

| CONCURSO DE TEXTOS PUCP |

LECCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO

GUILLERMO BOZA PRO



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Fondo Editorial PUCP

LECCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Guillermo Boza Pro

LECCIONES DE DERECHO
DEL TRABAJO



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Lecciones de derecho del trabajo

Guillermo Boza Pro

© Guillermo Boza Pro, 2011

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: febrero de 2011

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Este libro resultó ganador del Primer Concurso de Textos Universitarios PUCP

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-03292

ISBN: 978-9972-42-955-2

Registro del Proyecto Editorial: 31501361100935

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

CAPÍTULO 6

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO (I)

Aspectos generales, principio protector y sujetos especialmente protegidos

SUMARIO: 6.1. La función de los principios del derecho del trabajo.- 6.2. La recepción normativa de los principios del derecho del trabajo en el ordenamiento peruano.- 6.3. El principio protector y los sujetos especialmente protegidos. 6.3.1. El principio protector. 6.3.2. Los sujetos especialmente protegidos.- 6.4. La madre trabajadora. 6.4.1. La normativa internacional. 6.4.2. Normativa interna. 6.4.2.1. Con relación a determinadas actividades riesgosas. 6.4.2.2. Descansos retribuidos. 6.4.2.3. Extinción de la relación laboral. 6.4.3. Reflexión final sobre los alcances de la protección de madre trabajadora. Hacia los derechos parentales.- 6.5. El trabajador menor de edad.- 6.6. El trabajador discapacitado.- 6.7. Selección de jurisprudencia.- 6.8. Bibliografía citada.

RESEÑA: en el presente capítulo nos ocuparemos de los aspectos generales de los principios del derecho del trabajo, poniendo énfasis en el llamado principio protector y en los sujetos especialmente protegidos por la Constitución. Los demás principios (irrenunciabilidad de derechos, igualdad de trato, *indubio pro operario*, norma más favorable y condición más beneficiosa) serán materia de estudio de los dos siguientes temas. Por una cuestión de orden metodológico, el principio de primacía de la realidad ha sido tratado en el capítulo 2, en la parte correspondiente a la identificación del contrato de trabajo, que es el espacio en el que suele aplicarse.

OBJETIVOS: al final del capítulo, el alumno comprenderá el origen de los principios del derecho del trabajo y la necesidad de reafirmar su vigencia; conocerá el concepto y los alcances del principio protector; e identificará a los sujetos especialmente protegidos por nuestra Constitución.

PALABRAS CLAVE: principio protector; protección de la madre trabajadora gestante y en período de lactancia; protección del trabajador menor edad; proscripción del trabajo infantil; protección del trabajador discapacitado.

6.1 LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

A partir de la lógica protectora sobre la que se asienta el derecho del trabajo desde su origen histórico¹, irrumpen los principios generales del mismo, entendidos como ideas fundamentales e informadoras del ordenamiento jurídico laboral, cuya finalidad es la de orientar su actuación y cimentar su naturaleza tuitiva o protectora. El Tribunal Constitucional ha señalado que los principios laborales «[...] son reglas rectoras que informan la elaboración de las normas, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas»². Por ello, y con la exclusiva finalidad de cumplir esa función, es que los principios operarán en distintos momentos de la vida normativa, como son: la producción, la interpretación o la aplicación de las normas laborales³. Así, a modo de ejemplo, mientras el principio de *indubio pro operario* opera en la fase interpretativa, el de norma más favorable se desenvolverá en la fase aplicativa.

6.2 LA RECEPCIÓN NORMATIVA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Es con la Constitución de 1979 que un listado bastante amplio de derechos y principios propios del derecho del trabajo fue regulado a nivel constitucional, en una parte especial relativa al trabajo, dentro del Título de los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona⁴. Esa tendencia positivista iniciada con la Carta de 1979 ha permanecido en nuestro ordenamiento, no solo al más alto nivel sino también al infraconstitucional. En lo que toca expresamente a los principios laborales, la actual Constitución de 1993 consagra el principio protector (artículo 23º, primer párrafo),

¹ Retomamos aquí lo expuesto en el capítulo 1 sobre el capitalismo y el surgimiento del derecho del trabajo.

² STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 20.

³ Según De Castro (1991: 428-429), los principios generales del derecho «manifiestan su eficacia, respecto al Derecho positivo, como fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas, como medio orientador de la interpretación y como inagotable fuente de consejo para resolver las cuestiones no previstas por la ley y la costumbre». El artículo 139, inciso 8 de la Constitución establece como un principio básico de la función jurisdiccional el de «no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley», debiendo aplicarse en tal caso, «los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario». Entendemos que, en técnica jurídica, primero debe recurrirse a la costumbre —puesto que de existir esta no estamos ante un supuesto de vacío— y, solo en su defecto, a los principios generales del Derecho.

⁴ Fueron recogidos de forma expresa el principio protector (artículo 42), el de igualdad de trato (artículo 42, segundo párrafo), el de continuidad de la relación laboral (artículo 48), el de irrenunciabilidad de derechos (artículo 57, primer párrafo) y el *indubio pro operario* (artículo 57, segundo párrafo).

la igualdad de oportunidades sin discriminación, el *indubio pro operario* y la irrenunciabilidad de derechos (todos ellos en el artículo 26º). El principio de norma más favorable se recoge, con carácter particular, para el caso de los conflictos entre convenios colectivos de distinto nivel en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley N° 25593). Hasta enero de 2010 este principio se encontraba reconocido de modo general en la antigua Ley Procesal del Trabajo (Ley 26636), sin embargo, con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497), el mencionado principio dejará de contar con una regulación expresa, salvo el caso anotado del conflicto entre convenio colectivos. Por su parte, el principio de primacía de la realidad también tiene un reconocimiento *ex lege* en la Ley General de Inspección del Trabajo (Ley 28806, reglamentado por decreto supremo 019-2006-TR), así como en la Ley General del Sistema Concursal (Ley 27809), sin bien para los ámbitos inspectivo y concursal, respectivamente.

