

La Titularidad de los Derechos Constitucionales Laborales y su Tratamiento Legal: Ideas sobre el Concepto de Trabajador Previsto en la Constitución y las Relaciones Laborales Legalmente Excluidas

Daniel Ulloa Millares*

RESUMEN:

En el presente trabajo podemos contemplar un riguroso análisis sistemático de las diferentes normas nacionales e internacionales que forman el bloque de constitucionalidad. Este análisis sirve de base para entender las restricciones que debe respetar el legislador, pero se muestran casos donde el legislador actúa en contra de las mismas, generando la desprotección de ciertos grupos. Sin dudas, este es un trabajo que colabora con el debate sobre la aplicación del derecho del trabajo en general.

PALABRAS CLAVE:

Derechos Fundamentales - Derechos Humanos - Derechos del Trabajador - Relaciones Laborales - Bloque de Constitucionalidad - Relaciones Laborales Excluidas.

SUMARIO:

1. LOS DERECHOS BASE DEL ORDENAMIENTO.
2. LAS RELACIONES LABORALES EXCLUIDAS.
3. LOS MOTIVOS DE LA EXCLUSIÓN.

* Abogado. Magíster en empleo, relaciones laborales y diálogo social en Europa (Universidad Castilla-La Mancha). Profesor ordinario de derecho del trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente en la Universidad ESAN.

El estudio de la Constitución como fuente de derecho resulta esencial en toda sociedad democrática. Al ser la norma suprema del ordenamiento, sus preceptos instrumentales y sustantivos deben ser respetados por cualquier otra fuente inferior a ella y, asimismo, por los actores sociales. De allí la importancia de conocer los derechos que ella consagra, sus alcances y quiénes son los titulares de los mismos. Y de allí también su lamentable vulnerabilidad ante cualquier usurpación ilegítima del poder¹.

La idea principal del presente trabajo consiste en señalar que el legislador peruano no siempre ha tomado en cuenta el contenido de los derechos que involucran al trabajador pues algunas veces ha aprovechado conceptos o interpretaciones específicas para sustentar posiciones que finalmente llevan a la inaplicación a determinados colectivos de ciertos derechos previstos en la Constitución o en los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú. Esto último es muy importante de asimilar porque no pueden entenderse los derechos de la Constitución sin la lectura de dichos documentos, que según la misma norma suprema «*forman parte del derecho nacional²*» y son fuente de interpretación obligada pues «*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 Perú³*». Siendo consecuente con ello la Nueva ley procesal del trabajo, ley 29497, señala que «*Los jueces laborales, **bajo responsabilidad**, imparten justicia **con arreglo a** la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República⁴*». y además «*Conforme a lo establecido en la cuarta disposición úna y transitoria de la Constitución Política del Perú, **los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y***

con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratiúcados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte⁵».

No hay excusa, por tanto, para desconocer la legislación internacional laboral que Perú libremente decidió ratificar y que posee vigencia en nuestro ordenamiento, siendo esto una obligación exigible a cualquier Juez.

Para efectos de presentar los temas a revisión vamos a dividir los derechos con contenido laboral⁶ previstos en la Constitución y en los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú tomando en cuenta a su titular, lo cual resaltaremos en negrita para una mejor identificación. Así podemos encontrar dos grupos: derechos de la persona como tal y derechos del trabajador (entendido este como el subordinado).

1. LOS DERECHOS BASE DEL ORDENAMIENTO

Derechos de la persona

Constitución:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

Artículo 22.- Protección y fomento del empleo

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

1 No es casualidad que la mayoría de los gobiernos dictatoriales en Sudamérica en los últimos treinta años hayan modificado o variado la Constitución vigente al momento de asumir el poder.

2 Artículo 55 de la Constitución.

3 Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución.

4 Artículo IV del título preliminar de la ley.

5 Décima disposición complementaria de la ley.

6 Para no extendernos en el trabajo no incluiremos esta vez los denominados derechos laborales inespecíficos o derechos fundamentales de la persona del trabajador, los cuales son también aplicables a toda relación laboral y que hemos tenido la oportunidad de revisar en un trabajo anterior: «*Comentarios a los tres primeros artículos de la Constitución peruana desde un punto de vista laboral, enfatizando la relación entre el poder de dirección y el derecho a la intimidad y privacidad del trabajador*», en revista Laborem N° 10, SPDTSS, 2010, p. 237-248. Asimismo, para mayor detalle de este tema, puede verse el libro en el cual se presentan los trabajos presentados por diversos autores para el tema I del segundo congreso nacional de la Sociedad peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social, 2006, p. 28-469.

