanda judicial, todos los reclamos individuales y colectivos que versen sobre conflictos de derecho correspondientes a la competencia de los diversos juzgados y salas laborales de cualquier distrito judicial del país”.

Finalmente, el principio propuesto sería de utilidad para evitar vulneración de derechos fundamentales, en una relación de trabajo, debido a las últimas tendencias laborales.



CAPITULO V: ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

LA PONDERACIÓN COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE EQUILIBRIO DE DERECHOS LABORALES ENTRE EL EMPLEADOR Y TRABAJADOR.

El presente capítulo, titulado La ponderación como medio de solución de equilibrio de derechos laborales entre el empleador y trabajador, concentra el análisis y exposición de los resultados de la presente investigación, en la que se han aplicado los mismos instrumentos establecidos en el proyecto de investigación, según lo exponemos en el cuadro Nro. 1; para lo cual hemos dividido el presente capítulo en dos partes, en la primera parte, expondremos los resultados del análisis de la variable independiente; La ponderación como medio de solución de equilibrio, y sus indicadores, en la que se han aplicado los instrumentos citados en el proyecto de investigación, a saber: Fichas bibliográficas, hemerográficas, informatográficas y entrevista abierta aplicadas a las unidades de estudio, constituidas por la opinión de destacados juristas especialistas en Derecho Laboral, revisión documentaria de la doctrina nacional e internacional, jurisprudencia constitucional y laboral, y la legislación vinculada al tema materia de investigación;

En la segunda parte del presente capítulo, expondremos en base al resultado extraído del análisis de la variable independiente, el resultado del análisis de la variable dependiente; de derechos laborales entre el empleador y trabajador, y sus indicadores, aplicándose para la citada variable y sus indicadores, únicamente la técnica de revisión documental a las unidades de estudio constituida por la doctrina nacional e internacional, la jurisprudencia laboral y las

situaciones en que podrían entrar en conflicto los derechos laborales del trabajador y empleador, a efecto podamos comprobar la hipótesis planteada en la presente investigación.

CUADRO NRO. 1: DE LAS TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

| VARIABLES | Indicadores | Sub- indicadores | Técnica | Instrumento |
|--|--|---|------------------------------------|---|
| <u>Variable Independiente</u> La ponderación como medio de solución de equilibrio | Ponderación | Ponderación Ponderación judicial y administrativa Ponderación en la relación laboral | Revisión Documental Entrevistas | Fichas: Bibliográficas Hemerográficas Informatográficas Formato de Entrevista (Abierta) |
| | Medios de solución de conflictos laborales | Tes de soluciones laborales Colisión de derechos laborales | Revisión Documental | Fichas: Bibliográficas Hemerográficas Informatográficas |
| <u>Variable Dependiente</u> De derechos laborales entre el empleador y trabajador | Derechos laborales | Derechos fundamentales laborales Derechos laborales e específicos inespecíficos | Revisión Documental | Fichas: Bibliográficas Hemerográficas Informatográficas |
| | Sujetos en la relación laboral | Empleador Trabajador Relaciones laborales Derechos y obligaciones | Revisión Documental | Fichas: Bibliográficas Hemerográficas Informatográficas |
| | Contrato de trabajo | Contrato de trabajo a tiempo indeterminado Modalidades de contratación laboral Modalidades formativas laborales | Revisión Documental | Fichas: Bibliográficas Hemerográficas Informatográficas |

FUENTE: Constitución Política del Perú, Decreto legislativo N° 728, Ley de Productividad Y competitividad Laboral y reglamento, Texto único ordenado de la ley de relaciones colectivas de trabajo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR

ELABORACIÓN: Propia

Así para corroborar la hipótesis planteada en nuestro proyecto de investigación, la cual pasamos a detallar:

- *PRINCIPIOS*

Teniendo en cuenta que:

1. *Teniendo en cuenta la vinculación del empleador a los derechos fundamentales de la persona del trabajador, el cual significa que el empleador no puede interferir en los derechos del trabajador en su libre ejercicio, existiendo una problemática con la realidad ya que la operatividad de algunos derechos del trabajador se ve afectado en la relación laboral*
2. *Además que en la realidad no existe una neutralidad de la actuación del empresario, respecto de los derechos fundamentales del trabajadores, que permita facilitar y no alterar el libre ejercicio de los derechos fundamentales*
3. *En nuestra realidad social y económica es crítico el problema de los límites del poder de dirección que tiene el empleador, debido a la falta de regulación y debido a la falta fuentes de trabajo.*

- *PLANTEAMIENTO HIPOETICO*

Es probable que la utilización de ponderación de derechos laborales, sea una solución a la vulneración de derechos laborales en las relaciones de trabajo y conseguir una rápida solución a los conflictos laborales.

Formulamos nuestros objetivos, a saber:

1. Determinar si la aplicación de la ponderación de derechos laborales podrá ser un medio de solución de conflictos laborales entre el empleador y trabajador.
2. Identificar si en la colisión de derechos laborales es posible aplicar la ponderación como medio de solución de conflictos laborales.

3. Determinar las condiciones jurídicas laborales entre el empleador y trabajador.
4. Identificar si se colisionan los derechos fundamentales laborales entre el empleador y trabajador.
5. Determinar si en los centros de trabajo se están vulnerando derechos laborales, producto a una colisión de derechos laborales

En consecuencia, los resultados a los que se ha arribado en la presente investigación serán expuestos conforme a los objetivos planteados, analizándose el resultado del análisis de los tres primeros objetivos en la primera parte del presente capítulo y de los tres últimos en la segunda parte del presente capítulo; recalcando que el carácter de la presente investigación es doctrinaria, en cuyo sentido los resultados surgen del análisis y contraste de la ponderación como medio de solución de equilibrio de derechos laborales entre el empleador y trabajador.

1. PRIMERA PARTE: Análisis de resultados de la Variable Independiente: La ponderación como medio de solución de equilibrio:

1.1. Resultados del primer objetivo; Determinar si la aplicación de la ponderación de derechos laborales podrá ser un medio de solución de conflictos laborales entre el empleador y trabajador:

Al respecto debemos mencionar que si bien es cierto la ponderación es un principio del derecho, aplicado estrictamente en caso de colisión de derechos laborales en temas judiciales, y también es aplicado cuando exista conflictos entre leyes, consideramos que también puede ser aplicado en situaciones de relaciones laborales directamente entre

el empleador y trabajador, por cuanto como ya se mencionó en el cuarto capítulo de la presente investigación, ponderar significa, **“La atribución o valor de dos intereses o derechos que sufren un conflicto en un caso especial, para ver cual de los dos intereses contrapuesto es el que debe prevalecer, en nuestra legislación no se ha desarrollado este tema por nuestros órganos jurisdiccionales, pero no obstante a ello se puede ver en la realidad que existen evidentes casos de conflictos de derechos, por lo que se hace necesario que la ponderación sea un mecanismo de solución de conflictos laborales de colisión de derechos”**, en tal sentido, este puede ser aplicado entre particulares, es decir en una relación laboral, por cuanto no todos los conflictos laborales necesariamente tienen que ser resueltos en una entidad judicial y administrativa, sino simplemente haciendo una concesión entre los sujetos de la relación laboral, así las partes aplican este principio y ponderan sus derechos, siempre y cuando estos sean de libre disposición, no obstante va existir situaciones que necesariamente van a tener que ser resueltas por alguna autoridad judicial o administrativa.

Para ello, vamos a poner ejemplo dos situaciones:

- a) El empleador quiere promocionar su marca empresarial con los trabajadores de la empresa para obtener un lucro, y mientras tanto el trabajador podría optar por no aceptar participar en el comercial por no considerarlo necesario, ante tal hecho el empleador estaría

obligado a respetar tal decisión y no condicionar al trabajador, porque esta sería una actividad extra laboral, asimismo el trabajador podría acceder a la propuesta del trabajador no antes ser merecedor de una contraprestación por sus servicios adicionales, ahora bien existe abuso de poder de dirección cuando el empleador vulnera los derechos del trabajador relacionados a su dignidad como por ejemplo el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones, o el derecho a no seguir la ideología con que pudiera contar el empleador.

Análisis: a efecto, corroborar el presente objetivo sobre la viabilidad de aplicar la ponderación como medio de solución de conflictos, el presente ejemplo, pone dos derechos en contraposición, uno el derecho del empleador de imponer trabajo (poder de dirección) y por otro lado el derecho de resistencia del trabajador, su facultada de decir no, ante una situación que le considere afectado su derecho, aplicando el principio propuesto, y siendo este un derecho disponible (ejemplo propuesto), ambos sujetos, podrían llegar a un acuerdo, es decir, celebrar un convenio donde ambas partes se vean beneficiadas, podría ser que el trabajador obtenga un lucro por el comercial y de otra parte el empleador podrá hacer su publicidad con normalidad, otra opción es que sea a título gratuito por ser un derecho disponible, o simplemente no llegar a un acuerdo y el empleador tendrá que respetar dicha decisión.

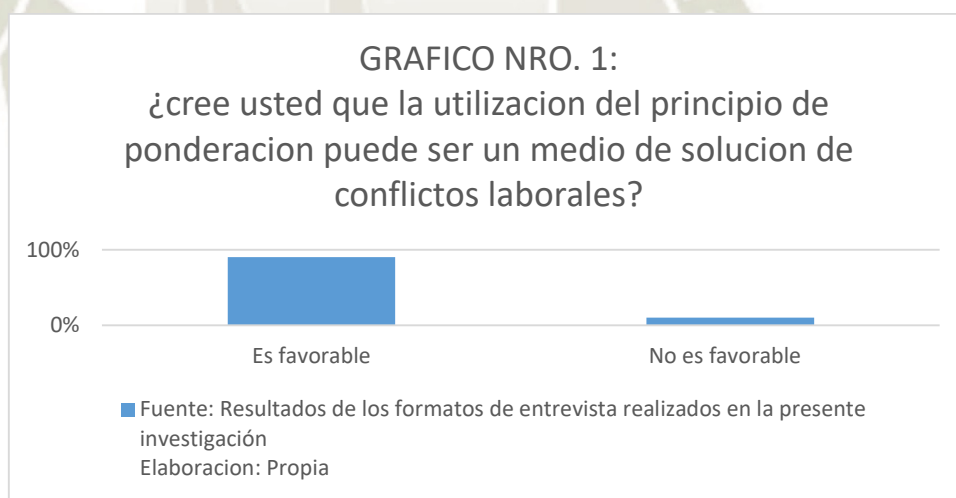
b) El empleador independientemente sea persona natural o jurídica, goza de un poder de dirección, goza de la facultad de dar trabajo y poder disciplinario, en tal sentido, dichas facultades son dirigidas por persona naturales, por lo general los dueños de dicha actividad empresarial, los cuales tienen creencias religiosas y algunas veces extremistas, en el sentido de que ese ideal se pretende ser impuesto, disfrazado u oculto en las facultades del poder de dirección, y es donde existe la contraposición de derechos, por cuanto es probable que el trabajador no comparta con alguna determinada creencia religiosa.

