

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA DE POSGRADO**



PROGRAMA DE MAESTRÍA

SECCIÓN: DERECHO

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

TESIS

Consecuencias jurídicas de la Ley N° 30036 - Ley que regula el
teletrabajo

Para optar el Grado Académico de:

MAESTRA EN CIENCIAS

Presentada por:

Cinthy Cerna Pajares

Asesor:

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya

CAJAMARCA – PERÚ

2017

COPYRIGHT © 2017 by
CINTHYA CERNA PAJARES
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



PROGRAMA DE MAESTRÍA

SECCIÓN: DERECHO

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

TESIS APROBADA

Consecuencias jurídicas de la Ley N° 30036 - Ley que regula el teletrabajo

Para optar el Grado Académico de

MAESTRA EN CIENCIAS

Presentada por:

CINTHYA CERNA PAJARES

Comité Científico

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dr. Glenn Serrano Medina
Miembro de Comité Científico

Mg. Rocío Salazar Chero
Miembro de Comité Científico

Mg. Christopher Quispe Cabrera
Miembro de Comité Científico

Cajamarca - Perú

2017



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Posgrado

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las **6:00**... de la tarde del día 18 de agosto de Dos Mil Diecisiete, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. GLENN SERRANO MEDINA**, en Representación del Director y como Miembro de Jurado Evaluador, **Dr. NIXON CASTILLO MONTOYA**, en calidad de Asesor, **Mg. ROCÍO SALAZAR CHERO**, **Mg. CRHISTOPHER QUISPE CABRERA** como integrantes del Jurado Evaluador. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada "**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA LEY N° 30036-LEY QUE REGULA EL TELETRABAJO**", presentada por la **Abog. CINTHYA CERNA PAJARES**, con la finalidad de optar el Grado Académico de **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Comité Científico, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR**... con la calificación de **Diecisiete (17) Excelente**... la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Abog. CINTHYA CERNA PAJARES**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**.

Siendo las **7:20**... horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Glenn Serrano Medina
Miembro de Jurado Evaluador

.....
Dr. Nixon Castillo Montoya
Asesor

.....
Mg. Rocío Salazar Chero
Miembro de Jurado Evaluador

.....
Mg. Christopher Quispe Cabrera
Miembro de Jurado Evaluador

A:

Dios, por guiar e iluminar mi sendero y por su infinita misericordia.

Alejandro, por su inmarcesible amor.

Mis padres y hermano, por su cariño inefable y apoyo incondicional.

Donde impera la globalización, ocurre con frecuencia que los ricos y poderosos tienen ahora nuevos medios para enriquecerse aún más, a costa de los más pobres y más débiles; por ello, tenemos la responsabilidad de protestar en nombre de la libertad universal.

- Nelson Mandela.

ÍNDICE GENERAL

Introducción	1
CAPÍTULO I - PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	4
1.1. Planteamiento del problema	4
1.2. Formulación del problema	5
1.3. Justificación	6
1.4. Delimitación del problema	6
1.5. Antecedentes de la Investigación	6
1.6. Tipo de investigación	7
1.7. Hipótesis	7
1.8. Objetivos de la investigación	7
1.8.1. Objetivo General	7
1.8.2. Objetivos específicos	7
1.9. Unidad de análisis	8
1.10. Métodos de investigación	8
1.11. Diseño de la investigación	9
1.12. Técnicas e instrumentos de investigación	10
1.13. Técnicas de contrastación de hipótesis	10
CAPÍTULO II - MARCO TEÓRICO	11
2.1. Estado social de derecho	11
2.2. Teoría de los derechos constitucionales	20
2.2.1. Derecho al trabajo	22
2.2.2. Derecho a la dignidad	31
2.2.3. Derecho a la libertad sexual	41
2.2.4. Derecho a la libertad sindical	52
2.2.5. Derecho a la salud y a la seguridad Ocupacional	61

CAPÍTULO III - FLEXIBILIDAD Y FISCALIZACIÓN LABORAL	90
3.1. Flexibilidad laboral	90
3.2. Fiscalización laboral	115
CAPÍTULO IV - EL TELETRABAJO EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL	119
CAPÍTULO V - CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	136
CAPÍTULO VI - PROPUESTA LEGISLATIVA	151
Conclusiones	160
Recomendaciones	162
Referencias bibliográficas	163

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación fue determinar las consecuencias jurídicas de la Ley N° 30036 – Ley que regula el teletrabajo en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, bajo los principios que rigen el derecho fundamental al trabajo. La hipótesis que se sometió a contrastación fue que las consecuencias jurídicas de la aplicación de la Ley N° 30036 en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado son: La flexibilidad en la forma de contratación laboral; la reducción de riesgos de hostigamiento sexual; el potencial riesgo de vulneración del derecho a la Libertad Sindical; la desprotección del trabajador en el ámbito de la salud y seguridad ocupacional y la limitada capacidad de fiscalización laboral por parte de la autoridad de trabajo. Al realizar la contrastación de la hipótesis se utilizó preferentemente la argumentación para construir el discurso jurídico relacionado con las consecuencias jurídicas de Ley N° 30036. Se concluye que la flexibilidad conduce a la precarización del empleo, generando efectos más perjudiciales a los trabajadores, en una situación de inseguridad y vulnerabilidad; asimismo, en el teletrabajo se reducen los riesgos de hostigamiento sexual laboral; existe potencial riesgo de vulneración de los derechos a la libertad sindical y de la seguridad y salud ocupacional; y, finalmente, la actividad inspectiva de trabajo es limitada y dificultosa por la atipicidad de la relación laboral. Finalmente, se planteó una propuesta legislativa de modificación de la Ley N° 30036.

Palabras clave: Teletrabajo, flexibilización laboral, libertad sindical, libertad sexual, salud y seguridad ocupacional, fiscalización laboral.

ABSTRACT

The objective of the free investigation determined the consequences of Law No. 30036 - Law that regulates telework in the field of labor relations, within the framework of the Constitutional State of Law, under the principles that erect the fundamental right to work. The hypothesis that has been submitted to the verification was that the main legal effects of the application of Law No. 30036 in the field of labor relations are: Flexibility in the form of employment contracts; Reducing the risk of sexual harassment; The potential risk of violation of the right to Freedom of Association; The lack of protection of the worker in the field of health and occupational safety and the limited capacity of labor inspection by the labor authority. The performance of the test of the hypothesis is preferably used legal interpretation, as the main instrument of analysis of Law No. 30036; Likewise, the argument was used to construct the legal discourse related to the legal consequences of the limited normative provision. It is concluded that flexibility leads to the precariousness of employment, generating more harmful effects to workers, in a situation of insecurity and vulnerability; Likewise, teleworking reduces the risk of sexual harassment at work; There is a potential risk of violation of the right to freedom of association and occupational safety and health; And finally, the labor inspection activity is limited and difficult because of the atypical nature of the employment relationship. Finally, a legislative proposal is proposed to amend Law No. 30036.

Keywords: Telework, flexibility of work, freedom of association, sexual freedom, occupational health and safety, inspection of work.

INTRODUCCIÓN

El derecho al trabajo es concebido como el conjunto de principios que regulan las relaciones entre trabajo y capital, estableciendo medidas de seguridad y protección en beneficio de los trabajadores dentro del marco constitucional nacional. Sin embargo, la transformación normativa es dinámica, es así que las relaciones laborales y las formas de contratación laboral, durante el transcurrir del tiempo, han sufrido una evolución continua, según el avance tecnológico y comunicacional.

La introducción de la telemática en el mundo laboral ha devenido en nuevas formas de concebir el trabajo, haciendo posible que las labores encomendadas al trabajador puedan cumplirse a distancia del centro de labores. El nuevo contexto de la sociedad de la información y el desarrollo de la telemática inciden en los ámbitos económico, político, social y cultural. Es por ello, que la transformación del mercado laboral constituye un claro ejemplo de las variaciones surgidas a causa de la denominada economía digital; de este modo, por un lado, emergen nuevos empleos y perfiles profesionales que requieren el dominio de estas tecnologías; y, por otro, surge un nuevo modelo de búsqueda de empleo; así pues, la red virtual actúa de elemento intermediario entre oferentes y demandantes.

Como consecuencia de la evolución tecnológica, en el campo de las comunicaciones, surge el teletrabajo (telework). El teletrabajo se define como la forma de prestar y organizar los servicios del teletrabajador, recurriendo a técnicas de telecomunicación, transmisión a distancia de la información y uso de medios informáticos, con base en las cuales el teletrabajador desarrolla sus labores fuera del centro de trabajo convencional, manteniendo su condición de subordinado y dependiente del empleador.

El teletrabajo va adquiriendo importancia creciente en el mundo moderno, por lo que se realizó la presente investigación con la finalidad de analizar las consecuencias jurídicas de la Ley N° 30036 mediante la interrogante siguiente: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la Ley N° 30036 – Ley que regula el teletrabajo?

La hipótesis que se sometió a contrastación fue que las principales consecuencias jurídicas de la aplicación de la Ley N° 30036 en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado son: La flexibilidad en la forma de contratación laboral; la reducción de riesgos de hostigamiento sexual; el potencial riesgo de vulneración del derecho a la Libertad Sindical; la desprotección del trabajador en el ámbito de la salud y seguridad ocupacional y la limitada capacidad de fiscalización laboral por parte de la autoridad de trabajo.

A nivel teórico se optó por enmarcar el estudio en el Estado Constitucional de Derecho, a partir de los siete presupuestos de constitucionalización del ordenamiento jurídico, citados por Ricardo Guastini (Guastini, 2001), siendo éstos: Constitución rígida, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, sobreinterpretación de la Constitución, aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación conforme de las leyes e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Asimismo, se explicó la mutación del Estado Social de Derecho al Estado Liberal de Derecho, así como la vigencia y concepción de los derechos constitucionales, principalmente, el derecho al trabajo, el derecho a la dignidad, el derecho a la libertad sindical, el derecho a la libertad sexual y el derecho a la seguridad ocupacional.

El presente informe está dividido en seis capítulos: en el primero se contextualiza y plantea el problema de investigación, en el segundo capítulo se desarrolla el marco teórico que fundamenta el estudio, en el tercer y cuarto capítulo se teoriza

la flexibilidad y fiscalización laboral, así como el teletrabajo en el ámbito nacional e internacional, en el quinto capítulo se presenta la contrastación de la hipótesis y en el sexto capítulo se propone una modificación de la Ley N° 30036.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO METODOLOGICO

1.1. Planteamiento del problema

El derecho al trabajo se erige como el conjunto de principios que regulan las relaciones entre trabajo y capital, estableciendo medidas de seguridad y protección en beneficio de los trabajadores dentro del marco constitucional nacional. Las relaciones laborales y las formas de contratación laboral, durante el transcurrir del tiempo, han sufrido una evolución continua, según el avance tecnológico y comunicacional.

La introducción de la telemática en el mundo laboral ha devenido en nuevas formas de concebir el trabajo, haciendo posible que las labores encomendadas al trabajador puedan cumplirse a distancia del centro de labores, lo cual implica que la presencia física en el centro de trabajo no sea imprescindible.

El nuevo contexto de la sociedad de la información y el desarrollo de la telemática inciden en los ámbitos económico, político, social y cultural. Es por ello, que la transformación del mercado laboral constituye un claro ejemplo de las variaciones surgidas a causa de la denominada economía digital; de este modo, por un lado, emergen nuevos empleos y perfiles profesionales que requieren el dominio de estas tecnologías; y, por otro, surge un nuevo modelo de búsqueda de empleo; así pues, la Red actúa de elemento intermediario entre oferentes y demandantes.

Como consecuencia de la evolución tecnológica en el campo de las comunicaciones, surge una novísima forma de contratación laboral, denominada Teletrabajo (Telework), nombre acuñado por primera vez en el año 1973 por el profesor Jack Nilles (Castells, 1995). El teletrabajo ha sido definido de varias formas a través del tiempo, considerando aspectos de organización, locación y

tecnología. Desde esta perspectiva, se puede definir al teletrabajo como la forma de prestar y organizar los servicios del teletrabajador, recurriendo a técnicas de telecomunicación, transmisión a distancia de la información y uso de medios informáticos, con base en las cuales el teletrabajador desarrolla sus labores fuera del centro de trabajo, manteniendo su condición de subordinado y dependiente del empleador.

El teletrabajo va adquiriendo importancia creciente en el mundo moderno; así, en la Unión Europea existen, en la actualidad, aproximadamente, diez millones de teletrabajadores que laboran bajo distintas modalidades del teletrabajo.

En la región latinoamericana, y particularmente en el Perú, esta modalidad de trabajo irá teniendo mayor desarrollo, por lo que, desde la perspectiva del derecho del trabajo, surja la necesidad de estudiar las consecuencias y desafíos que entraña esta forma de prestación de servicios, a partir de la dación de la Ley N° 30036.

El teletrabajo conlleva a indudables beneficios, pero igualmente puede acarrear perjuicios para empleadores y trabajadores, aspectos que no habían sido estudiados convenientemente en nuestro país, por lo que se planteó la presente investigación con la finalidad de analizar las consecuencias jurídicas de la Ley N° 30036.

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la Ley N° 30036 – Ley que regula el teletrabajo - en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado?

1.3. Justificación

El presente estudio de investigación se justificó, toda vez que no se conocían con precisión cuáles eran las consecuencias jurídicas que generaba la aplicación de la Ley N° 30036; por lo que a partir de su desarrollo, no solo se identificaron vacíos que dicha disposición contiene, que dificultan su adecuada implementación o que implican una potencial vulneración de derechos laborales del teletrabajador; sino que se propusieron modificatorias al referido cuerpo normativo; del mismo modo, se contribuyó a cubrir los vacíos evidenciados, propiciando su mejor entendimiento en situaciones concretas y a la vez propendiendo a la modificación o complementación de la misma.

1.4. Delimitación del problema

El estudio abarcó el análisis de la Ley N° 30036, a partir de fundamentos doctrinarios que la norma puede generar.

- a) Temporal: A partir de la vigencia de la Ley 30036 (05 de junio de 2013).
- b) Espacial: Por la naturaleza del estudio, éste es de alcance nacional.

1.5. Antecedentes de la Investigación

Raúl Saco Barrios. "El Teletrabajo", ponencia presentada en el "XIV Congreso Mundial de Relaciones de Trabajo y Actores Sociales en el Siglo XXI". Lima (2006).

En el citado trabajo, se exponen algunos aspectos básicos sobre tan actual e importante forma de prestar servicios. Asimismo, se presentan las diversas denominaciones utilizadas para referir al teletrabajo, el concepto, las diversas modalidades del mismo, las ventajas y desventajas, así como algunos aspectos jurídicos de importante consideración (p.e.: el debilitamiento de la subordinación).

1.6. Tipo de investigación

El estudio correspondió a una investigación básica, por cuanto estuvo orientado a obtener conocimiento teórico, sin una aplicación inmediata; y, de nivel analítico-descriptivo, puesto que se realizó un análisis jurídico de los fundamentos teóricos y doctrinarios de la Ley N° 30036. Además, el estudio también fue propositivo en la medida en que, sobre la base del análisis jurídico, se propuso modificaciones a la norma para una mayor efectividad en su aplicación.

1.7. Hipótesis

Las consecuencias jurídicas de la aplicación de la Ley N° 30036 en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado son:

- a. Flexibilidad en la forma de contratación laboral.
- b. Reducción de riesgos de hostigamiento sexual típico.
- c. Potencial riesgo de vulneración del derecho a la Libertad Sindical.
- d. Desprotección del trabajador en el ámbito de la salud y seguridad ocupacional.
- e. Limitada capacidad de fiscalización laboral por parte de la autoridad de trabajo.

1.8. Objetivos de la investigación

1.8.1. Objetivo General:

Determinar las consecuencias jurídicas de la Ley N° 30036 – Ley que regula el teletrabajo en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado.

1.8.2. Objetivos específicos:

- a. Determinar la flexibilidad en la forma de contratación laboral conforme a la Ley 30036.

- b. Explicar la reducción de los riesgos de hostigamiento sexual típico, en el ámbito del teletrabajo.
- c. Analizar el potencial riesgo de vulneración del derecho a la Libertad Sindical.
- d. Analizar la desprotección del trabajador en el ámbito de la salud y seguridad ocupacional.
- e. Explicar la limitada capacidad de fiscalización laboral por parte de la autoridad de trabajo.
- f. Formular la propuesta normativa de modificación de la Ley N° 30036 – Ley que regula el teletrabajo.

1.9. Unidad de análisis

La unidad de análisis estuvo constituida por la Ley N° 30036 – Ley que regula el teletrabajo, dentro de un sistema de leyes que conforman el entramado jurídico relacionado con la referida norma.

1.10. Métodos de investigación

1.10.1. **Método general:** Se utilizó el método hipotético deductivo, o llamado método científico, en razón de que se planteó un problema, se anticipó una respuesta al mismo (hipótesis), y se sometió a contrastación ésta; en este caso, a contrastación conceptual, por tratarse de un estudio jurídico (teórico).

1.10.2. **Métodos específicos:** Se utilizaron los siguientes métodos:

- a) **Hermenéutico:** Por cuanto se realizó un análisis jurídico interpretativo para entender las consecuencias jurídicas de la Ley N 30036, dentro de un sistema jurídico más amplio, pues la citada norma tiene relaciones

sistémicas con otras leyes que operan dentro de un contexto social determinado.

- b) Dogmático: A través de este método se realizó un análisis formal de la norma en cuestión, el cual comprendió tanto el aspecto sintáctico, como el aspecto semántico de la misma.
- c) Comparativo: Se realizó un análisis comparativo de la norma en referencia, con su equivalente en otros países, en los cuales dicha ley tiene mayor tiempo de aplicación.

1.11. Diseño de la investigación

El estudio correspondió a una investigación de naturaleza jurídica, no experimental, de alcance explicativo y propositivo. La realización de un estudio jurídico se fundamenta en la posibilidad de entender e interpretar los significados del objeto que se estudia –la Ley del teletrabajo para el caso de esta investigación- desde una triple perspectiva: la del fenómeno en sí mismo, la de su engranaje sistémico estructural con una totalidad mayor, y la de su interconexión con el contexto histórico social en el que se desenvuelve. La naturaleza no experimental de la investigación se sustentó en que el análisis y la asociación entre variables fue estudiada tal y como ha ocurrido, sin manipulación intencional por parte de la investigadora. Finalmente, el estudio fue de nivel explicativo, porque se pretendió conocer y comprender el objeto de estudio, así como las relaciones determinísticas (causa-efecto) que pudieren establecerse entre las dimensiones que presenta dicho objeto de estudio. Concluyéndose en un nivel propositivo, dado que se diseñó una propuesta legislativa de modificación de la Ley N° 30036, con lo cual se busca propiciar una mejora en el tratamiento normativo.

1.12. Técnicas e instrumentos de investigación

En la presente investigación se emplearon las técnicas de análisis de contenidos y fichaje, utilizando como instrumentos la libreta de anotaciones y las fichas.

1.13. Técnicas de contrastación de hipótesis

Para realizar la contrastación conceptual de la hipótesis de la presente investigación se utilizó la argumentación para construir el discurso jurídico relacionado con las consecuencias jurídicas de la Ley N° 30036 – Ley que regula el teletrabajo.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Ricardo Guastini (Guastini, 2001), en el texto “Estudios de Teoría Constitucional”, hace referencia a siete condiciones que todo ordenamiento jurídico debe cumplir a fin de estar acorde a normas constitucionales; asimismo, asevera que las condiciones uno y dos son necesarias y esenciales de la constitucionalización.

A continuación, se expondrán brevemente las siete condiciones de constitucionalización:

1) Constitución rígida

Guastini empieza haciendo referencia a la constitución rígida, debiendo cumplir con ciertos requisitos indispensables. El primero de ellos es la escrituralidad, así también debe estar protegida o garantizada contra la legislación ordinaria, pues las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (complejo).

De modo que, cuando una Constitución rígida está en vigor, es preciso distinguir dos niveles jerárquicos a nivel de legislación: legislación ordinaria y legislación constitucional. Cabe referir que la Constitución está por encima de la legislación ordinaria, como ya se ha mencionado.

Actualmente, la mayoría de Constituciones contemporáneas son escritas y a la vez, rígidas. Sin embargo, es oportuno resaltar que la constitucionalización es más acentuada en aquellos ordenamientos en donde existen principios constitucionales que no pueden ser modificados. Este conjunto de principios “inmutables” constituyen la “Constitución material”.

2) La garantía jurisdiccional de la Constitución

En la mayoría de ordenamientos jurídicos, el órgano competente para ejercer el control de la Constitución es un órgano jurisdiccional o semijurisdiccional.

Actualmente existen sistemas de control diversos, pudiendo ser evaluados desde el punto de vista de su eficacia; a continuación se pueden distinguir tres modelos fundamentales.

a. Primer modelo: control *a posteriori* (por vía de excepción) y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional.

Este sistema de control presenta dos características importantes. La primera, hace posible que una ley inconstitucional entre en vigor y sea aplicada por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea reconocida por los jueces. La segunda, la decisión de un juez que declare la ilegitimidad constitucional de una ley, no produce efectos generales, sino efectos circunscritos a la controversia decidida.

Los efectos de las decisiones de ilegitimidad constitucional, son generales en todo ordenamiento en donde esté vigente el principio *stare decisis*, es decir, aquel que confiere fuerza vinculante a los precedentes (Estados Unidos, es un clásico ejemplo de este modelo).

b. En el segundo modelo se realiza un control *a priori - in abstracto*, ejercido por un tribunal constitucional. Este tipo de control, clásico de Francia, en teoría impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor. Pero el control *in abstracto* no puede asegurar una total conformidad de las leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos.

c. El tercer y último modelo, ejerce un control *a posteriori* - *in concreto* (vía excepción), ejercido por un tribunal constitucional; no pudiendo impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales.

De otro lado, la decisión del tribunal constitucional que declara la ilegitimidad constitucional de una ley está provista de efectos generales, *erga omnes*: la ley es anulada en definitiva y ya no puede ser aplicada por juez alguno.

3) La fuerza vinculante de la Constitución

Esta condición considera la ideología difundida en la cultura jurídica del país del que se trate (Guastini, 2001).

Casi todas las Constituciones contemporáneas son “largas”, pues incluyen una declaración de derechos, una serie de normas que regulan directamente las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Además, se cuenta con: 1) Principios generales que no son susceptibles de aplicación inmediata sino que exigen interpretación y “concretización” por obra del legislador, de los jueces y de los órganos del Estado en general. 2) Disposiciones programáticas que confieren a los ciudadanos derechos “sociales”, que tampoco son susceptibles de aplicación inmediata hasta que los programas económicos y sociales previstos por la Constitución no son realizados mediante leyes.

Ahora bien, no siempre los principios generales y las disposiciones programáticas son considerados como normas jurídicas genuinas, vinculantes y jurídicamente eficaces.

Así, las normas que confieren derechos de libertad frecuentemente se presentan más como normas de principio que como reglas precisas de conducta, desde el momento en que, en muchos casos, su formulación, al lado de la enunciación formal de un derecho subjetivo, incluye igualmente una remisión a la ley. De manera que es del todo posible sostener que semejantes normas no son susceptibles de aplicación

jurisdiccional hasta que no son promulgadas las leyes necesarias para precisarlas o concretizarlas.

Entonces, para ciertas doctrinas, las Constituciones no son más que un “manifiesto” político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador. Uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es la difusión, siendo una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

4) La “sobreinterpretación” de la Constitución

La cuarta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución: los jueces (especialmente el tribunal constitucional, en caso de que tal tribunal exista), los órganos del Estado en general y, naturalmente, los juristas (Guastini, 2001).

Toda Constitución es un texto “finito”, incompleto, limitado, contiene lagunas en el sentido, no pudiendo regular la vida social y política en su totalidad.

Una laguna no depende del texto en cuanto tal: depende de cómo está interpretado el texto en cuestión. Toda Constitución es susceptible de dos tipos de interpretaciones: una interpretación literal y una interpretación extensiva.

Si se prefiere la interpretación literal, ninguna Constitución resulta completa: antes bien, cualquier Constitución no regula más que una pequeña parte de la vida política y social. Existe una vasta parte de la vida social y política que no es regulada, a nivel constitucional, por norma jurídica alguna. En este espacio jurídicamente “vacío” toda conducta está, por así decirlo, permitida.

Por el contrario, si se opta por la interpretación extensiva (y por el argumento *a simili*), la Constitución puede ser interpretada o “sobreinterpretada”, regulando cualquier aspecto de la vida social y política.

Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. Una condición importante de constitucionalización es precisamente la sobreinterpretación del texto constitucional, siendo entendida como vinculante.

5) La aplicación directa de las normas constitucionales

Esta condición depende de la difusión en el seno de la cultura jurídica de cierta concepción de la Constitución; así como de la actitud de los jueces (Guastini, 2001).

En la concepción liberal clásica, la función de la Constitución es limitar el poder político (estatal). Las normas constitucionales regulan la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Por lo tanto, las normas constitucionales no son susceptibles de aplicación directa por parte de los jueces en las controversias que oponga un ciudadano frente a otro ciudadano.

Los jueces no deben aplicar más que la ley; la Constitución no es apta para producir efectos en la vida social sino después de haber sido “concretizada” por leyes.

Por el contrario, en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares.

Según la concepción liberal clásica, la Constitución es un límite a la legislación. Según la otra concepción, la legislación no es sino el desarrollo de los principios constitucionales o la ejecución de los programas de reforma trazados en la Constitución. Esta quinta condición de constitucionalización está estrechamente

vinculada tanto a la tercera como a la cuarta, pues la aplicación directa de la Constitución presupone, por un lado, que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; por otro, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva.

6) La interpretación conforme de las leyes

Esta condición tiene relación con la técnica de interpretación, no de la Constitución, sino de la ley (Guastini, 2001).

No existe un texto normativo que tenga un sólo significado determinado antes de la interpretación. Dicho de otro modo, ningún texto normativo es susceptible nunca de una sola interpretación.

Ocurre que cierta disposición legislativa —*in abstracto* o *in concreto*— es susceptible de dos interpretaciones: la primera contradice a una norma constitucional, mientras que la segunda es del todo conforme con la Constitución.

Tocará al juez elegir la interpretación “correcta”, preferible. El juez puede elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición en cuestión de la primera forma y, por consecuencia, considerarla inconstitucional, o bien, interpretarla de la segunda forma y considerar, por tanto, que es conforme con la Constitución.

7) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

La última condición es un tanto imprecisa, pues depende de diversos elementos: el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces, la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos.

a) respecto del contenido de la Constitución, algunas Constituciones confieren al Tribunal Constitucional el poder de resolver los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales. Los conflictos en cuestión no son más que desacuerdos políticos concernientes a las relaciones de poder entre los órganos del Estado.

b) Por lo que concierne a la postura de los jueces en general y del tribunal constitucional en especial, quien juzga la legitimidad constitucional de las leyes puede adoptar una postura de *self-restraint* frente a las *political questions*, respetando la discrecionalidad política del legislador, o, al contrario, meter en la discusión las decisiones legislativas aún cuando no sean claramente inconstitucionales. Vale la pena mencionar especialmente, por un lado, el principio de igualdad, reconstruido como principio de "razonabilidad" de las distinciones y clasificaciones legislativas, y, por el otro, la "ponderación" de los principios constitucionales (cuando están en conflicto).

c) De la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos, las normas constitucionales pueden ser más o menos usadas en la argumentación política (de los órganos y de los actores) para justificar sus acciones y decisiones (Guastini, 2001).

Del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho

Se trata del viejo y nunca bien resuelto tema de las limitaciones del Estado liberal democrático para dar respuesta a la "formalidad" que adquiere la igualación jurídico-política de las personas en la común condición de ciudadanos, cuando éstas no han resuelto ciertas necesidades sociales básicas. Se trata, entonces, de que, para alcanzar la ciudadanía política plena, se requiere el reconocimiento de una "ciudadanía social", la cual vendría dado por un tipo organización política como el Estado Social de Derecho. El calificativo social quiere hacer ahí referencia a la corrección del individualismo clásico liberal a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de los objetivos de justicia social. Y paralelamente actúa como meta la consecución de un bienestar social que configura precisamente al Estado social de Derecho como Welfare State y como Estado material de Derecho. T.H. Marshall plantea que han existido dos influencias opuestas en las sociedades modernas desde sus comienzos: los efectos polarizadores de la economía

capitalista, por un lado, y los efectos integradores de la ciudadanía. El Estado Social de Derecho se constituye así en la salida histórica a la dialéctica entre un Estado liberal abstencionista y un sistema socioeconómico de libre mercado que genera expansión económica pero también desequilibrios sociales importante; una salida posible a la contradicción entre un reconocimiento de la igualdad de las personas en la esfera política y su negación o relativización en la esfera económico-social. Finalmente, conviene ser lo suficientemente explícito sobre dos aspectos: la identidad socialdemócrata está indisolublemente ligada a la construcción de un Estado social de Derecho (es inimaginable al margen de ésta), pero a la vez, la construcción de esta forma de Estado, en alguna de sus variantes, constituye un hecho siempre específico a cada país y región del mundo, en términos políticos, económicos y culturales. La construcción de un Estado de Bienestar es un proceso histórico largo y complejo: su épica se diluye en múltiples luchas cotidianas por leyes sociales más justas e instituciones y mecanismos estatales y societales de bienestar; y en la transformación cultural de una sociedad que va haciendo colectivamente la opción de ir realizando la plenitud democrática, a través del reconocimiento de la ciudadanía económica y social de los individuos. (Moreno, 2003)

Bases morales, económicas y políticas de la vida social contemporánea. Liberalismo individualista y liberalismo social:

La comunidad moral en condiciones de modernidad estableció el principio de pertenencia a una *politeya* como responsabilidad tanto individual como colectiva de sus ciudadanos. Empero, existen visiones teóricas contrapuestas respecto a cuáles deberían ser las institucionalizaciones de ambos ámbitos de responsabilidades individual y colectiva entre derechos y deberes ciudadanos. Dos expresiones divergentes del pensamiento liberal sirven para ilustrar tales disparidades a la hora de hacer efectivo dicho principio civilizador. Para el pensamiento de corte neoliberal, no existen medios ni criterios que puedan establecer una jerarquía colectiva de deberes

ciudadanos más allá del establecimiento de un marco mínimo institucional que garantice el intercambio 'libre' de ideas y mercancías. A su vez para el liberalismo igualitarista existe un deber u obligación moral de la comunidad en la provisión de los medios para que éstos cubran las 'necesidades básicas' de todas las personas, ya que su inexistencia imposibilitaría el cumplimiento de los respectivos deberes individuales de los ciudadanos en situación de precariedad. En un punto de encuentro entre ambas concepciones contrapuestas podría argüirse que la existencia de unos derechos comunitarios mínimos debería evitar que los ciudadanos fuesen privados del acceso a los bienes básicos. Las sociedades modernas otorgaron carta de naturaleza al mercado y al estado como instituciones reguladoras del bienestar común. La primera institución articula los valores del autointerés individualista y del cálculo económico de carácter instrumental en las relaciones materiales entre los ciudadanos. La segunda institución ha sido depositaria de la autoridad de carácter coercitivo, asumiendo funciones de procura asistencial. Tanto una como otra han contribuido a disipar en variantes ideológicas contrapuestas (libertaria y estatalista) las responsabilidades morales de los ciudadanos con respecto al cuerpo político, o politeya, del que forman parte. (Moreno, 2003)

Incluso en postulados ideológicos menos 'extremos', el sentido de obligación moral de los individuos respecto a sus conciudadanos tiende a debilitarse bien se ponga el acento en la mercantilización o en la socialización (ideologías conservadoras y socialdemócratas, pongamos por caso). Al asumir el estado desde su legitimidad democrática una responsabilidad en la procura de asistencia colectiva, puede suceder que los ciudadanos 'olviden' su propia obligación individual, disolviéndose vicariamente la solidaridad general en una acción estatalista por el bienestar común. De así suceder, la solidaridad del conjunto de la sociedad civil puede disminuir al generalizarse una solidaridad institucionalizada de tipo mecanicista. Especialmente en los estados del bienestar de tipo universalista el transvase de un gran número de

responsabilidades al sector público, posibilitado mediante altas transferencias redistributivas fiscales, puede conllevar la extensión de un tipo de 'responsabilidad anónima' que puede encubrir la obligación moral individual respecto al conjunto social. Convenida la responsabilidad individual ciudadana como imperativo moral por el bienestar social de sus conciudadanos, las actuaciones interpuestas de los poderes públicos no son eximentes de la iniciativa social y ciudadana. Ésta se manifiesta en una panoplia de asociaciones altruistas, u organizaciones no gubernamentales (ONGs), que son reflejo del nivel civilizatorio y la calidad democrática de la sociedad donde se manifiestan. (Moreno, 2003)

2.2. TEORIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La Constitución Política del Estado, como norma jurídica fundamental, refiere Castillo Córdova en su trabajo el Contenido Constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo, lleva a preguntar por el valor normativo de las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos. Derechos reconocidos en la Constitución, valen y significan lo que vale y significa su contenido jurídico y constitucional. Por ejemplo, en el derecho a la libertad de información, el derecho a la salud o el derecho al voto, cabe cuestionarse respecto de su contenido constitucional. De ahí que no se pierda razón cuando se afirma que la correcta determinación del contenido y alcance de un derecho fundamental es la principal cuestión a la que debe enfrentarse el operador jurídico que tiene a su cargo la solución de cuestiones que involucran los derechos reconocidos constitucionalmente (Müller, 1990). En la medida que los derechos fundamentales o derechos constitucionales vienen recogidos en normas constitucionales generales, abiertas y algunas veces indeterminadas, una definición acertada de su contenido dependerá de una adecuada actividad interpretativa. Esta actividad interpretativa de la norma constitucional, que no es exactamente la misma que la actividad interpretativa de la norma legal, viene influida – entre otros elementos– por los siguientes dos factores: primero, el fundamento que se

le atribuya a los derechos del hombre, pues son distintas las consecuencias que se obtienen de interpretar un derecho según una perspectiva positivista, que desde una perspectiva iusnaturalista; y segundo, la formulación de la norma constitucional en la que haya sido reconocido el derecho, formulación que es el punto de partida para la determinación de lo constitucionalmente permitido por un derecho. En lo que a ellos respecta, simplemente se debe afirmar que las reflexiones que a continuación se presentan, parten de los siguientes dos presupuestos. Primero, la existencia de una realidad cognoscible (determinable) y anterior a la formulación normativa de los derechos: la naturaleza humana, la misma que es mencionada constitucionalmente cuando se proclama en la Constitución la dignidad humana como principio ordenador de todo el sistema jurídico peruano, y con ella toda una serie de derechos que son referidos del hombre en cuanto portador de la mencionada dignidad. Consecuentemente, y segundo, que los medios interpretativos para determinar los alcances del contenido de los derechos fundamentales, no se reducen exclusivamente a lo establecido en la norma, sino que abarca elementos extrajurídicos: la formulación normativa es simplemente el punto de inicio. Esta garantía puede formularse de modo general de la siguiente manera: todo derecho constitucional o fundamental cuenta con un contenido jurídico constitucional, el cual es jurídicamente determinable y exigible al poder político y a los particulares. Y se trata de una garantía "normativa" en la clasificación de Pérez Luño en la medida que, al reconocerse la existencia y exigibilidad de ese contenido, ayuda a garantizar que el derecho no llegue a desnaturalizarse. Definida de esta manera la garantía, no puede generar más que un inmediato y completo acuerdo, más aún cuando así lo exige el principio de normatividad de la Constitución, por el cual todas las disposiciones contenidas en el texto constitucional no son simples declaraciones retóricas o enunciados de principios sin vinculación ni materialización alguna, sino que son disposiciones que deben obligar real y efectivamente a sus destinatarios. Si no existe un determinado contenido de un derecho constitucional que vincule y obligue no sólo como una frontera infranqueable,

sino a la vez como directriz de actuación al poder público en general y al legislador en particular (y según las circunstancias, también a los particulares), entonces ocurrirá que en la realidad ese derecho constitucional sólo tendrá vigencia “formal” pero no material. Los problemas y eventuales desacuerdos se presentan justamente al momento de determinar lo que debe entenderse por “contenido esencial” del derecho, y el grado de “vinculación” del poder público a ese contenido. La referencia, en todo caso, será al legislador en particular, sin olvidar que esta garantía es exigible a todos los órganos estatales y a los particulares. Entonces, podemos concluir en que los derechos fundamentales cuentan con un “único” contenido, el cual vincula de modo fuerte y en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular; contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su definición y delimitación en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental (Müller, 1990).