Artículo 59.- Rol económico del Estado

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

Declaración universal de derechos humanos⁷:

Artículo 2

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 20

1. **Toda persona** tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. **Nadie** podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Artículo 23

1. **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.
2. **Toda** persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. *(ver más adelante en derechos del trabajador).*
4. **Toda** persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos⁸:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 8

1. **Nadie** estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.
2. **Nadie** estará sometido a servidumbre.
3.
 - a) **Nadie** será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;
 - b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíba, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;
 - c) No se considerarán como «trabajo forzoso u obligatorio», a los efectos de este párrafo:
 - i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;
 - ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.
 - iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;
 - iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

7 Aprobado por el Perú el 8 de diciembre de 1959.

8 Vigente en Perú desde el 27 de julio de 1978.

Artículo 22

1. **Toda** persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales⁹:

Artículo 2

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnica profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

- a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
- b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
- c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
- d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

9 Vigente en Perú desde el 27 de julio de 1978.

Convención americana sobre derechos humanos «Pacto de San José de Costa Rica»¹⁰:

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 6. Prohibición de la esclavitud y servidumbre

1. **Nadie** puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. **Nadie** debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

- a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
- b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;
- c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
- d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 16. Libertad de asociación

1. **Todas** las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales,

sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía

Artículo 24. Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 26. Desarrollo progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo de San Salvador»¹¹:

Artículo 1 Obligación de adoptar medidas

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2 Obligación de adoptar disposiciones de derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen

¹⁰ Vigente en Perú desde el 27 de julio de 1978.

a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

Artículo 3 Obligación de no discriminación

Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 6 Derecho al trabajo

1. 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.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 9 Derecho a la seguridad social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

Derechos del trabajador¹²

Constitución:

Artículo 23.- El Estado y el trabajo

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

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial

mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

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

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

Artículo 24.- Derechos del trabajador

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

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

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

Artículo 25.- Jornada ordinaria de trabajo

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

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

Artículo 26.- Principios que regulan la relación laboral

En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Artículo 27.- Protección del trabajador frente al despido arbitrario

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

11 Vigente en Perú desde el 27 de abril de 1995.

12 Si bien la mayoría de los derechos a mencionar prevén un empleador, algunos de ellos también resultan aplicables a todos los trabajadores para con ello incluir a los autónomos, por ejemplo los derechos colectivos (art. 6 del texto único ordenado de la ley de relaciones colectivas de trabajo aprobado por D.S. 10-2003-TR).

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

Artículo 29.- Participación de los trabajadores en las utilidades

El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.

Artículo 40.- Carrera Administrativa

La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

Artículo 42.- Derechos de sindicación y huelga de los Servicios Públicos

Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Artículo 153.- Prohibición a Jueces y Fiscales
Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.

Declaración universal de derechos humanos:

Artículo 23

3. **Toda** persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales:

Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo de San Salvador»:

Artículo 7 Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. 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;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. 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;

e. la seguridad e higiene en el trabajo;

f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;

g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;

h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

Artículo 8 Derechos sindicales

1. Los Estados partes garantizarán:

a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los

de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

Artículo 9 Derecho a la seguridad social

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Pido disculpas al lector por esta larga enumeración de derechos¹³, necesaria para poder conocer – de manera exacta – todos los límites a los cuales está sujeto el legislador en su poder normativo y base, muchas veces, de decisiones del Tribunal Constitucional que fueron muy cuestionadas en su momento pero que en realidad trabajaron adecuadamente los temas a resolver bajo la base del concepto del denominado «bloque de constitucionalidad»¹⁴.

Sin embargo, a pesar de lo arriba indicado, en nuestra realidad laboral tenemos por lo menos tres casos, uno ya eliminado, otro corregido por el Tribunal Constitucional y el otro vigente, en los cuales el legislador logró evitar la aplicación de los derechos laborales a determinados grupos de trabajadores creando los denominados «regímenes laborales excluidos»¹⁵. El primero fue la contratación de trabajadores por parte de las empresas financieras en liquidación¹⁶, el otro fue la regulación inicial de la contratación administrativa de servicios¹⁷ y la tercera las modalidades formativas laborales¹⁸.