Análisis: al respecto conforme ya se expresó en el tercer capítulo de la presente investigación la libertad ideológica es un derecho fundamental , y el poder de dirección no puede sobrepasar este derecho del trabajador, por cuanto no solo afectaría el derecho a una creencia religiosa, si no también sería un acto de discriminación, en tal sentido este principio ayuda a que se pondere los derechos del trabajador en su beneficio.

Revisada la información doctrinaria y jurisprudencial que concatenada con la entrevista realizada a connotados abogados de la especialidad en Derecho Laboral, según detallamos en el grafico Nro. 1, a la pregunta; A su criterio ¿Cree usted que la utilización de principio de ponderación puede ser un medio de solución de conflictos laborales?, el 90%²⁶⁸ de los entrevistados manifestaron que la

²⁶⁸ Pregunta número 5 (cinco) del formato de entrevista abierta aplicada en la presente investigación

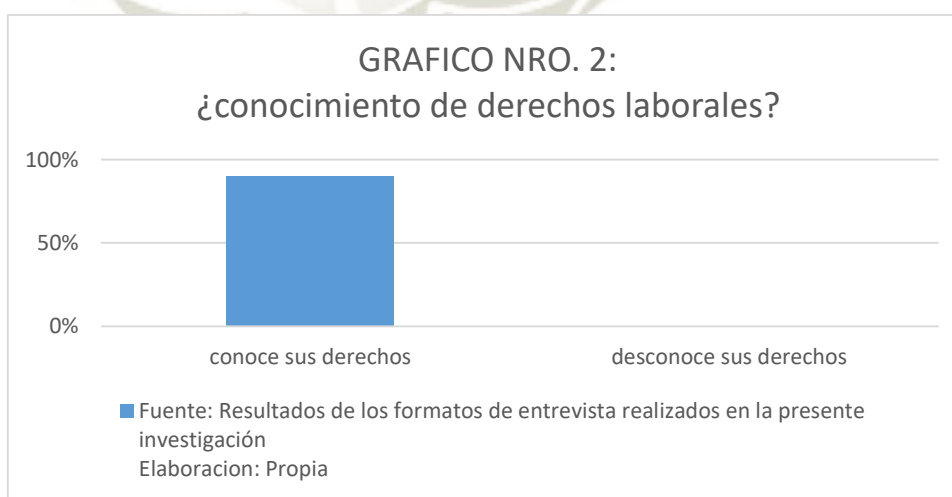
utilización sería positiva, por cuanto las relaciones laborales viene evolucionando y existen nuevas tendencias ideológicas, tecnológicas, y se van generando nuevas situaciones a ser resueltos el 10% de los entrevistados, no está seguro por cuanto las situaciones laborales pueden ser resueltas con los mecanismos ordinarios judiciales ya existentes, acción de amparo en donde se estarían resolviendo derechos inespecíficos del trabajador y acción ordinaria la afectación directa de los derechos laborales, donde los justiciables resuelven con el derecho común.



1.2. Resultados del segundo objetivo: Identificar si en la colisión de derechos laborales es posible aplicar la ponderación como medio de solución de conflictos laborales.

Analizada las unidades de estudio, legislación, jurisprudencia y Doctrina nacional e internacional, concatenada con el resultado de la entrevista abierta, en base a la pregunta número 5 del cuestionario, la misma que solo se aplicó a 18 de los 20 entrevistados, pues son los que consideraron que continuamente viene siendo afectados en sus derechos laborales; ¿conoce usted sus derechos laborales?, el 100% de entrevistados en dicha pregunta, concluyo que no.

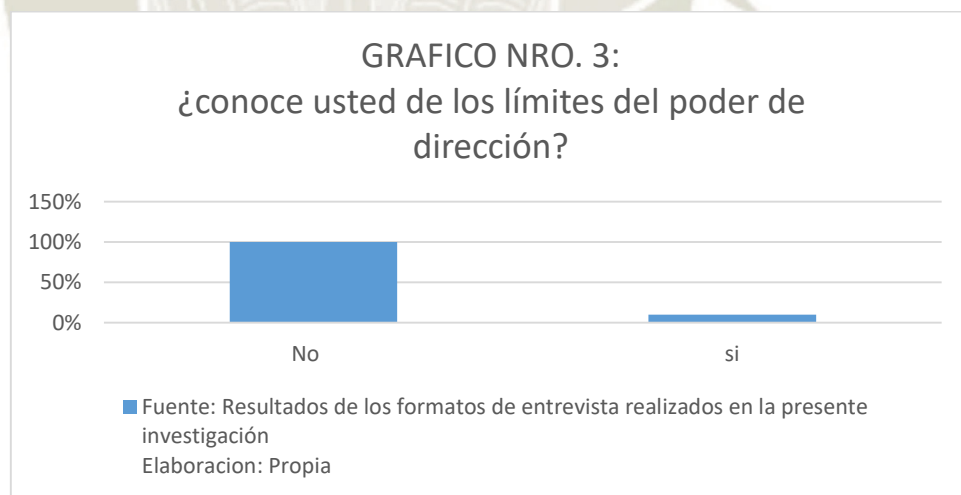
Ahora bien, debemos anotar que en las relaciones laborales actuales los trabajadores no conocen sus derechos laborales o por lo menos no conocen al 100% sus derechos laborales, lo cual dificulta que el trabajador ejerce su derecho de resistencia ante un afectación de su derecho, máxime cuando exista colisión de derechos laborales, donde el trabajador en la mayoría de veces accede a las peticiones del empleador para salvaguardar su empleo, en tal sentido si los trabajadores conocieran sus derechos y la aplicación de este principio podrían ejercer sus derechos con la seguridad debida, a efecto de ilustrar lo anterior, se detalla los siguientes datos en el siguiente grafico N° 2 .



1.3. Resultados del tercer objetivo: Determinar las condiciones jurídicos laborales entre el empleador y trabajador:

Determinado el primer y segundo objetivo, en el sentido colisión de derechos laborales entre los sujetos de una relación laboral y un medio de solución de conflictos que es la ponderación a medio de propuesta, procedimos a aplicar al presente análisis el resultado de la pregunta 7 (siete) de la entrevista abierta realizada, a saber: ¿ cuál es tu percepción sobre el incremento de conflictos laborales en el Perú?, pregunta que se aplicó solo a 9 de los entrevistados, los cuales al unísono concluyeron que los incrementos de los conflictos laborales obedecen a las nuevas tecnologías laborales, creación de nuevos derechos laborales, nuevas tendencias económicas, ideologías laborales, el poder económico del empleador el abuso del poder de dirección del empleador y las condiciones de trabajo, resultados de la entrevista que al ser concatenada con los otros instrumentos y unidades de estudio, concluimos que en la actualidad las condiciones jurídicos laborales se vienen incrementando con el pasar del tiempo, a los motivos ya expuestos líneas arriba, y este escenario no es ajena a nuestro país, por cuanto el Perú ha venido evolucionado con el tiempo, consideramos que las mejoras se dieron en el 2001 con la sentencia conocida del caso Telefónica Vs el Sindicato de trabajadores de Telefónica, donde se reconoció por primera vez una reposición laboral, la creación de una entidad administrativa que vea por el cumplimiento de la normatividad laboral, pero ello no basta por cuanto en la actualidad se ve nuevas tendencias como ideologías empresariales, imposiciones del empleador, colisión de derechos entre los sujetos de una relación laboral, que afectan las condiciones de trabajo.

Resultados de la investigación extraída del análisis doctrinario y jurisprudencial de la condiciones jurídico laborales entre el empleador y trabajador, así como de la legislación de la materia, análisis que concatenado con el resultado de la entrevista abierta, a la pregunta número 1, ¿conoce usted de los límites del poder de dirección?, el 100% de entrevistados se ha manifestado en el sentido que no los conoce en su totalidad por cuanto la rama del derecho laboral en el tiempo va evolucionando y se va generando nueva normatividad, además que el poder de dirección es una facultad del empleador que muchas veces es reglamentada en un reglamento interno de trabajo, se van generando nuevas modalidades de empleo y creando actividades económicas nuevas que hace difícil conocer los límites del poder de dirección en su totalidad, pero la mayoría de entrevistados conoce la base legal que limita este poder de dirección, como se detalla en el grafico 3.



Así, analizada la doctrina laboral y los fundamentos propios de las relaciones laborales, es probable que justamente la falta de regulación de condiciones de trabajo, es decir los límites que tiene el empleador para ejercer su derecho de poder de dirección, que es la facultad del empleador para modificar las

condiciones de las prestaciones de trabajo, y siendo este un poder privado de la libertad de empresa, es donde surge el conflicto entre el empleador y trabajador, de dos índoles una afectación directa que es cuando se da, en los casos que el empleador vulnere un derecho del trabajador ya legislado, como por ejemplo la remuneración, donde su solución sería la vía ordinaria y una segunda a lo que se viene investigando estos derechos ya sean específicos o inespecíficos, donde se genere un conflicto de contraposiciones de voluntades o intereses, siendo así el principio propuesto podría ser un mecanismo de alivio a lo que no está regulado en la actualidad.