2.2.1. DERECHO AL TRABAJO

El contenido constitucional del Derecho al Trabajo.

Luis Castillo Córdova, en su artículo “El Contenido Constitucional del Derecho al Trabajo y el Proceso de Amparo”, explica que ante un problema involucrado con derechos fundamentales, en primer lugar, se debe determinar el contenido constitucional de los mismos (Castillo, 2004).

En el caso del derecho constitucional al trabajo, se evidencian múltiples problemas en cuanto a su significación; se trata, afirma el autor que, es preferible hablar de “contenido constitucional del derecho”, antes que del “contenido esencial”, puesto que la última sugiere la existencia del “contenido no esencial del derecho constitucional”, lo cual implicaría que la Constitución, únicamente es vinculante en parte, lo cual resulta atentatorio del principio de normatividad de la Constitución.

El hecho de determinar el contenido constitucional de un derecho implica considerar los límites internos de cada derecho en litigio, su naturaleza, finalidad y su ejercicio funcional, tal y como está dispuesto en el texto de la Constitución, prevaleciendo para ello, el principio de sistematicidad de la Constitución. Así pues, se reconoce la libertad económica a trabajar libremente, siempre que no contravenga la moral, ni la salud, ni la seguridad pública; asimismo, el derecho social al trabajo se reconoce dentro del texto Constitucional. Sin embargo, el mismo autor manifiesta que, se debe reconocer inmediatamente que el derecho implica la libertad en la medida que el contenido constitucional de aquel significará en primer lugar la facultad de decidir libremente tanto si se accede como si se permanece en un determinado puesto de trabajo (Castillo, 2004).

Por eso es que se puede leer en la norma internacional vinculante para el Perú, el reconocimiento del “derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”; o que “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” (artículo 6.1 del Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales). Como se ha establecido en la Declaración universal de Derechos Humanos, “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” (Castillo, 2004).

Es así que el derecho al trabajo –como una realidad que involucra la libertad– es objeto de mayor atención que la libertad de trabajo en el texto constitucional. Como se sabe, la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, lo que necesariamente se traduce en la posibilidad jurídica y material de que la persona pueda alcanzar su más pleno desarrollo. Pues bien, en el logro de esa finalidad juega

un papel importante el trabajo como medio de realización personal y de la sociedad misma. Ha dispuesto el constituyente peruano que el trabajo “es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”; y ello en la medida que –como se ha dispuesto en el protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales– el trabajo viene ligado con el desarrollo vocacional de las personas: “el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva”. Con base en estas consideraciones se entiende perfectamente que se haya dispuesto constitucionalmente que la finalidad de la educación es “preparar para la vida y el trabajo y fomentar la solidaridad”. Asimismo que se haya dispuesto que el trabajo “es objeto de atención prioritaria del Estado” (Castillo, 2004).

Por lo dicho, debe considerarse el derecho al trabajo como una realidad que tiene una dimensión de libertad y una dimensión prestacional. Y esto entronca directamente con la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales, muy desarrollada en la doctrina alemana y que a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha sido recogida por el Tribunal Constitucional peruano. Para este Supremo intérprete de la Constitución, “a juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; el fundamento del orden jurídico y de la paz social” (Castillo, 2004).

Lo que propone la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, es que “todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de

acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesaria a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad”.

Esta doctrina de la doble dimensión de los derechos constitucionales debe tomarse en consideración cuando se asuma la tarea de determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental. Esta libertad ha sido definida por el Tribunal Constitucional “como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público”.

Esta dimensión de libertad del derecho al trabajo concede a su titular una serie de facultades de acción, entre ellas habrá que destacar “la de trabajar o no hacerlo, la de establecer en qué actividad se va a ocupar, la de determinar si va a trabajar para sí o para otro y, en este último caso, la de precisar a favor de quien”. Y es que a nadie se le puede obligar a trabajar. Pero el contenido del derecho al trabajo no se circunscribe a las mencionadas facultades de libertad de acción, sino que involucra también la parte propiamente social del derecho. Además de la dimensión de libertad que tiene el derecho al trabajo, este cuenta con una dimensión prestacional que probablemente es la más difícil de establecer a efectos de la procedencia de la demanda de amparo. El contenido prestacional del derecho al trabajo tiene un componente doble. Por un lado implica el derecho de acceso y por otro el derecho de permanencia. Como se ha dicho, “el derecho al trabajo se dirige a promover el empleo de quienes no lo tienen y a asegurar el mantenimiento del empleo de los que ya lo poseen” (Castillo, 2004).

Junto al reconocimiento del derecho al trabajo existen otras disposiciones constitucionales que deben necesariamente tenerse en cuenta para delimitar el contenido prestacional constitucional del derecho al trabajo. La primera de ellas es el artículo 23° de nuestra constitución Política en la que se ha establecido que “el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (...). El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”.

La segunda de las disposiciones a tener en consideración es la Undécima disposición final y transitoria de la Constitución Peruana en la cual se ha establecido que “las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

Estas dos disposiciones son de especial importancia para determinar el significado del derecho de acceso al trabajo como parte del contenido constitucional prestacional del derecho al trabajo. Este contenido significará que el Estado no se compromete a otorgar a las personas un concreto puesto de trabajo. A lo que se compromete es a plantear y ejecutar políticas dirigidas a promover la creación de puestos de trabajo. A esto lo ha obligado el constituyente peruano y a esto se encuentra vinculado. Como bien ha dicho el Tribunal Constitucional, “el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado” (Castillo, 2004).

En estas circunstancias, el derecho de acceso a un concreto puesto de trabajo no es exigible al Estado, en otras palabras, éste no tiene la obligación de otorgar a las personas concretos puestos de trabajo, por lo que no procede interponer una demanda de amparo para conseguirlo. El amparo no procede porque esta pretensión

no forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo, y no porque estemos ante un derecho –el derecho al trabajo– de “preceptividad aplazada”.

Adicionalmente existen al menos otras dos disposiciones constitucionales que hay que tomar en consideración para determinar el contenido jurídico constitucional del derecho al trabajo. La primera de ellas es el artículo 27° de nuestra Carta Magna en el que se ha establecido que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Y la segunda norma constitucional a considerar es la Cuarta disposición final y transitoria en la que se –como ya se ha dicho antes– se ha mandado que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Castillo, 2004).

Uno de esos tratados internacionales sobre Derechos Humanos vinculantes para el Perú es el ya mencionado Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En este Protocolo adicional se ha reconocido “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Estas disposiciones, son necesarias tener en consideración a fin de determinar los alcances del derecho a permanecer en el puesto de trabajo como parte del contenido constitucional prestacional del derecho al trabajo, que está bastante relacionado con lo que suele llamarse estabilidad laboral. El mencionado artículo 27° parte del reconocimiento de la existencia de despidos arbitrarios, también llamados despidos injustificados o incausados, los cuales son definidos como aquellos en los que “se

despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarles causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”.

Frente a esa realidad lo que ha dispuesto la Constitución es que se deba proteger adecuadamente al trabajador; y adicionalmente ha mandado que sea el legislador quien decida cuál debe ser esa adecuada protección de entre las múltiples posibilidades. En esta labor acierta plenamente el Tribunal Constitucional cuando ha manifestado que “no puede interpretarse como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles” (Castillo, 2004).

El legislador debe disponer una adecuada protección al trabajador sin violar el contenido constitucional del derecho al trabajo en su dimensión prestacional de permanencia del trabajador. De entre todas las posibilidades de dar una adecuada protección al trabajador, el legislador ha optado por la indemnización. En el segundo párrafo del artículo 34° del D. S. 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el legislador ha dispuesto que “si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente” (Vega, 1997).

Y en el artículo 38° de la mencionada normatividad se ha dispuesto que “la indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.

Entonces, cuando se afronte alguna cuestión en la que se invoca el derecho constitucional al trabajo, no se puede intentar resolverla sin tomar en consideración el contenido constitucionalmente protegido del derecho. El derecho constitucional al trabajo –como todo derecho constitucional– tiene una dimensión de libertad y una dimensión prestacional. La primera se manifiesta esencialmente en la facultad que tiene el trabajador de decidir libremente acceder y permanecer en un puesto de trabajo. La segunda dimensión tiene una doble significación: el derecho de acceder a un puesto de trabajo y el derecho de permanecer en él (Vega, 1997).

El derecho al trabajo, el cual –como todo derecho constitucional– es plenamente vigente debido a que la Constitución es una realidad normativa y, por tanto, vinculante a sus destinatarios. Si algo no es plenamente exigible –como el contar con un concreto puesto de trabajo– no es porque el derecho al trabajo sea de exigencia aplazada, sino porque ese algo no forma parte del contenido constitucional del derecho.

Los derechos laborales en las constituciones de 1979 y 1993.

A partir de 1994, con la nueva Constitución se formaliza el proyecto neoliberal del gobierno (Vega, 1997). Recordemos que toda Constitución no es más que un compromiso entre las fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación. La Constitución de 1993 no surge como un planteamiento nacional, nace a raíz del golpe del 5 de abril del mismo año, de una fuerte presión internacional que obligó al gobierno a plantear la necesidad de una Constitución. Fue la presión internacional la que llevó al Gobierno a los primeros anuncios de lo que llama el

proceso de retorno a la institucionalidad democrática, que incluía la fórmula de una Asamblea Constituyente y una nueva Constitución. Tener presente este origen es importante en la medida que se entiende que lo que está en juego no es la voluntad de plasmar un proyecto nacional de consenso sino un proyecto político determinado. Dicha Constitución, en materia laboral comprende, por una parte, tres artículos sobre la seguridad social (10, 11 y 12) y, por otra, las modificaciones o alteraciones de la Constitución anterior en cuanto a normas de relaciones individuales (arts. 22, 23, 24, 25, 26, 27, y 29) y colectivas (art. 28). Se pone así el acento en la limitación del Estado en lo que se refiere a la producción de normas protectoras de los derechos de los trabajadores. Se omiten las garantías que la Constitución de 1979 reconocía a los dirigentes sindicales; no precisa los alcances de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga; se elimina la retroactividad benigna para el trabajador; no se reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza y retira el compromiso del Estado de promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren a los ciudadanos la oportunidad de una ocupación útil, protegiéndolos del desempleo y subempleo. De esta manera, se establece una nueva relación entre capital y trabajo, que busca mayor ganancia y una mayor apropiación de este por parte del capital, privando a los trabajadores de sus derechos adquiridos y flexibilizando el empleo. Se puso de relieve la importancia del costo del trabajo que no solo tiene relación con la remuneración de los trabajadores, sino con la productividad. Es unánime en la doctrina la aceptación a los cambios dándose paso a la llamada "cultura de la flexibilidad" que parece marcar una nueva fase del Derecho Laboral. Se señala que la flexibilidad laboral, tanto externa como interna, no es otra cosa que la revisión de las normas tendientes a una drástica reducción de los niveles de protección para conseguir que las condiciones de trabajo se fijen a través de normas autónomas o heterónomas (Saco, 1998).

La flexibilidad es la posibilidad de la empresa de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajuste con celeridad (Hoyos, 1990).

2.2.2. DERECHO A LA DIGNIDAD

Luis Recasens Siches (Recasens, 1946) explica que el pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre tiene fines propios de cumplir por sí mismo. De allí la importancia de que la dignidad sea un valor y un principio inherente al ser humano, que pueda caracterizarlo, relevarlo, y fundamentarlo. Efectivamente, la idea de la dignidad, sin que solo se presente en ella, es característica del cristianismo, ya en la antigua China y en Roma se forjaba la idea de la dignidad de la persona como una idea universal; es decir, de la igualdad esencial de todos los hombres. Esa cualidad se ha mantenido a lo largo del tiempo ya que la dignidad es la fusión de la identidad, de la libertad y de los derechos de la personalidad por ello se estaría ubicando como un valor subjetivo, un principio rector de la valoración y realización de la persona humana. Fue la escuela estoica, desarrollando el pensamiento aristotélico, la que llegó a la conclusión de que todo hombre, por su naturaleza, es miembro de la comunidad universal del género humano, gobernado por la razón y, además miembro de una comunidad política que es donde nace (Espezúa, 2008).

Esta idea es la que retoma el cristianismo, y posteriormente se irá desarrollando y adquiriendo fundamentación y aplicabilidad en el derecho, al entrar dentro de las corrientes renovadoras del jusnaturalismo, y principalmente como razón básica del contenido de todo Derecho Fundamental. La dignidad se refiere con mayor propiedad a la irreductibilidad de la persona; es decir, muestra a la persona como un tipo de ente

sui generis. La dignidad es un valor específico del ser personal. Entendido por valor una realidad positiva e intrínsecamente importante, capaz de proveer el fundamento para una motivación significativa y es eventualmente perfectivo de los sujetos que optan por él a través de la acción. En efecto, la dignidad es un valor elevado y sublime en el que muchos otros valores encuentran su integración. La dignidad es el valor que posee un ente realmente existente que se muestra a sí mismo en la experiencia como un ser con interioridad, incomunicabilidad, de incomparable absolutez y trascendencia vertical: La persona (Espezúa, 2008).

La dignidad le pertenece a la persona en todo su ser, con tal grado de intimidad que no es propiamente un elemento consecutivo de sus componentes esenciales, sino constitutivo de los mismos. En el ámbito de la persona en cuanto ser, ya hemos visto que la dignidad pertenece a ella de manera absoluta e inalienable, al grado de que nada puede perderla o destruirla. La dignidad es un valor intrínseco independiente de la edad, del estado consciente o inconsciente, de la pertenencia étnica, de la probidad moral. La dignidad de la persona como tal no posee grados; sería absurdo hablar de más o menos una dignidad, ya que supondría que la constitución de lo humano en el orden del ser está determinada por el poder, y no es así la dignidad de la persona, porque posee un valor absoluto en sí misma, es inviolable. Es esta dignidad la que debe considerarse como fundamento de todas las obligaciones morales y jurídicas de la persona. La dignidad por su propia esencia no puede ser objeto de cálculos en base a la relación costo-beneficio para evaluar si eventualmente podría ser violada. La violación de la dignidad siempre es una injusticia y no es argumentable de manera racional muchas veces. La dignidad de la persona es el fundamento, criterio y límite de otras posibles fuentes de dignidad y de derechos. Además, la dignidad humana es un concepto mucho más amplio que puede y suele aplicarse como adjetivo a plurales facetas de la existencia humana. Para Recasens Siches (Recasens, 1946), destacan en la reflexión filosófica sobre la dignidad de la persona Max Scheler, Nicolai

Hartmann, Stammler y Del Vecchio. Frente a lo que consideraron como una insuficiencia en el formalismo ético kantiano, refiere Agustín Basave Fernández del Valle, Scheler y Hartmann se dieron a la tarea de construir una ética material de los valores. Stammler, elaboró una serie de principios, saliéndose del rigorismo formalista, abandonando el formalismo e introduciendo ideas con valores concretos. Estos principios son cuatro y se agrupan en dos clases: Principios del respeto recíproco: El querer de una persona, sus fines y sus medios que no deben quedar a merced del arbitrio subjetivo o caprichoso de otra persona. Toda exigencia jurídica de tratar al obligado como un prójimo, esto es, como a una persona con dignidad. Principios de la participación: Nadie debe jamás ser excluido de una comunidad o de una relación jurídica por la decisión arbitraria o mero capricho subjetivo de otra persona. Todo poder jurídico de disposición concedido a una persona deberá hacerlo solo de tal modo que el excluido subsista como un ser con fin propio, es decir, como una persona con dignidad. En torno al reconocimiento irrestricto de la dignidad de la persona, se transformaron las finalidades y funciones del Estado, la idea es que se constituya un Estado Constitucional decididamente antropocéntrico donde la dignidad humana sea la premisa antropológica, y el Estado encuentre en la dignidad humana su fin último, de ahí que el Estado se concibe como un instrumento para alcanzar el pleno desarrollo del individuo en dignidad y no al revés. Por lo que si un derecho ha sido reconocido como fundamental queda integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad humana no admite relativismos de modo que sería inconcebible, que lo que hay se reconoce como atributo inherente a la persona humana, y pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental. Lo que evidentemente dañaría la dimensión humana de la dignidad. Para Recasens Siches dos son los corolarios de la dignidad humana: El derecho a la vida y la libertad individual (Espezúa, 2008).

La vida del hombre (un hecho biológico) no sería diferente a la de las plantas o a la de los animales de no ser por la concepción de la dignidad personal, es decir, de su concepción como un sujeto con una misión moral; la extensión y alcance del derecho a la vida comprende un sinnúmero de aspectos: a) el derecho de todo ser humano a que los demás individuos no atenten injustamente contra su vida, integridad corporal o salud, b) el derecho de todo ser humano a que el Estado proteja su vida y su integridad corporal contra cualquier ataque de otra persona, c) el derecho de todo ser humano a que el Estado respete su vida y su integridad corporal, d) el derecho de todo ser humano a que la solidaridad social provea de los necesarios auxilios para su subsistencia, entre otros. La idea de la libertad de la persona está implícita en la de la dignidad. Si el hombre es un ser con fines propios y estos fines sólo pueden ser realizados por decisión personal, necesita estar exento de la coacción de otros individuos y de la coacción de los poderes públicos que interfieran con la realización de estos fines. La libertad, desde el punto de vista jurídico, en relación a su vinculación con la dignidad consiste en hallarse libre de coacciones o injerencias indebidas, públicas o privadas, abarcando una amplia gama de posibilidades como lo son: a) el ser dueño del propio destino (no ser esclavo), b) disfrutar de seguridad, c) libertad de conciencia, d) la libertad para contraer, o no, matrimonio, e) libertad para elegir ocupación, f) libertad para circular, g) inviolabilidad de la vida privada, h) libertad de elección de domicilio, i) libertad de reunión o asociación, j) libertad de no ser obligado a participar en una reunión ni pertenecer a una asociación. Según Ramón Abarca Fernández (Abarca, 2005) la libertad es reducida al marco de las relaciones de unos hombres con otros, a una facultad dentro del grupo o estado de asociación en el que todos ceden algo de su libre albedrío para que la sociedad sea posible; así se constituye la esencia, los fundamentos y los alcances de la libertad. Desde Rousseau, la libertad es la obediencia a La Ley que uno se ha impuesto. Aun cuando ya no debe debatirse el reconocimiento de la noción de la dignidad de la persona como fundamento de los llamados derechos humanos, se acepta implícitamente que protege

los derechos individuales y sociales del ser humano (parte dogmática de La Constitución) y en base a esa premisa se ha suscrito tratados internacionales relacionados con la materia (Espezúa, 2008).

La dignidad no se agota en la necesidad de preservar ámbitos de la personalidad del individuo, ya que constituye un complejo de valores que representa la esencia de la condición humana y, como tal, se trata de un valor meta individual. Ello significa que si bien es preciso garantizar que todos los seres humanos puedan libremente fijarse un proyecto de vida conforme a sus propios sentimientos y correlativamente (Espezúa, 2008).

El principio de dignidad comporta también exigencias destinadas a garantizar al hombre como sujeto anónimo perteneciente a la familia humana. La dignidad es tomada muy en cuenta en la constitución porque constituye un criterio de validez, de reconocimiento, de legitimidad, y de esencialidad. César Landa señalaba que la dignidad humana es el eje central de La Constitución Peruana, tiene carácter vinculante y obliga a las instituciones a brindar prestaciones de servicio adecuadas al principio. Los conflictos más graves los de carácter penal que afectan la esencia de la persona humana, como la libertad y el patrimonio deben ser interpretados desde esta perspectiva. Hay que tener en cuenta siempre la conexión entre dignidad y constitución y debe valorarse la fuerza transformadora de la dignidad humana en el desarrollo político, económico, social y cultural de la sociedad (Guerra, 2008).

El deber del Estado de proteger la vida, debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, por ello se considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. Este es un aspecto por el cual, es necesario que, entre valor, principio y derecho fundamental, refiriéndose a la dignidad se tenga que buscar una mayor

eficacia jurídica, una significación más humana y a la vez integradora en función a las circunstancias sociales que se presenta. La dignidad es el núcleo de todo Estado Constitucional de Derecho protege al hombre en toda forma de discriminación (Espezúa, 2008).

Alex Plácido (Plácido, 2004) señala que uno de los ataques más directos a la dignidad humana es el que concreta en la afectación de la integridad personal del ser humano. El respeto al ser humano transita entre aquellos tributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo por cuanto éste garantiza la inviolabilidad de la persona como expresión directa de dignidad. La integridad moral es un bien indisponible, irrenunciable, vinculado a la dignidad humana. El ser persona determina un manto inviolable a la dignidad de la persona, por lo que la dignidad no es renunciable. Por todo ello se sostiene que la dignidad humana en su realización práctica, conlleva un efecto vinculante en tanto categoría jurídico positiva-valorativa, que además de ser protegido como principio-derecho, debe ser regulado para los casos en que sea vulnerado. En lo referente a la Indignidad esta deviene en contraria a la dignidad, pero, con connotaciones polisémicas, por un lado, se entendería como lo despreciable, lo no decente, lo poco digno de una persona, con lo que se denotaría el adverso de lo digno, en ese sentido lo indigno causa repulsión, rechazo, y se refiere tanto a un comportamiento, a una forma de pensamiento, aquello que pueda traer abajo una tabla de valores, un equilibrio de ponderación y de estimación humana (Guerra, 2008).

Rodrigo Guerra López (Guerra, 2008), en su trabajo denominado Bioética y Norma personalista de la acción, refiere que la dignidad parece ser un valor supremo, irreductible y absoluto, propio de la condición personal. En efecto, “dignitas est de absolute dictis”, la dignidad corresponde a lo que se afirma de manera absoluta, es decir, a aquello que es principio o punto de partida por surgir desde sí mismo, por apoyarse en sí. Más aún, una de las definiciones más utilizadas en el medioevo, pero

más desatendidas en la actualidad para definir a la persona es: “*hypostasis proprietate distincta ad dignitatem pertinente*”, la hipóstasis que se distingue por una propiedad perteneciente a la dignidad. Se debería hacer referencia a la dignidad cuando se aborda la cuestión fundamental de la bioética: ¿por qué no es moralmente correcto hacer todo lo que la ciencia y la tecnología nos permiten? ¿Por qué no avanzar y experimentar siempre utilizando como único criterio la capacidad tecnológica del ser humano? Sin embargo, la referencia a la dignidad no siempre es acompañada de una explicación sobre su naturaleza. La dignidad es un valor específico del ser personal. Con la palabra «valor» se indica una realidad positiva e intrínsecamente importante capaz de proveer el fundamento para una motivación significativa. Los valores y otros elementos capaces de motivar la voluntad no son postulados de nuestra razón, no son tampoco seres puramente ideales, sino que son datos cualitativos encontrables en la experiencia. La experiencia cuando es acogida sin reservas o limitaciones acontece en innumerables ocasiones como una experiencia cualificada por diversos factores de motivación, entre los cuales se destaca el valor. En particular la experiencia de la persona en acción sin cesar nos muestra situaciones y fenómenos que no pueden ser comprendidos adecuadamente si no se presta atención a la especificidad, a la esencia propia del valor (Guerra, 2008).

Existen ciertos fenómenos que no poseen capacidad de motivación de nuestra voluntad o de generar alguna respuesta afectiva aun cuando sean objeto de nuestro conocimiento. Por ejemplo, las leyes fundamentales de las matemáticas o de la geometría no son la *causa propria* de un estado afectivo como la tristeza, la alegría o la indignación. Tampoco son la *causa propria* de una decisión como votar por un partido político o por otro aun cuando de manera indirecta pueda haber consideraciones cuantitativas al momento de tomar una decisión de este tipo. Las leyes de las matemáticas son de tal manera neutrales que no poseen capacidad de motivar negativa o positivamente una respuesta afectiva o una respuesta de nuestra voluntad.

Por ello, podemos calificar a las leyes mencionadas de fenómenos neutros o indiferentes. Sin embargo, existen otro tipo de fenómenos: la muerte de un ser querido, padecer una grave injusticia o recibir un halago son realidades revestidas de una importancia ante la cual no somos indiferentes. Una realidad importante es aquella capaz de motivar nuestra afectividad y/o nuestra voluntad. Si dicha motivación es positiva decimos que tal cosa es de algún modo «buena». Si la motivación por el contrario es negativa afirmamos que la cosa es mala. Para que algún objeto motive nuestra voluntad o alguna respuesta afectiva debe de poseer algún tipo de importancia. No basta afirmar que no es posible querer aquello que no se conoce. Es necesario añadir que nada puede quererse si no se ofrece con algún tipo de importancia. La distinción entre «importancia» y «neutralidad» es relevante aun en el caso en el que algo que se presenta como «neutro» esconda alguna importancia sólo revelable tras una indagación peculiar. Lo importante se distingue de aquello que se ofrece como «indiferente» ante nosotros y esta distinción es esencial (Guerra, 2008).

La diferencia entre el valor y lo subjetivamente satisfactorio no es sólo una diferencia de grado sino que es una diferencia esencial. Si recorremos los diferentes grados de lo satisfactorio y de lo placentero meramente subjetivo *nunca* encontraremos la dimensión de los valores propiamente hablando. La importancia positiva es aquella que resulta motivante para alguien en función de lo que constituye una perfección objetiva para él. Dicho de otro modo, es la importancia que poseen ciertas cosas o acciones en la medida en que objetivamente perfeccionan a un sujeto humano. Esta importancia emerge particularmente cuando un valor que es importante en sí resulta perfectivo del sujeto (Guerra, 2008).

Finalmente, la palabra «dignidad» es la traducción latina del griego «axioma». Los axiomas son las realidades dignas de ser creídas, estimadas o valoradas. De este modo, en su sentido más originario axioma significa el «principio» que, por su valor en sí, es decir, por ocupar un cierto lugar en un sistema de proposiciones no puede no ser

considerado sino como verdadero. Aristóteles en los *Analíticos Posteriores* denomina axiomas a los principios evidentes e irreducibles que constituyen el fundamento de toda ciencia. Toda proposición se apoya en ellos, pero ellos no se apoyan más que en sí mismos. El axioma obliga al asentimiento, su contenido se impone inmediatamente al espíritu debido a su verdad manifiesta. Los axiomas son indemostrables y por ello constituyen el fundamento de toda demostración. El axioma, entonces, no es un principio «postulado» como indemostrable sino un dato que en sí mismo es evidente y que es fruto de una intuición sobre los contenidos ofrecidos en la experiencia. Gracias a la existencia indubitable de axiomas es posible demostrar con fundamento y no caer en una sucesión de demostraciones sin fin que conducirían –paradójicamente– a demostrar absolutamente nada (Guerra, 2008).

Los axiomas o principios no son una serie de nociones abstractas, sino que constituyen aquello que es primero en el ser, en el hacer o en el conocer. En las ciencias especulativas existen varios principios en un género, por ejemplo, en las matemáticas se comienza por nociones inmediatas como las de número, dimensión, igualdad, mayor, menor, adición, etc. En la física los principios son los propios del conocimiento del ente sensible en cuanto sensible: cuerpo, materia, luz, calor, movimiento, etc. En las ciencias operativas los principios son los valores propios de cada ámbito práctico. Así el jurista tiene como uno de sus principios fundamentales la justicia: en toda proposición legal, penal o de jurisprudencia la justicia interviene al menos implícitamente de manera concreta y universal a la vez (Sanguineti, 1977). Cuando se introduce una desviación *a radice*, es decir, en los principios, además de violentar datos evidentes las consecuencias pueden ser muy graves: es el caso de un médico que atiende pacientes sin tener una idea clara respecto de qué es la salud propiamente hablando. Que la persona es principio significa que gracias a su propia consistencia ontológica y axiológica se ofrece como un ente con una patencia *sui generis* en la experiencia. Si bien todos los entes con cualidades sensibles poseen una

cierta evidencia sensible e inteligible, el caso de la persona nos parece que admite una consideración peculiar: 1) La persona y su valor son los datos más cercanos que tenemos a nosotros mismos. Se dan a nuestra consideración de una manera interior como ningún otro ser se ofrece y de una manera exterior –a través de los «otros»– que no nos es ajena sino que colabora a constituir la experiencia de lo humano. 2) En la experiencia descubrimos a la persona como un «alguien que es», es decir, como un ente *sui géneris* que es y actúa de un modo especialísimo. La acción humana es sin dudas un momento de la experiencia en el que se revela con particular claridad que por una parte existe una cierta *proporción* entre el acto y la potencia del ser humano. El *esse* y la *essentia*, es decir, el *esse* y la *potentia essendi* se corresponden. Sin embargo, al mismo tiempo existe una cierta *desproporción* que distingue la perfección respectiva del acto y la potencia indicando una prioridad del *esse* sobre la *essentia*. Desde el punto de vista de la primacía del *esse* sobre la *essentia*, el acto de ser personal (*esse personae*) «emerge» a través de la esencia y de los diversos planos entitativos como buscando no estar limitado por la contracción «sufrida» por la esencia, expandiéndose hacia su máximo nivel de perfección para así establecer una «*proportio*» completa. El fruto de este esfuerzo del *esse* coincide con su «*perfectio*» que constituye a la persona como *simpliciter bonum* (Melendo, 1987). De esta manera la persona como ente *implica* una proporción y perfección en sí misma que se *explica* al manifestarse, al mostrarse de manera eminente gracias a su consistencia excelente en el orden ontológico y axiológico. La manifestación, expresividad, y esplendor del ser y del valor de la persona poseen diversas dimensiones: el cuerpo, el lenguaje, los estados afectivos, etc. Sin embargo, tal y como ya hemos mencionado anteriormente existe un momento en el que más *claramente* toda la persona se explica como persona. Este momento se constituye como un factor fundamental de revelación, de mostración (Guerra, 2008).

Existe un estrecho vínculo entre dignidad y libertad. La libertad es una dimensión constitutiva y principal de la *claritas* con la que la persona se devela. La libertad es un índice «luminoso» de la dignidad, del valor incomparable que posee cada ser humano en concreto. La libertad como dimensión manifestativa de la dignidad es una ventana de ingreso privilegiada para descubrir al hombre como persona a través de la experiencia. La belleza de la persona tiene un momento de esplendor particular en la libertad (Guerra, 2008).

2.2.3. DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra establecido en la Carta Magna del Estado, como el derecho de toda persona a conseguir mediante acciones personales que se encuentran dentro de la ley el desarrollo íntegro de su personalidad.

El derecho a la libertad sexual, ligado intrínsecamente a la libertad individual y que se entiende como la facultad que tiene las personas de disponer libremente de su cuerpo y de elegir con quien desea tener acceso carnal o abstenerse de ello, si así lo quiere; Peña Cabrera Freyre (Peña, 2007) define a libertad sexual como el derecho que tiene toda persona de autodeterminarse sexualmente y el de rechazar la intromisión en dicha esfera a terceras personas, cuando no medie consentimiento, por lo que la libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales.