2. LAS RELACIONES LABORALES EXCLUIDAS

El primer caso supuso posiciones contradictorias de la Corte Suprema en un breve periodo de tiempo, pues inicialmente aceptó la exclusión laboral de estos trabajadores (ver por ejemplo la casación N° 2491-2007 de fecha 28 de noviembre de 2007) alegando que el Decreto Legislativo 770 era una ley especial que impedía la aplicación

13 Una lista de los derechos humanos laborales puede verse en CANESSA, Miguel «Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral», en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, N° 72, p. 112. También puede verse sobre este tema el trabajo de VILLAVICENCIO, Alfredo «Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad», en Temas centrales del derecho del trabajo en el siglo XXI, 2009, Lima, p. 77

14 Así por ejemplo la sentencia del famoso caso Telefónica, expediente N° 1124-2001-AA/TC, que modificó la interpretación del despido arbitrario y la eficacia extintiva de la decisión unilateral del empleador en estos casos.

15 Relaciones en las cuales se dan los elementos esenciales del contrato de trabajo pero la ley descalifica la relación como laboral. Al respecto ver NEVES MUJICA, Javier, «Introducción al derecho laboral», PUCP, 2003, p. 42-44.

16 Previsto en el artículo 218 del que fuera el Decreto Legislativo 770, dejado sin efecto por la Ley 26702.

17 Regulada por el Decreto Legislativo 1057 publicado el 28 de junio de 2008.

18 Reguladas por la Ley 28518 publicada el 24 de mayo de 2005.

del principio de primacía de la realidad previsto (sic) en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual resultaba una ley general. La norma indicaba lo siguiente:

«*Facultades de los liquidadores*

Artículo 218.- A fin de propender a una mejor marcha del proceso, los liquidadores, con cargo a los recursos de la empresa o entidad, están facultados para:

- a) Contratar profesionales.*
- b) Retener a los trabajadores de la empresa o entidad que estimen necesarios.*
- c) Contratar otros trabajadores.*

Los contratos a que se refiere este artículo se realizan bajo la modalidad de locación de servicios, previa resolución del contrato de trabajo en el caso del inciso b).»

Así, se negaban derechos laborales a personas que prestaban servicios personales remunerados y subordinados pero para determinados empleadores (entidades financieras) y en determinadas circunstancias (pre liquidación).

Posteriormente, en menos de tres años, la Corte Suprema varió su posición¹⁹ y aceptó la aplicación del principio de primacía de la realidad para estos casos, utilizando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad (Casación N° 2822-2009 de fecha 14 de abril de 2010) para determinar la existencia de un contrato de trabajo en estos casos, a pesar que la norma permitía la exclusión.

El segundo caso presentó una situación más cuestionable²⁰: la norma legal que creó la contratación administrativa de servicios definió dicho contrato como una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado, que no se encontraba sujeto a la ley de bases de la carrera administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regularan carreras administrativas especiales²¹. En ese sentido, el reglamento de la norma, aprobado por Decreto Supremo N° 75-2008-PCM, señalaba en su artículo 1 que esta modalidad suponía el vínculo de una entidad pública con una persona natural «*que presta servicios de manera no autónoma*». Menudo eufemismo para referirse a la prestación personal de servicios subordinados (el evidente antónimo de lo autónomo), lo cual revelaba que estamos aquí ante una relación laboral a la cual se le excluía de esa condición. Felizmente, esta situación fue corregida – aunque

a medias - por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia emitida en el expediente N° 2-2010-AI/TC, lo cual generó la posterior modificación del régimen, el cual fue considerado laboral aunque de naturaleza especial. Finalmente, la ley 29849, publicada el 6 de abril de 2012, estableció la eliminación progresiva la modalidad contractual inventada por el Decreto Legislativo 1057 y el otorgamiento de derechos laborales, etapa en la que nos encontramos actualmente. Nuevamente, en este caso resulta curioso el olvido del principio-derecho de igualdad ante la ley.

La tercera relación laboral excluida se mantiene fuerte y vigente²² y es la que regula las denominadas modalidades formativas laborales, que son cinco²³. Ninguna de ellas genera relación laboral, a pesar que se cumplen, como en los casos anteriores, los elementos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal, remuneración y subordinación).

En efecto, el proyecto de ley general del trabajo considera a las modalidades formativas laborales, que quedan en cuatro (aprendizaje, capacitación laboral juvenil, prácticas pre profesionales y pasantía en la empresa) (art. 75 a 93) como un tipo especial de contratación laboral de naturaleza mixta, dado que combina el cumplimiento de labores propias de la actividad del empleador con instrucción teórica y el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional. Empero, solamente le concede los derechos del capítulo que los regula, señalando expresamente que «no están sujetas a la normativa general» de la ley. Entonces, son trabajadores aunque no como los demás. La norma señala que estos prestadores de servicios (no los llama trabajadores) tienen derecho a una retribución mensual, jornada máxima, descanso semanal y en feriados, descanso anual de 15 días, cobertura contra riesgos de enfermedad o accidente, afiliación voluntaria a un sistema pensionario y preferencia para su admisión como personal común, previa evaluación, y las que el convenio colectivo cree para ellos.