A modo de concluir el presente análisis del presente objetivo, se presenta el siguiente testimonio:

Soy, trabajadora de una clínica de salud, bajo el régimen del DL 728, desde hace dos años continuos, a plazo determinado, con una remuneración de S/. 850.00 nuevos soles (sueldo mínimo a la fecha del presente testimonio), mis funciones son de técnica en enfermería, en el área ocupacional (tópico), siendo mi horario de trabajo de 7am a 1 pm de lunes a sábado, en cuanto a mi relación laboral con hacía mis compañeros de trabajo, es normal, pero el problema es con el gerente de la clínica, quien es el dueño único de la empresa, por cuanto es una persona abusiva con sus empleados, si bien es cierto con relación a los pagos es oportuna, es decir en la fecha, pero el trato que él tiene hacía con los demás es despectivo, por cuanto pertenece a una religión no católica, que dentro de sus creencias es que la mujer no sirve para realizar actividades económicas o ser la que maneje una familia, que su función es estar alado del marido de una forma sumisa, dicho pensamiento es transmitido en el trabajo, por cuanto

constantemente está supervisando nuestras labores como trabajadoras, ya que en su mayoría del personal asistencia y ocupacional es mujer, y cuando se comete un error o no se avanza en el ritmo que él desea, nos grita “que no servimos para nada” entre otras palabras soeces y denigrantes, y la razón por la cual la mayoría no renuncia es porque en la actualidad, es difícil conseguir empleo y en planillas, ya que en otras empresas son informales, además tengo una hija de 5 años a que alimentar y es la razón por la cual sigo laborando en esta empresa, además tengo la esperanza de quedarme a que permanentemente al cumplir los 5 años de trabajo.

Comentario: como se advierte del presente testimonio muchas veces hay trabajadores que se someten a sus empleadores, por necesidad, ya que la informalidad laboral es grande en el Perú, este punto no es materia de investigación pero si lo siguiente:

- Los derechos laborales como a la no discriminación, el derecho a la libertad ideológica, son derecho fundamentales de la persona, que no de dejan de lado al momento de ingresar al puesto de trabajo, si no que permanecen con el trabajador, por su condición de tal, ser sujeto de derecho.
- El desconocimiento de los derechos laborales por parte de los trabajadores en el país, es grande, por cuanto del presente testimonio el trabajador podría optar, por ponerle un freno a los malos tratos, sin que se condiciones su situación laboral, pero también podría quizá hasta desnaturalizar el contrato de trabajo por ser una labor de carácter permanente que va con el rubro de la empresa

- Finalmente, se observa una colisión de derechos el derecho de resistencia con el derecho del empleador de fiscalización

2. SEGUNDA PARTE: Análisis de la variable dependiente; De derechos laborales entre el empleador y trabajador:

2.1. Análisis de cuarto objetivo; identificar si se colisionan los derechos fundamentales laborales entre el empleador y trabajador:

Del análisis de las unidades de estudio y resultados expuestos en la primera parte del presente capítulo y al haberse establecido en los capítulos teóricos de la presente investigación es preciso comprobar en los casos que existe colisión de derechos laborales entre el empleador y trabajador, haciendo la precisión que solamente se tendrá en cuenta aquellos derechos de afectación de derechos colacionables, y no aquellos derechos individuales de afectación directa que están debidamente regulados en la legislación ordinaria y que también están legislados su forma de solución, tal y como lo exponemos en el cuadro siguiente:

CUADRO NRO. 2: COLISION DE DERECHOS LABORALES

| DERECHOS LABORABLES | |
|---|--|
| DERECHOS DEL EMPLEADOR | DERECHOS DEL TRABAJADOR |
| <ul style="list-style-type: none"> • Modificación de las condiciones de trabajo • Poder de dirección • Facultad disciplinaria y de fiscalización • Derecho de libertad de empresa • Organización de trabajo • Suministrar ocupación | <ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la dignidad del trabajador • Derecho a la igualdad en la relación laboral • Derecho a no ser discriminado en la relación laboral • Derecho a la expresión en el trabajo • Derecho a la intimidad en el trabajo |

| | |
|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la inviolabilidad de comunicaciones • Derecho al honor y a la buena reputación • Derecho a la libertad religiosa. |
|--|---|

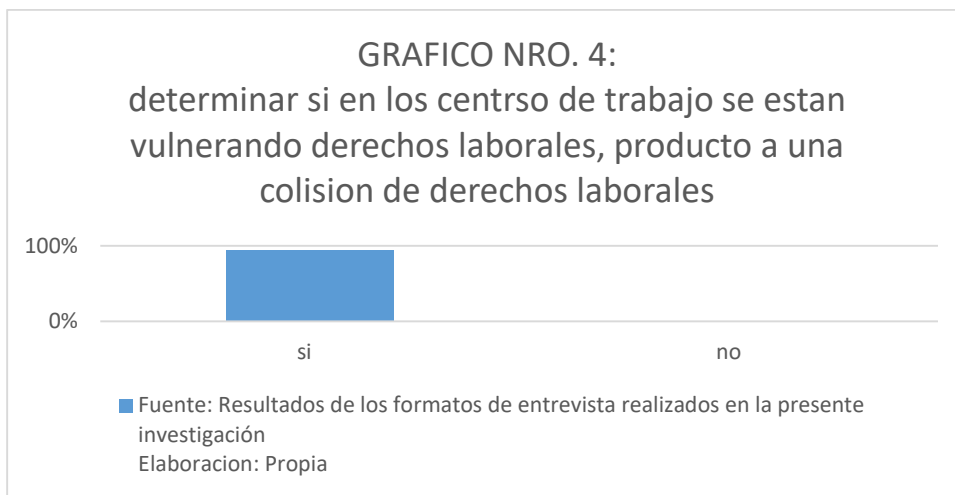
Fuente: Constitución Política del Perú

Elaboración: Propia

Verificándose los derechos colisionarles consideramos que en líneas generales los derechos del empleador en su totalidad se colisionan con cada uno en particular con los derechos del trabajador.

2.2. Análisis del quinto objetivo: Determinar si en los centros de trabajo se están vulnerando derechos laborales, producto de una colisión de derechos laborales:

A efecto de determinar si efectivamente si existe en la actualidad vulneración de derechos laborales, en los centros de trabajo y de la entrevista y cuestionarios recabados el 95% de los entrevistados considera que efectivamente existe una vulneración de los derechos laborales, ya sea por afectación directa que en la mayoría se debe por la informalidad laboral y represalias con los trabajadores y la segunda por justamente colisionar el poder de dirección del empleador con el trabajador, y solo un 5 % considera que no, que por lo general es una muestra de personas que trabajan en cargos directivos o de especialidad o cuentan con estabilidad laboral, conforme se detalla en el siguiente grafico N° 4.



CONCLUSIONES

1. Los derechos fundamentales son exigencias que en un determinado momento histórico concentran y cumplen las exigencias de la dignidad humana, tanto en sentido objetivo y subjetivo, y se fundamentan en su contenido esencial que está constituido por aquel núcleo mínimo e irreducible que posee todo derecho reconocido en la constitución y que es indisponible.
2. Los derechos fundamentales en la relación de trabajo no pueden ser materia de cuestionamiento, por cuanto estos deben resguardar la dignidad del trabajador, el derecho al trabajo es la actividad económica subordinada cuyo fin es el bienestar social, mediante el cual la sociedad progresa, en tal sentido y producto de esas actividades económicas cada vez más competitivas, el trabajo requiere de calidades y eficiencias considerables.
3. El poder de dirección del empleador, en una relación laboral tiene que tener un límite, que requiere al empleador que busque un motivo que justifique la decisión de modificar las condiciones de trabajo, utilizando para ello el criterio de proporcionalidad, a efecto que la modificación de la condición de trabajo no caiga en un acto de ilicitud, es decir se debe implementar un procedimiento para tal fin para que el empresario elimine cualquier acto de arbitrariedad, y que su justificación este encerrada en cumplir con las necesidades organizativas empresariales.
4. La ponderación debe tener como un mecanismo procedimental por parte del aplicador del derecho, de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, respetando los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

SUGERENCIAS

1. La utilización del principio de ponderación y el principio de proporcionalidad como modo de solución en las relaciones laborales, puede ser un mecanismo sencillo y práctico a efecto de evitar conflictos laborales, y ser un medio óptimo para evitar colisiones laborales.
2. El ejercicio de un derecho fundamental del trabajador sólo debe verse limitado, en forma estrictamente proporcional y razonable, por la satisfacción de intereses, fines o posiciones que puedan ser comprendidas dentro del ámbito de los derechos fundamentales del empresario, como es el ejercicio del poder de mando o de dirección, adscritos al derecho de propiedad o a la libertad de empresa del empleador.
3. Se debe establecer mecanismos o protocolos en el ámbito de las relaciones laborales, donde se implemente de forma técnica el principio de proporcionalidad, respetando la idoneidad del derecho constitucionalmente protegido, la necesidad y la proporcionalidad, de igual forma se debe hacer una propuesta modificatoria a la ley de productividad y competitividad laboral y a la ley de relaciones colectivas de trabajo, a efecto se regule el principio de ponderación de derechos laborales.

**FORMULA SUSTITUTORIA DE LA LEY DE PONDERACION DE DERECHOS
LABORALES
PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE MODIFICA LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD
LABORAL Y LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO**

Que la Constitución Política del Perú, en concordancia con el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo, Ley de Productividad y Competitividad Laboral D.S. N° 003-97-TR, y Decreto Supremo N° 010-2003-TR , Ley de Relaciones Colectivas.

Que corresponde al Estado, de conformidad con los artículos 42, 43, 48, y 130, de la Carta Magna, promover las condiciones económicas y sociales que aseguren por igual a los habitantes de la República, la oportunidad de una ocupación útil, y que los proteja contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones; así como exigir a las empresas que sean unidades de producción eficientes que contribuyan al bien común;

Que, en ese contexto, la normatividad vigente aún mantiene un marco formal rígido e ineficiente, que representa un verdadero obstáculo para las mayorías nacionales que carecen de trabajo, por abusos de empresas ideológicas; Que, es necesario dictar medidas que potencien los derechos de trabajadores y pongan límites al poder de dirección del empleador.

Que, es imperativo por ello definir el marco legal de sobre la subordinación, con mecanismos procesales y protocolos como la ponderación, utilizando para ellos criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

POR CUANTO:

Es conveniente la aprobación del siguiente proyecto de ley

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 9 DE LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL D.S. N° 003-97-TR, Y EL ARTICULO 65 DEL DECRETO SUPREMO N° 010-2003-TR, LEY DE RELACIONES COLECTIVAS.