Entre los más importantes principios del derecho del trabajo, el único que no tiene recepción normativa expresa en nuestro ordenamiento actualmente es la condición más beneficiosa. Esto no significa, sin embargo, que no haya tenido o tenga vigencia en nuestro sistema de relaciones laborales. Independientemente del indiscutible arraigo que tiene este principio en la doctrina nacional, lo cierto es que podría encontrar cobijo en el principio protector como criterio rector o matriz del ordenamiento laboral, inspirado, como se ha visto, en el propósito igualador de los sujetos de la relación de trabajo. Precisamente, Plá (1998: 40) sostiene que una las manifestaciones del principio protector es la regla de la condición más beneficiosa⁵. En cualquier caso, debe recordarse que no es necesaria la consagración normativa de un principio para que su aplicación pueda ser válidamente invocada. Más bien, para que ello no proceda se requerirá de un mandato expreso que limite o impida su aplicación, en la medida que los principios generales del derecho, también los laborales, se encuentran subordinados a la voluntad del legislador⁶.

⁵ Para este autor el principio protector tiene una triple manifestación: la regla pro operario, la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa. En la doctrina nacional siguen esta postura: Blancas (1982a: 29); Ferro (1988: 59); Herrera (1991: 220). Consideramos que esta concepción del principio protector, de un lado, limita su alcance, y de otro, resta autonomía a cada una de las reglas que supuestamente involucra. Si bien esta posición ayudaría a darle sustento constitucional a la norma más favorable y a la condición más beneficiosa (en tanto no reguladas expresamente), creemos que, en puridad, estamos ante principios independientes.

⁶ No obstante, destaca Neves la excepcionalidad de este tipo de disposiciones «para no contrariar la sistemática constitucional, que supone la vigencia de todos los principios aunque solo mencione expresamente a algunos de ellos» (1988: 57).

6.3 EL PRINCIPIO PROTECTOR Y LOS SUJETOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

6.3.1 El principio protector

Referirse al principio protector es hacerlo a la esencia misma del derecho del trabajo. En efecto, como sostenía Plá, «el principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo», y que «responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador». En ese sentido, añade el mismo autor, si el derecho común se caracteriza por su constante preocupación en garantizar la paridad jurídica entre los contratantes, «en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes» (1998: 61).

El principio protector —en los términos que se acaban de exponer— goza de reconocimiento constitucional en el ordenamiento peruano. El artículo 23 de la Constitución señala 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». Como hemos señalado en otra oportunidad, el precepto constitucional establece el compromiso ineludible del Estado peruano de atender las diversas formas de empleo⁷. No debe perderse de vista que el constituyente señala, igualmente, que el trabajo es un deber y un derecho, que es concebido como base del bienestar social y como medio de realización de la persona humana (artículo 22) y que el trabajador, sin distinción alguna, tiene derecho a una retribución equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual (artículo 24). Por otro lado, el propio ordenamiento constitucional concibe al Estado peruano como un Estado social y democrático de derecho (artículo 43), cuyo fin supremo es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (artículo 1), por lo que tiene, entre otros deberes primordiales, los de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y la promoción del bienestar general (artículo 44). En este contexto normativo, especial consideración merece la consagración del principio de igualdad de oportunidades (artículo 26, inciso 1), que no supone otra cosa que la búsqueda de la igualdad sustancial y consiguiente remoción de aquellos obstáculos —por parte de los poderes públicos— que impidan una igualación efectiva a favor de los colectivos desprotegidos (Neves 2009: 135-136).

En cualquier caso, consideramos que el propósito igualador de las partes de la relación laboral que inspira al principio protector, sobre la base de una especial tutela al trabajador —en tanto parte débil de dicha relación—, lo convierte en una suerte

⁷ Al respecto véase Boza (2004: 39-40).

de principio «matriz» que da sustento al conjunto de principios del derecho laboral, y no solo a las tres reglas antes mencionadas.

6.3.2 Los sujetos especialmente protegidos

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 23 de la Constitución recoge el principio protector cuando señala que: «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».

Son dos las características que cabe resaltar de la regulación constitucional del principio en cuestión. En primer lugar, a diferencia de la Constitución anterior que utilizaba el término «protección», la actual se refiere a la «atención prioritaria» de ciertas categorías de trabajadores. Si bien hay una diferencia de orden semántico entre una norma y otra, no nos parece que la misma sea sustancial, si entendemos que la atención prioritaria supone tener un especial cuidado o poner el énfasis en la protección de las categorías de trabajadores establecidas por el constituyente. Aunque el término «protección» nos parecía más apropiado, consideramos que la expresión utilizada por la Constitución vigente no implica un desconocimiento de la función protectora del ordenamiento laboral.

En segundo lugar, la Constitución se encarga de establecer una prelación respecto del ámbito subjetivo de tutela del principio protector. Indica que se «protege especialmente» a tres categorías de trabajadores: a la madre, al menor de edad y al impedido. En ese sentido, no se trata, como algunos han pensado, de una protección exclusiva⁸, sino preferente, prioritaria, que se justifica a partir de las peculiares características de los grupos mencionados y que requieren, por tanto, de una tutela adicional, entendida en el sentido de equipararlos con el resto de categorías de trabajadores, mas no en perjuicio de aquellas⁹.

Ahora bien, la tutela especial respecto de ciertas categorías de trabajadores no se agota en la norma constitucional. A modo de ejemplo, la reciente Ley Procesal del Trabajo¹⁰, en el artículo III del Título Preliminar, declara que los fundamentos del proceso laboral se acentúan en el caso de la madre gestante, el menor de edad y el discapacitado. Como veremos, tanto en el ámbito internacional como en el infraconstitucional encontramos importantes desarrollos normativos sobre la materia.

⁸ Cfr.: Blancas (1994: 8).

⁹ Al respecto, Neves (1993: 20) ha señalado el peligro de que esta especial protección se diluya en un análisis sistemático de la Constitución, debido que a lo largo del texto constitucional se establecen tantas prioridades de sectores considerados menos favorecidos «que se anulan entre sí».

¹⁰ Ley 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo de fecha 13 de enero de 2010.

6.4 LA MADRE TRABAJADORA

Antes de entrar en el análisis de la protección especial a la madre trabajadora, debemos hacer una precisión. Históricamente se ha brindado protección a la mujer que trabaja, a partir de posiciones que entendían que la mujer no podía o debía realizar cierto tipo de labores. En el caso peruano, por ejemplo, la Constitución de 1979 permitía el reconocimiento a la mujer trabajadora de «derechos no menores que al varón» (artículo 2, inciso 2) y remitía al legislador la regulación de «las condiciones de trabajo de los menores y mujeres» (artículo 44).