3. LOS MOTIVOS DE LA EXCLUSIÓN

La exclusión laboral, negarle el Derecho del Trabajo a un grupo de prestadores de servicios subordinados debe ser una decisión esporádica y eventual del legislador dado que ella, evidentemente, no favorece al trabajador. Para

19 Lo curioso es que dos vocales repiten su presencia en ambas sentencias, aunque suscribiendo posiciones opuestas. Al respecto, ¿dónde queda la igualdad ante la ley?

20 El gran debate que generó la aparición del CAS puede verse ampliamente comentado en la revista Laborem N° 9, 2009, SPDTSS, p. 15-135.

21 Artículo 3 del Decreto Legislativo 1057.

22 El último proyecto aprobado de la Ley general del trabajo sigue considerando estas modalidades como no laborales.

23 Aprendizaje, prácticas, capacitación laboral juvenil, pasantía y actualización para la reinserción laboral.

aceptarla, debe existir un fin superior a la tutela que el derecho laboral debe darle a todo prestador de servicios. Sin embargo ello no se da en ninguna de las relaciones laborales excluidas antes dichas.

Como la primera exclusión mencionada (en entidades financieras en liquidación) ya no existe y la segunda (el CAS) está por finalizar, nos centraremos en la constitucionalidad de las modalidades formativas laborales.

Según el anuario estadístico publicado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el número de los convenios sujetos a la ley de modalidades formativas presentados en los últimos cuatro años ha sido el siguiente:

	APE	PPP	PP	CLJ	PE	PDC	ARL	Total
2011	3022	33415	18438	6077	132	3	0	61087
2010	2173	30834	18992	6868	3244	2	1	62114
2009	920	27944	18088	6389	7160	0	1	60502
2008	278	27001	18494	6303	5349	1	0	57426

Donde:

- APE = Aprendizaje con predominio en la empresa
- PPP = Prácticas pre profesionales
- PP = Prácticas profesionales
- CLJ = Capacitación laboral juvenil
- PE = Pasantía en la empresa
- PDC = Pasantía de docentes y catedráticos
- ARL = Actualización para la reinserción laboral

Se puede ver el fracaso y casi nula utilización de la modalidad de actualización para la reinserción laboral y la alta utilización de los convenios de prácticas, cinco o tres veces más que los convenios de capacitación laboral juvenil.

¿Se están cumpliendo los fines de la norma o estamos ante relaciones de trabajo no laborales y, además, de bajo costo, que perjudican – reiteramos- al prestador de servicios al negarle el disfrute de todos los derechos laborales constitucionales?

Como no existe en la Constitución ni en algún convenio de la OIT²⁴ una norma que defina al contrato de trabajo o quién es trabajador de manera general²⁵, el legislador peruano ha utilizado sus facultades para evitar la aplicación

del derecho laboral a determinados colectivos y sin mayor cuestionamiento constitucional.

Cuando se emitió la Ley 28518 gran parte de la doctrina nacional cuestionó la exclusión de estas relaciones de trabajo²⁶, siguiendo las críticas previas realizadas a la norma anterior por los profesores Guillermo Boza²⁷ y Javier Neves²⁸. Sin embargo, se mantiene esta exclusión, que resiste la aplicación del principio de primacía de la realidad salvo que el contratado acredite la desnaturalización de la relación, la cual la norma la prevé en los siguientes casos:

1. La inexistencia del convenio de modalidad formativa debidamente suscrito.
2. La falta de capacitación en la ocupación específica y/o el desarrollo de actividades del beneficiario ajenas a la de los estudios técnicos o profesionales establecidos en el convenio.
3. La continuación de la modalidad formativa después de la fecha de vencimiento estipulado en el respectivo convenio o de su prórroga o si excede el plazo máximo establecido por la Ley.
4. Incluir como beneficiario de alguna de las modalidades formativas a las personas que tengan relación laboral con la empresa contratante, en forma directa o a través de cualquier forma de intermediación laboral, salvo que se incorpore a una actividad diferente.
5. La presentación de documentación falsa ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para acogerse al incremento porcentual adicional, a que se refieren los artículos 17 y 32 o para acogerse a otro tipo de beneficios que la Ley o su Reglamento estipule.
6. La existencia de simulación o fraude a la Ley que determine la desnaturalización de la modalidad formativa.
7. El exceso en los porcentajes limitativos correspondientes.