ARTICULO 1.- Modifíquese el artículo 2 de la ley 28258. Ley de Regalías Mineras, debiendo considerarse lo siguiente:

“Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de proporcionalidad, para lo cual el empleador deberá tener en cuenta los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, ante cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

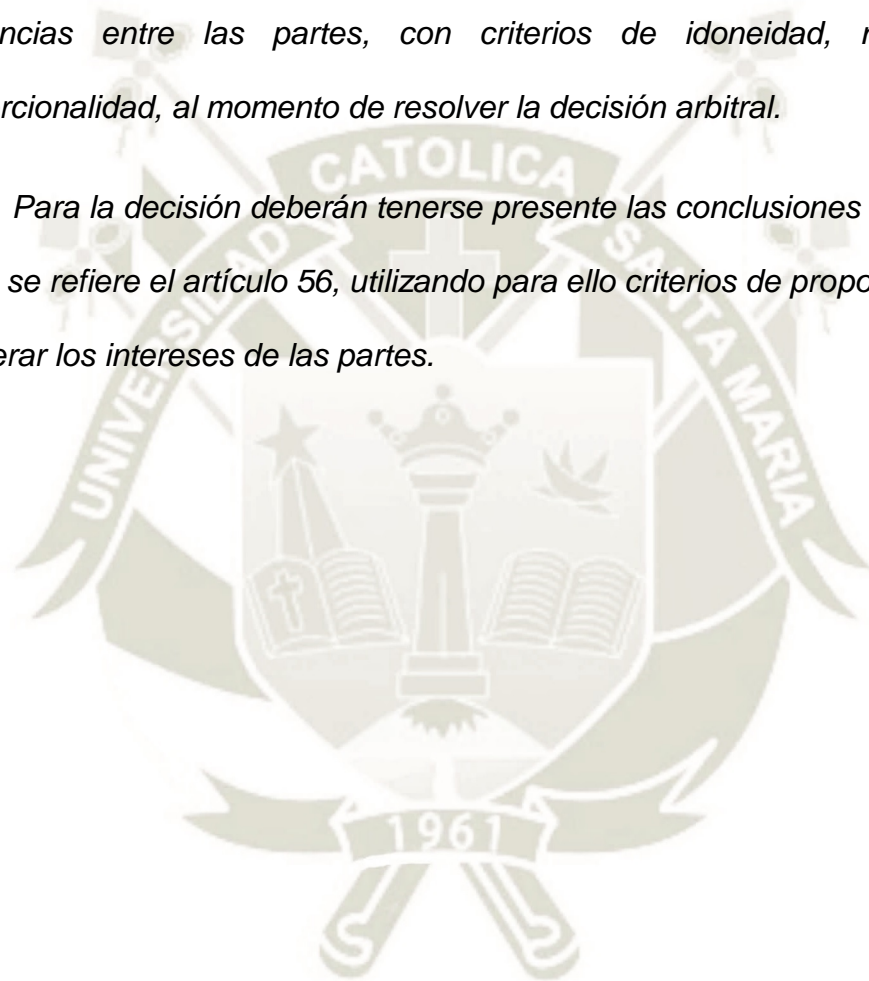
El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de proporcionalidad y negociación con el trabajador, ningún cambio de condición de trabajo puede someter en cuestionamiento la dignidad del trabajador, y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”

ARTÍCULO 2.- Modifíquese el artículo 65 del Decreto Supremo N° 10-2003-TR. Ley de Relaciones colectivas de Trabajo, debiendo considerarse lo siguiente:

El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra.

El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas, utilizando para ellos criterios de proporcionalidad, y ponderar las diferencias entre las partes, con criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, al momento de resolver la decisión arbitral.

Para la decisión deberán tenerse presente las conclusiones del dictamen a que se refiere el artículo 56, utilizando para ello criterios de proporcionalidad y ponderar los intereses de las partes.



BIBLIOGRAFIA

1. ABAD YUPANQUI, Samuel B. “Constitución y Procesos Constitucionales”. Palestra Editores; Cuarta Edición, Agosto 2008; Lima Perú.
2. ARCE ORTÍZ, Elmer. “Derecho Individual de Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias”. Lima - Perú. Palestra Editores; Primera Edición, Junio. 2008.
3. ARCE ORTÍZ, Elmer. “Los principios en el derecho procesal del trabajo peruano”. Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 7, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima - Perú; Primera Edición 2009.
4. AELE, “Contratos Individuales de Trabajo con Extranjeros ”. Asesoramiento y Análisis Laborales S.A.C – AELE, Segunda Edición, Lima –Perú, 2010.
5. ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. “Precedentes de observancia obligatoria y vinculantes en materia laboral”. Lima – Perú: Jurista Editores E.I.R.L, Edición Abril , 2008.
6. ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y otro. “Compendio de derecho del trabajo Fuentes y Contrato Individual”, Tirant Lo Blanch, Valencia 200.
7. AA. VV López, Antonio “La garantía Constitucional de los Derechos fundaméntales: Alemania, Francia e Italia, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
8. ALFONSO MELLADO, Carlos y GARCIA ORTEGA, Jesús, “Jornada y ordenación del tiempo de trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000.
9. ALONSO OLEA, Manuel y Casas BAAMONDE, ma. Emilia, “la improcedencia del despido (art.45), en: El estatuto de los trabajadores,

- Veinte años después, Revista española de derecho del trabajo, Madrid 2000.
10. BALTA VARILLAS, José, “¿Qué es la discriminación del empleo?”, en: Revista Jurídica del Perú, N° 1, año XLV, editorial Normas Legales SA, Trujillo 1995.
 11. BARQUERIZO, Manuel, Historia, derecho del trabajo y la lucha de clases en el Perú, UNSMP, Lima 1998.
 12. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos “El derecho de estabilidad en el trabajo” ADEC-ATC, Lima, 1991.
 13. BOREA, Alberto. “Las garantías constitucionales: Habeas Corpus y acción de amparo, Lima, 1992.
 14. BOZA PRO, Guillermo “la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el ordenamiento peruano”, en: Asesoría Laboral, Lima, marzo 1994
 15. BRONSTEIN, Arturo “Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad, en revista Internacional de Trabajo, Vol 116, OIT Ginebra, 1997 .
 16. BORDA, Alejandro “La Teoría de Actos Propios”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1986.
 17. BOZA PRO, Guillermo. “Lecciones de Derecho del Trabajo”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Febrero 1995, Lima – Perú.
 18. CADILLO ANGLES, Carlos “Ámbito de aplicación del nuevo régimen sobre tercerización de servicios”, en, Ius et Veritas, N° 21, PUCP, Lima.

19. CAMPANA, David y PRELLE, Herbert “La reforma normativa de la contratación laboral durante los noventa ¿flexibilidad o precarización?, en: Estudios sobre la flexibilidad laboral.
20. CAMPOS RUIZ, Luis, La modificación de las condiciones de trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia 1994.
21. CARDENAS, Miguel, Contratos de Trabajo formativos, ed. Arazandi, Pamplona, 1997.
22. CASAS BAAMONDE, María “La individualización de las relaciones laborales”, Relaciones Laborales, 1991-II, Madrid.
23. DOMENECH PASCUAL, Gabriel “Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico, en ORTEGA, Luis y DELA SIERRA, Susana. Ponderación y derecho Administrativo Madrid: Marcial Pons. 2009.
24. DWORKIN, Ronald Los derechos en serio, Barcelona: Editorial Ariel 2009.
25. DE LA VILLA GI, Luis Enrique. “Principios del derecho del trabajo”. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
26. ELSTER, Jon Ulises Desatado. Estudios sobre racionalidad, pre compromiso y restricciones, barcelona: Gedisa 2002.
27. EZQUIA HANUZAS, Francisco. “la argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho. Mexico DF: Tribunal electoral del poder Judicial de la federación 2006.
28. ERMIDIA UGARTE, Oscar. La constitucionalización del Derecho Laboral, en Asesoría Laboral lima, febrero de 1993.
29. FERRERO, Raul, Derecho del Trabajo “El despido arbitrario en el anteproyecto de la Ley general de Trabajo y en los pronunciamientos del

- tribula constitucional” en: Laborem, sociedad peruana de Derecho del Trabajo y de la seguridad social N° 3,Lima ,2003.
- 30.FUENTE, Horacio “el daño moral en el contrato de trabajo, en revista jurídica argentina, a ley. T. 1981-CBs, 1981.
- 31.FERNENDEZ NIETO, Josefa. Principios de proporcionalidad y derechos fundamentales una perspectiva desde el derecho público común europeo.Madrid: universidad Rey juan Carlos.
- 32.GARCIA AMADO, José Antonio, derechos y pretextos, elementos de crítica al neo constitucionalismo. En: CARBONELL, Miguel, Teoría del Neo constitucionalismo .Madrid: editorial Trotta.2007.
- 33.GARCIA BELAUNDE, domingo “ La interpretación constitucional como problema” en pensamiento constitucional, N° 01, PUCP, Lima 1994.
- 34.GARCIA GRANARA, Fernando Alberto “jornada laboral, presunciones y horas extras en actualidad jurídica, tomo 150mayo, 2006.
- 35.HERNANDEZ MARTIN, Rafael. Relaciones entre la aplicación de los enunciados jurídicos y la motivación de las decisiones judiciales en: revista Isegoria.
- 36.HESSE Konard, escritos de derechos constitucional, Madrid, CEC 1992.
- 37.IRUJO PAREDES, Claudia Cecilia “Limites y Uso y Fiscalización del Correo electrónico otorgado por el empelador. Derechos fundamentales Vs Libertad de empresa”, en Soluciones laborales, Ed Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2008.
- 38.KELSEN, Hans Teoría general del derecho y del Estado, UNAM, Mexico 1979.
39. Landa Cesar “Amparo contra telefónica” en dialogo con la jurisprudencia M° 49, Ed Gaceta Jurídica, Lima octubre e 2002.