La libertad sexual abarca la posibilidad de la plena expresión del potencial sexual de los individuos. Se excluye toda forma de coerción, explotación y abusos sexuales en cualquier tiempo y situación de la vida. La libertad sexual abarca todos y cada uno de los derechos sexuales y los reproductivos. Tiene que ver con el cuerpo, la mente, la

dignidad, las decisiones individuales y de pareja y la posibilidad de ejercer la sexualidad de manera responsable (López, 2012).

Infortunadamente, es más fácil definir la libertad sexual desde las situaciones que la vulneran. Dos de estas situaciones son el abuso y la explotación sexual. El abuso está muy enfocado en cualquier conducta de tipo sexual entre dos o más personas cuando no hay consentimiento, define Carolina López Laverde, directora del Programa Contra la Trata de Personas de la Organización Internacional para las Migraciones, y añade que va desde obligar a una persona a observar un acto sexual, hasta obligarla a ejecutar el acto. Por su parte, la explotación incluye el abuso, pero además hay un tema de beneficio para la misma persona o para un tercero, a costa de ese acto de explotación. La vulneración de la libertad sexual está tipificada en el país de manera más concreta que la de los otros derechos sexuales por medio de delitos como la violación, el estupro, el acto sexual abusivo, el proxenetismo y la trata de personas. La libertad sexual es parte de los derechos fundamentales de cualquier persona en la medida en que es el reconocimiento, es la posibilidad de reconocerse como un ser independiente, autónomo, es parte del ejercicio de la ciudadanía, es parte de elegir (López, 2012).

En la Declaración del 13° Congreso Mundial de Sexología (año 1997, Valencia, España) revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, el 26 de agosto de 1999, en el 14° Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China se hace referencia a que la sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor. La sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad,

dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico.

Para asegurar el desarrollo de una sexualidad saludable en los seres humanos y las sociedades, los derechos sexuales siguientes deben ser reconocidos, promovidos, respetados y defendidos por todas las sociedades con todos sus medios. La salud sexual es el resultado de un ambiente que reconoce, respeta y ejerce estos derechos sexuales (López, 2012):

1. El derecho a la libertad sexual. La libertad sexual abarca la posibilidad de la plena expresión del potencial sexual de los individuos. Sin embargo, esto excluye toda forma de coerción, explotación y abuso sexuales en cualquier tiempo y situación de la vida.
2. El derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo. Este derecho incluye la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la propia vida sexual dentro del contexto de la ética personal y social. También están incluidas la capacidad de control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo.
3. El derecho a la privacidad sexual. Este involucra el derecho a las decisiones y conductas individuales realizadas en el ámbito de la intimidad siempre y cuando no interfieran en los derechos sexuales de otros.
4. El derecho a la equidad sexual. Este derecho se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o limitación física o emocional.
5. El derecho al placer sexual. El placer sexual, incluyendo el autoerotismo, es fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual.

6. El derecho a la expresión sexual emocional. La expresión sexual va más allá del placer erótico o los actos sexuales. Todo individuo tiene derecho a expresar su sexualidad a través de la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor.

7. El derecho a la libre asociación sexual. Significa la posibilidad de contraer o no matrimonio, de divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales responsables.

8. El derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables. Esto abarca el derecho a decidir tener o no hijos, el número y el espacio entre cada uno, y el derecho al acceso pleno a los métodos de regulación de la fecundidad.

9. El derecho a información basada en el conocimiento científico. Este derecho implica que la información sexual debe ser generada a través de la investigación científica libre y ética, así como el derecho a la difusión apropiada en todos los niveles sociales.

10. El derecho a la educación sexual integral. Este es un proceso que se inicia con el nacimiento y dura toda la vida y que debería involucrar a todas las instituciones sociales.

11. El derecho a la atención de la salud sexual. La atención de la salud sexual debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones y trastornos sexuales.

Los derechos sexuales y reproductivos se encuentran protegidos por la legislación internacional referente a derechos humanos y otros documentos de las Naciones Unidas; entre los principales instrumentos legales internacionales que los apoyan se tienen los siguientes: Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos; Pacto de Derechos Económicos y

Sociales; Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Viena; Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, El Cairo; Programa de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing (López, 2012).

La aparición de la infección por VIH y el SIDA condujo a modificaciones importantes en todos los campos humanos. Uno de los cuestionamientos que la infección trajo consigo, hace referencia a los derechos sexuales de las personas. En parte, ellos surgen a raíz de la intolerancia que se presentó ante minorías sexuales tanto por parte de los equipos de salud, como de la sociedad como un todo. Se ha planteado que tales derechos son: Derecho a la vida, derecho fundamental que permite el disfrute de los demás derechos. Derecho a la integridad física, psíquica y social. Libertad a la finalidad del ejercicio de la sexualidad: recreativa, comunicativa, reproductiva. Respeto a las decisiones personales en torno a la preferencia sexual Respeto a la opción de la reproducción Elección del estado civil Libertad de fundar una familia Libertad de decidir sobre el número de hijos, el esparcimiento entre ellos y la elección de los métodos anticonceptivos o proconceptivos. Al reconocimiento y aceptación de sí mismo, como hombre, como mujer y como ser sexuado. A la igualdad de sexo y género. Al fortalecimiento de la autoestima, la autovaloración, y la autonomía para lograr la toma de decisiones adecuadas en torno a la sexualidad. Expresión y libre ejercicio de la orientación sexual. Libertad de elegir compañero(a) sexual. Elegir si se tienen o no relaciones sexuales A elegir las actividades sexuales según sus preferencias. Derecho a recibir información clara, oportuna y científica acerca de la sexualidad. A espacios de comunicación familiar para tratar el tema de la sexualidad. A la intimidad personal, la vida privada y al buen nombre. A disponer de opciones con mínimo riesgo. Derecho a disponer de servicios de salud adecuados. A recibir un trato

justo y respetuoso de las autoridades A recibir protección ante la amenaza o la violación de los derechos fundamentales, sexuales y reproductivos. en resumen, los derechos sexuales y reproductivos garantizan la convivencia y la armonía sexual entre hombres y mujeres, entre adultos y menores, lográndose que la sexualidad y la reproducción se ejerzan con libertad y respetando la dignidad de las personas, permitiéndole al ser humano el disfrute de una sexualidad sana, responsable, segura y con el menor riesgo posible (López, 2012).

Hostigamiento sexual laboral.

Sobre lo que señala la Constitución Peruana

El artículo 1° de nuestra Carta Magna Peruana preceptúa “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Raygada, 2009).

El artículo 2° inciso 24 b) de nuestra Carta Magna Peruana preceptúa “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos, previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas”.

El artículo 23° de nuestra Carta Magna Peruana preceptúa “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Por la propia naturaleza de la relación laboral la constitución busca proteger al trabajador al estar en un contexto de subordinación en el que se da el trabajo. Sin embargo, el constituyente ha entendido que las particularidades de la relación laboral ameritan una mención especial, mientras que los trabajadores independientes ejercen sus derechos en un contexto diferente.

Ningún trabajador bajo cualquier tipo de contrato de trabajo puede tener limitaciones a los derechos constitucionales específicamente laborales reconocidos en la constitución, ni tampoco puede verse afectados sus derechos de tal manera que afecten su dignidad.

Dicho de otro modo, el poder directriz que ostenta el empleador no puede ser excesivo; pues no puede ser utilizado de tal manera que afecte la dignidad del trabajador. Esta limitación al poder del empleador es estrictamente imprescindible para salvaguardar los derechos del trabajador (Raygada, 2009).

Esta limitación supone que todo hostigamiento colisiona con el derecho que posee el trabajador al honor, a su reputación, a la dignidad, a la igualdad y no discriminación, a la libertad ideológica y religiosa, a la intimidad personal, a la propia imagen, etcétera.

La Ley N° 27942 del 27 de febrero de 2003, Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual y su reglamento DS N° 010-2003-MINDES, regulan el hostigamiento sexual en la modalidad de acoso sexual o hostigamiento sexual vertical o chantaje sexual o acoso quid pro quo.

La Ley N° 29430 del 08 de noviembre de 2009, regula el hostigamiento sexual en las modalidades de:

- 1) Hostigamiento sexual vertical o acoso quid pro quo
- 2) Hostigamiento sexual horizontal o acoso sexual ambiental

La Casación N° 3804-2010 – Del Santa de fecha 08 de enero de 2013 establece el precedente vinculante al indicar como deben ser interpretados los artículos 1°, 4° y 5° de la Ley N° 27942.

Sobre el Hostigamiento Sexual o Acoso Sexual, existen dos sujetos en todo acoso sexual:

a) El hostigador (a). - Es toda persona que dirige a otra, comportamientos de naturaleza sexual no deseados, cuya responsabilidad ha sido determinada y que ha sido sancionada previa queja o demanda según sea el caso, por el hostigamiento sexual.

b) El hostigado (a). - Es toda persona que sufrió el hostigamiento de la otra.

Definición de hostigamiento sexual. - “El acoso sexual es toda conducta o comportamiento de carácter sexual que no es bienvenido por la persona a la que se dirige, y que tiene por propósito o efecto afectar negativamente sus términos y condiciones de empleo. El artículo 4° de la Ley N° 27942 define el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual de la manera siguiente: “El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales” (Raygada, 2009).

Posteriormente, el artículo 1° de la Ley N° 29430 modificó la anterior definición, estableciendo las siguientes definiciones: “4.1. El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales. 4.2. El hostigamiento sexual ambiental consiste en una conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad” (Raygada, 2009).

En el caso del hostigamiento sexual típico se puede apreciar que la modificación está dirigida a la existencia de:

Conducta física o verbal. Reiterada. Naturaleza sexual o sexista. No deseada o rechazada. Realizada por una o más personas. Se aprovechan de su posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa. En contra de una u otras personas. Quienes rechazan estas conductas. Lo consideran que afectan su dignidad

Es el denominado chantaje sexual o “quid pro quo” significa esto a cambio de eso. Donde el hostigador busca acceder a favores de intimidad a cambio que la hostigada tenga acceso al empleo, a un mejor empleo, al salario, a un mejor salario, a un ascenso, a un traslado, a una capacitación, etc. Se puede apreciar claramente, que el hostigador se encuentra en una posición jerárquica respecto a la hostigada para lograr lo que pretende.

En el caso del hostigamiento sexual ambiental a la existencia de:

No existe jerarquía, estamento, grado, función, nivel remunerativo o análogo. Se busque crear un clima de intimidación, humillación u hostilidad. Siempre se va a dar una afectación al rendimiento laboral de la persona hostigada, pues se crea un entorno de trabajo hostil, ofensivo o intimidatorio. El hostigador al no tener poder sobre la persona hostigada, logra con sus actos influir en el medio ambiente o entorno laboral de la persona hostigada. Pues, en la medida que se crea un entorno hostil y ofensivo tiene a influir en el desempeño de la persona hostigada con un menor rendimiento en su labor, se puede generar ausentismo que a su vez se ve reflejado en su carrera profesional generándose sanciones disciplinarias e impedimentos a lograr posibles ascensos.

Elementos constitutivos del hostigamiento sexual: Para que se configure el hostigamiento sexual es necesario que se presenten los elementos siguientes:

a) Conducta relacionada con temas de carácter sexual: Estos comportamientos pueden ser:

Apreciaciones relacionadas con el aspecto físico de la persona hostilizada, con referencia expresa al tema sexual o subliminalmente relacionado con el mismo.

La formulación de bromas relacionadas con el sexo, enviar cartas comunicaciones, mails o cualquier otra forma de comunicación escrita u oral que tenga relación con el tema sexual.

Las llamadas innecesarias que realice el acosador ante la persona acosada.

La exposición ante la persona acosada de materiales de carácter sexual.

Los roces, tocamientos, caricias, saludos no deseados por el hostilizado.

El acosador ejerza algún tipo de autoridad sobre los trabajadores bajo su dependencia para hacerse invitar o participar en eventos, reuniones sociales, actividades deportivas u otras en la que sabe que participará o estará presente la víctima de la hostilidad sexual.

b) Conducta no bienvenida: La víctima debe rechazar la conducta acosadora, pues, si la propicia o acepta no configura la misma.

El rechazo directo. - Cuando el acosado en forma verbal o escrita manifiesta su disconformidad con la actitud del acosador.

El rechazo indirecto. - Cuando la víctima rechaza al acosador con respuestas evasivas, dilatorias u otra clase de actitudes de cualquier naturaleza que demuestran su disconformidad con las proposiciones del acosador.

c) Afectación del empleo: Debe existir la posibilidad real que, el sujeto acosador afecte negativamente el empleo de la persona afectada, esta afectación puede

consistir en la amenaza de pérdida del empleo o beneficios tangibles, o a través del ambiente hostil en el trabajo que, obliga al trabajador a laborar en condiciones humillantes.

Clases de Hostigamiento Sexual: El acoso u hostigamiento sexual es susceptible de reconocerse en un doble plano:

a) De un lado, un núcleo esencial que estaría compuesto por aquellas conductas que configuran un chantaje sexual o acoso sexual bajo la modalidad *quid pro quo*, donde, prevalido de su posición o status, en esferas o ámbitos jerarquizados —como es la empresa— el transgresor pretende obtener favores sexuales de quien —razonablemente— puede tener relaciones de cualquier especie, que afectan su ingreso, estabilidad o desarrollo en la unidad productiva, en el supuesto que resistiere las pretensiones que son dirigidas. Como se observa, el sujeto activo del acoso sexual *quid pro quo* deberá —siempre— ostentar poderes de dirección o dominio sobre la víctima que permitan presumir, razonablemente, la eficacia de la coacción ejercida explícita o implícitamente.

b) De otro lado, admite contenidos secundarios o periféricos, que consisten en un cúmulo de conductas —de carácter sexual— idóneas para configurar un medio ambiente de trabajo que pudiere resultar hostil o humillante a la víctima (acoso sexual ambiental o entorno de trabajo hostil por motivos sexuales). De este modo, el sujeto activo del acoso sexual -el acosador-, al lado del empleador y sus representantes, suele ser un compañero de trabajo en condiciones jerárquicas idénticas o, incluso inferiores a la víctima-, o un cliente. Así, lo relativo al entorno de trabajo hostil por motivos sexuales se vincula estrechamente a la responsabilidad que recae en el empleador como director y organizador del proceso productivo; comprometiéndola siempre que éste las tolerare o, por lo menos, cuando debiendo conocerlas no despliegue sus

poderes de dirección para erradicarlas y, eventualmente, prevenirlas” Ámbito espacial de aplicación de las normas sobre hostigamiento sexual en el empleo: Alcanza a los Poderes del Estado; entiéndase al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, todos los Organismos Constitucionalmente Autónomos, Fuerzas Armadas. Policía Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, Universidades y todas las instituciones públicas de cualquier índole (Raygada, 2009).

2.2.4. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

El maestro Alfredo Villavicencio Ríos, en su obra “la libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación”, hace referencia a la ardua y difícil búsqueda de una **definición** satisfactoria de la libertad sindical, pues se trata de un derecho complejo, que se predica tanto de sujetos individuales como colectivos, que incluye derechos de hacer (positivos) y de no hacer (negativos), frente a diversos sujetos. Consideraremos que resume los elementos estático y dinámico esenciales del instituto y no se resiente con el paso del tiempo, por lo menos en el corto plazo, con lo que puede arribar a que la libertad sindical consiste en el derecho fundamental de los trabajadores a organizarse colectivamente para la promoción y defensa de sus intereses comunes económicos y sociales. El Tribunal Constitucional, a través de una relevante sentencia (expediente 008-2005-PI) define a la libertad sindical como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical. El elemento organizativo, material o estático de la libertad sindical recae sobre la facultad de organizarse colectivamente, de constituir sujetos colectivos como presupuesto de efectividad de la actuación sindical. La realidad nos hace ver en todo instante que los trabajadores prefieren largamente ejercer su libertad sindical a través de una red institucionalizada de sujetos colectivos orgánicamente estructurados, estables y permanentes (sindicatos, federaciones, confederaciones); sin

embargo, dentro de la definición de libertad sindical no podemos negarles un lugar a otras articulaciones colectivas de trabajadores, menos estructuradas y más informales y esporádicas (uniones, coaliciones, etc.) que concurren con los sindicatos en el terreno de la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (Villavicencio, 2010).

El artículo 10 de del Convenio 87 OIT establece que el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores, con lo que se rompe la vinculación única entre sindicato (organización institucionalizada y permanente) y libertad sindical, abriéndose el abanico de su cobertura también a las formas menos estructuradas y más esporádicas. El carácter tradicional y generalizado de los primeros, su importancia y la claridad en la exposición nos llevan a referirnos sólo a ellos en adelante, aunque la resaltada amplitud de lo sindical haga que nuestras reflexiones sean aplicables en lo pertinente también a las demás articulaciones colectivas. El elemento causal o dinámico o de actividad, que tipifica al fenómeno sindical y que justifica su existencia, que le da su impronta específica y que el legislador ha considerado digno de una especial tutela y apoyo, es justamente la actuación del sujeto colectivo dirigida a promover y tutelar los intereses económicos y sociales de los trabajadores (equilibrar la desigualdad congénita de los trabajadores individualmente considerados y canalizar el conflicto industrial intrínseco). El sindicato nace para actuar en representación de tales intereses. Por ello, se ha dicho que el objeto central del concepto de libertad sindical no es ni el individuo ni la organización sindical, sino la actividad sindical (Ermida, 1985).

Esta actividad, muy difícil de encasillar por la enorme variedad objetiva y subjetiva en la que suele expresarse, tal vez se pueda resumir como la autotutela de los intereses del trabajo. En este contexto, nadie duda que el contenido esencial del derecho involucra a los componentes individuales y colectivos, así como a las facetas de

organización y actividad, incluyendo en estas últimas a la negociación colectiva y a la huelga; que si bien por su propia dimensión e importancia han merecido una regulación específica, incluso a nivel constitucional, no cabe duda a estas alturas de la historia que junto con la sindicación forman parte inescindible de la libertad sindical. La libertad sindical engendra el derecho a regular las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva y el derecho a condicionar su dinámica recurriendo a la huelga. Engendra el derecho al pluralismo organizativo y concurrencial a la vez que el derecho al autogobierno del mismo, señalando que para determinar el contenido esencial hay que recurrir, de un lado, a develar aquellas facultades o atribuciones que hacen que este sea reconocido como perteneciente a lo sustancial o inmanente del precepto, y, de otro lado, a la identificación de la ventaja, beneficio o utilidad que se genera del goce de un derecho fundamental (Villavicencio, 2010).

Respecto a los elementos que componen la libertad sindical y su contenido esencial, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia recaída en el expediente 1124-01-PA, que: la Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28º, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así 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 afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga. Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional, que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos

que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su vía expansiva a través de remozadas, y otrora, inusitadas manifestaciones. 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 a la 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. Finalmente, la sentencia recaída en el expediente 3311-2005-PA/TC culmina el proceso de perfilamiento del contenido esencial desarrollando explícitamente los componentes de la libertad sindical colectiva, incluyendo el desarrollo de actividades en este ámbito, particularmente, la negociación colectiva y la huelga: 5. El artículo 3.1. del Convenio N.º 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y de formular su programa de acción. Por su parte el artículo 1.2. del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, establece la protección de los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. Por tanto, en esta oportunidad y a la luz del caso concreto, debe precisarse que la libertad sindical en su dimensión plural también protege la autonomía sindical, esto es, la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten. Protege,

asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos (Villavicencio, 2010).

El **aspecto individual** de la libertad sindical está constituido por todos aquellos derechos de los trabajadores a constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen conveniente, sin autorización previa y en total libertad, así como a desarrollar actividad sindical (libertad sindical individual positiva); y, a no incorporarse o retirarse libremente de tales organizaciones (libertad sindical negativa), sin que todo ello pueda ser fuente de ningún perjuicio. La utilización del adjetivo «positiva» expresa el hecho de que se está hablando de actos explícitos de los trabajadores de participación en la constitución de una organización o de adhesión a la misma o de proselitismo o activismo sindical. Por el contrario, la referencia a la libertad sindical «negativa» tiene que ver con la tutela del derecho de los trabajadores de mantenerse «indiferentes» (no incorporándose o desligándose) frente al hecho sindical, sin que ello les pueda afectar negativamente en cualquier terreno (Villavicencio, 2010).

Los componentes de la **libertad sindical positiva** han sido señalados por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 8 de la sentencia recaída en el expediente 008-2005-PI: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical, tanto en sus ámbitos subjetivo (titularidad) como objetivo (tipología sindical): a) derecho de libre constitución de organizaciones y b) derecho de libre afiliación. La **libertad sindical negativa** consiste en el derecho de los trabajadores a no incorporarse a una organización sindical o a no permanecer en aquella de la que formen parte, bastando para ello su voluntad en cualquiera de los dos sentidos y sin que su decisión les pueda acarrear represalia alguna. Este derecho no se encuentra consagrado expresamente en nuestra Constitución ni lo encontramos

establecido en los Convenios de la OIT. En el segundo caso, la omisión no es casual sino que se deriva de la oposición de algunos países (EEUU y Gran Bretaña) en los cuales es frecuente el recurso a las cláusulas de seguridad sindical, que están reñidas con este derecho. La **libertad sindical colectiva** consiste en el derecho de los sindicatos de autorganizarse y actuar libremente en defensa de los intereses de los trabajadores. Este derecho, por lo tanto, no tiene como titular al trabajador individualmente considerado sino al sindicato, a la organización que desarrolla una actividad sindical, por lo que el interés protegido tiene carácter colectivo, el del conjunto de trabajadores de que se trate, que se mantiene, aunque las individualidades de ese conjunto puedan variar. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado de manera sintética que la libertad sindical se expresa en la protección de la autonomía sindical, «es decir, la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos internos que lo afecten» (fundamento jurídico 6 de la sentencia recaída en el proceso 3311-2005-PA) (Villavicencio, 2010).

La obligación estatal de garantizar y promover la libertad sindical:

La consagración jurídica de un derecho no es suficiente para su vigencia real, en la medida en que todas las normas jurídicas tienen una cierta tasa de incumplimiento. En el Derecho Colectivo del Trabajo, el índice de aplicación de las normas es todavía menor que en las demás ramas del ordenamiento jurídico puesto que se construye sobre una relación de conflicto, expresa una situación de equilibrio inestable entre los intereses de cada una de las partes enfrentadas y se traduce en cargas jurídicas que tienen como responsable de su cumplimiento a quien debe soportarlas mayoritariamente y detenta una posición prevalente en la relación. De allí que sea más o menos común que el empresario busque utilizar cualquier atajo que le permita restarle virtualidad. La sola inclusión de preceptos de carácter sustantivo no constituye elemento suficiente para lograr que el dato real se adecue a sus previsiones. En tal sentido, es unánime el reclamo respecto de lo imprescindible que resulta la adopción

de un adecuado andamiaje normativo, procesal e institucional para garantizar la vigencia de la libertad sindical, que será tanto más necesario cuanto más débil sea el movimiento sindical, puesto que, en lo que respecta a las relaciones laborales, las normas legales carecen a menudo de eficacia, si no se encuentran además reforzadas por sanciones sociales, es decir, por el poder equilibrador de los sindicatos y demás organizaciones de trabajadores expresado a través de la consulta y negociación con el empresario, y, en último término, si ésta falta, mediante el cese concertado del trabajo; concluyendo, en el mismo texto, que las leyes tratan de limitar el poder de mando de los empresarios. Su éxito en este punto depende del grado de organización de los trabajadores. El propio texto constitucional expresamente (artículo 28) le impone al Estado (a todos los poderes que lo integran) la obligación de garantizar la libertad sindical; siendo, por tanto, una norma en la que existe un mandato y un límite al mismo tiempo, puesto que le ordena actuar y al mismo tiempo le traza el sentido de su actuación: poner a disposición de los titulares del derecho el instrumental necesario para que la libertad sindical pueda desarrollarse efectivamente y cumplir los altísimos fines que justifican su existencia. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 11 del Convenio 87 y el artículo 3 del Convenio 98 de la OIT, estableciendo obligaciones de garantía para los Estados. Finalmente, la necesidad de proteger la libertad sindical tiene un anclaje muy importante en la realidad, en la medida en que el Perú tiene el nada envidiable récord de ser el país con más quejas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT (Villavicencio, 2010).

Ámbitos de protección de la libertad sindical (Villavicencio, 2010):

- a) La actividad sindical (individual y colectiva) como eje de la protección y promoción: siendo la libertad sindical el bien jurídico objeto de las medidas de protección, y siendo ésta un derecho fundamentalmente de actividad, se debe señalar que si bien su tutela se aplica tanto a las facultades de organización (elemento estático del derecho) como a las de actividad (elemento dinámico del

derecho), el eje central de aquellas medidas gira fundamentalmente alrededor de estas últimas facultades. Y ello no puede ser de otra manera porque el elenco mayoritario de lesiones de la libertad sindical se produce cuando se exteriorizan los actos o conductas dirigidos a materializar el derecho; consecuentemente, la libertad sindical incluye medidas de protección y estímulo de individuos y colectividades actuantes, destinadas a permitir o promover el pleno y eficaz desarrollo de esa actividad sindical que estuvo en su origen y que es su centro conceptual y finalístico; la protección es fundamental para que se pueda ejercer un conjunto de facultades involucradas en el derecho, y concluye señalando su necesidad (de protección) en el campo del ejercicio adecuado de las más relevantes facultades involucradas en el derecho de libertad sindical: la negociación colectiva y la huelga.

- b) Ámbito subjetivo de la protección: el fuero sindical: los sujetos protegidos en el campo de la libertad sindical son fundamentalmente los trabajadores, aunque en algunos escasos países (EEUU, Argentina, Colombia y Chile) también pueden serlo los empleadores, en lo que respecta a eventuales actos de injerencia provenientes de los trabajadores y sus organizaciones. Habida cuenta de la poca entidad de las violaciones últimamente anotadas, así como de la inexistencia de regulaciones en este sentido en nuestro sistema de relaciones laborales, nos ocuparemos a continuación exclusivamente de los trabajadores como sujetos pasivos de las conductas antisindicales. Sobre el particular, la protección de los trabajadores comenzó por los dirigentes y promotores sindicales puesto que eran los sujetos más expuestos y, por ello mismo, afectados por las acciones antisindicales. Nace así en América Latina el instituto del Fuero Sindical como una institución que buscó proteger al dirigente sindical de la sanción más grave: el despido, que poco a poco se ha ido generalizando hasta convertirse en un conjunto de medidas de protección

del dirigente y del militante sindical que tienden a ponerlos a cubierto de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y a posibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical.

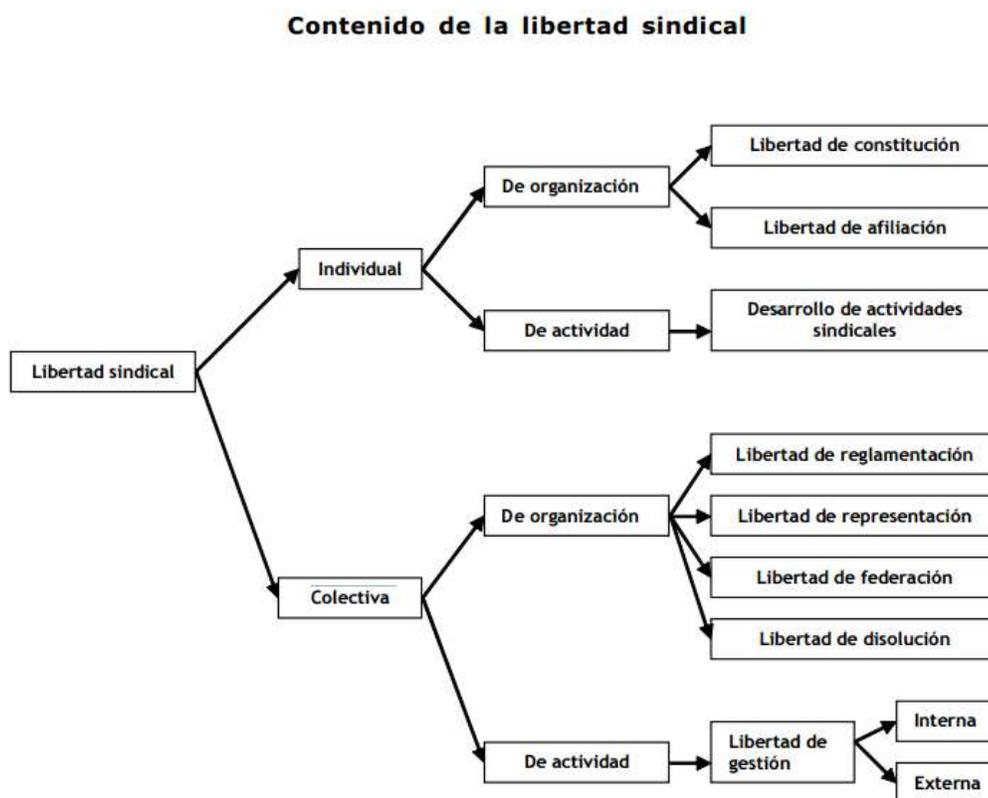
c) Ámbito objetivo de la protección, irrelevancia de la culpa y agente infractor:

teniendo como norte los cabales términos del Convenio 98 se puede decir con firmeza que esta protección debe dirigirse a evitar o reparar todo acto (u omisión) tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo y, especialmente, los actos (u omisiones) que tengan como finalidad condicionar el empleo a la no incorporación o no permanencia de un trabajador en un sindicato, o despedirlo o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa del ejercicio de su libertad sindical, o negarle las facilidades necesarias para la materialización de este derecho. En consecuencia, según el Comité de Libertad Sindical (OIT 2006: 167, párrafo 781), la protección contra los actos de discriminación antisindical debe abarcar no sólo la contratación y el despido, sino también cualquier medida discriminatoria que se adopte durante el empleo y, en particular, las medidas que comporten traslados, postergación u otros actos perjudiciales.

d) Ámbito temporal de la protección: se trata de una protección especial previa,

durante y posterior a la asunción de responsabilidades sindicales; que resulta imprescindible para la eficacia de la libertad sindical y que ha obtenido ya consagración internacional, puesto que viene prevista expresamente en los párrafos 7.1 y 7.2 de la Recomendación 143 de la OIT. A nivel latinoamericano, la protección de los candidatos ha alcanzado rango constitucional en Brasil y se encuentra recogida, además, en Argentina, Costa Rica, Panamá, Paraguay y el Salvador. Un caso peculiar es el de Venezuela, que ha sido como el país que goza de la protección más amplia en este terreno, puesto que su

normativa¹³⁷ establece que, en caso de celebrarse elecciones sindicales, todos los trabajadores de la empresa gozarán de inamovilidad desde el momento de la convocatoria hasta el de la elección; agregando que el lapso respectivo no podrá exceder de dos (2) meses durante el período de dos (2) años.



Fuente: Alfredo Villavicencio Ríos. “la libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación”. (2010). Lima

2.2.5. DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD OCUPACIONAL

En Grecia, los primeros indicios que se registran y destacan en la historia sobre el tema de seguridad y salud ocupacional son los siguientes: Hipócrates (siglo IV a.C)

escribió un tratado sobre las enfermedades de los mineros, a quienes recomendaba tomar baños higiénicos para evitar la saturación de plomo. Preocupado por los efectos perniciosos de los trabajos con plomo, describió los síntomas de la intoxicación por este mineral y por el mercurio. Indicó, además, que los determinantes de las enfermedades se relacionaban con el ambiente social, familiar y laboral. Destaca el maestro Aristóteles (384-322 a.C.), quien intervino en la salud ocupacional de su época, pues estudió ciertas deformaciones físicas producidas por las actividades ocupacionales, planteando la necesidad de su prevención (Arias, 2012).

Por otro lado, en Roma resalta el personaje de Plinio el Viejo (siglo I), quien estudió las consecuencias patógenas de la inhalación de polvo en las minas de cinabrio (mineral del mercurio); además, siendo cuna del derecho y la jurisprudencia, de las leyes de conducta y de protección de los bienes privados, también se tomaron medidas legales sobre la salubridad, como la instalación de baños públicos, y de protección para los trabajadores. Por ejemplo, en las “tablas de Ajuste”. En la edad media existieron las famosas “Ordenanzas de Francia” (1413 y 1417). En ellas se dictaminaban temas relativos a la salud y seguridad de la clase obrera. Es en Alemania, gracias al descubrimiento de la pólvora en 1473, que se publica una nómina de algunas de las enfermedades que surgen con motivo de la ocupación, de modo que este sería el primer documento impreso que trata, por primera vez, sobre la seguridad. Así, es uno de los primeros textos sobre salud ocupacional. Sin embargo, sería en la edad moderna, como lo señala Alfredo Montoya: “no es hasta el año 1700 que aparece el primer tratado realmente científico, orientado a la higiene del trabajo: la obra de Bernardino Ramazzini, *De Morbis Artificum Diatriba* (“tratado de las enfermedades de los artesanos”), obra que, acreditó a su autor como el padre de la Medicina del Trabajo. En ella se estudian alrededor de medio centenar de enfermedades profesionales, así como las condiciones de trabajo que dan lugar a ellas, y recomendaciones sobre medidas higiénicas a adoptar”. Diversos historiadores

coinciden en afirmar que Ramazzini sentó un precedente muy importante en materia de salud ocupacional. Pero con la naciente industria del siglo XVIII, el interés de las personas estuvo centrado en los aspectos técnicos del trabajo más que en el aspecto de salubridad. Es así que la salud ocupacional pasaría por un periodo de latencia hasta finales del siglo XIX. En la civilización romana, los esclavos y prisioneros realizaban los trabajos más peligrosos, en condiciones inhumanas. Aparecen, así, las Tablas de Ajuste para exigir a los patrones medidas de seguridad para los trabajadores (Montoya, 1996).