Si bien dichos preceptos pudieron inscribirse en la línea de las denominadas acciones positivas¹¹, a fin de lograr una igualdad sustancial entre el varón y la mujer, la Constitución actual ha optado por eliminar cualquier referencia que supusiera alguna ventaja o protección especial a la mujer que se funde exclusivamente en su condición de tal y no en consideraciones objetivas —como la maternidad—, que en lugar de favorecer pudieran terminar siendo contraproducentes para la inserción y mantenimiento de la mujer en el mercado de trabajo. En cualquier caso, el principio de igualdad ante la ley recogido en el artículo 2 de la Constitución, que prohíbe la discriminación por razón del sexo, concordado con el artículo 103 del propio texto constitucional, que impide la dación de leyes especiales fundadas en la diferencia de las personas, deberían ser elementos suficientes para impedir cualquier tipo de discriminación de la mujer en el acceso, promoción y conservación del empleo.

A ello se suman los distintos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país que se pronuncian en idénticos términos, específicamente la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y los Convenios 100, 111 y 156 de la OIT, así como —en el ámbito estricto de las relaciones laborales—, al artículo 26 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

Esa parece ser la razón también para que el Estado peruano denunciara diversos convenios internacionales de la OIT relativos al trabajo prestado por las mujeres,

¹¹ En el ordenamiento italiano —propulsor de este tipo de política legislativa— las acciones positivas se dieron inicialmente, precisamente, para fomentar la igualdad de sexos. Los poderes públicos intervinieron para introducir instrumentos de tutela a favor de la mujer trabajadora a fin de prevenir —en contra de esta— discriminaciones de tipo directo e indirecto, así como para promover medidas destinadas a remover los obstáculos que el mercado y la organización del trabajo, y también la sociedad, en general, colocaban para lograr la igualdad entre trabajadores y trabajadoras. Medidas que replantean, incluso, un nuevo equilibrio de las responsabilidades familiares y profesionales entre los dos sexos. Una síntesis de esa política puede verse en: Ghera, Edoardo (2002). *Diritto del Lavoro*. Bari: Cacucci Editore, pp. 315 y ss.

como los convenios 4 y 41 sobre el trabajo nocturno de las mujeres y el convenio 45 sobre trabajo subterráneo de las mujeres.

En esta línea, la protección especial a la madre que trabaja no pretende atender, al menos directamente, la problemática de la discriminación de la mujer en el empleo, sino la que pudiera presentarse en determinados momentos ante hechos objetivos diferenciadores entre hombres y mujeres, a saber, la maternidad. Por eso, la normativa infraconstitucional se mueve ahora exclusivamente en el ámbito de protección de la madre trabajadora¹².

6.4.1 La normativa internacional

En el mundo, la protección a la maternidad y a la madre que trabaja ha sido abordada por tratados internacionales desde diferentes ópticas. Por un lado, lo encontramos en tratados de derechos humanos, en tratados específicos destinados a brindar un tratamiento a la problemática de la mujer en los diferentes ámbitos de actuación y en tratados que se refieren específicamente al tema laboral.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹³ contempla la necesidad de cuidados y especial asistencia a la maternidad y a la infancia (artículo 25º).
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala que las medidas especiales de protección a la maternidad no deben considerarse discriminatorias (numeral 2 del artículo 4º), la prohibición de despido por embarazo, el otorgamiento de licencia de maternidad con sueldo o prestaciones y sin pérdidas de empleo, antigüedad y beneficios, así como atención especial durante el embarazo ante trabajos que le puedan ser perjudiciales (literales a, b y d del artículo 11º).
- La Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la misma línea que la Convención, contempla que debe evitarse el despido por maternidad, que se debe otorgar licencia por maternidad con pago de remuneración, así como la posibilidad de que la trabajadora vuelva a su empleo anterior una vez concluida la licencia (numeral 2 del artículo 10).

¹² Conviene recordar que la Ley 26513, modificatoria del Decreto Legislativo N° 728, hizo tabla rasa de toda la legislación sobre trabajo de mujeres y menores, incluyendo la protección sobre maternidad. Evidentemente, la derogación de este último aspecto constituyó un exceso del legislador y contrarió el mandato de tutela de la madre trabajadora consagrado en la Constitución, por lo que fue prontamente restituido por la Ley 26644.

¹³ Ratificada por Resolución Legislativa N° 13282.

- Conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴ se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Asimismo, durante ese periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social (segundo párrafo del artículo 10).
- Finalmente, hay que señalar que en mayo de 2004 nuestro país adoptó la Decisión 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual establece, dentro del tema dedicado a los trabajadores objeto de protección especial, «Cuando las actividades que normalmente realiza una trabajadora resulten peligrosas durante el período de embarazo o lactancia, los empleadores deberían adoptar las medidas necesarias para evitar su exposición a tales riesgos. Para ello, adaptarán las condiciones de trabajo, incluyendo el traslado temporal a un puesto de trabajo distinto y compatible con su condición, hasta tanto su estado de salud permita su reincorporación al puesto de trabajo correspondiente. En cualquier caso, se garantizará a la trabajadora sus derechos laborales, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional de cada uno de los Países Miembros».

Como se aprecia, el ordenamiento internacional pasa por fórmulas de protección genéricas de la maternidad, pero plantea también sistemas de protección más focalizados en el ámbito laboral, referidos al cuidado de la trabajadora en el período de gestación, lactancia, o la procuración de ambientes de trabajo que no resulten perjudiciales para su situación particular, entre otras; y, que, como se verá más adelante, han sido adoptados por nuestra legislación interna.

6.4.2 Normativa interna

La legislación interna sobre la materia es inorgánica, pues no existe una norma que se ocupe de manera integral de la protección a la madre trabajadora, sino que el tema es abordado por diversas normas. Seguidamente se realizará un mapeo por la legislación peruana dedicada a la protección de la madre trabajadora durante el desarrollo y extinción de la relación laboral.

6.4.2.1 Con relación a determinadas actividades riesgosas

La protección de la salud de la madre gestante y el normal desarrollo del embrión y del feto ha sido recientemente incorporada en nuestro ordenamiento, estableciéndose la obligación de los empleadores de realizar cambios en las labores que desarrolla

¹⁴ Aprobado por el Decreto Ley N° 22129 del 28 de marzo de 1978 y vigente desde el 28 de julio de 1978.

la trabajadora cuando las labores que realiza pongan en riesgo su salud o la del concebido, y sin que ello suponga la afectación de los derechos laborales de la trabajadora.