40. LUQUE PARRA, Manuel “Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, ed Boch Barcelona, 1999.
41. MARTINEZ VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, francisco y GARCIA MURCIA, Joaquín, derecho del trabajo, Ed Tecno, Mdrid 2001.
42. MARTINEZ PUJALTE, Antonio Luis “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Trujillo: Tabla XIII Editores 2005.
43. MONROY GALVEZ, Juan. La formación del proceso civil peruano, escritos reunidos, Lima Editorial Comunidad 2003.
44. NINO, Santiago introducción al análisis del derecho. Barcelona: Ariel 1983.
45. NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho del Trabajo. Lima- Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
46. OIT. La reforma laboral en américa latina. Una análisis comparado. OIT Lima 200
47. OJEDA AVILES, Antonio. La renuncia del derecho del trabajador, IEP, Madrid, 1971.
48. OJEDA MARTIN, Alfonso, el contenido económico de las constituciones modernas, Madrid, 1990.
49. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Derecho del Trabajo. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid – España. Décima Octava Edición 1985.
50. PASCO COSMOPOLIS, Mario. “Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez”.

- Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,1986.
51. PLA RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del Derecho del Trabajo 3era. Ed. 1991”, Depalma, Buenos Aires
52. . PUIG BRUTAU, José. “Estudios de Derecho Comparado, La doctrina de los actos propios”. Ediciones Ariel. Barcelona.
53. QUISPE CHAVEZ, Gustavo la nulidad del despido cuando el trabajador se ha quejado o participado en un proceso contra el empleador, en actualidad jurídica, lima setiembre de 200, pp 220.
54. RUBIO CORREA, Marcial, “la participación política del pueblo en la elaboración constitucional dentro de Sudamérica, en pensamiento constitucional”, N° 1,PUCP, Lima 1994.
55. RUBIO CORREA, Marcial, La constitución política Comentada Tomo 1, Editorial PUCP, Lima 2001.
56. RUBIO CORREA, Marcial, La constitución política Comentada Tomo 2, Editorial PUCP, Lima 2001.
57. RUBIO CORREA, Marcial, La constitución política Comentada Tomo 3, Editorial PUCP, Lima 2001.
58. RUBIO CORREA, Marcial, La constitución política Comentada Tomo 3, Editorial PUCP, Lima 2001.
59. RUBIO CORREA, Marcial, La constitución política Comentada Tomo 4, Editorial PUCP, Lima 2001.
60. RUBIO CORREA, Marcial, La constitución política Comentada Tomo 5, Editorial PUCP, Lima 2001.

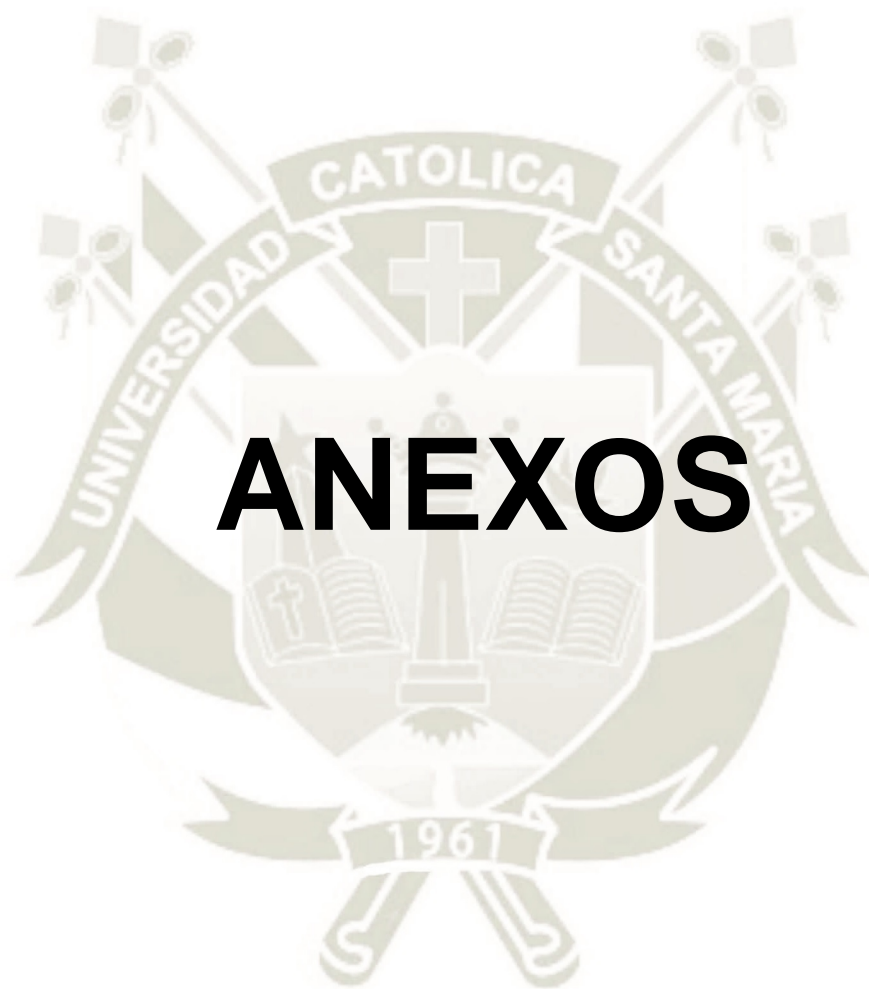
61. RUBIO CORREA, Marcial, La constitución política Comentada Tomo 6, Editorial PUCP, Lima 2001.
62. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo “los instrumentos de responsabilidad social de las empresas multisectoriales, códigos de conducta y acuerdos marco internacionales, en soluciones laborales N° 5, Lima, mayo 2008.
63. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo “El derecho de estabilidad del trabajo en la constitución de 1979, en AA. VV, Ed Cuzco, Lima, 1983.
64. TOKMAN, Victor “Jóvenes, formación y empleabilidad, en Boletín Cinterfor, N° 139, Montevideo.
65. SARTHOU, Helios “Los principios del derecho laboral, y el nuevo procedimiento para la solución de controversias del trabajo”. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
66. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral”. Lima – Perú; Gaceta Jurídica S.A., Primera Edición, Diciembre 2002.
67. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Derechos Laborales ante Empleadores Ideológicos: Derechos fundamentales e ideario empresarial”. Lima- Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición 2005.
68. UGARTE CATALDO, José Luis. El Nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis.
69. UGARTE CATALDO, José Luis. Tesis Doctoral: “La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad”.
70. VINATEA RECOBA, Luis. “Los principios del derecho del Trabajo y el proceso laboral” en Los principios del derecho del trabajo en el derecho

peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Lima:
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

71. WALTER ERRAZURIZ, Francisco. "Introducción al estudio del derecho
del Trabajo". Ed. Jurídica de Chile.

72. DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. "La doctrina de los actos propios en
el derecho laboral peruano". Gaceta Jurídica.





ANEXOS

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho de Derecho del Trabajo y Seguridad Social



**LA PONDERACION COMO MEDIO DE SOLUCION DE EQUILIBRIO DE
DERECHOS LABORALES ENTREE EL EMPLEADOR Y TRABAJADOR, EN
AREQUIPA 2015-2018.**

**Proyecto de Tesis presentado por el
Bachiller:**

Angulo Valdivia, Renzo Santiago

**Para optar el Grado Académico de:
Maestro en Derecho del Trabajo y
Seguridad Social**

Asesor: Mtro. Christian Oliver Silva Urday

Arequipa – Perú

2018

PREAMBULO

Como es sabido, el poder de dirección de empresa deriva del derecho de propiedad es decir la libertad empresarial, el cual le permite a los entes privados decidir sobre sus gestión organización política, la misma que está reconocida por el estado, debido a tal tendencia y producto de sus actividades económicas, y justificándose de una relación laboral que se cuenta con el trabajador que nace de un contrato de trabajo, estos grupos empresariales y producto de la falta de regulación laboral, ha ocasionado que se generen colisiones de derechos entre los trabajadores y sus empleadores producto de sus actividades económicas que realizan.

Dicha tendencia parte de las costumbres políticas, religiosas o económicas que cuentan los grupos empresariales, cuando los empleadores muchas veces obligan a sus trabajadores a participar de ellas, no siendo parte de su obligación como trabajador.

Colisionándose a si en un enfrentamiento eterno y continuo de derechos de ambas partes laborales, por una parte está el trabajador, que cuando consigue un empleo su obligación se encuentra solamente al limitarse a prestar los servicios por los cuales fue contratado, por otra parte está el empleador que como grupo empresarial ejerce su poder de dirección para obligar al realizar al trabajador actividades no propias del empleo.

Conforme lo expuesto, el poder de dirección solo debe enfocarse solamente dentro de la relación de trabajo, ejerciéndose dentro de los límites que la ley lo permite, y ponderándose en los supuestos de colisión de derechos laborales, lo cual supone que el empleador al ejercer su poder de dirección debe basarse en causas estrictamente objetivas producto de la relación laboral, o equilibrando derechos fundamentales de los trabajadores.

I. PLANTEAMIENTO TEORICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

“La ponderación como medio de solución de equilibrio de derechos laborales entre el empleador y trabajador, en Arequipa 2015-2018”

1.2. Descripción del Problema

1.2.1. Área del Conocimiento

El problema a investigar se encuentra ubicado en:

Campo : Ciencias Sociales

Área : Derecho Laboral

Línea : La ponderación de derechos laborales

1.2.2. Análisis de Variables

Análisis Variable Independiente

a) “La ponderación como medio de solución de equilibrio”

Indicadores

- Ponderación
- Medios de solución de conflictos laborales

Sub-indicadores

- Ponderación Judicial y Administrativa
- Ponderación en la relación laboral
- Test de solución de conflictos laborales
- Colisión de derechos laborales

Análisis Variables Dependientes

b) de derechos laborales entre el empleador y trabajador

Indicadores

- Derechos laborales
- Sujetos en la relación laboral

- Contrato de Trabajo

Sub-indicadores

- Derechos fundamentales laborales
- Derechos específicos e inespecíficos

- Empleador
- Trabajador
- Relaciones laborales
- Derechos y obligaciones

- Contrato de trabajo a tiempo indeterminado
- Modalidades de contratación laborales
- Modalidades Formativas Laborales



CUADRO DE OPERACIONALIZACION DE VARIABLES

| VARIABLES | INDICADORES | SUB INDICADORES |
|---|---|--|
| <p><u>Variable Independiente</u> “La ponderación como medio de solución de equilibrio”</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Ponderación • Medios de solución de conflictos laborales | <ul style="list-style-type: none"> • Ponderación • Ponderación judicial y administrativa • Ponderación en la Relación Laboral • Test de solución de conflictos laborales • Colisión de derechos laborales |
| <p><u>Variable Dependiente</u> De derechos laborales entre el empleador y trabajador</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Derechos laborales • Sujetos en La Relación Laboral | <ul style="list-style-type: none"> • Derechos fundamentales laborales • Derechos laborales específicos i inespecíficos • Empleador • Trabajador |

| | | |
|--|---|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> • Contrato de Trabajo | <ul style="list-style-type: none"> • Relaciones laborales • Derechos y obligaciones <ul style="list-style-type: none"> • Contrato De Trabajo a Tiempo Indeterminado • Modalidades de contratación Laborales • Modalidades Formativas Laborales |
|--|---|--|

1.2.3. Interrogantes básicas

- ¿Cómo se utiliza la ponderación de derechos laborales en las relaciones laborales, en los supuestos de colisión de derechos laborales?
- ¿Cuáles son las condiciones jurídicas de los derechos laborales en las relaciones de trabajo?
- ¿En qué supuestos colisionan los derechos fundamentales laborales entre el empleador y trabajador?
- ¿Cuál son los derechos fundamentales laborales que se vulneran y colisionan en los centros de trabajo?