Algunos consideran que puede fijarse como precedente del tema a la creación de armas de combate y también la construcción de medios para defenderse de ellas. Estos serían antecedentes de lo que actualmente conocemos como equipo de protección personal. Sin embargo, esas referencias podrían considerarse prehistoria del Derecho de la seguridad y salud en el trabajo, ya que esta materia ingresa formalmente al marco de la historia a partir de la Primera Revolución Industrial, y se institucionaliza con el paso del tiempo. En este orden de ideas, se puede decir que fue la invención de la máquina a vapor lo que originó grandes centros fabriles con nuevas tecnologías, lo cual generó una situación hasta entonces desconocida en Europa. Los oficios artesanales fueron reemplazados por la producción en serie, donde las condiciones de salud y seguridad eran mínimas, principalmente por la falta de una cultura de seguridad eficiente, tanto de parte de los trabajadores, como de los empleadores. Prueba de ello fueron el hacinamiento de personas en los lugares de trabajo, la explotación a las mujeres y niños, las jornadas de trabajo prácticamente ilimitadas, etc. Esto constituye el marco de referencia o contexto en el que nació la Seguridad y Salud Ocupacional. Frente a la situación descrita, los primeros intentos legislativos sobre el problema tomaron la forma de leyes de inspección de factorías. Inglaterra inauguró esta modalidad en 1833, y transcurridos 15 ó 20 años, las

inspecciones empezaron a producir algún fruto, mejorando las condiciones de trabajo (Rollin, 1968).

Resulta evidente, así, el ánimo de protección al bienestar de la persona que expresa nuestra carta magna, toda vez que su voluntad es asegurar a todos una digna calidad de vida. Válidamente podríamos afirmar que la seguridad y salud en el trabajo se funda -entre otros derechos- en la dignidad del hombre, dignidad entendida como el carácter de ser racional que determina la dignidad humana; la persona humana necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social". Si bien la materia de seguridad y salud en el trabajo es relativamente joven, en nuestro país lo es aún más. De ese modo, la regulación de las primeras normas (impulsadas, entre otros motivos, por el TLC entre el Perú y Estados Unidos) que resaltan en la materia, datan a partir del 2005 (Plácido, 2004).

Hoy en día, no cabe duda de la importancia que cumple en la materia de seguridad y salud en el trabajo la implementación de un SGSST toda vez que, este último, se configura como un componente indispensable para un desarrollo empresarial sostenible. El SGSST será un sistema porque se trata de un conjunto de elementos (procesos), interrelacionados entre sí, los cuales son capaces de generar una respuesta repetible e identificable para administrar lo referente a la seguridad y salud en el trabajo. Por lo tanto, "el sistema de gestión es un método planificado, documentado, verificable y mejorable destinado a administrar los peligros y riesgos asociados a la gestión de la empresa" (Plácido, 2004).

Así como la "Seguridad en el trabajo" es especie del género "Seguridad", la "Salud en el trabajo" es especie del género "Salud". En este sentido, si la salud, según la Real Academia Española, es el "estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones", la salud en el trabajo o salud laboral es el estado de normalidad del

trabajador en el ejercicio de las funciones laborales; dicha normalidad es a la que se aspira protegiendo al trabajador (Paredes, 2014)

La Organización Mundial de la Salud, en su Constitución, define a la salud como un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades en la persona”. En consecuencia, la protección que se brinde al trabajador debe ser de tipo integral; es decir, se debe velar por el trabajador en su aspecto físico y mental, protegiéndolo de todas las enfermedades, patologías o lesiones sufridas en su relación laboral y como consecuencia de la misma. Por su parte, la Norma OHSAS37 18001: 2007 define a la salud y seguridad ocupacional como las “condiciones y factores que afectan o podrían afectar, la salud y seguridad de empleados, trabajadores temporales, contratistas, visitas y cualquier otra persona en el lugar de trabajo”. Como se ha visto, el SGSST es un concepto que involucra un método de organización para tomar acciones que ayuden a prevenir, mitigar los riesgos y peligros que puedan ocasionar algún tipo de daño en el bienestar del trabajador. De esta manera, el SGSST, según la Comunidad de las Naciones Unidas (CAN), órgano que promueve la lucha por el trabajo decente, lo define como un “conjunto de elementos interrelacionados o interactivos que tienen por objeto establecer una política y objetivos de seguridad y salud en el trabajo, y los mecanismos y acciones necesarios para alcanzar dichos objetivos, estando íntimamente relacionado con el concepto de responsabilidad social empresarial, en el orden de crear conciencia sobre el ofrecimiento de buenas condiciones laborales a los trabajadores, mejorando de este modo la calidad de vida de los mismos, así como promoviendo la competitividad de las empresas en el mercado” (Paredes, 2014).

Los principios, al ser una fuente formal del derecho, poseen un rol protagónico en nuestra rama, ya que tienen por función coadyuvar en la interpretación, integración y orientación del sistema normativo. Además, en la función jurisdiccional, estos axiomas resultan ser vitales ya que son ideas directrices y rectoras que dan sustento a una

teoría, a una norma y al desarrollo de la actividad cognoscitiva en el ámbito del Derecho. En este sentido, la seguridad y salud en el trabajo no resulta ajena al alcance del que gozan los principios; antes bien, estos últimos fundamentan e irradian el desarrollo de la materia en cuestión (Plácido, 2004).

i) Principio de Prevención: La instauración del principio de prevención en el Perú permite apreciar la relevancia que tiene la cultura preventiva para el legislador. Una cultura nacional de prevención implica: el respeto del derecho a gozar de un medio ambiente de trabajo seguro y saludable a todos los niveles, y la participación activa de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, a través de un sistema de derechos, responsabilidades y deberes definidos. A fin de hacer efectivo todo ello, se necesita el uso de los medios disponibles para aumentar la sensibilización, el conocimiento y la comprensión general de la seguridad y salud en el trabajo, atribuyendo la máxima prioridad al principio de prevención (CHAMBI, 2013).

Cabe señalar que es cierto que el empleador resulta ser el principal obligado en el tema de prevención; sin embargo, el trabajador también tiene deberes en esta materia (art.79).

ii) Principio de protección: El numeral IX del Título Preliminar de la LSST, recoge este principio y señala que: “Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender: a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable. b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores”. Se desprende de este artículo que el de protección de la seguridad y salud le corresponde, de forma distinta, tanto al empleador y al Estado; es decir, dicho deber grava al empleador

frente a sus trabajadores, pero también frente al Estado, en la medida en que este ejerce el rol de fiscalización y control de cumplimiento de esa obligación (art. 1 LSST). El Estado, además, debe promover una cultura de prevención de riesgos laborales en la que deberá participar de manera activa. Para ello, implementa la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (articulado del 4 al 7), así como la inducción de un enfoque de “sistema” para la fijación de derechos, responsabilidades y deberes definidos y la atribución máxima al principio de prevención (articulado 72 Otras normas que regulan esta materia son: el D.S. N° 009-2004-TR (norma reglamentaria de la ley 28048) y la R.M. N° 374-2008-TR), donde aprueban el listado de los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales que generan riesgos para la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia y los períodos en los que afecta el embarazo; el listado de actividades, procesos, operaciones o labores, equipos o productos de alto riesgo; y, los lineamientos para que las empresas puedan realizar la evaluación de sus riesgos.

En consecuencia, el legislador establece una metodología de cómo ha de actuar el empleador para cumplir con su deber de proteger la seguridad y salud de los trabajadores. Deberá, pues, planificar toda una serie de actividades para gestionar los riesgos; informar a sus trabajadores sobre todo ello, y no solo deberá informarlos sino también instruirlos sobre la aplicación de las medidas necesarias para evitar daños.

- iii) Principio de información y capacitación: La información y capacitación que se brinda al trabajador se configura como uno de los instrumentos más importantes para evitar la concreción del riesgo, logrando así la protección efectiva del trabajador. En este sentido, el numeral IV del Título Preliminar de la LSST regula que “las organizaciones sindicales y los trabajadores reciben del empleador una

oportuna y adecuada información y capacitación preventiva en la tarea a desarrollar, con énfasis en lo potencialmente riesgoso para la vida y salud de los trabajadores y su familia”. A propósito de las organizaciones sindicales, la LSST las configura como uno de los principales actores en el mundo de la seguridad y salud en el trabajo; y es que estas últimas tienen como fin coadyuvar en la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa que regula la presente materia (art. 1) (Igartua, 2008).

De esta manera, la información viene a ser un cúmulo de indicaciones y medidas de protección que el empleador transmite al trabajador, mientras que, en la capacitación, además de transmitirse cierto grado de teoría, el empleador deberá instruir al trabajador y verificar que ponga en marcha estas indicaciones y medidas para evitar los riesgos. En atención a esto último, es deber del empleador dar al trabajador esta capacitación, y también es obligación del trabajador recibirla, siempre y cuando el tiempo invertido se encuentre dentro de la jornada de laboral, o de lo contrario se realice el pago correspondiente. (art. 28 RLSST). En materia de riesgos, el art. 52 de la LSST, denominado “Información sobre el puesto de trabajo”, refiere que el empleador debe brindar la información y los conocimientos necesarios en relación con los riesgos en el centro de trabajo y en el puesto o función específica, así como las medidas de protección y prevención aplicables. Como se puede ver, este precepto, pese a llevar el nombre de información sobre el “puesto de trabajo”, distingue para el empleador dos deberes: brindar al trabajador una información general y otra específica. La primera se refiere a los riesgos que afectan a la empresa en su conjunto por la actividad que desarrollan, y la segunda, establece la información que ha Cabe señalar que el legislador ya contemplaba, antes de la publicación de la LSST.

Advertimos, entonces que las normas referidas a la seguridad y salud en el trabajo tienen como objetivo proteger la salud y vida de los trabajadores. Sin embargo, pese a

los esfuerzos por optimizar la defensa de los trabajadores en esta materia, el número de accidentes y enfermedades a nivel mundial sigue siendo preocupantemente alto. En el año 2009, la Organización Internacional del Trabajo - OIT calculaba que al año existen aproximadamente dos (2) millones de muertes y unos trescientos treinta (330) millones de accidentes relacionados con el trabajo. Estas cifras comparadas con el documento Decent Work Safe Work emitido por la misma organización en el año 2002, demuestran que el avance estadístico en materia de seguridad y salud en el trabajo no ha sido el más auspicioso: en tal documento las muertes ascendían a más de dos (2) millones a consecuencia de accidentes o enfermedades ocupacionales, sumando los accidentes de trabajo anualmente doscientos setenta (270) millones y las enfermedades ocupacionales ciento sesenta (160) millones. En el año 2001, todo ello representó un costo total de 1.25 billones de dólares. Por su parte, la Organización Mundial de Salud señala que ocurren treinta y seis (36) accidentes de trabajo por minuto, de los cuales trescientos treinta (330) al día son mortales, perdiéndose más de noventa y cinco (95) millones de horas de trabajo al año, lo que representa un costo estimado del 10% del producto bruto interno mundial (Igartua, 2008).

Edison de la Cruz Pérez - Inspector de Trabajo refiere que, según reportes de la OIT, las cifras anuales en materia de seguridad y salud en el trabajo se resumen en:

- a) 270 millones de accidentes de trabajo (205 por segundo).
- b) 160 millones de enfermedades profesionales no mortales.
- c) 2.3 millones de muertes relacionadas al trabajo (5,000 por día), de las cuales:
 - 350,000 son consecuencia de accidentes mortales.
 - 1.7 a 2 millones son consecuencia de enfermedades profesionales.
- d) Los accidentes de trabajo exceden a muertes causadas por:
 - Accidentes de tránsito (999,000)
 - Guerras (502,000)
 - Violencia (563,000)
 - VIH-SIDA (312,000)

En el caso peruano, conforme a las estadísticas publicadas y analizadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, los accidentes de trabajo declarados ascendieron a tres mil trescientos siete (3,307) en el período comprendido entre setiembre del año 2010 y setiembre del año 2011.

Detrás de las estadísticas existe un tema de vital importancia: la promoción de un ambiente de trabajo decente que permita a los trabajadores ejercer sus labores en condiciones que no atenten contra su salud o vida. El trabajo decente implica, pues, la observancia de ciertos estándares mínimos, entre los cuales destaca el garantizar un ambiente de trabajo óptimo y salubre. Sin embargo, apenas en el año 2005 fue que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una norma de carácter general que regulara la seguridad y salud en el trabajo, aplicable a todas las actividades y entidades empresariales: el Decreto Supremo N° 009-2005-TR, Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo. Sin perjuicio de ello, con la entrada en vigencia de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el escenario regulatorio de la seguridad y salud en el trabajo se ha modificado, ya sea para optimizar algunas reglas o, en otros casos, para regular nuevos escenarios o institutos que pretenden reforzar la defensa del trabajador en el centro de labores (Ugaz & Soltau, 2012).

Los instrumentos internacionales que regulan la seguridad y salud ocupacional son la Decisión 584 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (IASST), y su Reglamento, aprobado mediante Resolución 957. Dichos instrumentos regulan de manera integral el sistema de seguridad y salud en el Trabajo en el marco del proceso de integración de la CAN. Entraron en vigencia el 26 de setiembre de 2005 y son de aplicación obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico.

A nivel nacional, hasta antes de la dación del Reglamento (Decreto Supremo N° 009-2005-TR), no existía en nuestro ordenamiento ninguna norma que regulara de manera

general la seguridad y salud en el trabajo. Únicamente habría esfuerzos parciales de regular dicha temática en diversos sectores, como es el caso de la industria, electricidad, construcción o minería. Asimismo, existían normas del sector salud que, si bien no centraban su atención en los centros de trabajo, también eran aplicables a ellos, lo que de alguna manera complementaba las regulaciones específicas descritas. La publicación del Reglamento fue de vital importancia pues se trató de la primera norma que afrontó de manera general el tema de la seguridad y salud en el trabajo. Esto es, es la primera norma que tuvo como ámbito de aplicación a todos los centros de trabajo con prescindencia del giro del negocio del empleador. Así, instauró en nuestro ordenamiento una serie de principios que rigen la interpretación y aplicación de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo, de cualquier sector empresarial. Asimismo, actuó como una norma de obligatoria referencia cuando una regulación sectorial o especial no preveía alguna materia en su contenido. Finalmente, cumplía el rol de norma mínima, es decir, imponía una serie de estándares o límites los cuales no podían ser reducidos a través de normas sectoriales. Todas estas ventajas, bondades y características de favorabilidad han sido hoy en día asumidas por la Ley (Igartua, 2008).

La acotada Ley contempla una serie de nuevas obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuyo cumplimiento resulta exigible a todos los empleadores. En este sentido, al igual que el Reglamento, la Ley refiere expresamente que sus disposiciones constituyen mínimos para la prevención de los riesgos laborales, siendo posible que empleadores y trabajadores, por medio de la negociación individual o colectiva, fijen obligaciones y derechos mayores.

El artículo 32 de la Ley crea la obligación de brindar licencias con goce de haber y otras facilidades para el desempeño de sus funciones en sus respectivas áreas de trabajo, a los miembros del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (CSST) y a los trabajadores que sean nombrados Supervisores de Seguridad y Salud en el Trabajo

en los centros de trabajo con menos de veinte (20) trabajadores. De esta forma, se les reconoce prerrogativas similares a las de los dirigentes sindicales que, de acuerdo a las normas nacionales e internacionales pertinentes, “deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones”. En particular, las normas laborales peruanas reconocen a determinados dirigentes sindicales -como mínimo- treinta (30) días calendario de licencia con goce de haber por año. Cabe anotar que, en este caso, la Ley no ha precisado cuántos días de licencia con goce de haber se deberán otorgar a cada miembro del CSST o supervisor, ni ha especificado en qué consistirían las demás facilidades que se les deberán otorgar. Con relación a lo primero, consideramos que se trata de un aspecto que necesariamente tendría que ser aclarado por el reglamento de la Ley, ya que la ausencia de un parámetro cuantitativo, a la par de potenciar el surgimiento de conflictos entre empleadores y trabajadores por el otorgamiento de las licencias, complica la determinación de la existencia de un incumplimiento de esta obligación y, por consiguiente, las posibilidades de fiscalización (Ugaz & Soltau, 2012).

Sin embargo, nada obsta para que las entidades empresariales establezcan un número determinado de días de licencia con goce de haber para los miembros del CSST o supervisores, ya sea a través de una política interna o de manera concertada con tales representantes. En cuanto a las facilidades a las que alude la disposición citada podrán estar constituidas por una multiplicidad de acciones, que van desde la concesión de un permiso hasta la reprogramación de un turno de trabajo. Lo relevante es que, en cada caso, se evalúe si su concesión es razonable, atendiendo a criterios como: (i) la anticipación con que fueron solicitadas, (ii) el número de facilidades otorgadas dentro de un período determinado; (iii) el eventual impacto negativo de su concesión para las operaciones de la empresa; entre otros.

De otro lado, el literal b) del artículo 35 y el artículo 27 de la Ley han precisado los alcances de una obligación que ya se encontraba contemplada en el Reglamento. Nos

referimos a la obligación de capacitar a los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo, que encuentra sustento en el literal b) del artículo 25 del Reglamento. Mientras que la disposición citada del Reglamento se limita a indicar que el empleador deberá “capacitar al trabajador”, la Ley ha precisado que dicha obligación se materializa en la realización de no menos de cuatro (4) capacitaciones al año. En lo que respecta al momento en que se deberán desarrollar los programas de capacitación y entrenamiento en materia de seguridad y salud en el trabajo, el artículo 43 del Reglamento contempla la posibilidad de que éstos se realicen fuera de la jornada de trabajo, si es que media acuerdo entre el empleador y los trabajadores. La Ley, por su parte, ha establecido que estos programas deberán formar parte de la jornada de trabajo. Ello no quiere decir que la realización de capacitaciones fuera de la jornada de trabajo se encuentre prohibida, siempre y cuando, dentro del año, se cumpla con realizar -como mínimo- cuatro (4) capacitaciones dentro de la jornada de trabajo. Lo anterior supone la existencia de un cronograma de capacitaciones y que se documente la realización de las mismas, a fin de acreditar el cumplimiento de esta obligación en el marco de una eventual fiscalización por parte del MTPE (Ugaz & Soltau, 2012).

A su turno, el literal c) del artículo 35 de la Ley crea la obligación de adjuntar a los contratos de trabajo la descripción de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo. Para efectos de la exigibilidad de esta obligación, la disposición citada no distingue entre la modalidad de contratación empleada, por lo que entendemos que la descripción referida deberá ser adjuntada a todos los contratos de trabajo (a plazo indeterminado, a plazo fijo o a tiempo parcial). Incluso en el caso de los trabajadores a plazo indeterminado con los que no se haya suscrito un contrato de trabajo, corresponde que se entregue la descripción de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo. A pesar de que la disposición citada únicamente alude a los trabajadores -aquellos que mantienen una relación laboral-, sería recomendable que

esta descripción también se adjunte a los convenios de las personas contratadas bajo alguna modalidad formativa (prácticas profesionales, prácticas pre-profesionales, SENATI, etc.). Asimismo, sería recomendable que en los contratos de servicios que se suscriba con los terceros o contratistas, se contemple expresamente la obligación del tercero de adjuntar al contrato de trabajo de su personal las recomendaciones de seguridad y salud antes mencionadas. La creación de esta obligación ratifica la importancia de que las empresas cuenten con un Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo que -entre otras actividades- tenga a su cargo la identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar la salud en el lugar de trabajo y que, ciertamente, podría colaborar en la preparación de las recomendaciones que se adjuntarían a los contratos de trabajo (Igartua, 2008).

De conformidad con los artículos 29 y 34 de la Ley, el cumplimiento de las obligación de contar con un CSST y un Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo (RISST), respectivamente, es exigible a los empleadores con veinte (20) o más trabajadores a su cargo. De esta forma, se ha reducido el mínimo de trabajadores para el surgimiento de estas obligaciones, ya que de acuerdo a los artículos 18 y 24 del Reglamento, respectivamente, era de veinticinco (25) trabajadores. Relacionado con lo anterior, la Ley ha establecido que en los centros de trabajo con menos de veinte (20) trabajadores, el Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo deberá ser elegido por los mismos trabajadores. Ello representa un cambio respecto de lo regulado por el Reglamento, cuyo artículo 19 establece que el Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo deberá ser capacitado y nombrado por la empresa. Por otro lado, con la finalidad de garantizar la participación efectiva de los trabajadores en los asuntos vinculados con la seguridad y salud en el trabajo, los literales e) y f) del artículo 49 obligan a los empleadores a garantizar: (i) que las elecciones de los representantes de los trabajadores (miembros del CSST o Supervisores de Seguridad y Salud en el Trabajo) se realicen conjuntamente con las organizaciones sindicales o, en su defecto,

por medio de elecciones democráticas; y, (ii) el real y efectivo trabajo del CSST, asignándole los recursos necesarios. Conforme a lo anterior, es importante que, de existir un CSST en un centro de trabajo, se verifique si su mandato continúa vigente (la duración máxima es de dos años). De haber vencido el mandato, corresponderá que se realicen nuevas elecciones en las cuales tendrá que intervenir la organización sindical constituida en el centro de trabajo, de ser el caso. De otro lado, es necesario documentar las sesiones del CSST a fin de acreditar su real funcionamiento y el interés de la entidad empresarial por velar por la seguridad y salud de su personal. Asimismo, de conformidad con la última parte del artículo 29 de la Ley, los empleadores que cuenten con sindicatos mayoritarios deberán incorporar al CSST a un miembro del respectivo sindicato en calidad de observador. De esta manera, se pretende evitar que existan CSST que no desempeñen cabalmente su rol como fiscalizadores del cumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo (Igartua, 2008).

Según lo establecido por el literal a) del Reglamento, el artículo 87 de la Ley obliga a los empleadores a contar con un registro de accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales e incidentes peligrosos; sin embargo, esta última disposición amplía el período de conservación de dicho registro a diez (10) años posteriores al suceso. Sin embargo, la Ley no es muy clara en este punto, ya que en su artículo 88 dispone que el registro referido se deberá mantener archivado por espacio de cinco (5) años posteriores al suceso, reproduciendo así el período de conservación fijado por el artículo 17-A del Reglamento. En adición a lo anterior, el artículo 28 de la Ley que regula de manera general los registros del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo establece que los registros relativos a enfermedades ocupacionales se conservan por un período de veinte (20) años. Ante ello, es preferible entender que el período de conservación aplicable es el “más gravoso”, es decir, el de veinte (20) años contemplado en el artículo 28 de la Ley. Conforme a lo anterior, toda la documentación

referida a los accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales e incidentes peligrosos, deberá ser conservada por un plazo de veinte (20) años contados desde que ocurriera el evento (Ugaz & Soltau, 2012).

Según lo previsto en el Documento Técnico denominado “Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad”, aprobado por Resolución Ministerial N° 312-2011/MINSA15, el artículo 36 de la Ley crea la obligación de organizar un Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, propio o común a varios empleadores, que se encargue de ejecutar diversas actividades vinculadas con la prevención de los riesgos laborales. La definición de “Servicio de Salud Ocupacional” contenida en el Anexo 6 del Documento Técnico, contempla: “Entidades o instituciones legalmente constituidas, o profesionales debidamente entrenados en medicina, enfermería, ingeniería de higiene y otros cuyo objetivo común y principal es atender la salud de los trabajadores” y las actividades que se detallan en el artículo 36 de la Ley, entre las que destacan: 1. La identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo; 2. El asesoramiento en materia de salud, de seguridad e higiene en el trabajo y de ergonomía, así como en materia de equipos de protección individual y colectiva; 3. La vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con el trabajo (que incluye la realización de los exámenes médico-ocupacionales); y, 4. La participación en el análisis de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales. De lo anotado es recomendable organizar un Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, propio o de manera compartida con otras empresas, que se adecúe a lo dispuesto en el Documento Técnico y que idealmente asuma, si no todas, la mayoría de las actividades detalladas en el artículo 36 de la Ley (Ugaz & Soltau, 2012).

Si bien el artículo 69 del Reglamento ya contemplaba la obligación de los empleadores de reubicar a los trabajadores que hayan sufrido un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional en otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud,

aunque supeditando su exigibilidad a la existencia de otro puesto que reúna esta característica, el artículo 76 de la Ley ha adoptado una posición más tuitiva, toda vez que: 1. No supedita la reubicación a la existencia de otro puesto “menos riesgoso”, lo que podría significar que en estos casos el empleador, de no existir tal puesto, tiene la obligación de crearlo; y, 2. Hace referencia expresa a que la reubicación no podrá implicar una reducción de los derechos remunerativos y de categoría del trabajador. En este sentido, un empleador no podrá reubicar válidamente a un trabajador víctima de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional en un puesto si ello implica una reducción de su categoría, argumentando que no existe otro puesto de trabajo disponible. Sin embargo, sí es posible que se modifique la categoría y remuneración del trabajador si existe un acuerdo y el nuevo puesto de trabajo se adecúa al estado de salud del colaborador. Por su parte, bajo las mismas características, el artículo 66 de la Ley contempla la obligación de reubicar a las trabajadoras en estado de gestación, a fin de evitar su exposición a cualquier tipo de riesgo para su salud. Como veremos más adelante, esta obligación es una de las que materializa la intención de la Ley por promover la incorporación de un enfoque de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral (Ugaz & Soltau, 2012).

El artículo 22 de la Ley establece que el empleador debe exponer por escrito su política en materia de seguridad y salud en el trabajo, la cual deberá ser elaborada en consulta con los trabajadores y sus representantes. A diferencia del artículo 38 del Reglamento, que únicamente desarrollaba los objetivos fundamentales de una política de esta naturaleza, la disposición citada detalla con mayor precisión sus características. Así, indica que ésta debe ser: 1. Específica para la organización y apropiada a su tamaño y a la naturaleza de sus actividades; 2. Ser concisa, estar redactada con claridad, estar fechada y hacerse efectiva mediante la firma o endoso del empleador o del representante de mayor rango con responsabilidad en la organización -entiéndase, el gerente general-. Asimismo, la disposición citada enfatiza

que la política debe ser difundida y fácilmente accesible a todas las personas en el lugar de trabajo y que, además, debe ser actualizada periódicamente y ponerse a disposición de las partes interesadas externas, según corresponda. Considerando esto último, es recomendable elaborar una política concisa que, como mínimo, incluya los principios y objetivos fundamentales desarrollados en el artículo 23 de la Ley, la cual luego podrá ser exhibida en los diversos ambientes de las instalaciones de la empresa, a fin de evidenciar su compromiso con el cumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo (Ugaz & Soltau, 2012).

En virtud a la incorporación de un último párrafo al artículo 5 del Decreto Legislativo N° 892, a partir de la entrada en vigencia de la Ley los días de descanso médico por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional deberán ser considerados como días efectivamente laborados para el cálculo de la participación en las utilidades. Ello, además de contradictorio con la naturaleza de este beneficio que busca compensar la contribución a la generación de la utilidad mediante la realización de trabajo efectivo, generaría los siguientes inconvenientes: 1. Son muchos los casos en que resulta discutible si un determinado accidente o enfermedad puede ser calificado como un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, respectivamente. Incluso puede suceder que este tipo de conflictos recién se diluciden años después de concluida la relación laboral -por ejemplo, en el marco de un proceso judicial- lo que podría generar reclamos recurrentes de reintegro de participación en las utilidades. Bajo las circunstancias señaladas, las empresas deberán tener muchas precauciones en caso un trabajador señale que ha sufrido un accidente o enfermedad ocupacional ya que ello podría motivar el reclamo de las utilidades por el período en el cual gozó de descanso médico. Es por ello que las investigaciones relacionadas a estos eventos deben ser céleres y precisas, involucrando al trabajador en todo momento a fin de legitimar las conclusiones a las cuales se arribe. 2. Esta regulación, limitada únicamente al caso de los días de descanso médico por accidente de trabajo o

enfermedad ocupacional, puede considerarse contraria al principio-derecho de igualdad, que proscribe los tratos diferenciados carentes de una justificación objetiva y razonable. En este caso, el trato diferenciado se produciría respecto de -por ejemplo- las trabajadoras que disfrutan de su licencia por maternidad o de los trabajadores que sufren de una incapacidad temporal, que no fue consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional. Si bien en el caso del accidente o enfermedad ocupacional, éstos fueron sufridos como consecuencia de la prestación de servicios, tampoco permiten que el trabajador contribuya a la generación de las utilidades de la empresa, por lo que no se explica su inclusión en el reparto de tal beneficio. Sin perjuicio de esto último, incluso si se presentasen reclamos de parte de los colectivos referidos, las empresas no se encontrarían obligadas a acceder a lo solicitado -trato igual que a los casos de trabajadores que sufren accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales-, pues tal obligación no se desprende de la Ley (Ugaz & Soltau, 2012).

Del análisis del artículo 53 de la Ley, el cual contiene una de los cambios más notorios, y a la vez más cuestionables introducidos por este cuerpo normativo, se desprende que dicha disposición establece literalmente: “El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva”. La segunda parte de la disposición citada reconoce la posibilidad -inexistente hasta la entrada en vigencia de la Ley- de que el MTPE ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de uno o más trabajadores, cuando -atendiendo al material probatorio obtenido durante el procedimiento inspectivo considere que se ha acreditado la existencia de un daño atribuible al incumplimiento del deber de

prevención por parte del empleador. En este sentido, se reconoce a un ente administrativo la competencia para efectuar un análisis de responsabilidad (civil), que típicamente sólo es realizado por los órganos que ejercen potestad jurisdiccional. No obstante, la existencia de argumentos sólidos para cuestionar la constitucionalidad de la disposición citada, la misma deja muchas dudas, siendo indispensable que sus alcances sean precisados por el reglamento de la Ley. Así, entre otras cosas, tendría que aclararse lo siguiente: 1. El órgano o funcionario específico competente para determinar el pago de la indemnización; 2. La relación entre esta indemnización y la que eventualmente se podría ordenar pagar al empleador en el marco de un proceso judicial; 3. Si va ser posible impugnar la resolución que ordena el pago de la indemnización y, de ser así, qué órgano será competente para resolver tal impugnación; y, 4. Si se trata de una propuesta de indemnización o de un mandato de pago. Sin perjuicio de lo expuesto, es claro que la posibilidad de acceder a una indemnización por daños y perjuicios de manera rápida en el marco de un procedimiento inspectivo, podría incentivar la formulación de reclamos y denuncias especulativas por parte de algunos trabajadores, por lo que resulta indispensable que, en el menor tiempo posible, las empresas adecúen su Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo a las exigencias establecidas por la Ley. Asimismo, es vital que se implemente un plan de reacción en caso de accidentes o enfermedades ocupacionales. Dicho plan deberá estar incluido en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (Ugaz & Soltau, 2012).

El artículo 96 de la Ley reitera algunas de las facultades que se reconocen, de manera general, a todos los Inspectores de Trabajo en la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT). Así, por ejemplo, el literal a) de la disposición citada, referido a la facultad del Inspector de Trabajo para “proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesario para comprobar que las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo se observan

correctamente”, reproduce casi textualmente lo establecido por el numeral 3 del artículo 5 de la LGIT. La novedad en este aspecto, se encuentra contemplada en el literal j) del artículo en comento, en el que se reconoce expresamente a los Inspectores de Trabajo la facultad de “entrevistar a los miembros del comité paritario y representantes de las organizaciones sindicales, con independencia de la actuación inspectora”. Asimismo, en el segundo párrafo del artículo 102 de la Ley, referido a las órdenes de paralización o prohibición de trabajos por riesgo grave e inminente, se ha incorporado una alusión expresa al hecho que tales órdenes no solo no perjudican el pago de las remuneraciones, sino tampoco el de las indemnizaciones que correspondan a los trabajadores afectados, ni a las medidas que puedan garantizar estos pagos. Como se podrá apreciar, la Ley no ha reconocido a los Inspectores de Trabajo nuevas facultades de suma trascendencia, pues la mayoría de ellas ya tenía sustento en lo dispuesto por la LGIT. Ello ciertamente variará si, en el reglamento de la Ley, finalmente se precisa que la competencia para proponer el pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios corresponde a los Inspectores de Trabajo, tal como actualmente sucede con las multas administrativas (Ugaz & Soltau, 2012).

De conformidad con el tercer párrafo del artículo 13 de la LGIT, modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley, “las actuaciones de investigación o comprobatorias se llevan a cabo hasta su conclusión por los mismos inspectores o equipos designados que las hubieren iniciado, sin que puedan encomendarse a otros actuantes”. Esta modificación es sumamente importante, ya que ha implicado la derogación tácita de algunos artículos del Reglamento de la LGIT, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, que establecían que en determinados supuestos el directivo que había emitido la orden de inspección podía relevar a un Inspector de Trabajo o incluso a todo el equipo designado, así como disponer la incorporación de otro u otros Inspectores de Trabajo. Conforme a lo establecido por la Ley, tales relevos o incorporaciones ya no podrán ser realizados a

discreción por los directivos competentes. “De esta modificatoria se desprende un objetivo: el interés por involucrar a las organizaciones sindicales en todos los aspectos vinculados con la seguridad y salud de los trabajadores; y, en especial, en la labor de fiscalización de la idoneidad de las medidas de prevención adoptadas por los empleadores.”

De conformidad con el séptimo párrafo del artículo 13 de la LGIT, modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley, “las actuaciones de investigación o comprobatorias deben realizarse en el plazo que se señale en cada caso concreto, sin que, con carácter general, puedan dilatarse más de treinta días hábiles, salvo que la dilación sea por causa imputable al sujeto inspeccionado. Cuando sea necesario o las circunstancias así lo aconsejen, puede autorizarse la prolongación de las actuaciones comprobatorias por el tiempo necesario hasta, su finalización, excepto en los casos cuya materia sea seguridad y salud en el trabajo”. Con la modificación introducida por la Ley, ya no será posible que en las inspecciones en materia de seguridad y salud en el trabajo se disponga una prolongación de las actuaciones de investigación o comprobatorias, independientemente de que existan causas justificadas para ello (por ejemplo, la alta complejidad del caso analizado). En tal sentido, dichas actuaciones deberían tener una duración máxima de treinta (30) días hábiles (Ugaz & Soltau, 2012).