En efecto, la Ley 28048¹⁵ y su reglamento, aprobado por decreto supremo 009-2004-TR, señala que los empleadores están obligados a lo siguiente: evaluar los riesgos en sus empresas, con la finalidad de determinar la naturaleza, grado y duración de la exposición, así como sus valores límites permitidos y los efectos en los trabajadores; poner en conocimiento de los trabajadores el resultado de la evaluación; y, realizar una nueva evaluación cuando los cambios en las condiciones de trabajo puedan implicar una exposición de los trabajadores.

La trabajadora gestante podrá solicitar el cambio cuando se presenten riesgos generados por las condiciones de trabajo o riesgos derivados de cambios fisiológicos en la gestante. El primer caso se presenta cuando existe una exposición a diversos agentes (físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales), procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos por el lugar donde se desarrollan las labores del puesto de trabajo y la manipulación de sustancias peligrosas que se requieran para el ejercicio de las labores propias del cargo. El segundo se origina cuando existe un deterioro de la salud de la gestante que, unido al embarazo, le impiden realizar labores propias de su cargo (deterioro no constitutivo de incapacidad temporal) y el deterioro de la salud como consecuencia del estado de gestación.

La trabajadora puede ejercer su derecho cuando se represente alguno de los riesgos descritos, al inicio o durante el período de gestación, presentando un certificado médico. De tratarse de riesgos por las condiciones de trabajo, el certificado deberá señalar que la mujer está embarazada y el tiempo de gestación. Si el riesgo se derivara de cambios fisiológicos, deberá señalarse, además, las labores que están impedidas de realizar y el tiempo de la restricción.

Recibida la solicitud, si el riesgo fuera inminente, el empleador debe separar a la trabajadora de esas labores, atendiendo luego, en el breve plazo, a las modificaciones que deban ser efectuadas según las normas. De no atender a su solicitud, la trabajadora podrá abstenerse de realizar esas labores mientras que el empleador realice el acomodo respectivo, cursándole una comunicación en ese sentido. En los casos de riesgos no inminentes se debe atender la solicitud en el breve plazo.

Los cambios que debe efectuar el empleador pueden ser, en ese orden de prelación, hasta que el riesgo quede controlado o eliminado, los siguientes: cambios en la manera de realizar las mismas labores sin cambio de puesto de trabajo; cambio de puesto de trabajo a un puesto de la misma categoría ocupacional; y, cambio de puesto

¹⁵ Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, Ley 28048 de fecha 27 de julio de 2004.

de trabajo a una categoría ocupacional distinta, inferior o superior. En cualquier caso, la trabajadora no perderá los derechos laborales, económicos, profesionales, incluso los que dependen del cargo, salvo cuando se le cambia a un puesto de categoría superior, pues en estos casos recibirá los montos adicionales que correspondan a dicho cargo, por el tiempo que permanezca en él.

Las medidas descritas en el párrafo anterior son temporales, mientras persista el riesgo finalizando con el parto. Una vez producidos alguno de esos acontecimientos, la trabajadora debe retornar a su puesto original o uno similar con misma retribución y categoría.

6.4.2.2 Descansos retribuidos

Otras formas de tutela física —y económica— están relacionadas con los descansos o licencias pagadas, fundamentalmente, a la madre trabajadora: los descansos pre y post natal, la licencia por adopción y el permiso por lactancia.

En primer lugar, conforme a la Ley 26644¹⁶, la madre trabajadora tiene reconocida una licencia por maternidad que consiste en un descanso retribuido de 45 días antes y 45 días después del parto, pudiendo el primer período ser diferido de manera total o parcial con el post natal, siempre que ello no afecte a la gestante o al concebido y se comunique al empleador con la debida anticipación —dos meses antes de la fecha probable de parto— a fin de no mermar los días de descanso post natal en caso de que el alumbramiento se produjese después de la fecha probable del parto. En tal situación, los días de retraso se computarán como días de descanso médico por incapacidad temporal y serán pagados como tales. En los casos de nacimiento múltiple, el descanso post natal se extiende por 30 días naturales adicionales. Durante el goce de la licencia por maternidad —ordinaria o extendida—, la trabajadora recibe un subsidio pagado por el empleador, pero con cargo a la seguridad social.

Asimismo, en el supuesto descrito en el párrafo anterior se reconoce a la trabajadora la posibilidad de sumar a la licencia por maternidad, inmediatamente después de finalizada esta, el descanso vacacional que tuviese adquirido.

En segundo lugar, nuestro ordenamiento reconoce a partir de la Ley 27409, esta vez tanto al padre como a la madre, el derecho a una licencia laboral por adopción equivalente a 30 días naturales. La indicada norma establece que si los trabajadores peticionantes son cónyuges, la licencia la tomará la mujer.

¹⁶ Modificada y complementada por las leyes 27402 y 27606, respectivamente.

Finalmente, la Ley 27240 (modificada por la Ley 28731 y precisada por la Ley 27403)¹⁷ contempla un permiso por lactancia materna equivalente a una hora diaria hasta que el menor cumpla un año de edad. Dicho permiso se toma dentro de la jornada de trabajo y se considera trabajado para todo efecto legal, lo que supone que es retribuido. Adicionalmente, la madre trabajadora —en este caso claramente a favor del recién nacido— percibe un subsidio por única vez por concepto de lactancia.

6.4.2.3 Extinción de la relación laboral

La madre trabajadora goza de una tutela especial en el caso de la extinción de la relación laboral. Pero ello ocurre concretamente en el período de gestación. En efecto, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral recoge como un supuesto de despido nulo el motivado en el embarazo de la trabajadora. Para tal efecto, la indicada norma establece la presunción de nulidad del despido si el empleador —en el proceso respectivo— no acredita la causa justa del mismo, siempre y cuando la trabajadora hubiese comunicado a su empleador de su estado de gravidez, previamente al despido.

6.4.3 Reflexión final sobre los alcances de la protección de madre trabajadora. Hacia los derechos parentales

La problemática general de la maternidad en nuestro país no es ajena a los patrones culturales imperantes, que suelen otorgar a la mujer el rol principal en el cuidado y crianza de los hijos, situación que se torna particularmente gravosa en aquellas mujeres que enfrentan solas la maternidad¹⁸. Estas son circunstancias que inciden en los diversos ámbitos donde la mujer se desenvuelve, incluido el mercado laboral. En este contexto, las medidas de tutela que se han analizado líneas arriba son importantes, pero resultan insuficientes.