1.2.4. Tipo y Nivel de Investigación

a) Por el Tipo Ámbito

Documental y de campo

b) Por el Nivel de Profundidad

Explicativo y Descriptivo

c) Por la finalidad

Aplicable

d) Por el tiempo

Longitudinal

1.2. JUSTIFICACIÓN

Este Trabajo es de vital importancia por cuanto va a permitir utilizar la ponderación como un medio de solución de conflictos laborales que surgen en una relación laboral, al presentarse conflictos de derechos fundamentales, ya que ello permitirá armonizar su realización hasta donde sea posible sin la necesidad de la intervención de entes administrativos y judiciales, dejando para ello que las partes soluciones sus interés y reconocer que ciertos derechos laborales merecen ciertas restricciones.

En la última década se ha visto que los empleadores son por lo general grupos de tendencias ya sea por motivos económicos, religiosos, políticos, etc. Dichas tendencias se ven reflejadas muchas veces hacia los trabajadores, que producto de una subordinación laboral se ven obligadas a seguirlas para permanecer en su puesto de trabajo, colisionándose a si derechos laborales entre ambas partes de una relación laboral, ya que por una parte el empleador tiene como derecho fundamental producto de su actividad económica y por el poder de dirección con el que cuenta, poder direccionar su organización de la forma que más vea por conveniente, por otro lado

tenemos a los emperadores se ven subordinados a seguir la directrices de sus empleadores, muchas veces dichas directrices no guardan relación con la finalidad que fueron contratados.

El presente trabajo es **novedoso** por cuanto refleja una realidad social en la que se vive en la actualidad que ante la falta de regulación laboral de derechos laborales tanto específicos como inespecíficos ha permitido que se ocasione derechos laborales, donde sin restricción alguna el empleador ha sabido aprovechar para su beneficio propio desprotegiéndose así los derechos de los trabajadores

Es factible ya que consideramos que el tema es complejo por cuanto dado a las muchas aristas de las organizaciones empresariales producto de su actividad económica, se ha generado limitaciones a derechos fundamentales de los trabajadores, por lo que se pretende es hallar una aproximación a tan delicado conflicto de derechos entre ambos sujetos de la relación laboral.

Este trabajo se justifica en la necesidad de conciliar dos libertades o derechos que se colisionan en una relación laboral como un límite a la vulneración de derechos laborales, sin la necesidad de menoscabar los intereses de ambos sujetos de una relación laboral, utilizando para ello una ponderación de derechos correspondiente a los empleadores y los derechos fundamentales de los trabajadores, referidas a situaciones propias de un contrato de trabajo o derechos específicos e inespecíficos, planteado para ello un sistema conciliatorio que sea el eje de limitación de derechos de ambas partes laborales.

Finalmente el presente trabajo es netamente referido a temas de derechos laborales, por cuanto se va analizar la falta de regulación del tema, proponer solución de conflictos laborales, y direccionar los derechos laborales como límite del poder de dirección del empleador

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. PONDERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1.1. **PONDERACION:** En la teoría jurídica el llamado “Juicio de Ponderación” ha sido considerado como un método de interpretación constitucional dirigido hacia la resolución de los conflictos surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango y que por lo tanto, exigen ser realizados en la mayor medida posible atendiendo a las posibilidades materiales y jurídicas.

Así el juicio de ponderación ha sido utilizado en la actualidad con mayor frecuencia en nuestro sistema jurídico en forma opuesta a la subsunción que se basa en meta-reglas jurídicas para resolver conflictos entre normas, tales como “ley superior deroga a la ley inferior”, “la ley especial deroga la ley general” o “ley posterior deroga a la ley anterior”, pues cuando se trata de normas constitucionales dichas meta-reglas resultan ineficaces para la resolución del conflicto de principios constitucionales, que no puede solucionarse bajo la simple aplicación de una regla de prioridad temporal, ni de especialidad o rango, ya que existe una tensión de principios que no puede dirimirse estableciendo una prioridad absoluta de una sobre otra.

En consecuencia el juicio de ponderación se ha convertido en un criterio metodológico distinto de aquellos que tradicionalmente conocemos; tarea ésta que implica revisar nuestra concepción respecto de la estructura del sistema normativo, que en definitiva no se encuentra solamente compuesto de reglas, sino también y en grado fundamental de principios, pues es evidente que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución colisionan entre sí cuando las circunstancias configuran un caso difícil. Lo que significa en palabras sencillas que, ante esta colisión de derechos fundamentales, ni podemos subsumir los hechos de forma absoluta en una disposición constitucional pues de lo contrario el conflicto sería resuelto en forma mentirosa, ni podemos aventurarnos a definir cuál de los derechos contrastados sería jerárquicamente superior, cronológicamente anterior o gradualmente “especial” frente al otro u otros.

El aspecto más práctico de aplicación del juicio de ponderación se establece al resolver las cuestiones relativas a la constitucionalidad de leyes, pues aún cuando se pudiera pensar en forma apresurada que la jerarquía de normas pudiera dar solución a la cuestión de constitucionalidad, dicho método de solución resulta inaplicable en atención a que precisamente la contradicción se actualiza entre principios constitucionales y no en la jerarquía de normas, pues la ley que se tilde de inconstitucional habrá de estar reglamentando un principio constitucional y posiblemente al mismo tiempo contravendrá a otro principio del mismo rango.

En este orden de ideas, las eventuales contradicciones que podrían ocurrir (y que de hecho ocurren) entre pares de derechos constitucionales, son bastante frecuentes. Pensemos en la confluencia de la libertad de expresión y el derecho al honor; de la libertad de expresión y del derecho a la intimidad; de la libertad de empresa y del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; del derecho de manifestación y del orden público; de la libertad de comercio y la protección de la salud; de la presunción de inocencia y de la prisión preventiva; y un largo listado de posibilidades antinómicas que con regularidad se muestran, nunca de manera abstracta, sino en un particular caso de limitación de derechos fundamentales.

a).- Fin legítimo.- Que podría explicarse como el hecho de que el motivo que implica la colisión de principios constitucionales resulte de un fin constitucionalmente legítimo que lo fundamente, esto quiere decir, que la medida de restricción que impondrá un aspecto constitucional a otro, no resulte gratuita o caprichosa, pues de lo contrario no habría forma de realizar una ponderación válida.

A manera de ejemplo, existe un fin legítimo cuando se pretende restringir la libertad de comercio (en el caso específico la venta y consumo de tabaco en establecimientos determinados), con el objeto de proteger la salud de menores de edad y no fumadores que acuden dichos establecimientos, léase restaurantes.

b).- Idoneidad o adecuación.- Que la medida restrictiva resulte adecuada para cumplir el fin legítimo, pues de lo contrario se estaría afectando o limitando un derecho fundamental sin lograr nada a cambio.

Siguiendo con el ejemplo anterior, de ninguna forma sería idóneo o adecuado restringir la libertad de comercio (en el caso específico la venta y consumo de tabaco) en establecimientos cuya actividad primordial resulte la venta y consumo de tabaco, léase salones de fumadores, pues al no permitirse la entrada a los mismos de menores de edad y no estar en su mercado los no fumadores, la medida restrictiva no resulta idónea para la protección de dichos sectores. Situación contraria ocurre en el caso de los restaurantes donde al ser la actividad comercial menos específica en cuanto a la venta y consumo de tabaco, resulta necesario proteger el derecho a la salud de los menores y no fumadores, de ahí que la medida se considere idónea por conseguir el fin.

C.- Necesidad.- La medida cuestionada debe ser dentro de las alternativas posibles la que menos restinga al derecho fundamental que se afecta.

d).- Proporcionalidad en sentido estricto.- Se podría decir que este aspecto resulta el núcleo del juicio de ponderación y consiste en que la medida debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales.

Así, deberá evidenciarse conforme al ejemplo traído a colación, que la necesidad de salvaguardar el derecho a la salud de los no fumadores y/o menores de edad, resulta más beneficiosa o de grado más alto para el interés general en relación con el perjuicio y daño para los comerciantes que lucran con la venta y consumo de tabaco en restaurantes, pero que dicho daño no resulte excesivo, pues de ser así, la medida deberá considerarse inadmisibles porque resultaría contraria a la Constitución, al no resultar proporcional con el beneficio obtenido, es decir, que aún y cuando un principio resultará por

encima del otro, el sacrificio del vencido no resulte de tal magnitud que lejos de buscar una prevalencia se convierta en su extinción. siempre derive en un resultado o cociente positivo, si se quiere superavitario, entendiendo que el beneficio supere al daño, a partir de un equilibrio entre las razones pertinentes y que se atiendan en la medida del óptimo posible para casos concretos ,Como acontece en la actualidad con la reformas fiscales y creación de impuestos, que aun cuando en la valoración jurídica resultan inconstitucionales, en la interpretación subjetiva se vuelven constitucionales en atención a una finalidad recaudatoria que involucra tanto el presupuesto del legislador como el del juzgador²⁶⁹.