El literal f) del artículo 45 de la LGIT, incorporado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley, establece que “la resolución correspondiente (que acoge o desestima la multa propuesta en el acta de infracción) debe ser notificada al denunciante, al representante de la organización sindical, así como a toda persona con legítimo interés en el procedimiento”. De esta modificatoria se desprende un objetivo que subyace a varias de las disposiciones de la Ley: el interés por involucrar a las organizaciones sindicales en todos los aspectos vinculados con la seguridad y salud de los trabajadores; y, en especial, en la labor de fiscalización de la

idoneidad de las medidas de prevención adoptadas por los empleadores. Finalmente, entre los sujetos que tendrían “legítimo interés” en el procedimiento sancionador, no mencionados de manera expresa en la disposición citada, se podrían encontrar: (i) la empresa principal o usuaria, en los casos en que se fiscalice a una empresa que destaca personal a sus instalaciones; o, (ii) el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo del sujeto inspeccionado, si se tratase de una entidad o institución externa, en los casos en que la resolución contenga pautas de relevancia para el desempeño de sus actividades o incluso pudiese evidenciar alguna responsabilidad de su parte en el incumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

La primera parte del artículo 53 de la Ley, cuyo texto es el siguiente: “El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.” Como se podrá apreciar, la disposición citada no hace más que especificar la consecuencia que se derivaría de la aplicación de las normas pertinentes del Código Civil sobre responsabilidad civil contractual, a un caso de inobservancia del deber de prevención que acarree la generación de daños indemnizables a uno o más trabajadores. Sin perjuicio de ello, esta disposición es importante en tanto recalca la trascendencia del deber de prevención -cuyos amplísimos alcances se definen en el artículo 54 de la Ley- y las consecuencias de su eventual incumplimiento por parte de los empleadores. De ese modo, el empleador tendrá que indemnizar a los trabajadores que sufran un accidente o enfermedad ocupacional con motivo de la inobservancia del deber de prevención. Cabe resaltar que el deber de prevención deberá abarcar todas las actividades que se realizan con ocasión de la relación laboral (inicio, ejecución y fin). También relacionado al tema de la responsabilidad civil de las empresas, el artículo 68 de la Ley establece que las empresas principales o usuarias serán responsables solidarias por los daños e

indemnizaciones que pudieran generarse en los siguientes supuestos (Ugaz & Soltau, 2012):

1. Incumplimiento de la obligación de verificar la contratación de los seguros de acuerdo a la normativa vigente efectuada por cada empleador (contratistas, subcontratistas, etc.) durante la ejecución del trabajo;
2. Incumplimiento de la obligación de vigilar el cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal.

A diferencia del artículo 53 de la Ley, esta última disposición sí constituye una importante novedad, ya que sirve de sustento para la imputación de responsabilidad solidaria a las empresas principales o usuarias, la misma que -con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley- únicamente podía imputarse en los casos de vinculación económica o grupo de empresas, sobre la base de una de las conclusiones de un Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2008. En este caso, el sustento para la imputación de la solidaridad es incluso más sólido, ya que se cumple con el requisito esencial de la existencia de una disposición legal que, en forma expresa, la establezca. Atendiendo a la existencia de este nuevo supuesto de responsabilidad solidaria, resulta indispensable que las empresas refuercen -y, de ser posible, mejoren- los mecanismos que actualmente utiliza para fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte de las entidades que destacan personal a sus instalaciones. Cualquier incidente ocasionado por una negligencia de una de estas entidades -aunque sea enteramente atribuible a ella- podría ocasionar que la empresa principal o usuaria se encuentre obligada a pagar una indemnización por daños y perjuicios. Ciertamente, dependiendo de la

importancia de la empresa principal o usuaria en el mercado, un trabajador destacado a sus instalaciones que sufra algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional preferirá dirigir cualquier reclamo contra ella, no así contra su empleador real.

De otro lado, conforme a lo establecido por el artículo 68 de la Ley, comentado en el acápite anterior, el artículo 103 de la Ley establece que las empresas principales o usuarias son responsables por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud respecto, no solo de sus trabajadores, sino también de cualquier persona que se encuentre dentro de sus instalaciones -ya sea porque desarrolla alguna actividad ahí, como sucede con las personas contratadas bajo alguna modalidad formativa o destacadas por un tercero, o porque está de visita-. Sin embargo, en este caso no nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad civil, sino de responsabilidad administrativa surgida por la comisión de una infracción en materia de seguridad y salud en el trabajo tipificada en el Capítulo II del Título III del Reglamento de la LGIT. Asimismo, en este caso no se señala que la responsabilidad es solidaria, sino que es directa. Ello quiere decir que el íntegro de la multa administrativa correspondiente deberá ser pagado por la empresa principal o usuaria, la misma que se constituye en la única obligada a cumplir con dicho pago y que, en principio, no tendría título en virtud del cual repetir contra algún otro sujeto. La fijación de una responsabilidad de este tipo en la Ley se condice plenamente con lo establecido por el artículo 100 de la Ley 26842, Ley General de Salud, en el sentido que: “Quienes conduzcan o administren actividades de extracción, producción, transporte y comercio de bienes o servicios, cualesquiera que éstos sean, tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores y de terceras personas en sus instalaciones o ambientes de trabajo”. Considerando la existencia de disposiciones como la comentada, es recomendable que todas las medidas en materia de seguridad y salud en el trabajo sean, en la medida de lo posible, extendidas a cualquier persona que

presta servicios en las instalaciones de las empresa principales o usuarias; asimismo, parece aconsejable que los trabajadores destacados por terceros se incorporen al ámbito del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo de las empresa principales o usuarias, sin que esto quiera decir que ésta deba asumir todos los costos que ello implica -por ejemplo, los costos por la realización de los exámenes médico-ocupacionales de Ley- los cuales deberían ser asumidos por los respectivos empleadores. De esta forma, además, se garantizaría el cumplimiento de lo establecido en el artículo 77 de la Ley, en el sentido que “los trabajadores, cualquiera sea su modalidad de contratación, que mantengan vínculo laboral con el empleador o con contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores o bajo modalidades formativas o de prestación de servicios, tienen derecho al mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo” (Ugaz & Soltau, 2012).

Por medio de la Cuarta Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley se ha incorporado en el Código Penal -como artículo 168-A- el delito de “Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales”, en los términos siguientes: “El que, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, no adopte las medidas preventivas necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad, poniendo en riesgo su vida, salud o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años. Si, como consecuencia de una inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo, ocurre un accidente de trabajo con consecuencias de muerte o lesiones graves, para los trabajadores o terceros, la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de diez años”. Puede destacarse con relación al primer párrafo: **1.** Que el delito ha sido tipificado como un delito doloso, así que no se configurará si la infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo y la consiguiente exposición de los trabajadores a un riesgo para su vida, salud o integridad física, son

producto de una conducta culposa; **2.** Que el delito ha sido tipificado como un delito de peligro, por lo que no es necesario -para su configuración- que efectivamente se produzca un daño a la vida, salud o integridad física de uno o más trabajadores; y, **3.** Que el delito parece haber sido formulado de manera tal, que su autoría únicamente podría ser imputada a los miembros de aquellos órganos de las empresas que -de manera dolosa- adopten decisiones empresariales tendientes al incumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo (por ejemplo, el gerente general o los miembros del directorio), ya que en el tipo se enfatiza que la infracción de dichas normas tiene que ser realizada por quien se encuentra legalmente obligado a cumplirlas, que no es otro que la empresa misma (o, si se quiere, sus órganos decisorios), no así un trabajador en concreto. Con relación al segundo párrafo: **1.** Que el delito ha sido tipificado como un delito de resultado, por lo que sí es necesario -para su configuración- que efectivamente se produzca un accidente de trabajo con consecuencias de muerte o lesiones graves; **2.** Que aparentemente nos encontramos frente a una agravante de los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas - tipificados en los artículos 111 y 124 del Código Penal, respectivamente-. **3.** Que, en este caso, el delito sí podría ser cometido por cualquier funcionario y/o trabajador de la empresa que, por inobservar las normas de seguridad y salud en el trabajo, cause la muerte o lesiones graves a algún trabajador o tercero. Así, por ejemplo, podría calificar como autor de este delito al supervisor que, inobservando las normas de seguridad y salud en el trabajo, envía a un trabajador sin capacitación adecuada a una zona de peligro en la que éste sufre un accidente de trabajo que le genera una lesión grave.

En todo caso, es importante tener en cuenta que -con la entrada en vigencia de la Ley- las consecuencias de un eventual incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo no necesariamente serán solo patrimoniales, ya que es posible que, en el escenario más adverso, un funcionario o trabajador de la empresa incluso sea condenado a diez (10) años de pena privativa de la libertad.

Entonces a modo de colofón podríamos referir que la implementación de un sistema de seguridad y salud en el trabajo adecuado e idóneo para el personal que labore en los centros de trabajo es imprescindible. Siendo necesario: 1. La implementación de un Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo (o Servicio de Salud Ocupacional) que, en una primera etapa, se encargue de desarrollar todas las actividades comprendidas en el procedimiento de vigilancia de la salud de los trabajadores, regulado por el Documento Técnico; y, 2. La re-evaluación y mejoramiento de los mecanismos actuales de fiscalización del cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte de todos los terceros que destacan personal a las instalaciones de las empresas usuarias o principales.

Caben resaltar dos objetivos que subyacen a diversas disposiciones de la Ley, a los cuales las empresas deberían poner especial atención al momento de modificar su Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo o, en general, su política en materia de seguridad y salud en el trabajo: 1. Que exista una participación efectiva de las organizaciones sindicales en todos los aspectos vinculados con la seguridad y salud de los trabajadores -sea que éstos se encuentren afiliados o no a un ente gremial-; y, 2. Que se incorpore una dimensión o enfoque de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

Con relación al primer objetivo listado, como refiriéramos líneas atrás, la Ley impone a los empleadores la obligación expresa de garantizar que las elecciones de los representantes de los trabajadores se realicen a través de las organizaciones sindicales y que, de existir un sindicato mayoritario, uno de sus miembros se incorpore como observador en el CSST. Asimismo, establece como uno de los principios que rige el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo el “fomentar y respetar la participación de las organizaciones sindicales -o, en defecto de estas, la de los representantes de los trabajadores- en las decisiones sobre la seguridad y salud en el trabajo”. Atendiendo a lo expuesto, es recomendable que las empresas adopten una

postura abierta a la participación del sindicato en los asuntos relacionados con la seguridad y salud en el trabajo (diseño de la política en materia de seguridad y salud en el trabajo, investigación de accidentes de trabajo, etc.). En cuanto al segundo objetivo listado, es recomendable que al momento de modificar el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa o, en general, de adoptar cualquier medida vinculada con la seguridad y salud en el centro de trabajo, siempre se tomen en cuenta las particularidades que podrían presentarse en el caso de las trabajadoras. En esta misma línea, corresponde que se descarte que cualquier política, lineamiento, directiva o reglamento interno en materia de seguridad y salud en el trabajo, vigente o por crearse, contenga alguna disposición discriminatoria respecto de las trabajadoras (Ugaz & Soltau, 2012).

CAPITULO III

FLEXIBILIDAD Y FISCALIZACION LABORAL

3.1. FLEXIBILIDAD LABORAL

La flexibilidad laboral es el discurso dominante en materia de empleo en la actualidad; de hecho, lo ha sido durante las últimas tres décadas y no parece que vaya a dejar de serlo en los próximos años. El discurso en cuestión ha sido extendido y asumido generalizadamente, aunque ha adoptado ciertos matices en cada Estado donde se ha implementado. Ello ha dependido de un conjunto de características propias, como son su cultura y tradición política, la estructura de su sistema productivo o la correlación de fuerzas entre sus actores sociales.

En el caso de Europa occidental, la flexibilidad laboral y el Estado de Bienestar son conceptos que se encuentran íntimamente vinculados. El concepto de flexibilidad laboral fue puesto en circulación a inicios de la década de 1980 como un elemento clave para superar la crisis empresarial y de empleo imperante en la época, introduciendo así una noción que criticaba el modelo laboral productivo del Estado de Bienestar, para proponer vías de solución a las crisis asociadas a la escuela neoclásica-liberal (Recio, 2004).

Efectivamente, las sociedades industriales de la posguerra se constituyeron tradicionalmente sobre la base del principio de estabilidad; vale decir, sobre la necesidad de eliminar la incertidumbre y el riesgo (de desempleo) a través de fuertes pactos sociales y regulaciones laborales que generaron empleo estable a los ciudadanos. Por su parte, en términos organizativos, este modelo se basó en el sistema de producción fordístataylorista: división del trabajo, organización jerárquica, producción en serie y mercado de masas. La estabilidad y el bienestar social se institucionalizaron mediante el establecimiento del Estado de Bienestar y la norma

social del empleo estable. En este marco, el individuo era considerado miembro de una colectividad, en la que el empleo era la base de un sistema contributivo de seguridad social cuyos beneficios incluían, entre otros, la protección contra el desempleo, y esta protección era un derecho intrínseco a la condición de ciudadano (Recio, 2004).

El modelo de empleo en Europa occidental, luego de la Segunda Guerra Mundial, era el empleo estable, y, aunque no fue la situación de todos los ciudadanos —sobre todo de las mujeres—, sí fue la norma a la que razonablemente se aspiraba como sociedad. De allí que las reformas estructurales que se introducen en la década de 1980 —como consecuencia de la crisis económica de la década anterior— empiezan a quebrar o, en ciertos países, a romper la norma social del Estado de Bienestar. Ciertamente, con el cambio de modelo productivo, al de la sociedad global del conocimiento, el riesgo es considerado algo inevitable, por lo que la flexibilidad — como idea de adaptación al cambio— resulta necesaria para afrontar dicha incertidumbre. Así, en vez de proteger a los individuos contra el riesgo, el Estado debería brindar las herramientas para que los individuos puedan manejar dicho riesgo. En definitiva, es el individuo el responsable directo de manejar el riesgo de desempleo, pues ya no se trata de un derecho adquirido, sino de una ciudadanía que hay que ganarse (Cespo, 2004).

El Estado de Bienestar nunca se estableció en el Perú como modelo social. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en un documento de análisis sobre las reformas laborales aplicadas en los países latinoamericanos, luego de la crisis de la década de 1930 el modelo de desarrollo económico prevaleciente en América Latina fue el de la economía «cerrada» y el de la aplicación de una política de crecimiento «hacia adentro», cerrando su mercado a la competencia internacional, modelo que también fue denominado de sustitución de importaciones. En la mayoría de países este modelo mantuvo su vigencia por lo menos hasta la década de los ochenta, época

en la que la crisis económica acentuó el cuestionamiento del Estado Protector y del modelo de desarrollo económico cerrado, que se presumía agotado en la medida que daba muestras de incapacidad para mantener el crecimiento económico, generar empleos productivos, controlar la inflación y mejorar o, cuando menos, mantener el nivel de los ingresos (Cespo, 2004).

En este contexto, Brasil y Chile ensayaron modelos de inserción en una economía mundial o globalizada aplicando recetas más ortodoxas, basadas en la revalorización del papel del mercado en la asignación de recursos. El éxito particular del modelo chileno animó a que muchos países pusieran en ejecución programas de «ajuste estructural», entre los que podemos encontrar a Bolivia, Costa Rica y México, a partir de 1985, Colombia en 1990, Argentina en 1991 y Perú en 1992 (Recio, 2004).

Parte de estos ajustes estructurales, supusieron, naturalmente, la flexibilidad del mercado laboral. En ese sentido, el propio documento de la OIT deja en evidencia que —junto con Argentina— en el Perú las reformas han sido más profundas y han tenido un carácter marcadamente flexibilizador. En definitiva, sea como una crítica al Estado de Bienestar de Europa occidental —que supone un modelo no solo productivo, sino fundamentalmente social— o como un «efecto contagio» generado por la necesidad de modificar el modelo productivo de sustitución de importaciones en América Latina, la flexibilidad laboral se ha impuesto en España y Perú como el esquema indiscutible a seguir (Cespo, 2004).

Enfoques sobre la flexibilidad laboral: Aunque se trata de un concepto que lleva ya tres décadas inmerso en el vocabulario académico y político, la flexibilidad no deja ser una noción ambigua. Como bien apunta Óscar Ermida, el uso del término en cuestión está teñido de intencionalidad, de una clara toma de posición ideológica. De este modo, se suele oponer la expresión flexibilidad como algo positivo frente a las condiciones

negativas que supone su contraria, la rigidez, que evocaría calificativos de tosco, burdo, torpe, inadaptable.

En la misma línea de razonamiento, Recio nos recuerda que la rigidez suele ser considerada una de las causas básicas del desempleo, utilizándose esta línea argumental para explicar los mayores niveles de desempleo que padecía la Unión Europea frente a otros países capitalistas desarrollados como Japón o Estados Unidos. En todo caso, lo cierto es que, en el ámbito internacional, la definición invocada con mayor frecuencia ha sido la consignada en el llamado «Informe Dahrendorf», preparado por un grupo de expertos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Ocde), y que la concibe como la capacidad de los individuos en la economía y en particular en el mercado de trabajo de renunciar a sus costumbres y de adaptarse a nuevas circunstancias. Pues bien, en las siguientes líneas analizaremos dos enfoques que buscan explicar las razones que han impulsado esta necesidad global de que los individuos y, en concreto, los mercados de trabajo sean flexibles, vale decir, tengan capacidad de adaptación (Cespo, 2004).

La Flexibilidad como necesidad impuesta por el mercado; cabría empezar señalando que este es el enfoque mayoritario y generalizado, tanto en la literatura especializada como en el discurso político. A partir de esta visión, la flexibilidad fue introducida, extendida y consolidada en los mercados de trabajo durante las últimas décadas. La idea central, como explica Miguélez, es considerar a la «rigidez» del modelo de producción fordista-taylorista como la causa principal de la crisis de los años setenta y ochenta, en tanto le impedía adecuarse a las nuevas demandas del mercado. Se señalaba que la producción en grandes series se había estancado porque no había suficiente demanda en los países centrales y no se habían abierto nuevos mercados en otros países. (Recio, 2000) En esa línea de pensamiento, se postulaba que se mantendría la demanda de quienes buscan diferencia y distinción y que siguen

teniendo un gran poder adquisitivo. Por ello, la rígida organización del trabajo fordista-taylorista debía ser modificada hacia modos de producción más cambiantes y flexibles.

Se dice que el mercado de bienes y servicios se ha flexibilizado en el sentido de que es menos estándar y se ha tenido que especializar según demandas más particulares, lo que ha llevado a la flexibilización —es decir, una utilización más diversificada— de la tecnología y del trabajo y éstas, necesariamente, a la del mercado de trabajo y del empleo (Miguelez, 2001).

En igual sentido, la flexibilidad laboral supondría adaptación de las empresas al nuevo mercado y concesión de derechos y beneficios por parte de los trabajadores, pues se consideraba que el mayor obstáculo para la adaptación de las primeras era el exceso de protección de estos últimos.

Este nuevo mercado se caracterizaría por la inestabilidad económica propia de la época de los ochenta (recurrentes shocks), la importancia del nuevo marco competitivo internacional y la existencia de nuevas y más variadas demandas de bienes y servicios. Sin embargo, la volatilidad de los mercados se asume como inherente al sistema, cuando no como resultado de una mala política económica; la competitividad internacional parece haberse reducido a la exigencia de menores derechos laborales y salarios a fin de abaratar precios; y la existencia de nuevas y variadas demandas puede ponerse en duda porque parecen más bien inducidas por una propaganda consumista, antes que generadas autónomamente, y porque no toman en cuenta la creciente desigualdad distributiva entre la población (Recio, 2004).

Un mercado global con una demanda de bienes y servicios, cambiante y diversa que impone la flexibilización se mantenga incólume; lo que parece altamente discutible o, al menos, que así lo sea de manera generalizada, sin admitir particularidades por países, sistemas productivos y sectores económicos (Cespo, 2004).

La flexibilidad es una estrategia empresarial diseñada para enfrentar la incertidumbre del mercado y de la tecnología a través de un mayor control del factor trabajo. Miguélez señala que no siempre estamos ante la presencia de un mercado de bienes y servicios más flexible, en realidad, más que productos o servicios a la carta, se trata de los mismos productos y servicios con variaciones a la carta. En tal sentido, la flexibilización sería la respuesta a la construcción artificial de una realidad con el fin de justificar prácticas empresariales sobre el factor trabajo.

Así, el origen del proceso podría estar directamente en una estrategia de flexibilización del mercado de trabajo y del empleo con el ánimo de reducir los costes del trabajo o de introducir criterios más ágiles y más fáciles de control del mismo. Con mayor razón, el citado autor recuerda que las empresas han tenido que conjugar siempre cuatro factores con el objetivo de generar ganancias: la tecnología, el mercado, el trabajo y el entorno político. Durante la época previa a la crisis de los ochenta, existía certeza para los empresarios sobre los cuatro factores: la tecnología era constante y duradera, el mercado estaba protegido, y el factor trabajo y el entorno político eran estables debido a la norma social del empleo en el Estado de Bienestar. Sin embargo, con el fenómeno de la globalización económica se incrementan las incertidumbres respecto al factor tecnología y al factor mercado: los mercados se hacen inestables y la tecnología se hace obsoleta a gran velocidad. Dichas incertidumbres ya no pueden ser despejadas a nivel interno de cada país, ni siquiera con apoyo del Estado; por tanto, se rompen las reglas de equilibrio hasta entonces vigentes en muchos países, y los empresarios van variando su estrategia con el fin de controlar cada vez más en exclusiva el tercer factor, el trabajo. La atención central no recae en un nuevo mercado que impone la flexibilidad, sino en unas empresas que deciden cambiar sus estrategias hacia la flexibilización (Miguélez, 2001)

Para las empresas, flexibilidad supone tener certidumbre sobre el factor trabajo y más y mejor disponibilidad de su fuerza de trabajo; por el contrario, para los trabajadores

significa incertidumbre de cara al futuro y cada vez menor disponibilidad sobre su vida cotidiana. Sea como necesidad impuesta por el mercado o como estrategia empresarial, la flexibilidad se ha traducido jurídicamente en un cambio de las normas que regulan el contrato de trabajo. Estas nuevas reglas han incrementado la libertad del empleador, que originariamente había sido recortada por el Estado y los sindicatos —debido a la disparidad del poder de negociación de las partes—, permitiéndole tener ahora mayor control sobre el factor trabajo en un mundo en que el mercado y la tecnología son inciertos. De este modo, desde la perspectiva jurídica, la flexibilidad laboral ha sido sinónimo de desregulación; vale decir, no de eliminación de la norma laboral, sino de una nueva manera de regular el contrato de trabajo, que se aleja de la protección laboral clásica, con la finalidad real o presunta de aumentar la inversión, el empleo o la competitividad de la empresa (Miguelez, 2001).

Señala Romagnoli, el concepto de desregulación resume las orientaciones legislativas que convergen hacia un desenlace común: ayudar a las empresas a salir, más competitivas que antes, del túnel de la crisis económica de los años setenta, restituyendo a las mismas los márgenes para una gestión flexible de la mano de obra suprimidos por el preexistente derecho sindical y del trabajo, ya fuese de origen legislativo o convencional. El contrato de trabajo es el vínculo jurídico entre un trabajador que pone su fuerza de trabajo a disposición de un empleador, quien le retribuye con un salario. En dicha puesta a disposición (subordinación) el trabajador le confiere al empleador el poder de dirigir su actividad. Es decir, el contenido de la promesa en el contrato de trabajo es uno de actividad subordinada, y no de resultado (condicionado a la ganancia o pérdida), de allí que resulte esencial que el trabajador sea ajeno a los riesgos de la actividad empresarial (Romagnoli, 1992).

La flexibilidad o desregulación conduce a la desnaturalización del contrato de trabajo, toda vez que permite al empleador trasladar hacia el trabajador los riesgos (incertidumbres) de su actividad empresarial. Ello, desde la perspectiva jurídica, al

menos, debería ser un factor ineludible de análisis al implementar medidas de flexibilización laboral. Distintos autores coinciden en señalar que la flexibilidad laboral puede conducir a la precarización del empleo. Puede conducir a la precarización del mercado laboral, siendo uno de los efectos más perjudiciales generados por los procesos de flexibilización laboral implementados en España y Perú. La precariedad no es solo temporalidad del empleo, se trata en realidad de llevar poco a poco a los trabajadores a una situación tal de inseguridad y vulnerabilidad que les impida incluso tomar el control de sus propios proyectos de vida. Comporta temporalidad, pero también falta de formación, bajos salarios, malas condiciones, jornadas discontinuas, incertidumbre, entre otros elementos (Romagnoli, 1992).

La precariedad, como fenómeno laboral y social, reduce la capacidad y autonomía de los trabajadores para planificar y controlar su vida profesional y social, a la vez que comporta una acusada asimetría de las relaciones de poder entre capital y trabajo que definen la relación laboral. Uno de los principales efectos de la flexibilidad es el de la descolectivización de la clase trabajadora (Alos, 2008).

Señala Castel, con la crisis que se inició a mediados de la década de 1970, y que continúa hasta la fecha, se produce la desagregación de la sociedad salarial, es decir, la trayectoria ascendente de la consolidación del asalariado se rompió, lo que puso en cuestión la asociación creciente del trabajo y de las protecciones que el progreso social parecía promover (Cano, 1998).

Surgen, con esta etapa dos grandes riesgos para los asalariados: el del paro y el de la precariedad; ambos riesgos quiebran las homogeneidades intracategoriales y rompen las solidaridades intracategoriales que reposaban en la organización colectiva del trabajo y en la homogeneidad de situaciones compartidas por amplios colectivos de trabajadores. En definitiva, en un mercado laboral flexible, mientras más precarias se

vuelvan las condiciones del empleo, más obligados se verán los trabajadores a competir entre sí a fin de proteger su empleo.

Se genera así la descolectivización de los trabajadores y se pierde la noción de clase y la posibilidad de reivindicación colectiva de sus intereses. Precarización del empleo y descolectivización de los trabajadores son los principales y más perjudiciales efectos que, en mayor o menor medida, pueden y se han generado como consecuencia de la flexibilidad laboral (Cano, 1998).

El proceso de flexibilización laboral llevado a cabo en el Perú en la década de los noventa no fue concertado ni negociado. En realidad, se llevó a efecto fundamentalmente bajo la orientación de los empleadores, sin que los sindicatos puedan insertarse dentro del proceso, y se efectuó a través de decretos inconsultos por parte del Gobierno. Efectivamente, como recuerda Ciudad, la política laboral del Gobierno en la década de 1990 se caracterizó por la ausencia total de mecanismos de diálogo social y concertación con los actores sociales. De hecho, las relaciones laborales, impregnadas de un clima de mutua desconfianza, no eran más que el reflejo de la ruptura democrática que se vivió desde 1992. Durante la década del noventa no se valoró debidamente que el marco normativo de una sociedad pluralista debe suponer un compromiso, un pacto normativo de convivencia política entre los distintos sectores sociales. El primer sistema (el del gobierno militar de los setenta) giró en torno a dos instituciones fundamentales en materia de relaciones individuales de trabajo: (i) la estabilidad laboral, tanto en la contratación —dando preferencia casi exclusiva a la contratación indefinida sobre la temporal—, como en la extinción —prohibiendo el despido injustificado—; y (ii) la participación de los trabajadores en la propiedad, la gestión y las utilidades de las empresas (Ciudad, 2003).

Ambas instituciones constituyeron la columna vertebral del régimen laboral durante la etapa militar, en tanto le proporcionaban al trabajador la seguridad del mantenimiento

de una relación duradera y pretendían comprometerlo con los resultados de la gestión empresarial, buscando sustituir la lógica del conflicto por la de la conciliación. A diferencia del anterior, el sistema laboral instaurado con la reforma de los noventa sí abordó la integridad de las instituciones que conforman las relaciones individuales de trabajo, y en todos los casos resulta evidente la rebaja de beneficios para los trabajadores y el incremento de los márgenes de decisión empresarial (tal vez con la sola excepción de la compensación por tiempo de servicios).

La reforma de los noventa atravesó por tres etapas (1991, 1995 y 1997), y cada una de ellas fue menos protectora que la anterior. El resultado de esta reforma es que hoy una empresa tiene en el Perú, muchas posibilidades de contratar personal que no esté a su cargo, o que estándolo no tenga garantías de permanencia en el empleo, ni perciba siquiera algunos beneficios indispensables (Ciudad, 2003).

De este modo, el Estado ha cedido en su función compensadora de la desigualdad material entre trabajadores y empleadores, dejando un amplio margen de negociación que, lamentablemente, no ha sido llenado por la autonomía colectiva, sino por la individual, esto es, por la imposición unilateral de la voluntad empresarial. Se puede concluir que el principal efecto generado por la reforma laboral de los noventa ha sido la precarización del empleo, hay una marcada disminución de la protección del trabajador, tanto en perspectiva horizontal (la población abarcada es menor, por el crecimiento de la informalidad, pero también por la admisión de modalidades no laborales de contratación de personal), como vertical (los derechos de esa población están severamente disminuidos, en calidad y cantidad). El principal efecto generado por el proceso de flexibilización implementado en el Perú a la precarización del empleo; vale decir, que el ajuste del mercado de trabajo durante los noventa se centró en el incremento cuantitativo del empleo (precario), antes que en la mejora de la calidad del empleo (Pasco, 1999).

Campana y Prella concluyen que los resultados en materia de flexibilidad de la contratación laboral distan de ser satisfactorios. No solo tuvieron limitados efectos sobre la generación de empleo de calidad, sino que tuvieron negativas consecuencias sobre el funcionamiento del mercado de trabajo. Así, el resultado práctico de las reformas en materia de contratación tiene que ver directamente con la precarización de las relaciones laborales, como con la sustitución de trabajadores estables por temporales (en aplicación combinada de la flexibilidad de entrada y de salida) e incluso clandestinos. Lo anterior se puede corroborar con información estadística, de la que se desprende que a nivel nacional la tasa de asalariados privados contratados temporalmente se incrementó del 15,3% en 1998 al 25,2% en 2009. En cambio, la tasa de contratados a plazo indefinido se redujo del 17,6% en 1998 al 11,2% en 2009. Esta dualidad del mercado laboral formal conlleva, además de que solo haya aumentado el empleo temporal en desmedro del permanente, un conjunto de efectos negativos adicionales que ha sido acertadamente puesto en evidencia por Cuadros y Sánchez: (i) se observa una importante brecha de ingresos entre trabajadores que pertenecen a un mismo grupo ocupacional pero que han sido contratados bajo distintas modalidades —la diferencia es de casi el triple, en promedio—; (ii) se podría deducir que las empresas usan intensivamente la contratación temporal como un elemento disuasorio contra la afiliación sindical, toda vez que la prerrogativa de renovación de contratos recae en los empleadores; y (iii) el uso intensivo de la contratación temporal incrementa la tasa de rotación laboral, lo cual ha redundado, por un lado, en una menor duración media del empleo —entre 1986 y 2006 se redujo de ocho a cuatro años en Lima Metropolitana— y, del otro, en un nivel pobre de capacitación laboral (Cuadros, 2007).

En materia de relaciones colectivas de trabajo, el sistema del régimen militar tuvo un marcado sesgo de control sobre las organizaciones sindicales, tanto en su constitución como en su accionar. Afirma Neves que solo podía existir un único sindicato por

ámbito (unicidad sindical) lo que favorecía el poder sindical, pero contrariaba el Convenio 87 de la OIT. La autonomía estaba amenazada constantemente por diversos organismos del Estado que pretendían dotar al régimen de una presencia sindical. No olvidemos que había una central creada y fomentada por el régimen (la Central de Trabajadores de la Revolución Peruana). La negociación colectiva durante esta etapa estuvo marcada por un fuerte intervencionismo del Estado, quien participaba en cada una de las etapas por las que el procedimiento de negociación debía transcurrir. Pese a esta injerencia en la autonomía sindical, los beneficios de los convenios colectivos eran de duración permanente por lo que la negociación colectiva tenía una tendencia progresiva que siempre incrementaba beneficios. Asimismo, aun cuando el nivel de negociación favorecido por el Estado era el de la empresa, no se llegó a impedir negociaciones a nivel de rama de actividad o gremio —en los que el poder sindical era mayor—. La reforma de los noventa introdujo una nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que, en opinión de Neves, constituyó una mejora en tres aspectos centrales: (i) disminuyó la injerencia del Estado sobre las negociaciones colectivas; (ii) permitió la pluralidad sindical; y (iii) abrió diversas vías para la solución de los conflictos colectivos, como son la conciliación, la mediación y el arbitraje. No obstante ello, estas mejoras no se extendieron a aspectos centrales de la materia, por lo que resultaron insuficientes para consolidar a los sindicatos frente al empresariado, cuyo poder se había reforzado enormemente en el campo de las relaciones individuales de trabajo. En efecto, hay cuatro aspectos clave por los que la reforma de los noventa debilita la potencialidad de la negociación colectiva: (i) adopta un modelo primitivo de fuero sindical —solo protege a ciertos dirigentes y solo frente al despido—; (ii) orienta compulsivamente la negociación colectiva al nivel de empresa, eliminando prácticamente los otros niveles de negociación⁵⁴; (iii) establece una vigencia temporal de los beneficios pactados en los convenios colectivos; y (iv) asume un modelo estático de huelga —solo para fines profesionales y supone el cese total de labores con abandono del centro de trabajo—. Si a los aspectos legales antes mencionados se

suma el hecho de que la reforma laboral en el aspecto individual condujo a la precarización del empleo, y ésta generó una situación de extrema debilidad en la base misma de la vida sindical, tendremos la explicación de la grave crisis sindical presente al día de hoy en el Perú. Ciertamente, como señalan Cuadros y Sánchez, luego de la reforma laboral de inicios de la década de 1990, las tasas de sindicación y la cantidad de convenios colectivos registrados sufrieron una drástica caída (Cuadros, 2007).