El tratamiento del problema requiere de una atención más decidida del Estado, de políticas públicas encaminadas a modificar esos patrones culturales, y desarrolladas, por tanto, en el ámbito educativo, fundamentalmente, y a través, por ejemplo, de medidas de fomento de la paternidad responsable. Esto en consonancia con el mandato establecido en el artículo 4 de la Constitución, dirigido a la protección de la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad.

¹⁷ Un análisis más detenido de dichas normas puede verse en Boza Pro, Guillermo (2001). «El permiso por lactancia materna» En Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 7 de marzo, p. 28.

¹⁸ Recientemente la legislación peruana con la finalidad de involucrar más al padre en el cuidado y crianza de los hijos ha reconocido el derecho a la licencia por paternidad para los trabajadores de la actividad privada, mediante la Ley 29409 de fecha 20 de setiembre de 2009.

No debe confundirse, no obstante, esta concepción amplia de tutela de la paternidad, de la familia con la aplicación del principio protector en el ámbito laboral, y su especial consideración de la madre trabajadora, por su situación es más vulnerable que la del común de los trabajadores.

La primera pregunta que podemos formularnos es por qué la madre requiere un despliegue especial del principio protector, es decir, adicional a la protección que gozan todos los trabajadores por ser tales. A esta pregunta le siguen otras no menos relevantes como son cuál es el alcance de esta protección especial, lo que pasa por determinar qué se entiende por madre que trabaja, quiénes son los sujetos protegidos por la norma, si esta protección constituye un mecanismo eficaz para que las madres se puedan enfrentar al mercado laboral en igualdad de condiciones que los demás trabajadores o si, a pesar de ser ese su objetivo, causa un efecto inverso, dificultando aún más la situación de las madres en relación al empleo.

Para determinar por qué se considera que la madre trabajadora requiere mayor protección que otros grupos para lograr la equiparación, se debe evaluar qué circunstancia es la que produce que su situación sea más precaria desde una perspectiva estrictamente laboral.

El análisis de la problemática de la madre trabajadora no puede darse aislado del de la mujer que trabaja. En este sentido, no podemos dejar de mencionar que la mujer en el mercado laboral ha enfrentado desde siempre barreras mayores que los hombres en todas las fases de su actividad laboral. El principal argumento de los empleadores es que resulta más oneroso contratar a una mujer que contratar a un hombre. Sanguineti identifica dos circunstancias que llevan a este argumento: de un lado, «el hecho diferencial de la maternidad»; y de otro, «la asunción prioritaria por parte de las mujeres de las responsabilidades relacionadas con el cuidado de los hijos y familiares» (Sanguineti 2005: 24).

Conforme a lo anterior, cabe relevar determinadas situaciones que determinan la particular protección de la madre trabajadora. Dos son de carácter objetivo y las dos restantes de carácter subjetivo. En efecto, existen dos hechos objetivos de carácter biológico que afectan únicamente a la madre, a saber, la gestación y la lactancia. Por su parte, como hechos subjetivos cabe anotar los patrones culturales que suelen ser tomados en cuenta en las decisiones empresariales y la postura de que contratar a mujeres resulta más oneroso. Son estos elementos los que debieran permitirnos establecer el alcance de la protección a la madre que trabaja o, lo que es lo mismo, delimitar los parámetros a los que deberá ceñirse el desarrollo constitucional correspondiente¹⁹.

¹⁹ Determinar esto puede no ser fácil, pero es necesario, pues si se exceden esos límites la consecuencia podría ser contraria a la intención del constituyente, es decir, en vez de proteger a la madre, podría una

A estos efectos, se debe tomar en cuenta el segundo párrafo del artículo 6º de la Constitución, el mismo que señala que «es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a los hijos». Aquí se establece la igualdad de derechos y obligaciones de la madre y el padre frente a los hijos, situación contemplada en distintos tratados internacionales ratificados por el Perú²⁰. De ahí que, realizando una interpretación sistemática de esta norma con la protección especial a la madre que trabaja (artículo 23), debemos concluir que esta protección no podría anular, ni mermar la igualdad entre padres en relación a sus deberes y derechos frente a sus hijos.

Por ello, el término «madre que trabaja» no debe ser entendido en sentido amplio, sino que debe abarcar aquellos hechos objetivos que diferencian a la madre del padre. Al respecto, consideramos que el estado de gestación y lactancia son los únicos hechos objetivos diferenciadores entre el padre y la madre que justificarían un trato distinto. Fuera de ello la madre no debiera merecer un trato distinto al que se dispensa a los padres, o viceversa, porque correríamos el riesgo de vulnerar el artículo 6 de nuestra Constitución, cuando no el principio de igualdad contemplado en la misma (artículo 2). De ahí que la protección a la madre que trabaja debe buscar proteger a la madre durante el período de gestación y lactancia, frente a cualquier acto que pueda vulnerar su acceso, permanencia en el trabajo. Cualquier otra protección, que no se funde en los dos hechos biológicos señalados, podría suponer un trato preferente sin sustento objetivo en relación a los padres que trabajan.

Una vez determinado el ámbito de protección especial a la madre que trabaja, cabría preguntarse si es ella la destinataria de la norma, es decir, si la norma tiene como sujeto de protección a la mujer en su condición de madre. Sobre el particular, consideramos que si bien se busca proteger el estado de gestación y lactancia, situaciones que presentan únicamente las mujeres y son estas, en su consideración de trabajadoras las destinatarias de la protección del principio protector del derecho

mala regulación convertirse en una desprotección e incluso llegar a ocasionar un tratamiento desigual y discriminatorio.

²⁰ La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer señala que los estados deben tomar medidas para «Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos» (literal b del artículo 5); «Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños» (literal c del artículo 11); asegurarán «Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos [...]» (inciso b del artículo 16). En este último sentido se pronuncia la Declaración sobre la eliminación de la Discriminación contra la mujer (literal c del artículo 6).

del trabajo, consideramos que no son ellas el único sujeto destinatario de la norma, pues consideramos que la protección a la madre viene acompañada de la protección al concebido —embrión y feto—, así como al recién nacido.

En efecto, nuestra Constitución establece el derecho a la vida y la integridad física (artículo 2), la protección a la salud (artículo 7) y la protección a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad (artículo 6). De ahí que si bien la relación laboral está establecida con la madre, los derechos del concebido y el recién nacido no pueden ser puestos en peligro en el ámbito de la relación laboral.