2.1.2. PONDERACION JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA: Los supuestos hasta aquí examinados se caracterizan, pues, por la existencia de un conflicto constitucional que no es posible resolver mediante el criterio de especialidad. El juez ante el caso concreto encuentra razones de sentido contradictorio; y es obvio que no cabe resolver el conflicto declarando la invalidez de alguna de esas razones, que son precisamente razones constitucionales, ni tampoco afirmando que algunas de ellas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. Tan sólo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una «jerarquía móvil» o «axiológica», y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de

²⁶⁹<http://colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com/2011/07/el-juicio-de-ponderacion.html/>
20/04/2014

un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro²⁷⁰.

2.1.3. PONDERACION EN LA RELACION LABORAL: Sin duda alguna, es con esta reforma que se muestran las primeras luces en el sombrío panorama de protección de derechos fundamentales laborales en nuestro país. A estos efectos, es importante señalar como premisas generales en materia laboral determinado profundamente por lo dispuesto en nuestras normas laborales, el cual establece límites al ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador: el respeto de los derechos fundamentales (garantías constitucionales) del trabajador, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos²⁷¹.

2.2. MEDIOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS LABORALES

2.2.1. TEST DE SOLUCION DE CONFLICTOS LABORALES: Las personas asumen diferentes estilos para responder a los conflictos. Mientras intentas resolver un conflicto laboral, podrás encontrar cualquier o todos los tipos de estilo de conflicto. La efectividad de tu estrategia de resolución depende de entender el estilo de conflicto de las partes involucradas. La competencia implica agresión en la comunicación, coerción y control. Las personas que se acomodan ceden ante las necesidades de otros, responden de forma diplomática y buscan preservar las relaciones. Los evasores ven el conflicto como algo negativo y buscan ignorar lo que está pasando. Los individuos que se comprometen buscan un acercamiento de intercambio, que es nominalmente exitoso porque nadie está satisfecho con los resultados. Los colaboradores quieren trabajar hacia objetivos en común o soluciones que beneficien a todos que

²⁷⁰R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, citado, p. 161.

²⁷¹<http://www.definicion-de.es/colision/10/01/2013>

requieren cooperación, consenso e integración de las necesidades de todas las partes involucradas.

Ignorar el conflicto en el lugar de trabajo permite que el problema crezca y se haga más difícil de resolver. Según Business Growth Blog, el conflicto del lugar de trabajo es un drenaje en la energía de todos los involucrados y la escalada a que el conflicto pueda desencadenar consecuencias serias. Los conflictos sin resolver causan resentimiento, lleva a que otros empleados entren en conflicto, marca la pauta política de la oficina, disminuye la productividad y deprimir la moral del lugar de trabajo. Al responder a un conflicto en el lugar de trabajo, mantienes la atmósfera laboral conducida al trabajo, a las relaciones saludables y a la satisfacción laboral²⁷².

2.2.2. COLISION DE DERECHOS LABORALES: Oposición y pugna de ideas, principios o intereses, o de las personas que los representan. Jurídicamente ofrece especial interés cuando se refiere a los derechos, porque se entiende que hay colisión entre ellos cuando existen varios que pertenecen a diversas personas y recaen sobre un mismo objeto, incluyendo su ejercicio simultaneo. El Diccionario de Derecho Usual, que incluye en un mismo epígrafe la colisión de derechos y la de deberes, dice de ellos, recogiendo la definición de otros autores, que es “la incidencia de dos o más derechos o deberes incapaces de ser ejercitados o cumplidos simultáneamente”. La citada obra advierte que por lo mismo que no cabe abusar del derecho sin salirse de él, tampoco cabe hablar de colisión de derechos, dada la imposibilidad de que exista un derecho contra otro derecho. Pero reconoce que en el terreno de la realidad esta colisión es posible y de ella resulta que, tratándose de derechos desiguales, prevalece el que verse sobre objeto más importante, si ambos son privilegiados, o, no siéndolo ninguno de ellos, el que tiene por objeto

²⁷²http://www.ehowenespanol.com/estrategia-resolucion-conflictos-laborales-sobre_175092/
15/02/2013

evitar una pérdida es preferible al que se propone una ganancia; si se proponen el mismo fin, es de mejor condición el más antiguo; si no existe prioridad en el tiempo, es de mejor condición el que posee; si ninguno posee, se distribuye el objeto, y si éste no es divisible, se adjudica por suerte y se indemniza a los demás²⁷³.

La aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral supone, entonces, resolver algunos problemas que caen medio a medio en uno de los debates más intensos de la teoría del derecho en la actualidad. Ello cobra especial relevancia en lo referido a las normas que contienen esos derechos, supuesto que como lo viene sosteniendo una relevante tendencia dentro de ese debate, dichas normas son principios que tienen un modo de aplicación propio y distinto del resto de las reglas jurídicas.

De este modo, la mentada incorporación de los derechos fundamentales a la fábrica, en la ya clásica expresión en la doctrina laboral, exige necesariamente tomar partido en un debate ajeno acerca de cómo está compuesto el derecho sólo reglas versus reglas y principios para saber de qué forma se aplica²⁷⁴.

2.3. DERECHOS LABORALES

2.3.1. DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES: El concepto de derechos fundamentales tanto en los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesaria para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus

²⁷³<http://www.definicion-de.es/colision/10/01/2013>

²⁷⁴ AARNIO, A. "Las reglas en serio", en AAVV La normatividad del derecho, Gedisa, Barcelona, 1997, p 23.

potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una jurídica básica²⁷⁵.

En el mundo jurídico, se suelen identificar los derechos laborales con los derechos sociales, y esto no debe interpretarse como un cuestionamiento a su inclusión dentro del listado de los derechos humanos. Para justificar esta afirmación se debe demostrar que no existe incompatibilidad entre las características de los derechos sociales y las de los humanos, lo que desvirtúa la opinión de que solo los derechos civiles y políticos califican para ser derechos humanos.

2.3.2. DERECHOS LABORALES ESPECIFICOS E INESPECIFICOS:

- **Derechos laborales específicos:** Están consolidados en los ordenamientos jurídicos laborales en forma clara y expresa, sólo pueden ser ejercidos dentro de los límites que el legislador plantea. En cuanto a la titularidad sólo están dirigidos a un sector exclusivo (los trabajadores en el ejercicio de sus actividades).
- **Derechos laborales inespecíficos:** Son fuente de discusión, estableciendo límites a los poderes del empleador. Su ejercicio atiende a los límites de la interpretación humana, doctrina internacional, jurisprudencia internacional y todo lo relacionado con las interpretaciones e orden público. En cuanto a la titularidad están dirigidos a todas las personas por igual sin distinción alguna.

2.4. SUJETOS EN LA RELACION LABORAL

2.4.1. EMPLEADOR: El empleador es aquella persona natural o jurídica que proporciona trabajo por cuenta propia o ajena, para la explotación de una obra o empresa.

²⁷⁵ Peces-Barba, Gregorio. Curso de derechos fundamentales, Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III, 1999, pag.37

Empleador es una persona natural o jurídica a quién se presta el servicio mediante un contrato de trabajo público o privado, expreso o presunto, de remuneración o cualquiera sea la forma de la remuneración.

Del latín patres, 'protector', 'padre'. Esta denominación se daba porque el patrón era el protector, el que daba empleo, todos debían estar agradecidos a él. Hoy a este sujeto de la relación laboral solo se le llama: empleador.

2.4.2. TRABAJADOR: Son trabajadores las personas que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos, por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

2.4.3. RELACIONES LABORALES:

Las relaciones laborales son los vínculos que se establecen en el ámbito del trabajo. Por lo general, hacen referencia a las relaciones entre el trabajo y el capital en el marco del proceso productivo.

En las sociedades modernas, las relaciones laborales se encuentran reguladas por un contrato de trabajo, que estipula los derechos y obligaciones de ambas partes. Por ejemplo, el contrato laboral señala que un trabajador accederá a una indemnización si es despedido sin causa justa.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que las relaciones laborales pueden ser individuales o colectivas. Las relaciones laborales individuales son las que un trabajador aislado establece con su empleador o su representante de forma directa. En cambio, las relaciones laborales colectivas son las que establece un sindicato en representación de los trabajadores con una empresa u organización patronal²⁷⁶

²⁷⁶<http://definicion.de/relaciones-laborales/>

2.5. CONTRATO DE TRABAJO

2.5.1. CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO INDETERMINADO: Es aquel que tiene una fecha de inicio pero no una fecha de culminación, en el entendido de que puede perdurar en el tiempo hasta que se produzca una causa justificada que amerite su culminación, puede celebrarse en forma verbal o escrita y no se exige su registro ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por ende basta que al trabajador se le incluya en planillas y se le otorguen sus respectivas boletas de pagos para que se le considere como contratado a plazo indeterminado. Nuestra normatividad laboral considera a este tipo de contrato como la regla de la contratación laboral, bajo la presunción que de presentarse los tres elementos esenciales de la contratación laboral la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación se presume salvo prueba en contrario que nos encontramos ante un contrato de trabajo a plazo indeterminado o indefinido²⁷⁷.

2.5.2. MODALIDADES DE CONTRATACIONES LABORALES:

Denominados así por nuestro marco legal laboral son aquellos que tienen una fecha de inicio y una fecha de culminación, son concebidos por ello como contratos temporales, a plazo fijo o determinado, deben celebrarse necesariamente por escrito y obligatoriamente deben registrarse ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dentro de los 15 días naturales de su celebración, la legislación laboral materia de comentario reconoce 9 modalidades básicas de contratación sujetas a modalidad que a continuación mencionamos:

- 1) Contrato por inicio o incremento de actividad.
- 2) Contrato por necesidad de mercado.
- 3) Contrato por reconversión empresarial.
- 4) Contrato ocasional.

²⁷⁷http://www.trabajo.gob.pe/boletin/boletin_2_1.html/22/2013

- 5) Contrato de suplencia.
- 6) Contrato de emergencia
- 7) Contrato por obra determinada o servicio específico.
- 8) Contrato intermitente
- 9) Contrato de temporada.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

En la búsqueda de bibliografía de bibliografía realizada a nivel de las diversas universidades a nivel local no se ha encontrado trabajo de investigación similar.

Pero se observa que existen algunos antecedentes investigativos sobre la ponderación de derechos fundamentales laborales, a nivel nacional, como es el libro de Derechos Laborales Ante Empleadores Ideológicos- Derechos Fundaméntateles E Ideario Empresarial, del autor Jorge Toyama Migayusuku, con fondo editorial de la universidad Pontificia Universidad Católica del Perú y Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de trabajo, del autor Carlos Blancas Bustamante, con fondo editorial de la universidad Pontificia Universidad Católica del Perú.