Entonces, la idea-base de un mercado global con una demanda de bienes y servicios cambiante y diversa que impone la flexibilización resulta altamente discutible, en la medida que se ha generalizado sin admitir particularidades por países, sistemas productivos o sectores económicos. En atención a ello, la flexibilidad es entendida como una estrategia empresarial diseñada para enfrentar la incertidumbre del mercado y de la tecnología a través de un mayor control del factor trabajo (Ciudad, 2003).

La flexibilidad se ha materializado en una desregulación de la norma laboral. Ello, desde la perspectiva jurídica, conduce a la desnaturalización del contrato de trabajo, toda vez que permite al empleador trasladar hacia el trabajador los riesgos (incertidumbres) de su actividad empresarial, pese a que resulta esencial a dicho tipo de contrato la ajenidad en los riesgos para el trabajador. La implementación y los efectos de la flexibilidad laboral varían en cada Estado, dependiendo de un conjunto de características propias como son su cultura y tradición política, la estructura de su sistema productivo y la correlación de fuerzas entre sus actores sociales, tal como ha quedado en evidencia al comparar los casos de España y Perú (Cuadros, 2007).

Las empresas que solían estar protegidas por las fronteras y las instituciones deben hacer frente ahora a fuertes tensiones competitivas como consecuencia de la mundialización económica y la innovación tecnológica. La competitividad de una empresa en una economía de mercado depende en gran medida de su capacidad de adaptarse a los cambios que registran los mercados y de aprovechar las últimas

innovaciones tecnológicas. Existe la amplia creencia de que para mejorar esta capacidad el laboral tiene que ser más flexible. Habida cuenta de que el aumento de competitividad y el consiguiente crecimiento económico facilitan la creación de trabajo - aunque no de manera automática - los empleadores y dirigentes consideran que el establecimiento de mercados de trabajo constituye la clave para resolver los persistentes niveles de elevada desocupación en muchas partes del mundo. En consecuencia, se están introduciendo cambios en los mercados laborales de todo el mundo a ritmo acelerado aumentando la flexibilidad laboral. La noción de una mayor flexibilización del mercado de trabajo no es un fenómeno nuevo. Por su parte, los empleadores han tratado desde hace tiempo de introducir una mayor flexibilidad en las prácticas laborales. Ya en 1964 Alan Flanders escribió acerca de los "Acuerdos de Fawley sobre productividad" que transformaron la organización del trabajo y las políticas de remuneración de una refinería británica de petróleo y gas. Estos acuerdos se caracterizaron por dos rasgos principales. El primero fue el pacto alcanzado en materia de productividad, en virtud del cual la empresa convino en aumentar la remuneración hasta el 40 por ciento a cambio de que los sindicatos aprobasen los cambios introducidos en la práctica laboral. Entre estos cambios cabe citar la reducción de las fronteras entre puestos de trabajo. El segundo rasgo fue una importante disminución de la realización sistemática de horas extraordinarias, que habían alcanzado un máximo del 18 por ciento del número total de horas trabajadas. Muchos años después observamos la presencia de negociaciones que se refieren a numerosos cambios de esta clase. No obstante, hoy en día existe una diferencia en cuanto al ritmo en que se alcanzan acuerdos en materia de flexibilidad. Flanders señala que los acuerdos de Fawley «carecían de precedentes y ni tan siquiera de comparación próxima en la historia de la negociación colectiva en Gran Bretaña», o incluso en el mundo. Pero lo que entonces era una rareza, hoy se ha convertido en una tendencia cada vez más extendida. Sin embargo, la flexibilidad -que según palabras de Mario Pasco, es hoy casi un nombre propio tiene tantos partidarios

fervientes como opositores enconados. Los primeros, que se reclutan entre los medios empresariales, a menudo también en los círculos gubernamentales, y en mucha menor medida en una parte de la doctrina del Derecho del Trabajo (Dunlop, 1978).

Se apoyan en argumentos elaborados por economistas, quienes parecería que conciben a la flexibilidad como si fuera una panacea milagrosa que resolverá una buena parte de los males que hoy sufre el mercado de trabajo. Esperan que la flexibilidad terminara con la hipertrofia legislativa y el hiperproteccionismo a favor del trabajador, los que se supone que han creado un inmovilismo perjudicial, en primer lugar para la buena gestión de las empresas, y en segundo para las propias oportunidades de empleo, que se ven desalentadas. Los segundos, representados por la casi totalidad del movimiento sindical y por una amplia mayoría de la doctrina de Derecho de Trabajo, parecen por el contrario considerar que la flexibilidad es una especie de poción maléfica (Ciudad, 2003).

Pero el sesgo que adopta esta intervención, la carga flexibilizadora, de la normativa estatal, va dirigida a la autonomía individual de las partes, sin que deje abierto un espacio para la mediación colectiva en forma de autorización o de cualquier otro modo de intervención de la negociación colectiva. Aquella no se libera en la participación responsabilizada de los sujetos colectivos, sino que actúa, sin intermediación, directamente sobre el mercado de trabajo, teniendo como soporte la autonomía contractual individual. El hecho de que se requiera legalmente la forma escrita para la validez de tales contratos, se traduce en que el contrato individual es el instrumento regulador por excelencia de la relación de trabajo atípica, tanto en lo referente al importantísimo tema de la duración de la misma, y a las sucesivas prórrogas, como en orden a puntos centrales tales como -la movilidad funcional, la definición polivalente de las tareas a realizar, el sistema de turnos, la ordenación de la jornada, o la composición del salario». Y esta centralidad del pacto individual no se agota en la constitución de la relación, sino que vuelve a demostrar su virtualidad en posibles

novaciones de su contenido ante cada prórroga del mismo, imponiendo modificaciones sustanciales del contrato (Dunlop, 1978).

Esta individualización de las relaciones de trabajo atípicas es un dato consolidado, de manera que en ellas la regulación colectiva tiene un alcance parcial y fragmentario, prácticamente volcada sobre la fijación de límites a la duración máxima de los contratos o al establecimiento de fórmulas de transformación de contratos temporales en fijos. En general, la regulación de las características de los contratos temporales no tiene acogida en la negociación colectiva. De todos los debates sobre la flexibilidad el que se refiere a la contratación laboral es sin duda el más traumático, ya que pone en evidencia el fenómeno de la precarización del empleo y es inevitable que en el curso del mismo se avancen argumentos que cuestionan algunos de los principios filosóficos fundamentales que durante decenios han nutrido al Derecho del Trabajo. Cuando las empresas reclaman mayor flexibilización en las formas de contratación laboral su principal argumento es que no pueden reclutar nuevos trabajadores porque, dada la incertidumbre de la coyuntura económica, no pueden garantizar que les podrán ofrecer un empleo estable. En otras palabras, reclutarían más si pudieran despedir con mayor facilidad (Dunlop, 1978).

La legislación está concebida de manera tal que despedir es complicado y caro. Por su parte, los sindicatos responden a estos enfoques denunciando que la flexibilización, tal como la conciben los empleadores, se confunde con la "desreglamentación" o con la "precarización" del empleo, y corresponde a concepciones del trabajo y del trabajador que no están demasiado lejos de la noción del trabajo - mercancía contra la cual se ha levantado toda la evolución filosófica y jurídica que conocemos bajo el nombre de "Derecho del Trabajo". Planteado en estos términos, el debate no puede sino ser muy áspero. Sin embargo, han aparecido ahora elementos que tienden a suavizarlo. Son pocos que piden una flexibilización a ultranza, equivalente a- una desreglamentación, y también son pocos que la rechazan en bloque. Se comienzan así a establecer

diferencias entre las distintas posibilidades de flexibilizar la contratación laboral. Si algunas siguen inspirando un rechazo total, otras parecen más aceptables. Así, ciertas formas de flexibilización, que antes aparecían como una amenaza grave a las formas más tradicionales de empleo, hoy comienzan a ser consideradas como un complemento y no como un concurrente de aquél; es lo que sucede con los contratos de ínterin, a través de agencias de trabajo temporero. Respecto de ciertas otras formas de flexibilización, se admite que tienen en cuenta no sólo las necesidades de las empresas sino también las de los propios trabajadores interesados; es el caso del trabajo a tiempo parcial, cuando éste es voluntario. Se reconoce que el aporte de los trabajadores a tiempo parcial voluntario, que difícilmente aceptarían trabajar la jornada completa (por ejemplo, las mujeres que deben cuidar de su hogar y sus hijos), se ha transformado en un elemento vital de la economía. Se añade que el propio progreso tecnológico ha hecho aparecer nuevas formas de prestación del trabajo que encajan difícilmente dentro de las hipótesis del modelo jurídico tradicional, y requieren por consiguiente un enfoque más flexible de la relación de trabajo (Ciudad, 2003).

El poder de dirección del empleador lo coloca dentro de la posibilidad de condicionar la contratación del trabajador a una serie de requerimientos que hagan posible su permanencia bajo condiciones flexibles de trabajo. La flexibilización del contrato de trabajo mientras se ejecuta éste. Lo más difícil de toda relación laboral en vía de ejecución es que las partes se pongan de acuerdo para modificarlo sustancialmente, en razón de que existen normas de orden público que prohíben la renuncia de los derechos adquiridos provenientes de la ley, la negociación colectiva, los usos y costumbres. La flexibilización de la contratación laboral sí se está tornando usual en Europa, así como en Latinoamérica, aunque en contextos diferentes. Y esto se comprueba dado que la doctrina, el Derecho comparado y nuestro derecho positivo han elaborado una serie de innovaciones a los contratos consensuales de trabajo. Es la teoría de la ley del mercado la que acto seguido se impone a la condición de trabajo,

en donde el trabajador se compromete a ser movable en toda circunstancia o ser excluido de su empleo (Gómez, 1992).

Lo cierto es que la teorización flexibilizadora, que surgió como una respuesta de emergencia a la crisis económica de los años setenta, se ha consolidado, de tal manera que hoy -cuando se implanta el modelo de sociedad post-industrial, que tantas incógnitas plantea en materia de empleo y trabajo- que en Europa los expertos afirman que parece difícil el retorno del clásico modelo proteccionista de relaciones laborales; modelo indudablemente beneficioso para los trabajadores, pero que despierta el rechazo de un sistema productivo retado por la competencia internacional y nacional, y precisado en consecuencia de una mayor agilidad de disposición de los factores de producción, entre ellos el trabajo. Los rápidos avances tecnológicos de nuestro tiempo obtienen grandes incrementos de producción sin necesidad de un incremento proporcional del empleo, y ello -se nos dice- fuerza a mantener las medidas de reparto de trabajo y, en consecuencia, de los contratos laborales. Las empresas sostienen que la protección de la estabilidad en el empleo constituye una de las causas principales de sus dificultades frente a la concurrencia y de sus reticencias a ofrecer nuevos empleos. La protección del empleo no les deja un margen de maniobra suficiente para adaptar rápidamente su personal a sus necesidades. Si pudieran recurrir a formas de contratación más flexibles y diversificadas, podrían ofrecer empleos tal vez menos estables (Gómez, 1992).

Vistos bajo estos ángulos la flexibilidad ya no tiende a aparecer como un intruso nefasto en el Derecho del Trabajo, sino como la respuesta a la aparición de nuevas evoluciones económicas, nuevas tecnologías, nuevas conductas y nuevas actitudes ante el trabajo, frente a las cuales es necesario adaptarse.

Al igual que se ha hablado de una renovación del contrato individual de trabajo, se puede afirmar también que en los últimos años se puede constatar una fervorosa

exaltación de la empresa como centro de imputación de las relaciones laborales. Es lo que se ha venido a llamar “relegitimación de la empresa” como exclusivo modelo social y económico capaz de generar riqueza, y que se ha visto precedido de una avalancha de reflexiones desde todos los campos del saber que han cantado su apoteosis en el comienzo de los años 90.

A ello acompaña la restauración de la utopía de la libre empresa, con la diversidad de significados que esta lleva consigo, pues constituye a la vez no sólo el referente básico del sistema político y económico, sino, más específicamente, un instrumento de movilización de energías humanas, un sistema formalizado de normas, un conjunto de estrategias de poder y decisión y un sujeto portador de los fenómenos de innovación tecnológica. La empresa es, en sí misma, un universo, y como tal permite ser contemplada desde diversos ángulos en el Derecho del Trabajo. Un campo privilegiado de intervención es el referente a las transformaciones que la empresa como noción derivada de su configuración económica ha ido sufriendo recientemente, y las repercusiones que estos fenómenos tienen en la construcción normativa de las relaciones laborales. La transnacionalización y la libertad de la dirección de estas empresas frente a cualquier límite derivado de una lógica nacional o estatal, o la evolución de las estructuras organizativas empresariales hacia la forma de grupo de empresas, constituyen ejemplos claros de esta preocupación. Como también las reflexiones sobre las relaciones, triangulares- y la descentralización productiva, o la diferencia de tratamiento entre gran y pequeña empresa en la tutela estatal y en la actuación de los sindicatos. En gran parte el interés central en estas posiciones doctrinales que investigan sobre las nuevas figuras de empresa, consiste precisamente en el análisis de los cambios en la posición jurídica del empleador y su repercusión en la construcción bilateral del contrato de trabajo (Gómez, 1992).

En la empresa se configura una verdadera autoridad privada simbolizada en el ámbito de organización y dirección del empresario.

Es utópico recordar que el régimen de libertades públicas que constituía el signo emancipador de la nueva sociedad burguesa y de sus ciudadanos, se anulaba ante la empresa como una de las principales formas de dominio generadas por la sociedad civil, en la que regía un principio estrictamente despótico, el cual se expresaba simbólicamente en el hecho de que el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor. Es decir, una zona franca y segregada de la sociedad civil, en la que sobreviven amplísimos espacios disciplinarios institucionalizados autoritariamente y en donde, en fin, el empresario gobierna la fábrica de idéntico modo al que fuera de la empresa, son de difícil aplicación en la relación de trabajo, a salvo de su imposición legal o a través de la negociación colectiva (Gómez, 1992).

Sucede en muchos países que las empresas no encuentran los trabajadores con las calificaciones que buscan, mientras que los sistemas de formación profesional parecería que se esfuerzan en promover calificaciones que las empresas no necesitan. No es extraño que los países en que existe una compenetración profunda entre los sistemas de formación profesional y las empresas, las tasas de paro entre los trabajadores jóvenes sean muy inferiores a las de los países en que esa compenetración no se da de la misma manera. La organización tradicional del trabajo, como resume la teoría de la "gestión científica" de Frederick Taylor, establecía un centro de trabajo en el que los trabajadores del primer escalón tenían muy poco control sobre sus empleos.

El cambio tecnológico, la demanda de bienes y servicios de alta calidad por los clientes, el aumento de la competencia mundial y una fuerza laboral capacitada son factores que han contribuido al aumento de flexibilidad en la organización del trabajo. Esta flexibilización significa apartarse del rígido estilo para adoptar prácticas laborales variables, gracias a las cuales la empresa puede desplegar y trasladar rapidez a los

trabajadores asignándoles diferentes tareas cuando la demanda de trabajo varía. Estas mismas formas de organización laboral incluyen cambios tales como la supresión de las clasificaciones de los puestos de trabajo, la capacitación de los trabajadores en la realización de tareas múltiples y el fomento del trabajo en equipo. El primer beneficio que se obtiene de la organización flexible del trabajo es que puede constituir una fuente fundamental de ventajas competitivas. Muchos empleadores han descubierto que pueden aumentar la competitividad introduciendo cambios en la organización del trabajo, incluida la agilización de las prácticas laborales, reduciendo el número de clasificaciones de los puestos de trabajo, ampliando las definiciones de esos puestos y fomentando una mayor cooperación y el trabajo en equipo. Esto supone la participación y aportaciones de los trabajadores en la administración de esa organización. Los empleadores se benefician del hecho de que los trabajadores del primer escalón aporten sus conocimientos teóricos y prácticos de primera mano, y los trabajadores se benefician del hecho de disponer de un foro para sus ideas y preocupaciones. Según investigadores australianos, tres factores principales influyen en el grado en que se adoptan nuevas formas de organización laboral. El primero es la naturaleza de la empresa o industria, en especial su grado de exposición a la competencia internacional. El segundo es la calidad de las relaciones entre trabajadores y empresa, en especial la voluntad de los empleadores de que empleados y sindicatos participen en las decisiones relativas a la introducción de cambios en la organización del trabajo. El tercer factor es la aplicación de nueva tecnología y el grado del cambio tecnológico que influye en la necesidad de desarrollar nuevas formas de organización laboral (estudio sobre Australia). Por ejemplo, en la banca australiana se introdujeron cambios en la organización del trabajo para alcanzar el doble objetivo de reducir los costos y mejorar el servicio a los clientes (Gómez, 1992).

Las reformas laborales del decenio 1970 intentaban aumentar la productividad mejorando las condiciones laborales y reduciendo los costos económicos de las diferentes manifestaciones de descontento de los trabajadores respecto de las formas de organización laboral existentes. En cambio, los actuales intentos de reforma del trabajo pretenden ante todo optimizar el aprovechamiento de las capacidades humanas en un sistema especial de producción. También afectan a las condiciones laborales en muchos centros de trabajo de manera más significativa que en intentos anteriores, ya que la oposición a los cambios es menor debido al poder negociador de los empleadores y a la existencia de un consenso amplio respecto de la necesidad de introducir reformas. Países con tradición de rigidez en la fijación de las tareas profesionales, por ejemplo el Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, el Canadá y los Estados Unidos, han registrado en general las presiones más fuertes a favor de la reforma de la organización del trabajo, así como los mayores problemas cuando han intentado hacerlo. En cambio, en los países escandinavos las reformas laborales han consistido en un proceso de cambio relativamente gradual desde el decenio de 1970 (Gómez, 1992).

La ofensiva neo liberal y la flexibilización: la principal herencia de la socialdemocracia, durante el siglo XX, ha sido la construcción del Estado de Bienestar en un número significativo de países. G. Tortella ha sostenido, recientemente, que la verdadera revolución del siglo XX ha sido el desarrollo de esta forma de Estado. En términos de una construcción política y social, que ha sido capaz de colocar ciertos límites al capitalismo y de modificar algunas de sus lógicas de funcionamiento, habría que darle la razón a Tortella. También en el sentido, de que ha sido la única formulación, de impronta socialista, que ha sobrevivido el siglo XX, y que, a pesar de sus críticos, goza de una razonable buena salud (Moreno, 1997).

Respecto de los orígenes del Estado de Bienestar, no existe consenso entre los historiadores sobre la fecha de nacimiento de éste. Un número importante de expertos

sitúa su origen en la legislación social alemana del período tardío del gobierno de Otto Von Bismarck, donde se promulgaron leyes sociales como la ley de seguro de enfermedad y maternidad (1883), la ley de accidentes del trabajo (1884) y la ley de seguro de enfermedad, jubilación y defunción (1889). Para otros, el Estado de Bienestar, es una construcción propiamente del siglo XX, cuyo origen está situado con posterioridad a la segunda guerra mundial, y su principal antecedente es la construcción del sistema público inglés de protección social integrado y universal que se desarrolló entre 1945 y 1948.

Tres períodos históricos en la construcción del Estado de Bienestar europeo: un período de experimentación que va desde 1870 hasta los años veinte del siglo XX; uno de consolidación entre 1930 y 1940; y otro de expansión entre 1940 y 1960 (Moreno, 1997).

El primero, correspondería a las primeras experiencias de protección social iniciadas por Bismarck hacia fines del siglo XIX y su orientación básica sería una integración social vertical; una manera de compensación a la falta de libertades ciudadanas y a la exclusión de que era objeto en aquellos años el movimiento obrero organizado. Para el citado autor, esta experiencia correspondería a una reforma social autoritaria, de integración subordinada de las clases trabajadoras; en definitiva, una legislación de contención social en un contexto histórico político de ausencia de democracia y de fuerte exclusión social. Por su parte, el moderno Estado de Bienestar, de factura socialdemócrata, se distinguiría, por la realización de los sistemas de protección social en el marco de un desarrollo de la democracia y en donde la política social se concibe "como expansión de los derechos sociales o materialización de los derechos políticos democráticos". Más allá de sus orígenes y de su compleja trayectoria histórica, lo cierto es que el Estado de Bienestar se consolidó en diversos países, particularmente del centro y norte de Europa y con sus particularidades en Norteamérica a partir de 1945 (países como España y Portugal construirían su Estado de Bienestar durante la

década del 80, paradójicamente, en pleno auge del neoliberalismo). Entre 1945 y 1974 estas sociedades junto con asegurar los derechos sociales básicos de su población, a través de la construcción de sus respectivos Estados de Bienestar, experimentaron un espectacular crecimiento económico, constituyendo una verdadera "época dorada". Este esplendor económico llega a su término en la década del 70 con la crisis del petróleo: el estancamiento económico y la inflación configuran un delicado cuadro, que coloca a estas economías en crisis, lo que de paso, favorece la emergencia de las ideas neoclásicas, las cuales critican duramente al Estado de Bienestar por su gasto público, regulaciones e interferencias del libre mercado, proteccionismo, por la influencia sindical, y las dificultades de su financiación en el contexto demográfico de una población envejecida, etc. Durante la década de los 80 y 90 el Estado de Bienestar ha venido siendo sometido a diversas correcciones, pero se mantiene su arquitectura esencial inalterada, y con un grado de legitimidad social con que, probablemente, no contaban los políticos y economistas neoliberales. Durante la década del 80 se intentó su reformulación drástica en Inglaterra por parte de la Thatcher, pero la escasa disminución del gasto público durante su gestión, indica que hubo bastante más de retórica que de realidad en su intento de reforma. Experiencias más interesantes de transformación del Estado de Bienestar son las de Francia y Holanda, donde se lograron importantes modificaciones en base a medidas audaces como la reducción la jornada laboral en Francia, y un histórico acuerdo entre trabajadores y empresarios en el caso holandés (Moreno, 1997).

Nos encontramos en un mundo con tendencia a la globalización, lo que provoca tensiones y cambios en los ámbitos político, económico y social. Entre todas las variaciones producidas, pocas han sido más profundas que las referidas al mercado del trabajo y a la propia naturaleza del trabajo. La mundialización de la economía, el impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo, la sociedad y las personas, el envejecimiento de la población, la incorporación de la mujer al trabajo y el nivel

persistente de paro se han combinado para crear tensiones sin precedentes en el tejido económico y social de los países desarrollados. Las tensiones han sido enormes. Por un lado, hay nuevas oportunidades: mayores posibilidades en cada puesto de trabajo y mejores comunicaciones. Por otro, amenazas insurgentes: cambios continuos en la carrera, desempleo de larga duración, inseguridad en el empleo generalizada, deslocalizaciones de empresas. Máquinas y sistemas se han vuelto flexibles y las personas han seguido ese camino. Si las máquinas se adaptan y se reconvierten, los que las manejan deben poseer estas características. La previsibilidad de la demanda, con un escaso margen de error, es un factor vital para realizar la producción de la manera más eficiente, obteniendo economías de escala. Asimismo, le permite al sector servicios determinar con bastante fiabilidad el flujo y la intensidad de la actividad en cada momento. En el momento actual, la previsión de la demanda quiebra, de tal manera que la supervivencia de la empresa depende principalmente de su capacidad para adaptarse lo antes posible a las condiciones cambiantes del mercado y de la competencia. La producción debe modificarse de manera constante o periódica, según el sector, para hacer frente a las fluctuaciones de la demanda, exigiéndose la máxima flexibilidad de los trabajadores. Este tipo de formulación resultaría prácticamente imposible sin un cuadro de personal capaz de adaptarse con carácter permanente a las nuevas ideas adoptadas y de participar en la organización. La flexibilidad laboral ha existido siempre (Toyama, 2001).

Las empresas han respondido a las características económicas señaladas más arriba reorganizándose y empleando a los trabajadores bajo nuevas modalidades que son recogidas en la literatura como "atípicas", "contingentes", "no estándares" o, en su denominación más genérica, "flexibles". La flexibilidad es un concepto con muchas interpretaciones y dimensiones. No existe un solo modelo, sino una variedad infinita que se está continuamente adaptándose a las circunstancias de cada empresa y de sus trabajadores. La flexibilidad del trabajo puede ser definida como la capacidad que

tienen las empresas de adaptarse a los cambios en su medio empresarial, desarrollando nuevas estructuras y comportamientos. La empresa será tanto más flexible en este sentido cuanto más pueda anticiparse a los cambios en el entorno y tomar las medidas transformadoras precisas. Por contra, la empresa será más rígida cuanto menos pueda prever los movimientos en su entorno y menor capacidad posea para realizar transformaciones en las variables básicas de gestión. Sistematizando la discusión anterior, podemos considerar que existen una serie de factores que contribuyen al crecimiento de la flexibilidad laboral, a través de la presión que ejercen sobre los empresarios: factores económicos, incertidumbre y tecnología (Toyama, 2001).

Neoliberalismo es un "nuevo" liberalismo clásico en sus aspectos tanto políticos como económicos. El liberalismo clásico fue durante mucho tiempo el centro de la ideología capitalista Occidental. Describiendo el mundo como una conglomeración de un sin número de individuos siguiendo sus propios intereses, aportaba una razón para reemplazar estructuras tanto feudales como comunales por un capitalismo de mercado y varios tipos de gobierno pro-capitalista. La vida política vino a organizarse a través de elecciones formales controladas por partidos profesionales, usualmente organizado alrededor de una ideología más o menos compartida (Toyama, 2001).

3.2. FISCALIZACION LABORAL

Mediante Ley N° 29981 del 15 de enero de 2013 se creó la SUNAFIL, organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que tiene por finalidad promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias (Panibra, 2013).

SUNAFIL desarrollará y ejecutará las funciones y competencias establecidas en los artículos 3° y 4° de la Ley General de Inspección del Trabajo y cumple el rol de autoridad central y ente rector del Sistema de Inspección del Trabajo. Tiene competencia en el ámbito nacional, con excepción de las microempresas que continuarán siendo controladas, supervisadas y fiscalizadas por los Gobiernos Regionales dentro de su respectiva jurisdicción territorial. Sus funciones, entre otras, son las siguientes:

1. Supervisar el cumplimiento de la normativa sociolaboral, ejecutando las funciones de fiscalización, dentro del ámbito de su competencia.
Aprobar las políticas institucionales en materia de inspección del trabajo.
2. Formular y proponer las disposiciones normativas de su competencia.
3. Vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y las condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, que se refieran al régimen laboral de la actividad privada.
4. Imponer las sanciones legalmente establecidas por el incumplimiento de las normas sociolaborales, en el ámbito de su competencia.
5. Fomentar y brindar apoyo para la realización de actividades de promoción de las normas sociolaborales.
6. Prestar orientación y asistencia técnica especializada dentro de su ámbito de competencia.

Al respecto, los empleadores y representantes de los gremios empresariales han expresado una serie de preocupaciones, referidas principalmente a las facultades sancionadoras de la SUNAFIL. Recordemos que la Ley N° 29981 además de crear la SUNAFIL también modificó la Ley de Inspecciones, incrementando las multas hasta en

900% con respecto a la escala que venía aplicándose. Ahora, con la entrada en vigencia de del nuevo reglamento, una multa inspectiva podría alcanzar el importe de 740 mil nuevos soles (200 UIT), para el caso de infracciones muy graves, con un tope de Un millón cien mil nuevos soles (300 UIT) en caso de concurrencia de infracciones (para las medianas y pequeñas empresas se aplica el 50% del valor de las penalidades) (Panibra, 2013).

Si a lo indicado le adicionamos la complejidad normativa en esta materia, así como problemas fácticos en su aplicación o su cumplimiento en extremo dificultoso como el caso de algunas normas de seguridad ocupacional, resulta entendible el temor del sector empresarial, principalmente de las pequeñas y medianas empresas.

Considerando el alto nivel de informalidad laboral en nuestro medio, Perú es el tercer país con más informalidad en América Latina según informe publicado por el BID (marzo 2013), sugerimos que las acciones de fiscalización vayan precedidas de algunas medidas que consideramos importantes (Panibra, 2013):

- a) Una intensa labor preventiva y educativa por parte del ente fiscalizador a fin de fomentar una cultura de cumplimiento por parte de los empleadores.
- b) SUNAFIL debe contar con inspectores de trabajo calificados y debidamente capacitados.
- c) Revisión de la normatividad laboral, principalmente en lo referente a la tipificación de las infracciones; los criterios para definir la gravedad de las faltas deben estar claramente contenidas en la norma legal y no quedar librados al buen juicio del inspector.

- d) Establecer un régimen de gradualidad en la aplicación de las sanciones con la finalidad de incentivar la subsanación voluntaria de las infracciones a cambio de reducción en el pago de las multas.
- e) El artículo 21° de la Ley 29981 dispone que una de las fuentes de financiamiento de SUNAFIL está constituido por los ingresos recaudados a consecuencia del cumplimiento de sus funciones. Es necesario revisar esta norma, pues se corre el riesgo que SUNAFIL privilegie indiscriminadamente la aplicación de multas con la finalidad de incrementar su presupuesto, en detrimento de las empresas.

Implementación inmediata de nuevas políticas de Estado acordes a nuestra realidad con la finalidad de reducir la informalidad laboral.

CAPITULO IV

EL TELETRABAJO EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

La noción de teletrabajo es sumamente amplia y, por eso mismo, absorbe cualesquiera definiciones al respecto: existen tantas, como manuales, artículos o documentos se examinen sobre la materia, o como autores se consulten. De ahí, la falta de consenso en una definición unívoca (Saco Barrios, 2006).

El teletrabajo es un tema que admite, al menos, una doble entrada: por una parte y amén de la natural alusión al trabajo a distancia, según el tipo de trabajo prestado (por cuenta propia o por cuenta ajena, autónomo o subordinado) por el teletrabajador; y, por otra parte, según la clase de tecnología requerida (la telemática, las telecomunicaciones o la informática).

En consecuencia y en el ámbito del Derecho del Trabajo, entendemos que: Teletrabajo es el trabajo a distancia prestado mediante el uso de las telecomunicaciones, por una persona y bajo subordinación.

Esto, porque en esencia el teletrabajo es siempre un trabajo no presencial, esto es, prestado apartadamente o desde lejos. Así, el teletrabajador permanece separado, con carácter permanente o temporal, de su unidad de trabajo (empresario, compañeros). Al respecto, Francisco Ortiz Chaparro afirma: "La actividad se desarrolla para una empresa o institución (un empleador) sin acudir al centro de trabajo tradicional". En este planteamiento no hacemos cuestión del lugar donde se realice ese trabajo y que no sea el tradicional: el domicilio, el telecentro, el propio vehículo en que el teletrabajador se traslada para visitar clientes, etcétera. Simplemente, se realiza fuera de los contornos inmediatos del lugar en que se evalúan sus resultados. Además, el empleador no tiene posibilidad física de observar la ejecución de la prestación por parte del trabajador (Saco Barrios, 2006).

El teletrabajo implica necesariamente la transmisión del producto del trabajo por un medio de comunicación. También, en ocasiones, la transmisión, por parte del empleador, de los datos e informaciones útiles para la ejecución del trabajo solicitado. No importa cuáles sean estas telecomunicaciones. Se puede teletrabajar con un teléfono, o un fax, o con todo tipo de medios o sistemas de telecomunicación sofisticados, con redes de área local, satélites, red digital de servicios integrados, correo electrónico, audio o videoconferencia, etc. Por otra parte, las tecnologías de la información se utilizan no solo como enlace con el empleador, sino también como instrumento de trabajo fundamental: para consultar bases de datos, navegar por la información, relacionarse con otros individuos de un mismo equipo o grupos de trabajo, etc. Este factor del empleo de las telecomunicaciones va íntimamente unido al de la distancia, porque si no es teletrabajo el trabajo a distancia, sin telecomunicaciones, tampoco consideramos teletrabajo el que se realiza con telecomunicaciones y sin que medie una distancia. El trabajo a distancia sin que medie la utilización de telecomunicaciones es el trabajo a domicilio tradicional que ha existido siempre. Se trata del trabajo de personas que, por ejemplo, cosen o fabrican en casa piezas o productos completos para empresas o particulares, a cambio de una remuneración. Si no se utilizan las telecomunicaciones, no hay teletrabajo, incluso aunque intervenga la informática. Ciertas empresas entregan al teletrabajador montañas de papel y reciben, a cambio, discos magnéticos con los datos que se contenían en dichos papeles ya procesados. Las telecomunicaciones no intervienen en este caso para nada y, por tanto, consideramos que estamos ante un trabajo a domicilio tradicional, aunque intervenga el proceso de datos (Saco Barrios, 2006).

De todos modos, debe admitirse que el teletrabajador aplica habitual y principalmente la telemática: utiliza conjuntamente las técnicas de la telecomunicación y de la informática para la transmisión a distancia de información. En otras palabras, el

teletrabajador se vale para la realización y/o transmisión del resultado de su trabajo de medios informáticos y de las telecomunicaciones (Saco Barrios, 2006).

El teletrabajo es prestado por una persona física. Es decir, el trabajador debe ser una persona natural. Una persona jurídica (sociedad o asociación, por ejemplo) no puede ser teletrabajador.

El teletrabajo es prestado bajo subordinación. Esto, porque el trabajo objeto de protección por el derecho del trabajo es el trabajo prestado por cuenta ajena y subordinado.