Entonces, la aplicación especial del principio protector a la madre que trabaja tiene como objetivo directo evitar que los hechos biológicos de la gestación y la lactancia no sean motivo de desventaja de la mujer-madre en relación al resto de trabajadores en relación al acceso y permanencia en el trabajo. Sin embargo, indirectamente protege los derechos inespecíficos de la trabajadora como son la vida, la integridad física, el derecho a la maternidad y el derecho del concebido y el recién nacido, que se ve expuesto a través de la madre a riesgos propios del trabajo que pudieran afectar su vida, su integridad o su salud.

De ahí que al evaluar la normativa peruana vigente consideramos que en algunos casos existen normas que otorgan beneficios a las madres fuera de los límites establecidos. Un claro ejemplo de ello es el caso de la licencia laboral por adopción, en la medida en que establece que si los peticionarios de la adopción son cónyuges, la licencia la toma la mujer, cuando debería dejarse a elección de la pareja quién debe tomar ese descanso.

En cuanto a los patrones culturales aún presentes en nuestra sociedad que conllevan a que sean las mujeres quienes suelen asumir el rol del cuidado de los niños, consideramos que si bien es un hecho innegable y que tiene cierta incidencia en la toma de decisiones empresariales, no consideramos que ello deba ser convalidado por las normas que otorgan beneficios a las mujeres sin una justificación objetiva, máxime si existe el mandato constitucional de igualdad entre padres. Caso contrario, se estaría reafirmando esos patrones, validándolos, en vez de contribuir a su erradicación.

Cualquier beneficio que involucre el cuidado de los hijos, fuera de los períodos de gestación y lactancia, deberían ser concedidos a la pareja como derechos parentales, y no poner como destinataria de la norma a la madre, pues ello trae dos resultados negativos: por un lado, acrecienta la impresión de que contratar a una mujer en edad de procrear o con hijos resulta más costoso que contratar a un hombre; y, por otro lado, se brinda un trato desigual, sin sustento objetivo, es decir, se discrimina al padre que trabaja y que también debiera tener derecho a gozar de ciertas facilidades para el cuidado de sus hijos.

6.5 EL TRABAJADOR MENOR DE EDAD

La edad puede suponer, y de hecho lo hecho históricamente, un tratamiento diferenciado en el régimen jurídico del trabajo, a tal punto que es posible distinguir tres grandes grupos de trabajadores: menores, jóvenes y maduros (Martín *et al.* 2009: 209). Al amparo de lo establecido en el artículo 23 de la Constitución, todos estos grupos merecen la protección del Estado, aunque el énfasis se haya puesto en el trabajador menor de edad, que por mandato del propio constituyente requiere de una tutela especial.

Tanto los trabajadores jóvenes —que a partir del artículo 7 de la Ley de Formación Laboral podríamos definir como aquellos cuya edad fluctúa entre los dieciséis y los veinticinco años—, como los maduros —aquellos mayores de 45 años, según el artículo 37 de la propia Ley de Formación Laboral—, requieren de protección estatal por tratarse de colectivos con especiales dificultades para insertarse o mantenerse en el mercado de trabajo.

En el caso de los jóvenes las medidas legislativas apuntan a dotarlos de una adecuada formación laboral o profesional que facilite su inserción en el mercado de trabajo. No estamos convencidos que el convenio de formación laboral juvenil, tal cual está regulado en nuestro ordenamiento, sea la herramienta adecuada para ello. En cualquier caso, consideramos que en aras de la flexibilización del mercado de trabajo no se justifica la deslaborización de esta figura, de naturaleza estrictamente contractual, cuyo resultado parece haber sido la precarización de la mano de obra de muchos trabajadores jóvenes²¹. Por su parte, los trabajadores maduros poseen una experiencia de trabajo acumulada que puede ser útil, sin embargo, la mayor edad puede jugar en contra de ellos, al ser más proclives al padecimiento de enfermedades y a la mayor dificultad que puedan tener para adaptarse a nuevos sistemas organizativos o productivos de la empresa. La Ley de Formación Laboral señala que esta categoría de trabajadores podrá beneficiarse especialmente de programas especiales de empleo a cargo del Ministerio de Trabajo, aunque en la práctica no han sido implementados²².

²¹ Este tema ha sido abordado en el capítulo 2.6. Hay que decir que en la versión inicial del Anteproyecto de la Ley General del Trabajo la capacitación laboral juvenil recuperaba su naturaleza contractual y laboral, pero dotándola de cierta flexibilidad. No obstante, en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo se decidió mantener deslaborizada dicha figura, aunque otorgándole —contradictoriamente— determinados beneficios de naturaleza estrictamente laboral, como descanso en días feriados, vacaciones pagadas y dos gratificaciones anuales.

²² El Anteproyecto de Ley General de Trabajo consensuado en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo propone la figura del convenio de actualización para la reinserción laboral, dirigida a mejorar las posibilidades de reinserción en el mercado de trabajo de los desempleados entre 45 y 65 años

El caso del trabajador menor de edad es diferente, cuya protección general la encontramos en el artículo 4 de la Constitución y en la Convención sobre los Derechos del Niño. La tutela del menor trabajador es una preocupación presente desde los albores mismos de la legislación del trabajo²³. En nuestro país se promulgó en 1918 la Ley 2851, relativa al Trabajo de las Mujeres y los Menores. Un año después, en 1919, la Organización Internacional del Trabajo aprobó el Convenio Internacional del Trabajo N° 5, relativo a la edad mínima para el trabajo en las empresas industriales. Desde entonces, la tendencia de la normativa internacional del trabajo y de la mayor parte de las legislaciones laborales nacionales se han movido en dos frentes: de un lado, la fijación de edades mínimas para la realización de determinadas actividades y, de otro, la erradicación del trabajo infantil²⁴.