A pesar de la expresa exclusión laboral, resulta curioso que tanto en el régimen CAS original como en el de las modalidades formativas laborales se reconozca a los contratados varios derechos propios del derecho del trabajo, la gran mayoría

24 En la última década se discutió muchísimo la dación de un convenio sobre la relación de trabajo, lo cual quedó por presión del grupo de empleadores, en una recomendación, la N° 198, adoptada por la OIT en el año 2006. Un comentario sobre este texto elaborado por el profesor Oscar Ermida Uriarte se puede encontrar en la revista Derecho Laboral, tomo XLIX, N° 223, julio – setiembre 2006, p. 673-683. También puede verse RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel «La determinación de la relación de trabajo», revista Relaciones Laborales 20/2006, p. 1-13.

25 El Convenio OIT N° 64 de 1939, no ratificado por el Perú, regula los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas.

26 ARCE ORTIZ, Elmer, «Naturaleza jurídica de las modalidades formativas laborales en la empresa», en Foro jurídico N° 7, agosto 2007, p. 170-178, GARCÍA GRANARA, Fernando, «Aprendizaje y modalidades formativas laborales», en Actualidad jurídica, N° 139, p. 29-32, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, «Nuevo sistema legal de formación y capacitación laboral», en Actualidad jurídica, N° 139, p. 19-21,

27 BOZA PRO, Guillermo, «convenios de formación laboral juvenil y de prácticas: ¿capacitación para el empleo o precarización del mismo?» en Asesoría laboral, Lima, junio de 1992, p. 13-15.

28 «En nuestro concepto, el factor normativo, por más que llegara a verificarse efectivamente, procurando un oficio a quien carecía de él, no es suficiente para sustraer una prestación personal, subordinada y remunerada del ámbito del Derecho del Trabajo». NEVES MUJICA, Javier, op. cit., p. 43.

cuantitativos aunque algunos de ellos reducidos (las vacaciones por ejemplo son de 15 días por año y no de 30). Sin embargo, también es curioso que dos derechos no aparecen y curiosamente los dos con consagración constitucional: el derecho a la estabilidad en el trabajo (o, literalmente, a una adecuada protección contra el despido arbitrario) y los derechos colectivos, siendo la libertad sindical y la negociación colectiva el primer derecho fundamental para la OIT²⁹ y de total aplicación en nuestro país para todos los trabajadores por la ratificación de los dos principales convenios sobre el tema, el convenio 87 y el convenio 98³⁰.

Asimismo, esta vocación de exclusión resulta contradictoria con la agresiva apuesta prevista en la Nueva Ley Procesal del Trabajo consistente en presumir la existencia de una relación laboral con la sola acreditación de una prestación personal³¹. Nuestros jueces, por tanto, deberían revisar acuciosamente cada caso de prestación de servicios y verificar si el objeto de formación

previsto en la norma se cumple, pues mediante la vigencia de una disposición legal se estaría evitando que el trabajador pueda disfrutar de todos los derechos que han sido creados históricamente para favorecerlo³².

En todo caso, felizmente, muchos de esos derechos, como se podrá haber visto en la larga enumeración de los mismos incluido en la primera parte de este trabajo, señalan como titular a la persona y no necesariamente a la persona que trabaja. Por tanto, una lectura más detenida de ellos nos permitirá confirmar que hay derechos con contenido laboral que nos pertenecen por el solo hecho de ser personas y no por estar regulados legislativamente bajo el régimen laboral de la actividad privada, uno de tantos en nuestra realidad nacional. Pensar de manera diferente condicionaría el disfrute de los derechos laborales constitucionales reconocidos internacionalmente al arbitrio del legislador peruano, aspecto que entendemos no puede ser posible pues resulta lesivo para el prestador de servicios. ■

29 Según la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo en su 86 reunión realizada en Ginebra el 18 de junio de 1998.

30 La primera disposición complementaria de la ley 28518 señala que «los derechos y obligaciones derivados de la presente ley se interpretan de conformidad con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo». Al respecto, ARCE ORTIZ, Elmer, op cit., p. 172 señala con agudeza que si la ley 28518 no regula relaciones laborales «¿por qué existe esta remisión a los convenios OIT?».

31 Numeral 2 del artículo 23 de la Ley 29497 publicada el 15 de mayo de 2010.

32 La esencia del derecho laboral es proteger a quien presta servicios. Si no lo hiciera, estaríamos en el ámbito del derecho civil. Para revisar el sustento del principio protector BORRAJO DACRUZ, Iñaki, «Introducción al derecho del trabajo», Ed. Tecnos, 2009, p. 103-111, PLA RODRIGUEZ, Américo, «Los principios del derecho del trabajo», Ed. Depalma, 1979 y BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos «La cláusula del estado social en la Constitución, PUCP, 2011, p. 315-349».