1) Modalidades del teletrabajo:

Según Saco Barrios, existen diferentes modalidades para la realización del teletrabajo (Saco Barrios, 2006). En cualquier caso, la elección de la modalidad de trabajo a adoptar dependerá de diversos factores: el tipo de trabajo y su duración, la cantidad de trabajadores, la forma de gestión, el tamaño y la disponibilidad económica de la empresa, el equipamiento necesario. Ciertamente, pueden y deben buscarse fórmulas que reúnan las ventajas del trabajo en el domicilio con las ventajas de trabajar en otros lugares. Sin embargo, en el análisis para la decisión pertinente debe valorarse ante todo que en las nuevas modalidades de trabajar lo que prima es el grupo y la compartición de información.

2) Enlace entre empleador y trabajador:

Por cuanto concierne al tipo de enlace entre el empleador y el trabajador, el teletrabajo puede ser:

a. Teletrabajo on line o twoway line o en tiempo real o interactivo.

El teletrabajo on line o twoway line, también denominado teletrabajo entiempos real o interactivo, es la modalidad más típica: existe una conexión entre la computadora u

ordenador del trabajador y la empresa. Es decir, el trabajador opera con un video terminal inserto en una red informática que permite un diálogo interactivo entre el ordenador central y los terminales externos.

En esta modalidad, cuando el teletrabajo es subordinado:

La subordinación es intensa y el control se produce constante y contemporáneamente a la tarea realizada. A saber, el trabajador se encuentra vigilado en forma permanente y son posibles directivas o controles en tiempo real, mucho más sofisticados, ocultos y profundos que aquellos típicos del trabajo tradicional.

El control llevado a cabo por el empresario pasa de ser un control periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana, a ser un control centralizado y objetivo (en cuanto que incorporado a la máquina) que se verifica en tiempo real.

El trabajador se integra en la empresa tal cual uno que desempeñe su actividad en el propio establecimiento. Así, está él virtualmente presente en la empresa y sujeto al poder de dirección del empleador de manera similar a cualquier trabajador que tenga contacto físico con este.

b. Teletrabajo oneway line.

En el teletrabajo oneway line la conexión entre el trabajador y el empleador es unidireccional: de la computadora u ordenador del trabajador a la empresa o de esta hacia aquel. Vale decir, el teletrabajador desarrolla su actividad sobre un videoterminal conectado de forma muy simple con el ordenador central, al cual afluyen los datos directamente sin que sea posible, no obstante, un control directo sobre el terminal externo: se trata de una conexión en sentido único, como en el caso de un teletipo altamente perfeccionado. En esta modalidad, cuando el teletrabajo es subordinado: si la trayectoria corre del trabajador hacia la empresa, la subordinación es fuerte y esta puede conocer cada movimiento del trabajador; si la trayectoria corre de la empresa

hacia el trabajador, la subordinación es más bien débil y el trabajador recibe indicaciones antes que órdenes del empleador.

c. Teletrabajo off line o desconectado.

En el teletrabajo off line, también llamado teletrabajo desconectado, no existe interacción entre el trabajador y la empresa. Esto es, el trabajador a partir de unas instrucciones iniciales, desarrolla una actividad informática por cuenta propia, sin ninguna conexión electrónica con el ordenador central situado en la empresa, al cual solo después hace llegar los datos. Esta última fase puede desarrollarse simplemente por correo mediante el envío de discos flexibles que pueden ser luego reelaborados (como cualquier trabajo inacabado) por otros teletrabajadores o en la empresa; o bien mediante transmisión telefónica (electrónica) vía módem (mail). En esta modalidad, cuando el teletrabajo es subordinado: la falta de interacción entre el trabajador y la empresa imposibilita al empleador el control de aquel durante el desenvolvimiento de la actividad; en rigor, el control se traslada al momento en el que el trabajador entrega la información pertinente al empleador, recién entonces puede este verificarla adecuación del producto a lo requerido inicialmente al trabajador. Así, la intervención del empresario se limita a un control de resultado por lo que la subordinación se da de forma más atenuada, ya que el trabajador no recibe órdenes en sentido estricto, sino indicaciones de la dirección de la empresa (Saco Barrios, 2006).

3) Elementos del Teletrabajo:

a. Elemento espacial, locativo o geográfico.

El teletrabajo para ser considerado como trabajo a distancia, la prestación de servicios debe darse fuera del centro físico de funcionamiento de la empresa, o donde se esperan resultados, es decir, el teletrabajador prestará sus servicios en un lugar diferente a las instalaciones tradicionales de la empresa (Ugarte, 2004).

b. Elemento tecnológico o cualitativo.

El teletrabajo se caracteriza por el empleo de medios informáticos o telemáticos que permiten ejecutar y externalizar la actividad encomendada, además de favorecer una constante y más rápida comunicación con la empresa (Thibault, 2001).

c. Elemento organizativo.

El teletrabajo requiere de una organización integral diferente. Teletrabajar implica utilizar las TIC para prestar determinado servicio de modo diferente, por tanto, esta mutación de la forma convencional de trabajo, requiere una reestructuración empresarial completa, siendo imprescindible la implementación de tecnologías, que por un lado permitan una comunicación eficiente entre la sede de la empresa y los puntos descentralizados de la misma; y, de otro lado, debe permitir al empleador ejercer su poder de dirección, pese a la distancia física con la que se desarrollan las labores.

d. Elemento temporal:

La habitualidad constituye otro elemento importante y distintivo del teletrabajo, pues el teletrabajador deberá realizar sus labores la mayor parte del tiempo de manera no presencial, debiendo trabajar bajo esta modalidad durante no menos del cincuenta por ciento del horario de trabajo; es decir, el teletrabajador no podrá ser considerado como tal, si es que realiza actividades, bajo esta modalidad, un solo día a la semana (Andrade Cadena, 2013).

4) Según el lugar de la prestación:

Por cuanto toca al lugar de la prestación, el teletrabajo puede ser:

a. Teletrabajo en el domicilio del trabajador o en casa.

En el teletrabajo en el domicilio del trabajador o en casa, el trabajo es prestado por un individuo (o por una colectividad familiar) en su entorno hogareño o, en un sentido más lato, en una oficina del trabajador.

En esta modalidad y cuando el teletrabajo es subordinado, el control de las tareas es en general reducido y choca con el derecho a la intimidad del trabajador.

La modalidad aquí aludida acoge, a su vez, dos sub modalidades:

Trabajo en el domicilio todo el tiempo

Esto es, todos los días de la semana y toda la jornada. Así ocurre usualmente con las personas free lance, que laboran por cuenta propia y venden sus servicios a las empresas.

Trabajo parte en el domicilio y parte en la empresa

En este caso, los teletrabajadores integran la nómina de una empresa y esta aplica combinaciones de modo que se articulen la utilidad que para ella y sus trabajadores pueda tener el teletrabajo con la necesidad de preservarla cohesión de los frutos del trabajo y el sentimiento de pertenencia de los trabajadores a la institución. Así, las empresas se organizan de modo que los teletrabajadores laboren determinados días fijos de trabajo a distancia y otros en la empresa (verbigracia, el régimen ideal: dos días en la empresa y tres en casa).

En toda circunstancia, es absolutamente indispensable que los teletrabajadores vayan a sus empresas, al menos, un día a la semana.

b. Teletrabajo en un centro de trabajo.

En el teletrabajo en un centro de trabajo, el lugar de trabajo está alejado de la empresa pero no se confunde con el domicilio del trabajador. Así, se trata de un auténtico

centro de trabajo, cuya única particularidad radica en la utilización de medios informáticos en el desarrollo de la actividad. Esta modalidad envuelve, también, dos sub modalidades:

Teletrabajo en una agencia de servicios informáticos o centro de recursos compartidos o centro de teletrabajo o centro vecinal u oficina de vecindad o telecentro o work–o–tel.

En el teletrabajo en una agencia de servicios informáticos o centro de recursos compartidos o centro de teletrabajo o centro vecinal u oficina de vecindad o telecentro o work–o–tel, diversos individuos actúan al servicio de terceros.

Tales agencias o centros o telecentros son centros compartidos por varias empresas, fundamentalmente pequeñas y medianas. El principal criterio que agrupa a los trabajadores en ellos es geográfico. Se trata de prestar servicio a personas que viven en las proximidades, de modo que no tengan que efectuar un largo viaje para ir a trabajar. Estos telecentros han de tener el equipamiento suficiente para realizar las funciones que en ellos se pretende: albergar a teletrabajadores para la realización de sus labores mediante la telemática. Y pueden ser propiedad de empresas o de asociaciones de empresas que comparten costos; o de empresas de telecomunicaciones y/o empresas de informática, que los crean con la finalidad de estimular el consumo de equipos y de líneas; o del Estado, interesado en promover asentamientos en sus territorios (regional telecommuting centres).

Las agencias o centros o telecentros deben cumplir, obviamente, las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo que rigen para todas las empresas. Cuando subordinado, esta clase de teletrabajo facilita la realización física del control o fiscalización de los teletrabajadores por la dirección de la empresa: se efectúa en las agencias o centros o telecentros y recae sobre varios trabajadores a la vez. Y como el supervisor no precisa visitar “casa por casa” de todos y cada uno de los trabajadores, no se lesiona el derecho a la intimidad de estos.

En este tipo de teletrabajo, los trabajadores pueden también compartirla permanencia en el domicilio con la asistencia a las agencias o centros o telecentros: trabajo parte en el domicilio y parte en el telecentro. Así, por ejemplo, el trabajador puede laborar «en casa» y acudir al telecentro cuando deba efectuar transmisiones especiales y no cuente con los equipos idóneos o cuando sea convocado para reuniones.

Teletrabajo en un centro satélite: En el teletrabajo en un centro satélite, el trabajo se efectúa en un lugar físico externo a la empresa y lejano geográficamente del establecimiento central, donde esta puede localizar un determinado proceso o una cierta etapa de su producción y que pone a disposición de los teletrabajadores para el desempeño de sus actividades.

c. Teletrabajo móvil

En el teletrabajo móvil, el trabajo es prestado por un individuo sin una ubicación específica en un local dado y que se traslada constantemente dentro o fuera de un país, aunque comunicado regularmente con la empresa por medio del correo electrónico.

Hoy por hoy, facilitan esta modalidad de teletrabajo las computadoras portátiles con conexión inalámbrica para el acceso a Internet. Esto, aun cuando la disponibilidad de puntos de acceso inalámbrico es, todavía, limitada.

d. Teletrabajo offshore o transnacional

En el teletrabajo offshore o transnacional, el trabajo es prestado en un Estado diferente a aquel donde está instalada la empresa matriz. Son destinatarios de la aplicación de esta modalidad, países como India, Singapur, Corea o Filipinas, donde los costos son sensiblemente más bajos y donde el diferente huso horario permite trabajar las veinticuatro horas del día. Cuando utilizada, esta modalidad concurre con cualquiera (cualesquiera) de las modalidades precedentes (i.e., teletrabajo offshore en

el domicilio o en casa del trabajador, teletrabajo offshore en una agencia de servicios informáticos o centro de recursos compartidos o centro de teletrabajo o centro vecinal u oficina de vecindad o telecentro o work–o–tel, teletrabajo offshore en un centro satélite y/o teletrabajo offshore móvil).

5) Ventajas:

El teletrabajo ofrece ventajas para la empresa, el trabajador y el entorno o medio ambiente. No obstante ello, a tales ventajas se oponen a igual tiempo desventajas o inconvenientes para la empresa y el trabajador.

Para la empresa, el teletrabajo conlleva:

- a. Ahorro, porque evita el pago del alquiler de oficinas y de los costos fijos para el mantenimiento de estas.
- b. Una mejora de la imagen institucional, porque ayuda a menguarla contaminación ambiental.
- c. Un aumento de la productividad.
- d. Flexibilidad para la contratación de personal (en especial, si el vínculo se establece con un teletrabajador independiente).
- e. La posibilidad de incorporar personas muy competitivas (cuyo alto nivel de capacitación importa el pago de remuneraciones muy elevadas si el trabajador debe asistir al establecimiento y que acaso el empleador no podría sufragar) o discapacitadas (cuyas limitaciones en sus facultades físicas o mentales les impide o dificulta concurrir a un centro de trabajo).
- f. Una reducción de los costos laborales (que se acentúa con los teletrabajadores independientes).

Para el trabajador, el teletrabajo implica:

- a. El trabajo en el medio casero o familiar.
- b. La posibilidad de trabajar sin descuidar otras obligaciones personales o familiares (por ejemplo, las labores de la madre trabajadora).
- c. Mayor autonomía profesional o independencia en el desempeño de las tareas.
- d. La aptitud de acceder a diversas colocaciones.
- e. Flexibilidad en el manejo del tiempo de trabajo.
- f. Una oportunidad de empleo en un mercado laboral donde el trabajo constituye un bien escaso.

Para el entorno o medio ambiente, el teletrabajo significa:

- a. Ahorro de energía.
- b. La reducción de la contaminación ambiental, porque disminuye la cantidad de combustible quemado (entre otros aspectos, por la baja en el uso de los medios de transporte).
- c. Para el entorno social, el acceso al trabajo de personas frecuentemente apartadas o marginadas del mundo laboral (los minusválidos, por ejemplo; y tal vez a corto plazo, los inmigrantes y reclusos).
- d. El desarrollo local de regiones o zonas desfavorecidas, debido a las tecnologías y servicios en estas introducidos. Consecuentemente, se producen además una reducción de la emigración y un obstáculo a la concentración urbana.

6) Desventajas:

Para la empresa, constituyen desventajas:

- a. El teletrabajo no está normado o, cuando existe, su regulación puede ser incompleta. Esto perjudica al empresario, quien puede no tener claro cuáles son sus atribuciones y limitaciones al respecto.
- b. La desconfianza o resistencia que el teletrabajo puede generar en los trabajadores y en las organizaciones sindicales.
- c. La disminución de la confidencialidad de la información.
- d. El equipamiento de los teletrabajadores puede ser excesivamente oneroso.

Para el trabajador, son posibles inconvenientes:

- a. Las extensas jornadas laborales (particularmente para los teletrabajadores que carecen en casa de un ambiente idóneo para el trabajo, quienes muy probablemente padecerán continuas interrupciones y superposición de sus actividades con tareas domésticas).
- b. La inmovilización profesional.
- c. La remuneración a destajo.
- d. El control desmedido (gracias al desarrollo de las modernas tecnologías) del empleador respecto a las tareas del teletrabajador, que puede afectar la tranquilidad emocional de este.
- e. El reforzamiento de los hábitos y tendencias propios del trabajador (incluidas tanto la exagerada dedicación al trabajo como la pereza). Por tanto, es indispensable la autodisciplina del trabajador.
- f. El aislamiento o la incomunicación y la falta de interacción social. Ambos aspectos, a su vez, propician el individualismo.
- g. La prolongada exposición a la computadora u ordenador (herramienta mayormente utilizada en el teletrabajo) puede generar enfermedades oculares.
- h. La desprotección social.

7) Aspectos jurídicos (Saco Barrios, 2006):

Interesa exponer ahora algunos aspectos que debieran ser considerados por el ordenamiento jurídico a propósito del teletrabajo, en beneficio de la seguridad para los actores sociales y específicamente de la protección que debe darse al trabajador.

En primer lugar, debiera admitirse que en el teletrabajo no existe una desaparición total de la subordinación sino más bien un debilitamiento de esta, por el hecho de que el trabajador no está físicamente en el centro del trabajo.

En segundo lugar y sobre la base de la consideración anterior, debieran precisarse las características del teletrabajo subordinado. Así, son elementos a considerar: la integración del teletrabajador con la organización y dirección de la empresa y el grado o la intensidad de la iniciativa personal del teletrabajador para el desempeño de sus tareas. Al respecto, parece indispensable atender a las peculiaridades de cada caso concreto, debido a las diversas modalidades existentes de teletrabajo. Como afirma Fernández Rocha: "Ante esta amplia gama de posibilidades de teletrabajo, es muy difícil lograr una delimitación exacta entre una actividad asalariada dependiente y una actividad autónoma independiente. Es decir, que no toda forma de prestar el teletrabajo es susceptible de definirse como relación laboral, sino que existe teletrabajo autónomo. El hecho de que el teletrabajador esté unido a la empresa por un medio telemático no implica, en todos los casos, subordinación. Hay que analizar cada caso en concreto y darle, así, su marco jurídico".

En tercer lugar y más extendidamente, pueden citarse los siguientes aspectos indicadores de teletrabajo subordinado: la inserción del trabajador en una organización preexistente, la planificación por el empleador del resultado productivo del trabajo en interés de la empresa, la participación del trabajador en el marco de un servicio organizado por el empleador, la ajenidad del producto y de la organización donde se inserta el trabajo, la adquisición de los frutos por el empleador desde el momento mismo de su producción a cambio de una remuneración, la remuneración abonada

durante los periodos sin prestación de tareas (por ejemplo: licencias por enfermedad u otras contingencias sociales, días festivos, vacaciones), el trabajador se obliga a poner su actividad a disposición del empleador, el poder de dirección y de control del empleador, la sujeción del trabajador al poder disciplinario del empleador, las condiciones definidas y estrictas del uso del software (este solo puede ser usado en las condiciones previstas en el contrato de licencia pertinente), el costo de los medios y procedimientos de seguridad de la información y de la línea telefónica u otros medios de telecomunicación están a cargo de la empresa, el entrenamiento y la capacitación específica dada por la empresa y a su costo, la garantía de una remuneración mínima, las retenciones efectuadas por el empleador por contribuciones de la seguridad social (salud, pensiones, etcétera.) y la existencia de controles estrictos en cuanto al tiempo y las modalidades de producción en el trabajo on line.

En cuarto lugar y a falta de regulación expresa sobre el teletrabajo, las reglas aplicables surgen de la adaptación de las normas generales o de lo pactado en contratos individuales o convenios colectivos. De todos modos, especial referencia merece la regulación sobre el trabajo a domicilio: Es cierto que esta modalidad laboral es en muchos aspectos similar a la del trabajo a domicilio, y por lo tanto las normas reguladoras de este podrán invocarse para regular algunas cuestiones del teletrabajo, pero existen aspectos intelectuales, tecnológicos, psicológicos que alejan el teletrabajo del tradicional trabajo a domicilio.

En quinto lugar, el teletrabajo plantea una singular cuestión acerca del derecho a la privacidad del trabajador: Este derecho, común a todos los trabajadores, puede entrar en crisis en el teletrabajo. En efecto, esta modalidad laboral se desarrolla muchas veces en el propio hogar del trabajador y ello implica la fusión entre el trabajo y la vida privada; el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso; el lugar de trabajo y el lugar de convivencia con la familia. El poder de dirección encuentra un límite adicional en ese ámbito privado del trabajador: solo podrá ingresar con el permiso de este último y en

las condiciones que el trabajador determine. Es decir que el empleador no tendrá un derecho unilateral de visitar el hogar del teletrabajador sin su consentimiento. El supervisor que ingresa en el hogar debe por demás justificar motivos relevantes, como por ejemplo eventuales daños que la prestación del trabajo esté causando a terceros.

En sexto lugar, importan las condiciones de trabajo y los beneficios sociales.

8) Sobre las condiciones de trabajo:

Es difícil regularlas, por cuanto los trabajadores desarrollan sus labores fuera de las instalaciones del centro de trabajo.

En la mayoría de casos, las normas de prevención de riesgos basan su aplicación en la existencia de un control directo por parte del empleador, de los principales factores de riesgo, entre ellos, el propio lugar de trabajo, hecho que no podrá coordinarse en este tipo de contratación a distancia. Sin embargo, debiera establecerse que los teletrabajadores se beneficien de los mismos derechos garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables a los trabajadores que se desempeñan físicamente en las instalaciones de la empresa. Ahora bien, tomando en cuenta las peculiaridades del teletrabajo pueden requerirse acuerdos específicos complementarios (individuales o colectivos). Sobre los beneficios sociales, ¿se justifica algún trato diferenciado respecto a su pago, entre trabajadores y teletrabajadores? Al parecer, un tal tratamiento se justificaría en tanto el trabajador presta sus servicios sin supervisión directa e inmediata del empleador, solo a través de medios informáticos o de telecomunicaciones, pudiendo efectuar los mismos incluso en su domicilio o en el lugar que el mismo decida.

Por último, interesa la seguridad social. Al respecto, afirmamos con Raso Delgue: «El principal problema del teletrabajador y la seguridad social, es que este en muchas situaciones permanece oculto, escondido detrás de su máquina y no se identifica

frente a los organismos previsionales ni como dependiente ni como autónomo. Favorece esta situación el hecho de que muchos teletrabajadores sean jóvenes (es decir, sin una preocupación inmediata sobre su seguridad futura) o mujeres que trabajan en casa (que consideran al teletrabajo como un plus económico, sin tener real conciencia de su condición laboral). La evasión de las contribuciones de seguridad social en muchos casos es favorecida por el mismo trabajador para abaratar su trabajo, creando un evidente efecto dumping en el teletrabajo. La incertidumbre sobre su real posición (subordinado / independiente) con relación al empresario que le encarga el trabajo contribuye al desinterés del teletrabajador con respecto a la seguridad social». Además, los problemas de la seguridad social en el teletrabajo pueden implicar asimismo una discriminación importante porque la mayoría de los teletrabajadores a domicilio son mujeres y por lo tanto la falta de cobertura significa la ausencia para estas de la tutela provisional». Debe advertirse, sin embargo, que el teletrabajador subordinado debe ser considerado un trabajador de la empresa para todo efecto. En consecuencia, debe aportar a la seguridad social tal cual aportan los demás trabajadores dependientes (Saco Barrios, 2006).

Queda claro que la propuesta analizada en la reforma laboral de la región latinoamericana resulta pobre, pues no se consagra ni siquiera una definición precisa, ni modalidades, instancias, políticas públicas, en pocas palabras, adolece de todo significado y pertinencia.

Es evidente lo inapropiado de la reforma en el sentido de atender las nuevas modalidades laborales, es una cuestión que contraviene directamente la tradición jurídica nacional, pues la ley laboral ha sido ejemplo histórico de avance jurídico y una disposición que ha servido para imponer criterios a nivel mundial, sin embargo no se actualiza y al parecer este rezago seguirá impidiendo el desarrollo de modalidades laborales crecientes en otros países.

La norma otorga seguridad jurídica y a falta de esta se crea un Estado donde la improvisación y la aplicación de criterios diversos evita que las instituciones y empresas determinen incorporar el teletrabajo en sus prácticas laborales, con la desventaja que esto conlleva.

Cabe recalcar la insuficiencia de nuestra norma nacional en cuanto al teletrabajo y con respecto a otros países latinoamericanos (Jiménez Bernardino, 2013).

CAPITULO V

CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

La contrastación de hipótesis corresponde a una de carácter conceptual-argumentativa, para lo cual se ha construido una inferencia racional con dos premisas y una conclusión, en donde la autora considera que la Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo, tiene consecuencias jurídicas en el ámbito de las relaciones laborales del sector privado, las cuales se analizan en el siguiente orden:

a. Flexibilidad en la forma de contratación laboral.

La flexibilidad se ha materializado en una desregulación de la norma laboral. Ello, desde la perspectiva jurídica, conduce o incrementa el riesgo de la desnaturalización del contrato de trabajo, toda vez que permite al empleador trasladar hacia el trabajador la incertidumbre de su actividad empresarial.

De este modo, la ley del teletrabajo tiene por finalidad la inmersión de nuestro país a las nuevas tecnologías de la telemática, tomando como punto de partida la flexibilización del empleo bajo esta modalidad contractual; sin embargo, no se ha tenido mayor cuidado en el análisis de las implicancias generadas a raíz de ello, como son la precarización del empleo, generando así, incertidumbre en el teletrabajador; pues, el objeto de la norma constituye la estrategia empresarial diseñada para afrontar los riesgos empresariales o de mercado.

La flexibilidad laboral, al ser el discurso dominante en materia de empleo en la actualidad ha adoptado ciertos matices en cada Estado donde se ha implementado. Ello ha dependido de un conjunto de características propias, como son su cultura y tradición política, la estructura de su sistema productivo o la correlación de fuerzas entre sus actores sociales.

En el caso de Europa occidental, la flexibilidad laboral y el Estado de Bienestar son conceptos que se encuentran íntimamente vinculados. El concepto de flexibilidad laboral fue puesto en circulación a inicios de la década de 1980 para proponer vías de solución a las crisis asociadas a la escuela neoclásica-liberal.

Cuando se analiza el principio de estabilidad, entendido como la necesidad de eliminar la incertidumbre y el riesgo (de desempleo) a través de fuertes pactos sociales y regulaciones laborales que generaron empleo estable a los ciudadanos, se buscó la protección contra el desempleo, siendo ésta un derecho intrínseco a la condición de ciudadano; naciendo, así, el sistema de producción fordista-taylorista consistente en la división del trabajo, organización jerárquica, producción en serie y mercado de masas.

Así, en vez de proteger a los individuos contra el riesgo, el Estado debería brindar las herramientas para que los individuos puedan manejar dicho riesgo. En definitiva, es el individuo el responsable directo de manejar el riesgo de desempleo, pues ya no se trata de un derecho adquirido, sino de una ciudadanía que hay que ganarse.

El Estado de Bienestar nunca se estableció en el Perú como modelo social. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en un documento de análisis sobre las reformas laborales aplicadas en los países latinoamericanos, luego de la crisis de la década de 1930, el modelo de desarrollo económico prevaleciente en América Latina fue el de la “economía cerrada” y el de la aplicación de una política de crecimiento “hacia adentro”, cerrando su mercado a la competencia internacional, este modelo mantuvo su vigencia por lo menos hasta la década de los ochenta, época en la que la crisis económica acentuó el cuestionamiento del Estado Protector y del modelo de desarrollo económico cerrado, con muestras de incapacidad para mantener el crecimiento económico, generar empleos productivos, controlar la inflación y mejorar o, cuando menos, mantener el nivel de los ingresos (Quiñones, 2012).

En este contexto, Brasil y Chile ensayaron modelos de inserción en una economía mundial o globalizada aplicando recetas más ortodoxas, basadas en la revalorización del papel del mercado en la asignación de recursos. Dentro de este ajuste estructural, podemos encontrar a Bolivia, Costa Rica y México, a partir de 1985, Colombia en 1990, Argentina en 1991 y Perú en 1992 (Quiñones, 2012).

Parte de estos ajustes estructurales, supusieron, naturalmente, la flexibilidad del mercado laboral. En ese sentido, el propio documento de la OIT deja en evidencia que —junto con Argentina— en el Perú las reformas han sido más profundas y han tenido un carácter marcadamente flexibilizador; imponiéndose, de este modo, la flexibilidad laboral en España y Perú como el esquema indiscutible a seguir.

Hace tres décadas el término de la flexibilización laboral se ha introducido en el vocabulario académico y político; sin embargo, la flexibilidad no deja ser una noción ambigua. En el sentido opuesto, encontramos a la rigidez, la cual suele ser considerada una de las causas básicas del desempleo, un mal que aqueja actualmente a nuestro país, en su mayoría.

La flexibilidad como necesidad impuesta por el mercado, presupone considerar a la rigidez del modelo de producción fordista-taylorista como la causa principal de la crisis de los años setenta y ochenta, en tanto impide adecuarse a las nuevas demandas de mercado.

Sabemos pues, que el mercado de bienes y servicios se ha flexibilizado en el sentido de que es menos estándar y se ha tenido que especializar según demandas más particulares, lo que ha llevado a la flexibilización —es decir, una utilización más diversificada— de la tecnología (incluyendo a la telemática) y del trabajo y éstas, necesariamente, a la del mercado de trabajo y del empleo.

La flexibilidad es una estrategia empresarial diseñada para enfrentar la incertidumbre del mercado y de la tecnología a través de un mayor control del factor trabajo. Las empresas han tenido que conjugar siempre cuatro factores con el objetivo de generar ganancias: la tecnología, el mercado, el trabajo y el entorno político. Con el fenómeno de la globalización económica se incrementan las incertidumbres respecto de los factores tecnología y mercado: los mercados se hacen inestables y la tecnología se hace obsoleta a gran velocidad, lo cual implica permanente actualización y adecuación a las nuevas imposiciones de la telemática.

Entonces, la flexibilidad supone tener certidumbre sobre el factor trabajo, así como más y mejor disponibilidad de su fuerza (de trabajo); por el contrario, para los trabajadores significa incertidumbre de cara al futuro y cada vez menor disponibilidad sobre su vida cotidiana, ha incrementado la libertad del empleador, permitiéndole tener ahora mayor control sobre el factor trabajo en un mundo en que el mercado y la tecnología son inciertos, pues su evolución es bastante dinámica. La flexibilidad laboral ha sido una nueva manera de regular el contrato de trabajo, con la finalidad real o presunta de aumentar la inversión. Ello se traduce en ayudar a las empresas a salir, más competitivas que antes, del túnel de la crisis económica de los años setenta.

La flexibilidad laboral puede conducir a la precarización del empleo. Generando efectos más perjudiciales a los trabajadores, en una situación de inseguridad y vulnerabilidad. Comporta temporalidad, pero también falta de formación, bajos salarios, malas condiciones, jornadas discontinuas, incertidumbre, entre otros elementos.

El proceso de flexibilización laboral llevado a cabo en el Perú en la década de los noventa no fue concertado ni negociado. Realmente, se llevó a efecto fundamentalmente bajo la orientación de los empleadores, sin que los sindicatos puedan insertarse dentro del proceso, por la ausencia total de mecanismos de diálogo

social y concertación con los actores sociales, debido a la ruptura democrática que se vivió desde 1992.

El resultado de esta reforma es que hoy una empresa tiene, en el Perú, muchas posibilidades de contratar personal que no esté a su cargo, o que estándolo no tenga garantías de permanencia en el empleo, ni perciba siquiera algunos beneficios indispensables, como en el caso del teletrabajo.

La imposición unilateral de la voluntad empresarial conlleva a concluir que el principal efecto generado por la reforma laboral de los noventa ha sido la precarización del empleo; vale decir, que el ajuste del mercado de trabajo durante los noventa se centró en el incremento cuantitativo del empleo (precario), antes que en la mejora de la calidad de éste.

La precarización de las relaciones laborales, como con la sustitución de trabajadores estables por temporales, la tasa de asalariados privados contratados temporalmente se incrementó del 15,3% en 1998 al 25,2% en 2009. En cambio, la tasa de contratados a plazo indefinido se redujo del 17,6% en 1998 al 11,2% en 2009 (Quiñones, 2012).

Se observa una importante brecha de ingresos entre trabajadores que pertenecen a un mismo grupo ocupacional pero que han sido contratados bajo distintas modalidades, se podría deducir que las empresas usan intensivamente la contratación temporal como un elemento disuasorio contra la afiliación sindical, toda vez que la prerrogativa de renovación de contratos recae en los empleadores; y, el uso intensivo de la contratación temporal incrementa la tasa de rotación laboral, lo cual ha redundado, por un lado, en una menor duración media del empleo —entre 1986 y 2006 se redujo de ocho a cuatro años en Lima Metropolitana— y, del otro, en un nivel pobre de capacitación laboral (Quiñones, 2012).

La flexibilidad es entendida como una estrategia empresarial diseñada para enfrentar la incertidumbre del mercado y de la tecnología a través de un mayor control del factor trabajo.

b. Reducción de riesgos de hostigamiento sexual.

En el teletrabajo, con la dación de la novísima norma y su reglamento, se busca reducir los riesgos de hostigamiento sexual laboral; pues, al no desarrollar las labores en el centro de trabajo, sino en el domicilio del teletrabajador u otro lugar, el contacto físico con el empleador disminuye considerablemente.

El artículo 1° de nuestra Carta Magna Peruana preceptúa “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; a su tiempo, el artículo 2° inciso 24 b) de nuestra Carta Magna Peruana preceptúa “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos, previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas”; asimismo, el artículo 23° de nuestra Carta Magna Peruana preceptúa “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. El hostigamiento sexual, en cualquiera de sus modalidades, menoscaba estos derechos constitucionales, motivo por el cual, el Estado, en su búsqueda por disminuir los riesgos relacionados al menoscabo de la dignidad, libertad, y seguridad en las relaciones laborales, ha propiciado la dación de normativa, como es el caso del teletrabajo, en donde se pretende que los teletrabajadores disminuyan el contacto físico con sus teleempleadores.

Por la propia naturaleza de la relación laboral la constitución busca proteger al trabajador al estar en un contexto de subordinación y asimetría; asimismo, el poder

directriz que ostenta el empleador no puede ser excesivo, no pudiendo ser utilizado de tal manera que afecte la dignidad del trabajador.

Todo hostigamiento, sobre todo aquel relacionado al ámbito sexual, colisiona con el derecho que posee el trabajador al honor, a su reputación, a la dignidad, a la igualdad y no discriminación, a la libertad ideológica y religiosa, a la intimidad personal y a la propia imagen.

El Estado, con la finalidad de reducir los riesgos de hostigamiento sexual, implementó la Ley N° 27942 (27 de febrero de 2003), Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual y su reglamento DS N° 010-2003-MINDES, regulando el hostigamiento sexual en la modalidad de acoso sexual u hostigamiento sexual vertical o chantaje sexual o acoso quid pro quo. Entendiéndose por acoso sexual a toda conducta o comportamiento de carácter sexual que no es bienvenido por la persona a la que se dirige, y que tiene por propósito o efecto afectar negativamente sus términos y condiciones de empleo. A su tiempo, El artículo 4° de la Ley N° 27942 define el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual de la manera siguiente: El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales. Posteriormente, el artículo 1° de la Ley N° 29430 modificó la anterior definición, estableciendo las siguientes definiciones: El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales.