El punto de partida es diferenciar, dentro de los menores de edad, al niño (todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad) del adolescente (desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad)²⁵. Este dato es fundamental porque el trabajo del niño se encuentra proscrito por nuestro ordenamiento. Por tanto, solo el menor de edad considerado adolescente se encuentra permitido de trabajar, aunque sujeto a ciertas restricciones a fin de que —como señala el Código de los Niños y Adolescentes— el trabajo realizado no comporte una explotación económica, no signifique un riesgo ni peligro para su desarrollo, para su salud física, mental y emocional y no perturbe su asistencia regular a la escuela (artículo 22). Se presume, entonces, sin admitir prueba en contrario, que el trabajo realizado por un niño afecta su desarrollo, su salud y su formación escolar. Estos son los intereses que procuran la sociedad y el Estado proteger y que justifican una tutela especial del trabajo del menor de edad que se traduce, en última instancia, en la erradicación del trabajo del niño y la limitación del trabajo del adolescente.

de edad. Se trata, como en el caso de los convenios de formación laboral juvenil y otras figuras afines, de una modalidad formativa excluida del ámbito de aplicación de la legislación laboral.

²³ En efecto, una de las primeras preocupaciones de la legislación laboral estuvo centrada en la protección de los menores y las mujeres asalariados, quienes sufrieron con mayor rigor las consecuencias de las reglas impuestas por el capitalismo salvaje del siglo XIX en el campo de las relaciones laborales. De ahí que se haya dicho que la alta mortandad de la mano de obra infantil y femenina fue uno de los factores de la intervención del Estado, no solo para proteger a esos grupos de trabajadores, sino también para canalizar un conflicto que podía suponer poner en peligro el orden social establecido. Al respecto, véase García Perrote, Ignacio y Gregorio Tudela Cambroner. «El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica» En *Revista de Trabajo* número 92, pp. 17 y ss.

²⁴ Un análisis de la evolución de la normativa internacional del trabajo sobre la materia y su contraste con nuestro ordenamiento nacional puede verse en Neves Mujica, Javier (2001). «El trabajo infantil en las acciones de interés público» En *Ius et veritas*, n° 23, noviembre, pp. 224-236.

²⁵ Estas definiciones las encontramos en el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

En concordancia con los convenios N° 10, 58, 59, 112 y, fundamentalmente, 138 de la OIT, el artículo 54 del Código de los Niños y Adolescentes fija en quince años la edad mínima para las actividades agrícolas no industriales, en dieciséis años para las labores industriales, comerciales y mineras, y en diecisiete para las labores de pesca industrial. Para el resto de modalidades de trabajo, tanto dependiente como independiente, se fija la edad mínima de catorce años. De manera excepcional, y siempre que se respeten los requisitos antes señalados relativos a la preservación de la salud, desarrollo y educación del menor, se permite el trabajo desde los doce años.

Nuestro país ha ratificado el Convenio N° 138 de la OIT sobre edad mínima de admisión al empleo²⁶. Este convenio, adoptado por Conferencia General de la OIT en 1973, supuso un tratamiento diferente del que hasta esa fecha se daba al tema que venimos analizando.

En primer lugar, supone para el Estado miembro que lo ratifique la obligación de seguir una política nacional que, de un lado, asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y, de otro, eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo hasta que se haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores (artículo 1)²⁷.

En segundo lugar, a diferencia de la práctica anterior de la OIT, de establecer diferentes edades mínimas en función de actividades económicas específicas, este Convenio no fija una edad mínima para cada actividad económica, sino una edad mínima única para todas las actividades económicas. Según el artículo 2, numeral 3 del Convenio en cuestión, la edad mínima no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años. No obstante, el numeral 4 del propio artículo 2, señala que los países cuyas economías y sistemas educativos no se encuentren suficientemente desarrolladas, podrán establecer, previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores, una edad mínima de admisión al empleo de catorce años.

Nuestro país, amparándose en la falta de desarrollo económico y educacional, se acogió finalmente a la posibilidad prevista en el Convenio, ha establecido, como se ha visto, la edad mínima de admisión al empleo en catorce años y, excepcionalmente, en doce. Si bien en otros extremos resulta compatible o ha habido una adecuación del Código del Niño y del Adolescente con el Convenio N° 138, no ocurre lo mismo con la edad mínima excepcional para el trabajo, fijada en doce años por nuestro ordenamiento interno.

²⁶ Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 27453 del 11 de mayo de 2001.

²⁷ Bajo este mandato, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha adoptado un Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (2002-2010) que se viene implementando progresivamente.

En efecto, el Convenio permite rebajar la edad mínima (que como regla es quince y, excepcionalmente, puede reducirse a catorce) a trece años para trabajos ligeros, siempre que la actividad a realizar no sea susceptible de perjudicar la salud del menor o su desarrollo y que no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su formación escolar (artículo 7, numeral 1). Nuestra legislación acoge los requisitos antes señalados para hacer viable el trabajo a partir de los doce años, pero omite la referencia a los trabajos ligeros. Esta es una omisión grave del Código, que tendría como consecuencia que la edad mínima para el trabajo no pueda ser inferior a los catorce años de edad, que ya de por sí resulta excepcional.

El Convenio N° 138 establece, igualmente, que la legislación nacional podrá aumentar la edad mínima a dieciocho años para todo tipo de trabajo que pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o moralidad del menor (artículo 3). En este aspecto existe armonía entre el ordenamiento interno y la normativa internacional, y en consonancia además con el Convenio N° 182 de la OIT —al que se hace referencia más adelante—, el artículo 58 del Código de los Niños y Adolescentes que prohíbe el trabajo de menores en: actividades en subsuelo; labores que conlleven la manipulación de pesos excesivos o sustancias tóxicas; y actividades en las que su seguridad o las de otras personas esté bajo su responsabilidad. Asimismo, se señala que la autoridad competente —actualmente el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social—, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y en consulta con los gremios laborales y empresariales, establecerá periódicamente una relación de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para la salud física o moral de los adolescentes, en los que no podrá ocuparseles.

En síntesis, el Código de los Niños y Adolescentes requiere adecuarse o aplicarse en armonía con las pautas establecidas por el Convenio N° 138 de la OIT, en particular, en lo que respecta a las edades mínimas establecidas para la admisión al empleo. En aquello que no resulten incompatibles dichas normas será de aplicación lo dispuesto en la normativa interna.

Cabe mencionar que el trabajador adolescente tiene derecho a una jornada reducida de trabajo que no excederá de 4 horas diarias ni de 24 horas semanales, para los adolescentes entre los 12 y 14 años, ni de 6 horas diarias o de 36 horas semanales para los adolescentes entre 15 y 17 años (artículo 59) y que está impedido de realizar trabajo nocturno, entendiéndose como tal el que se presta entre las 7 p.m. y las 7 a.m. (artículo 60).