4. OBJETIVOS:

4.1. Objetivo Genérico:

Determinar si la aplicación de la ponderación de derechos laborales podrá ser un medio de solución de conflictos laborales entre el empleador y trabajador.

4.2. Objetivo Específicos:

- a) Identificar si en la colisión de derechos laborales es posible aplicar la ponderación como medio de solución de conflictos laborales
- b) Determinar las condiciones jurídicos laborales entre el empleador y trabajador

- c) Identificar si se colisionan los derechos fundamentales laborales entre el empleador y trabajador
- d) Determinar si en los centros de trabajo se están vulnerando derechos laborales, producto a una colisión de derechos laborales

4. HIPOTESIS

- **PRINCIPIOS**

Teniendo en cuenta que:

1. Teniendo en cuenta la vinculación del empleador a los derechos fundamentales de la persona del trabajador, el cual significa que el empleador no puede interferir en los derechos del trabajador en su libre ejercicio, existiendo una problemática con la realidad ya que la operatividad de algunos derechos del trabajador se ve afectado en la relación laboral
2. Además que en la realidad no existe una neutralidad de la actuación del empresario, respecto de los derechos fundamentales del trabajadores, que permita facilitar y no alterar el libre ejercicio de los derechos fundamentales
3. En nuestra realidad social y económica es crítico el problema de los límites del poder de dirección que tiene el empleador, debido a la falta de regulación y debido a la falta fuentes de trabajo.

- **PLANTEAMIENTO HIPOETICO**

Es probable que la utilización de ponderación de derechos laborales, sea una solución a la vulneración de derechos laborales en las relaciones de trabajo y conseguir una rápida solución a los conflictos laborales.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

2.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Para la variable independiente

Se empleará la técnica de la observación documental y se emplearán fichas bibliográficas, fichas documentales, en las que se anotarán teorías, doctrinas, jurisprudencia, conceptos, datos, resúmenes, etc.

Para la variable dependiente

Se utilizará la técnica de la observación documental y como instrumento la ficha documental y la entrevista a fin de conocer los diferentes criterios de los abogados de Arequipa y trabajadores de la actividad privada del sector salud.

2.2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.2.1. Ubicación espacial

En la ciudad de Arequipa

2.2.2. Ubicación temporal

La investigación se realizara en el periodo del año 2014, ya que es objeto de la investigación el presente

2.2.3. Universo y muestra

Las unidades de estudio están constituidas por los trabajadores del sector privado bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728, así como los abogados especialistas en derecho laboral.

Universo:

Está formada por 100 trabajadores del sector privado, en el periodo del 2014; y un total de 30 abogados con especialidad en derecho laboral

Muestra:

Se ha determinado una muestra de 20 trabajadores de la empresa de servicios de telefonía CLARO. Siendo el Muestreo al Azar Simple y 10 abogados del la especialidad de derecho laboral que se encuentren registrados en el Colegio de Abogados de Arequipa.

2.3. Estrategia de recolección de datos

La recolección de datos se efectuará a través de:

- Fichas bibliográficas: ya que contienen los datos de identificación de los libros objeto del presente estudio.
- La observación: ya que permitirá el registro visual de los trabajadores del sector privado, permitiendo ver su situación actual laboral que es objeto del presente trabajo de investigación.
- La encuesta : Que va a consistir en obtener información de los sujetos de estudio, proporcionado por ellos mismos con la finalidad de obtener su conocimiento, opiniones y sugerencias, que serán obtenidas de trabajadores bajo el régimen legal del Decreto Legislativo 728, dicho cuestionario se practicara a trabajadores de la empresa CLARO, con la colaboración de 3 personas.
- La entrevista : Que, va a permitir la comunicación entre el investigador y la persona objeto de estudio con la finalidad de resolver las interrogantes planteadas, sobre temas de la especialidad en derecho laboral, con la ayuda de un grupo de 3 personas se entrevistara abogados especializados en derecho laboral

1. ELABORACIÓN DE LOS CUADROS DE RECURSOS HUMANOS, MATERIALES Y ECONÓMICOS

MEDIOS

A) RECURSOS HUMANOS

| Personas Grupos | Personas |
|----------------------------|-------------------|
| Grupo 1 | 3 personas |
| TOTALES | 3 personas |

B) RECURSOS MATERIALES Y BIENES Y SERVICIOS

| DENOMINACIÓN | CANTIDAD | COSTO TOTAL |
|------------------------------|-----------------|--------------------|
| Papel Bond | 4000 | 200.00 |
| Fichas bibliográficas y Doc. | 800 | 1500.00 |
| Cartucho tinta de Impresión. | 02 | 500.00 |
| Copias fotostáticas | 300 | 500.00 |
| Anillado | 05 | 100.00 |
| Movilidad | - | 500.00 |
| TOTAL | | 3300.00 |

C) COSTO TOTAL DE PROYECTO Y EJECUCIÓN DE INVESTIGACIÓN.

| DENOMINACIÓN | COSTO TOTAL |
|--|--------------------|
| - Recursos Materiales y Bienes y Serv. | 3300.00 |
| COSTO TOTAL GENERAL | 3300.00 |

ELABORACIÓN DEL CRONOGRAMA DE TRABAJO

CRONOGRAMA DE TRABAJO

| TIEMPO ACTIVIDADES | 2017 MAY- AGOST | | | | 2017 AGOST- NOV | | | | 2017- 2018 NOV- ENE | | | | 2018 ENE- MAR | | | | 2018 MAR- JUL | | | | 2018 JUL- AGOST | | | |
|---|-----------------------|---|---|---|-----------------------|---|---|---|------------------------------|---|---|---|---------------------|---|---|---|---------------------|---|---|---|-----------------------|---|---|---|
| | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 |
| Elaboración del Proyecto de investigación | X | X | X | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Recolección de la información | | | | | X | X | X | X | X | | | | | | | | | | | | | | | |
| Análisis de la información | | | | | | | | | | X | X | X | X | X | X | X | X | | | | | | | |
| Elaboración del informe final | | | | | | | | | | | | | | | | | X | X | X | | | | | |
| Presentación y sustentación Final | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | X | X | X | X |

BIBLIOGRAFÍA

ARÉVALO VELA, Javier. “Introducción al Derecho del Trabajo” Primera Edición, Editorial Grijley E.I.R.L. Lima-Perú, Año 2008 Marzo.

ARÉVALO VELA, Javier. “Comentarios a la Nueva ley procesal del trabajo”, Editorial Jurista E.I.R.L. Lima-Perú, Primera edición, Primera Edición, Año 2011 Octubre

BOZA PRO, Guillermo. “Lecciones de Derecho del Trabajo”., Editorial PUCP. Lima-Perú, Año 2011, Febrero.

DOLORIER TORRES, Javier. “Tratado Practico de Derecho Laboral” TOMO I. Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú, Año 2010 Octubre.

FIGUEROA GUTARRAGA, Edwin. “La Irrenunciabilidad de los derechos Laborales, Enfoque Constitucional, Doctrinario y Comparado”. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima-Perú, Primera Edición. Año 2010.

GUTIERREZ TICSE, Gustavo. “Constitución Política Del Perú Interpretada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”,. Editorial Grijley E.I.R.L. Lima-Perú, Primera Edición. Año 2011.

NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Editorial PUCP. Lima-Perú, Segunda Edición. Año 2012 Febrero

ORTIZ CANSAYA, Aurelio. “Metodología de Investigación Jurídica y de las Ciencias Sociales”. Editorial Martínez Compañón S.R.L. Lima-Perú, Primera Edición. Año 2008.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Derecho Constitucional del Trabajo, Relación del Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú, Primera Edición. Año 2007 Julio.

ESQUEMA DEL CONTENIDO DE TESIS

Introducción

Resumen

Abstrac

I. CAPITULO I : ASPECTOS GENERALES-LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- 1.1. Concepto de derechos fundamentales .
- 1.2. Naturaleza de los derechos fundamentales y titularidad de los derechos fundamentales.
- 1.3. La bidimensionalidad de los derechos fundamentales.
- 1.4. El contenido esencial de los derechos fundamentales.
- 1.5. Clasificación de los derechos fundamentales.
- 1.6. Limitación de los derechos fundamentales.

II. CAPITULO II: DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN LA RELACION DE TRABAJO

- 2.1. El Derecho al trabajo
 - 2.1.1. Las condiciones y organización de trabajo
 - 2.1.2. La función social del trabajo
 - 2.1.3. El Estado y el trabajo
- 2.2. Los principios Constitucionales Laborales
- 2.3. Clasificación de derechos laborales
 - 2.3.1. Derechos laborales individuales
 - 2.3.2. Derechos Laborales colectivos
 - 2.3.3 La huelga
 - 23.4. La partición de utilidades
- 2.4. Derechos fundamentales de los trabajadores
 - 2.4.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación
 - 2.4.2. Libertad de expresión en la relación laboral
 - 2.4.3. Derecho a la intimidad, inviolabilidad de comunicaciones

III. CAPITULO III: EL PODER DE DIRECCION DEL EMPLEADOR EN LA RELACION DEL TRABAJO}

- 3.1. La subordinación en la relación del trabajo

- 3.2. La Libertad de empresa y política como fundamento de poder de dirección
- 3.3. Límites del poder de dirección
- 3.4. Organización del trabajo y disciplina en la relación de trabajo
- 3.5. Reglamento interno de trabajo.
- 3.6. La facultad del empleador de suministrar ocupación.

IV. LA PONDERACION DE DERECHOS COMO MEDIO DE SOLUCION DE DERECHOS LABORALES EN LA RELACION DE TRABAJO.

- 4.1. Ley de ponderación.
- 4.2. Críticas a la ponderación.
- 4.3. Test de proporcionalidad.
- 4.4. Proporcionalidad y colisión en las relaciones laborales.
- 4.5. Los derechos laborales inespecíficos y su aplicación en el Perú.

- V. **CAPITULO V: RESULTADOS DE CAMPO**
- VI. **CONCLUSIONES**
- VII. **SUGERENCIAS**
- VIII. **BIBLIOGRAFIA**
- IX. **ANEXOS**