En el caso del hostigamiento sexual típico se puede apreciar que la modificación está dirigida a la existencia de:

- a.** Conducta física o verbal, reiterada, naturaleza sexual o sexista, no deseada o rechazada, realizada por una o más personas quienes se aprovechan de su posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa. En contra de una u otras personas.
- b.** El denominado chantaje sexual o “quid pro quo” significa esto a cambio de eso. Donde el hostigador busca acceder a favores de intimidad a cambio que el trabajador hostigado tenga acceso al empleo, a un mejor empleo, al salario, a un mejor salario, a un ascenso, a un traslado, a una capacitación, etc. Se puede apreciar claramente, que el hostigador se encuentra en una posición jerárquica superior respecto del hostigado, a fin de lograr lo que pretende.

Para que se configure el hostigamiento sexual es necesario que se presenten los elementos siguientes: a) Conducta relacionada con temas de carácter sexual. b) Conducta no bienvenida. c) Afectación del empleo: Debe existir la posibilidad real que, el sujeto acosador afecte negativamente el empleo de la persona afectada, esta afectación puede consistir en la amenaza de pérdida del empleo o beneficios tangibles, o a través del ambiente hostil en el trabajo que, obliga al trabajador a laborar en condiciones humillantes.

En la mayoría de las relaciones laborales, lamentablemente, debido a la condición de superioridad jerárquica y control que ejerce el empleador sobre el trabajador, se reportan numerosos casos de hostigamiento sexual laboral, por lo que, ante este problema de difícil abordaje, el Estado ha buscado mecanismos de reducción de los casos de hostigamiento de este tipo; más aún, teniendo en cuenta la creciente era de la telemática, ha propiciado la regulación de mecanismos o modalidades de trabajo no convencionales, tal es el caso del teletrabajo, en donde el teletrabajador, aun

manteniendo su condición de subordinación y asimetría respecto del teleempleado, desarrolla sus labores fuera del espacio físico convencional destinado por el empleador.

c. Potencial riesgo de vulneración del derecho a la Libertad Sindical.

La parte principal del problema que vulnera el derecho de libertad sindical, a nivel nacional, consiste en que los alcances de la libertad sindical se definen como la capacidad auto-determinativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, la cual se manifiesta en dos planos: (i) la libertad sindical *in tuum*, que comprende, en su faceta positiva, el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos y, en su faceta negativa, el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical; (ii) la libertad sindical plural, la misma que plantea tres aspectos: a) ante el Estado; b) ante los empleadores; y, c) ante las otras organizaciones sindicales.

La segunda parte del problema, consiste en que si bien la norma de la Constitución de 1993, en su artículo 28º, dispone: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: Garantiza la libertad sindical (...)”, en la realidad operativa a nivel nacional, esta norma no se cumple.

En las relaciones de trabajo convencionales, evidenciamos que la libertad sindical está siendo debilitada cada vez con mayor incidencia. En el ámbito del Teletrabajo, al ser una modalidad laboral no convencional, se debe considerar que, si bien se establece que los teletrabajadores tienen los mismos derechos y beneficios que otros trabajadores, esta modalidad de trabajo a distancia, disminuye la posibilidad de ejercer de manera efectiva los derechos colectivos; pues, los teletrabajadores, tendrán mayor dificultad en afiliarse al sindicato existente en la empresa, al no encontrarse físicamente en ella, o, incluso, en formar un propio sindicato. Si lo anterior ocurre,

resultará bastante complicado participar en una negociación colectiva o hasta en el ejercicio del derecho de huelga; lo cual implica un menoscabo de este derecho fundamental, así como el atentado al Principio de Progresividad Laboral, reconocido a nivel nacional e internacional, el cual establece que el Estado debe propiciar las mejoras o reformas que contribuyan o refuercen el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, en cuanto a su calidad y extensión, adicionando medios o mecanismos para que gradualmente los derechos no solo se apliquen, sino que además incorporen nuevos elementos en beneficio de los trabajadores.

Del conjunto de derechos humanos, la Libertad Sindical forma parte del conjunto de éstos y como tal ha sido recogida en una serie de instrumentos internacionales, siendo regulada en forma expresa por los Convenios 87 y 98 de la OIT. La Libertad Sindical es considerada un derecho “bisagra”, en la medida que se vincula tanto con los derechos civiles y políticos como con los derechos económicos, sociales y culturales, estando reconocida en instrumentos legales tanto nacionales como internacionales, como son: La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.22); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8); la constitución de la OEA (art. 29); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16); los Convenios Internacionales de Trabajo de la OIT N° 87, 98, 135 y 151.

La libertad sindical es el derecho que permite vincular los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales; he ahí su importancia para el mundo sindical. Sabemos que el hecho que la libertad sindical se encuentre reconocida como derecho laboral fundamental por casi todos los instrumentos legales internacionales, no significa que los trabajadores y las organizaciones sindicales están en condiciones de ejercerlo sin restricciones; necesitando afianzar su organización; sin embargo, esto se ve obstaculizado y reprimido por los empleadores, máxime si el

Estado propicia la dación de normas (como la ley del teletrabajo), en donde se debilita aún más la capacidad organizativa de los trabajadores.

En el Perú, con la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobada por Decreto Ley N° 25593, se ve reflejada la necesidad de organización de los trabajadores, al establecer tipos de Sindicatos y condiciones para su conformación, como son: a. Sindicatos de empresa. b. Sindicatos de industria o rama de actividad. c. Sindicatos de gremio. La discusión sobre el mínimo de trabajadores que pueden constituir una organización sindical ha sido planteada en varios países. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ha señalado frente a quejas planteadas por organizaciones sindicales peruanas, que el número mínimo de veinte no afectaba el Convenio 87.

El problema no está en el número de trabajadores que pueden constituir una organización, sino en el tipo de estructura y de organizaciones que los trabajadores deben constituir para una defensa adecuada de sus intereses.

Adicionalmente, a los requisitos impuestos para la conformación de un Sindicato, se debe contar con autorización administrativa, pues en el caso peruano, existen dos personerías (y por ende, dos registros), la gremial, que otorga facultades al sindicato para actuar en el campo laboral (registro sindical a cargo de la autoridad administrativa de trabajo) y la personería jurídica, para actuar en todos aquellos campos distintos al laboral (a cargo de los registros públicos).

Evidenciamos una clara burocratización en la conformación de los sindicatos, pues con la imposición de requisitos rígidos, en el ámbito del Teletrabajo, la libertad sindical se debilita aún más, teniendo en cuenta la dificultad de organización de los teletrabajadores, debido a la realización de labores fuera del centro laboral convencional.

El TC ha considerado que un empleador determinado ha vulnerado el derecho a la libertad sindical cuando utiliza una serie de medidas indirectas para transgredir derechos. Los cambios en la sociedad y en las relaciones laborales en la actualidad, han hecho que el empleador encuentre nuevas formas para evitar que los trabajadores sindicalizados ejerzan derechos sindicales e incluso se las ingenian para evitar nuevas afiliaciones o provocar desafiliaciones. La posibilidad que tiene el empleador de utilizar medidas indirectas que discriminen a los trabajadores sindicalizados y a su vez, vulnere la libertad sindical.

d. Desprotección del trabajador en el ámbito de la salud y seguridad ocupacional.

En el teletrabajo, al tratarse de una relación laboral atípica, existe la dificultad de aplicar automáticamente la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo, pues si advertimos que el centro de labores no es tal sino el domicilio del teletrabajador, resulta complicado que el empleador pueda ejercer cabalmente su deber de prevención en lo que respecta a seguridad y salud en el trabajo.

El ánimo de protección al bienestar de la persona que expresa nuestra carta magna, es asegurar a todos una digna calidad de vida. Válidamente podríamos afirmar que la seguridad y salud en el trabajo se funda -entre otros derechos- en la dignidad del hombre; pues, la persona humana necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social. Si bien la materia de seguridad y salud en el trabajo es relativamente joven, en nuestro país lo es aún más.

La salud en el trabajo o salud laboral es el estado de normalidad del trabajador en el ejercicio de las funciones laborales; dicha normalidad es a la que se aspira protegiendo al trabajador. La Organización Mundial de la Salud, en su Constitución, define a la salud como un "estado de completo bienestar físico, mental y social, y no

solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades en la persona". En consecuencia, la protección que se brinde al trabajador debe ser de tipo integral; es decir, se debe velar por el trabajador en su aspecto físico y mental, protegiéndolo de todas las enfermedades, patologías o lesiones sufridas en su relación laboral y como consecuencia de la misma; prevenir, mitigar los riesgos y peligros que puedan ocasionar algún tipo de daño en el bienestar del trabajador. Asimismo, constituye un conjunto de elementos interrelacionados o interactivos que tienen por objeto establecer una política y objetivos de seguridad y salud en el trabajo, y los mecanismos y acciones necesarios para alcanzar dichos objetivos, estando íntimamente relacionado con el concepto de responsabilidad social empresarial, en el orden de crear conciencia sobre el ofrecimiento de buenas condiciones laborales a los trabajadores, mejorando de este modo la calidad de vida de los mismos, así como promoviendo la competitividad de las empresas en el mercado". Entre los Principios que erigen este derecho, deben considerarse:

- i) Principio de Prevención: El empleador resulta ser el principal obligado en el tema de prevención; la LSST señala: El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del 55 OIT.
- ii) Principio de protección: El empleador tiene el deber de proteger la seguridad y salud de los trabajadores. Deberá, pues, planificar toda una serie de actividades para gestionar los riesgos.
- iii) Principio de información y capacitación: La información viene a ser un cúmulo de indicaciones y medidas de protección que el empleador transmite al trabajador, mientras que en la capacitación, además de transmitirse cierto grado de teoría, el

empleador deberá instruir al trabajador y verificar que ponga en marcha estas indicaciones y medidas para evitar los riesgos. El art.52 de la LSST, denominado “Información sobre el puesto de trabajo”, refiere que el empleador debe brindar la información y los conocimientos necesarios en relación con los riesgos en el centro de trabajo y en el puesto o función específica.

De este modo, al ser la seguridad y salud ocupacional un aspecto con poca data en nuestro país, su aplicación es progresiva, pues se encuentra en proceso de implementación; y, en el Teletrabajo lo es aún más, pues la determinación de riesgos laborales será complicada, al no desarrollar, el teletrabajador, sus labores en el centro de trabajo convencional, disminuyendo la capacidad de ejercicio del deber de supervisión y control de la salud del teletrabajador, por parte del teleempleador.

e. Limitada capacidad de fiscalización laboral por parte de la autoridad de trabajo.

En el ámbito del teletrabajo, el cual es objeto del presente estudio, la inspección laboral presenta cuestiones bastante complejas, pues el domicilio es de acceso restringido; y, al tener un sistema inspectivo bastante limitado, en cuanto a número de fiscalizadores y condiciones de trabajo, urge fortalecer este aspecto en materia de teletrabajo, lo cual implicaría incrementar el número de fiscalizadores en tanto esta modalidad contractual se imponga, más aún teniendo en cuenta el acelerado crecimiento de la tecnología y la telemática.

Mediante Ley N° 29981 del 15 de enero de 2013 se creó la SUNAFIL, organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que tiene por finalidad promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias. Además de encontrarse entre sus funciones: 1. Supervisar el cumplimiento

de la normativa sociolaboral, ejecutando las funciones de fiscalización. 2. Formular y proponer las disposiciones normativas de su competencia. 3. Vigilar y exigir el cumplimiento de las normas en el orden sociolaboral. 4. Imponer las sanciones legalmente establecidas por el incumplimiento de las normas sociolaborales. 5. Fomentar y brindar apoyo para la realización de actividades de promoción de las normas sociolaborales. 6. Prestar orientación y asistencia técnica especializada.

Si a lo indicado le adicionamos la complejidad normativa en esta materia, así como problemas fácticos en su aplicación o su cumplimiento en extremo dificultoso como el caso de algunas normas de seguridad ocupacional, resulta entendible el temor del sector empresarial, principalmente de las pequeñas y medianas empresas, más aun teniendo en cuenta el caso peruano, al ser el tercer país con más informalidad en América Latina según informe publicado por el BID (marzo 2013).

En el teletrabajo, en el ámbito de fiscalización laboral por parte de la autoridad de trabajo, no se puede aplicar automáticamente la norma pertinente de fiscalización, pues se trata de una relación laboral atípica, en la cual, si bien existe subordinación y asimetría, el panorama se complica cuando el teletrabajador realiza sus labores fuera del centro de trabajo convencional. Para fortalecer e implementar este aspecto en la aplicación de la novísima norma, y sobre todo evitar abusos por parte del teleempleador, se deberá realizar una intensa labor preventiva y educativa, así como contar con inspectores de trabajo calificados y debidamente capacitados, realizar una revisión de la normatividad laboral, establecer un régimen de gradualidad en la aplicación de las sanciones y propiciar la implementación inmediata de nuevas políticas de Estado acordes a nuestra realidad con la finalidad de reducir la informalidad laboral.

CAPITULO VI
PROPUESTA LEGISLATIVA

Proyecto de Ley N° ...

Los integrantes del Grupo Parlamentario que suscriben, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y el artículo 75° e inciso 2) del artículo 76° del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente proyecto de ley:

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 30036 – LEY QUE REGULA EL
TELETRABAJO**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 22° que el trabajo es un deber y un derecho, base del bienestar social y un medio de realización de la persona. A su turno, el artículo 23° del mismo cuerpo normativo contempla que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado.

El Título IV del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, contempla la modalidad del trabajo a domicilio, el cual constituye un antecedente de la modalidad del teletrabajo. La ley N° 30036 regula el teletrabajo como una modalidad alternativa de prestación de servicios caracterizada por la utilización de tecnologías de la información y telecomunicaciones (TIC), destacando que el trabajador mantiene vínculo laboral con el empleador a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales, además, se ejerce la supervisión.

El teletrabajo como modalidad especial de prestación de servicios subordinados ha sido regulado por primera vez en nuestro país mediante la Ley N° 30036, Ley que Regula el Teletrabajo, promulgada el 5 de julio del 2003; sin embargo, la regulación de esta nueva forma de organización productiva debería cumplir una adecuada legislación laboral; por un lado la protección adecuada de los derechos de los trabajadores y por otro lado, establecer las condiciones necesarias para promover el incremento de los niveles de productividad y competitividad de las empresas.

Por lo tanto, debemos partir por reconocer que el teletrabajador es ante todo un trabajador, al cual le corresponde, en principio, los mismos derechos y garantías que los de un trabajador que labora físicamente en las instalaciones de la empresa. Lo expresado merece que nos detengamos en un aspecto que, a nuestro juicio, sustenta la laboralidad de este tipo de contratos y que lo diferencia de una modalidad contractual con la cual, erradamente pretende identificársele. Podrían existir ciertos beneficios que no alcancen a estos teletrabajadores no por su condición de tal; sino más bien porque no cumplen con los presupuestos para su percepción.

Ciertamente, una característica consustancial del teletrabajo y que constituye el elemento fáctico que explica su naturaleza laboral es que el teletrabajador presta sus servicios de forma subordinada, razón por la cual debe ser posible apreciar en este tipo de relaciones que el empleador pueda desplegar sus facultades de dirección, fiscalización y sanción. El citado artículo 2 de la acotada Ley refiere que el vehículo para hacer efectiva esta subordinación difiere de los métodos tradicionales, en tanto se sustenta en “medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos”; los cuales resultan imprescindibles dada la distancia física entre el teletrabajador y su empleador. estos espacios o liberaría, sin justificación válida, al empleador de toda responsabilidad en materia de seguridad y salud respecto a estos espacios. La relación que se establece mediante estos medios debe cumplir dos características indiciarias: Permanencia e intensidad. Lo expresado además tiene dos consecuencias

importantes: La necesidad de reconocer y garantizar una jornada máxima del trabajador que limite el sometimiento electrónico del teletrabajador; así como la de establecer condiciones mínimas que modulen la intervención del empleador, a través de los medios ya señalados, en la vida íntima del trabajador. Finalmente, cabe referir que el teletrabajo no constituye un régimen laboral especial, con derechos y beneficios distintos al de los demás regímenes.

Ante todo, debe considerarse que el teletrabajo constituye una expresión del abandono del modelo de producción clásico taylorista caracterizado por la gran fábrica en que laboran todos los trabajadores de la empresa desarrollando labores secuenciales bajo condiciones de trabajo típicas aplicables a todos los trabajadores. Sin duda una de las principales innovaciones que explica este nuevo paradigma productivo es el desarrollo de las telecomunicaciones con la invención y masificación de internet; lo cual permite interactuar simultáneamente a sujetos distantes físicamente posibilitando además la transmisión de datos en gran escala. De esta manera, es posible la participación en un proceso productivo de sujetos ubicados a grandes distancias. Dentro de ese proceso de flexibilidad productiva, las relaciones laborales se verán afectadas por la potenciación de las estrategias de descentralización productiva a las que las nuevas tecnologías prestarán invaluable servicios.

El teletrabajo constituye un instrumento de política pública destinado a promover facilitar el acceso al mercado de trabajo de estos sectores vulnerables; ello atendiendo a la flexibilidad que permite esta modalidad de prestación de servicios; en cuanto a la localización y el tiempo de trabajo. No obstante, es claro que el teletrabajo además puede resultar ventajoso para los empleadores; liberándolos de la carga de acondicionar más espacios físicos en el centro laboral para ubicar adecuadamente a su personal. Adicionalmente la recurrencia al teletrabajo como forma de organización productiva es un incentivo para variar los enfoques de gestión hacia los resultados,

facilitando la ampliación de los equipos y formas de organización incluso fuera del país.

El inciso 7) del artículo 3° del Proyecto de Reglamento señala que en este caso, el contrato debe ser celebrado necesariamente por escrito (aun cuando se trate de un contrato por plazo indeterminado) y debe contener como uno de sus requisitos mínimos “la jornada y horario de trabajo que se asigne al trabajador, de acuerdo con los límites previstos en las normas vigentes”; en el teletrabajo necesariamente debe establecerse una jornada y que ésta debe obedecer a los límites de la Ley. Ello es así, debido a que, tal como lo señalamos en la parte introductoria, una de las características del teletrabajo es la vinculación electrónica continua del teletrabajador con su empleador (lo cual hace viable la subordinación) y, en consecuencia, dicho sometimiento debe estar sujeto a límites temporales que garantice el derecho al descanso diario y al disfrute de horas de ocio del trabajador. Ciertamente que se puede argumentar que, dada la flexibilidad de este tipo de contratos, no se justificaría este tipo de límites, pensados más bien frente a relaciones típicas, donde el trabajador debe laborar continuamente en el local de la empresa, sujeto a la fiscalización inmediata de su empleador. No obstante, es de apreciarse que esta vinculación electrónica que, como ya hemos señalado, tiende a ser permanente; la intensidad del control puede ser incluso mayor al ejercido en una relación típica, razón por la cual no haría por que poner en cuestión la situación de subordinación en la que se encuentra el trabajador. Por esta razón resulta adecuado explicitar la necesidad de establecer específicamente la necesidad de restringir la jornada de trabajo de estos trabajadores.

Resulta sorprendente que la ley ni el reglamento propuesto contengan una cláusula que garantice el ejercicio de derechos colectivos. Pues, el marco normativo debería consagrar, entre otras garantías: La libertad de acceso del teletrabajador a las actividades sindicales que a éste le interesen; la obligación la empresa de brindar las facilidades para que la organización sindical pueda vincularse con el teletrabajador; la

obligación de la empresa de informar a las organizaciones sindicales respecto al número de teletrabajadores con los cuales cuenta. Demás está en señalar que resulta innecesario incluir una mención específica que declare el derecho de los teletrabajadores al ejercicio de derechos colectivos; toda vez que éste es un predicado ineludible de su condición de trabajadores; no obstante, lo que sí resulta necesario es la consagración de un conjunto de garantías procedimentales que hagan posible dicho ejercicio en las circunstancias especiales propias del teletrabajo.

Análisis del impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional

El presente proyecto de Reglamento tiene por finalidad reglamentar la Ley N° 30142, Ley que modifica la Ley N° 30036 – Ley que regula el teletrabajo, y no deroga expresa ni tácitamente ninguna norma del marco legal vigente; por el contrario, amplía los alcances del Reglamento de la Ley N° 30036, previendo nuevos supuestos de regulación de derechos laborales individuales y colectivos de los teletrabajadores.

Análisis costo – beneficio

El presente proyecto de Ley no irrogará al Estado gastos adicionales a los que se realizan actualmente en virtud a las normas legales y que ya han sido presupuestados.

Al respecto, corresponde estarse a lo indicado en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30036 que indica que las acciones a cargo de las entidades del Estado de los diferentes niveles de gobierno, que se deban implementar para el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, se financian con cargo a sus respectivos presupuestos institucionales, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Asimismo, las competencias que correspondan al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, así como a los sectores involucrados en la elaboración del proyecto de

Reglamento, serán realizadas utilizando los recursos disponibles conforme a las normas presupuestales.

Por cuanto: El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:

LEY N° ... – LEY QUE INCORPORA ARTÍCULOS A LA LEY N° 30036

Artículo 1°. - Objeto de ley:

La presente Ley tiene por objeto reglamentar la Ley N° ..., Ley que modifica la Ley N° 30036 e incorpora los artículos 6-A, 6-B, 6-C, 6-D, 6-E, 6-F, 6-G, 6-H, 7-A, 7-B y 7-C. Cualquier mención que se haga a la Ley, debe entenderse que se refiere a dicha norma.

Artículo 2°. – Incorporación de articulado a la Ley N° 30036:

Modificar el artículo 6° de la Ley N° 30036 e incorporar los artículos 6-A, 6-B, 6-C, 6-D, 6-E, 6-F, 6-G y 6-H en los términos siguientes:

Artículo 6-A. - De la estabilidad laboral del teletrabajador:

Los teletrabajadores tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminada y a los mismos mecanismos de protección frente al despido arbitrario.

Artículo 6-B. – De la modalidad del teletrabajo:

El teletrabajo se realiza bajo la modalidad on line o twoway line o en tiempo real y debe contar con un sistema informático de control de la jornada laboral (precisando inicio y fin) sin exceder, bajo ninguna circunstancia, la jornada máxima legal.

Artículo 6-C. – De la facultad de dirección del empleador:

El empleador podrá ejercer su facultad de dirección respecto a la supervisión al domicilio del teletrabajador previo consentimiento de éste, a fin de verificar las condiciones de seguridad e higiene del lugar donde se desarrollan las labores.

Artículo 6-D. – De la creación e implementación del sistema informático sindical:

En las empresas o entidades en donde se ejecute esta modalidad contractual será de obligatoria implementación el sistema informático del (los) sindicato (s), a fin de que el teletrabajador ejerza su derecho a la libertad sindical en sus dimensiones individual y colectiva.

Artículo 6-E. – De la política en materia de seguridad y salud ocupacional:

El empleador deberá informar al teletrabajador sobre la política de la empresa en materia de seguridad y salud ocupacional en el trabajo.

Artículo 6-F. – De la emisión del informe sobre las condiciones de seguridad y salud en el trabajo:

El empleador emitirá semestralmente a la SUNAFIL un informe sobre la verificación de las condiciones de seguridad e higiene del lugar en el que el teletrabajador desarrolla sus actividades.

Artículo 6-G. – De las actividades de prevención y promoción de programas sobre seguridad y salud ocupacional:

El teletrabajador participará en las actividades de prevención y promoción sobre programas de seguridad y salud ocupacional organizados por la empresa o entidad.

Artículo 6-H°. – De la generación de espacios de integración continua:

El empleador promoverá la generación de espacios de integración continua con los teletrabajadores, a fin de mantener el contacto social y las relaciones afectivas que se generan en el trabajo.

Artículo 3°. – Incorporación de articulado a la Ley N° 30036:

Modificar el artículo 7° de la Ley N° 30036 e incorporar los artículos 7-A, 7-B y 7-C en los términos siguientes:

Artículo 7-A. – Del Reglamento Interno de Trabajo:

En el Reglamento Interno de Trabajo serán incorporadas las condiciones especiales para que opere el teletrabajo en la empresa o entidad.

Artículo 7-B. – De la asignación de equipos logísticos al teletrabajador:

El empleador entregará y garantizará que los equipos de trabajo suministrados a los teletrabajadores cuenten con los medios de protección adecuados para la tarea a realizar.

Artículo 7-C. – De la creación e implementación del sistema informático de capacitación:

En las empresas o entidades en donde se ejecute esta modalidad contractual será de obligatoria implementación el sistema informático de capacitación a los teletrabajadores.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. – De la creación del sistema virtual de interconexión con SUNAFIL:

SUNAFIL creará e implementará un sistema virtual de interconexión con la red empleada por el teletrabajador y el empleador, a fin de fiscalizar el cumplimiento de la normativa sociolaboral.

Segunda. – De la creación e implementación del software de monitoreo del tráfico de red:

el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo creará e implementará el software de monitoreo del tráfico de red, protección contra códigos maliciosos, uso de PNV – Private Virtual Network y conexión segura, sistemas informáticos que serán de uso obligatorio en esta modalidad contractual.

Lima, 01 de julio de 2017

CONCLUSIONES

1. La flexibilidad constituye una estrategia empresarial diseñada para enfrentar la incertidumbre del mercado y de la tecnología a través de un mayor control del factor trabajo; se ha materializado en una desregulación de la norma laboral, incrementando el riesgo de la desnaturalización del contrato de trabajo, pues permite al empleador trasladar hacia el trabajador la incertidumbre de su actividad empresarial. La flexibilidad laboral conduce a la precarización del empleo, generando efectos más perjudiciales a los trabajadores, en una situación de inseguridad y vulnerabilidad.
2. En el teletrabajo se reducen los riesgos de hostigamiento sexual laboral; pues, al no desarrollar las labores en el centro de trabajo, sino en el domicilio del teletrabajador u otro lugar, el contacto físico con el empleador disminuye considerablemente.
3. En la modalidad contractual del teletrabajo se debe considerar que esta forma de trabajo a distancia disminuye la posibilidad de ejercer de manera efectiva los derechos colectivos; pues, los teletrabajadores, tendrán mayor dificultad en afiliarse al sindicato existente en la empresa, al no encontrarse físicamente en ella, o, incluso, en formar un propio sindicato; resultando bastante complicado participar en una negociación colectiva o hasta en el ejercicio del derecho de huelga; lo cual implica un menoscabo de este derecho fundamental, así como el riesgo de vulneración al Principio de Progresividad Laboral.
4. En el teletrabajo, al tratarse de una relación laboral atípica, existe la dificultad de aplicar automáticamente la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo, pues el centro de labores no es tal sino el domicilio del teletrabajador, resulta

complicado que el empleador pueda ejercer cabalmente su deber de prevención en lo que respecta a seguridad y salud en el trabajo.

5. La inspección laboral, en el teletrabajo (al ser una relación laboral atípica), presenta cuestiones bastante complejas, pues el domicilio es de acceso restringido; y, al tener un sistema inspectivo bastante limitado, en cuanto a número de fiscalizadores y condiciones de trabajo, la fiscalización laboral se dificulta sobremanera.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda, en las relaciones laborales del teletrabajo del sector privado, implementar un sistema informático - virtual de control de la jornada laboral y cumplimiento de las normas socio laborales.
2. A fin de evitar el potencial riesgo de vulneración del derecho a la libertad sindical de los teletrabajadores, se recomienda la implementación de un sistema de red obligatorio de sindicatos a nivel nacional.
3. Con el objeto de fortalecer la actividad inspectiva por parte de la autoridad de trabajo, se sugiere la creación de un software de interconexión en tiempo real entre empleadores, teletrabajadores y la SUNAFIL.
4. Con el propósito de evitar ataques de códigos virtuales maliciosos o robo de la información, se recomienda la creación e implementación de un software de monitoreo de tráfico de red, mediante el uso de PNV – Private Virtual Network y conexión segura, a nivel nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abarca, R. (2005). La libertad es un derecho. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Alos, R. (2008). Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales. El sindicalismo ante la acción colectiva. Madrid. Cuadernos de Relaciones Laborales, XXVI.
- Andrade Cadena, N. M. (2013). El teletrabajo y su inserción en la Legislación Ecuatoriana. Quito. Universidad de las Américas.
- Arias, W. (2012). Revisión histórica de la salud ocupacional y la seguridad industrial. Arequipa.
- Cano, E. (1998). La lógica de la precariedad laboral: el caso de la industria valenciana del mueble. Madrid. Cuadernos de Relaciones Laborales, XIII.
- Castells, M. (1995). Tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional. Madrid: Alianza Editorial.
- Castillo - Córdova, L. (2004). Revista especializada en derecho del trabajo, seguridad social y recursos humanos. Lima.
- Castillo, L. (2005). El contenido constitucional de los derechos como protección del proceso de amparo. Lima: Grijley.
- Chambi, A. (2013). Principios rectores del derecho peruano. Lima: Grijley.
- Ciudad, A. (2000). Efectos de la flexibilización del derecho individual del trabajo sobre las relaciones colectivas en el Perú. Lima. Spdtss.
- Crespo, E. & Serrano, A. (2004). Are activation models converging in Europe. Bruselas. ETUI
- Dunlop, J. (1978). Negociar la flexibilidad: función de los interlocutores sociales y del estado. Barcelona. Ediciones Península.
- Ermida, O. (1985). Sindicatos en libertad sindical. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria.
- Espezua, B. (2008). La protección de la dignidad humana (principio y derecho

- exigible). Arequipa: Editorial Adruss SRL.
- Garmendia, J. (2008). La cultura de la empresa: una aproximación teórica y práctica. Madrid. Revista Española de Investigación Sociológica (REIS), N° 41.
- Guerra López, R. (2008). Bioética y norma personalista de la acción: elementos para una fundamentación personalista de la ética. México D.F: Editorial de la Universidad Panamericana.
- Gómez, F. (1992). La flexibilización del contrato de trabajo. Una regresión de los logros sociales contemporáneos. Lima. Boletín de Derecho Social, N° 01.
- Guastini, R. (2001). Estudios de Teoría Constitucional. México D.F.: Fontamara.
- Guido, H (2003). Libertad Sindical y Democracia en los Países del MERCOSUR. Lima.
- Hoyos, A. (1990). La flexibilización del derecho laboral en Panamá. Panamá: Editorial Barquisemeto.
- Igartua Miró, T. (2014). Carga de la prueba en responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional y tutela de la seguridad y salud en el trabajo en España. Sevilla: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo.
- Jiménez Bernardino, Á. (2013). Análisis comparativo de normativas de teletrabajo en América Latina. Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo.
- López Laverde, C. (2012). Sobre la trata de personas y la Organización Internacional para las Migraciones. Bogotá.
- Melendo, T. (1987). El carácter trascendental del alma en relación a la belleza, en A.A. V.V., L'anima nell'antropologia di S. Tommaso d'Aquino. Atti del Congresso della Societa Internazionale S. Tommaso d'Aquino (SITA). Roma: Gennaio.
- Müller, F. (1990). Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik. Berlín: 2º Auflage, Duncker & Humblot.
- Moreno, L. (1997). Ciudadanía, Desigualdad Social y Estado de Bienestar. Unidad de Políticas Comparadas.

- Panibra, O. (2013). Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. Lima. Blog PUCP.
- Pasco, M. (1999). Contrato de trabajo típico y contratos atípicos. Lima.
- Plácido, F. (2004). El Derecho a la Integridad Personal en la Doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Lima: San Marcos.
- Plácido, A. (2004). Charla sobre las penalidades de violencia familiar, protección de la dignidad. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Quiñones, S. A. (2012). La Flexibilidad Laboral en España y Perú: Análisis de ciertos aspectos diferenciadores. Lima.
- Raygada, J. (2008). El hostigamiento sexual en el trabajo. Lima. Blog PUCP.
- Recasens Siches, L. (1946). Estudios de Filosofía del Derecho. Mexico D.F: Editorial Uteha.
- Recio, A. (2000). Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Lima: Cuadernos de Relaciones Laborales.
- Rollin, S. y Grimaldi, V. (1968). Organización de la seguridad en el trabajo. Madrid. Rialps.
- Romagnoli, U. (1992). La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo. Cuadernos de Relaciones Laborales.
- Saco Barrios, R. (1998). Flexibilidad laboral, derecho del trabajo y administración de personal. Lima. Rev. Análisis Laboral, Vol. XXII.
- Saco Barrios, R. (2006). El Teletrabajo. XIV Congreso Mundial de Relaciones de Trabajo, "Nuevas Tecnologías, Organización del Trabajo y Actores Sociales en el Siglo XXI."
- Sanguineti, J. (1977). La filosofía de la ciencia según Santo Tomás. Pamplona: Edit. Eunsa.
- Tajgman, D. (2002). Guía práctica de la libertad sindical: Normas, principios y procedimientos de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra: OIT.
- Thibault, J. (2001). El Teletrabajo: análisis jurídico-laboral. Madrid: Consejo Económico

y Social, CES.

Toyama, J. (2001). Balance de la reforma laboral peruana. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ugarte, J. (2004). El Nuevo Derecho del Trabajo. Santiago: Editorial Universitaria S.A.

Vega, M. (1997). La flexibilidad en el Perú. Lima: Rev. Asesoría Laboral.

Vega-Ruiz, M. (2003). Programa InFocus para la promoción de la Declaración Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina: el desarrollo práctico de un principio fundamental. Ginebra: OIT.

Villavicencio, A. (2010). La protección de la libertad sindical y su regulación (limitada y simbólica) en el Perú. Lima: Jurista Editores.

Peña, A. (2007). Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual. Lima: Edemsa.

Ugaz Olivares, M. & Soltau Salazar, S. (2004). Implicancias de la ley de seguridad y salud en el trabajo. Lima: PUCP-Derecho y Sociedad.

Villavicencio, A. (2010). La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. Lima: Plades.