Finalmente, hay que señalar que los empleadores están obligados a concederles a los trabajadores adolescentes las facilidades que hagan compatible su trabajo con la asistencia a la escuela (artículo 64).

El Perú ha ratificado también el Convenio N° 182 de la OIT²⁸, que junto al Convenio N° 138 antes citado, sustentan uno de los cuatro derechos laborales fundamentales recogidos en la Declaración de la OIT de 1998, relativo precisamente a la eliminación del trabajo infantil²⁹.

En efecto, la incorporación a nuestro ordenamiento interno del Convenio N° 182 de la OIT supone para nuestro país el compromiso inmediato haber asumido el compromiso de adoptar las medidas necesarias para combatir y erradicar las peores formas de trabajo infantil señaladas en dicho instrumento: todas las formas de esclavitud o las formas análogas de esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización, reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales; y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se presta, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños³⁰.

El Convenio N° 182 se complementa con la Recomendación N° 190 de la OIT, la misma que establece la realización de acciones conjuntas, como el establecimiento de programas de acción, la determinación de los trabajos riesgosos o la necesidad de recopilar y mantener actualizados datos estadísticos, así como información detallada sobre la naturaleza del trabajo infantil.

6.6 EL TRABAJADOR DISCAPACITADO

La Constitución es clara en establecer un régimen de protección al trabajador discapacitado. En efecto, el artículo 7° de la Constitución señala que «La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y

²⁸ Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 27543 del 11 de octubre de 2001.

²⁹ Conviene precisar que el compromiso de respetar y promover la vigencia efectiva de los derechos fundamentales laborales y de los (ocho) convenios internacionales de trabajo que los regulan, se deriva de la sola pertenencia de un Estado a la OIT, independientemente de que haya ratificado o no dichos convenios. En el caso peruano, más que un compromiso existe una obligación, desde que todos los convenios pertinentes han sido incorporados en nuestro ordenamiento interno.

³⁰ Una reseña interesante del panorama actual del trabajo infantil en nuestro país y su relación con los factores sociológicos y económicos que lo determinan, puede verse en Quiñones Infante, Sergio (2009). «El trabajo infantil en el Perú: Alcances principales» En *Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*, Lima: Ara Editores.

seguridad». Por su parte, y como ya se ha adelantado, el artículo 23 del propio texto constitucional resulta más específico al ofrecer una atención prioritaria del Estado al impedido que trabaja.

En el plano constitucional hay que incluir, necesariamente, el artículo 2, inciso 2 que proclama la igualdad ante la ley y la no discriminación «por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole». Este precepto, que no contiene un listado cerrado de los supuestos vedados de discriminación³¹, opera como una cláusula de cierre que le da una dimensión mayor e integral a la regulación constitucional del empleo de las personas con discapacidad, evolucionando así de una visión meramente asistencialista a un enfoque antidiscriminatorio del problema³².

Dichos preceptos hay que complementarlos con lo establecido en el ordenamiento internacional, del cual el Perú es parte. Concretamente, y dentro del ámbito laboral, los instrumentos internacionales que interesa resaltar son los convenios 111 (con carácter general) y 159 (específicamente) de la OIT³³.

El Convenio N° 111 de la OIT (1960), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, es importante por la amplitud de las motivaciones que considera discriminatorias —y por ende vedadas— y por el concepto que maneja de los términos «empleo» y «ocupación». En el primer caso, la discriminación no se circunscribe a un listado cerrado, sino que alcanza a «cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o ocupación» (artículo 1.1.b). En efecto, a los motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social (artículo 1.1.a), se suman los de cualquier otra índole, para utilizar un término recogido

³¹ En relación a un precepto similar de la Constitución española (artículo 14), es gráfica la posición adoptada por el Tribunal Constitucional español, el mismo que haciendo referencia a los supuestos de discriminación prohibidos por dicho precepto, ha establecido que: «No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciados en el artículo 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensible repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de aquellos sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas».

³² Una breve síntesis de esta evolución, fundamentalmente en el concierto europeo, puede verse en Rodríguez-Piñero, Miguel. «El empleo de las personas con minusvalía» En *Relaciones Laborales* N° 3, 1999. pp. 1 y ss.

³³ Cabe mencionar, aunque no sea una norma de carácter laboral, la reciente aprobación por nuestro país de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación de las personas con discapacidad (Resolución Legislativa N° 27484 del 11 de junio de 2001).

en nuestra propia Constitución, que tengan por objeto discriminar en materia de empleo u ocupación. Por tanto, en esta especie de cláusula abierta, podemos incluir perfectamente a la discapacidad física. En segundo lugar, el convenio en cuestión es también importante porque entiende que los términos «empleo» y «ocupación» incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo como las condiciones de trabajo. En ese sentido, es posible interpretar que el ámbito de protección de la normativa internacional opera no solo contra las prácticas discriminatorias que se realicen en el momento de acceder a un puesto de trabajo, sino también durante el desarrollo de la actividad laboral.

Pero es el Convenio N° 159 de la OIT (1983), sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas³⁴, el que resulta fundamental por su especificidad en la protección del trabajador discapacitado. Son diversos los preceptos del citado instrumento internacional que merecen ser mencionados. Empezando por el preámbulo, que pone el énfasis en la «plena participación» de las personas discapacitadas en la vida social, así como en el «trato igualitario» que debe dispensarse a aquellas con relación al resto de personas.

El artículo 1 se refiere a la posibilidad que deben tener las personas discapacitadas de «obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo», de cara a su integración o reintegración en la sociedad.

Por su parte, el artículo 3 establece que la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas «estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo». Precisa el artículo 4 que dicha política «deberá basarse en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general», independientemente del sexo de dichas categorías de trabajadores. Asimismo, se señala que la adopción de medidas positivas encaminadas a lograr la igualdad entre trabajadores discapacitados y el resto de trabajadores, «no debe considerarse discriminatoria respecto de estos últimos».

Finalmente, merece destacarse del citado Convenio el artículo 7, el mismo que establece que «las autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo; siempre que sea posible y adecuado, se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias».

³⁴ El Convenio N° 159 se complementa con la Recomendación N° 168 de la OIT (1983), también sobre «Readaptación profesional y el empleo de personas inválidas».

Como se aprecia, este Convenio va más allá de lo establecido en el Convenio N° 111. Evitar la discriminación en el empleo por razón de la discapacidad física es importante, pero no es suficiente. Será necesario, por tanto, dar un paso adelante. De ahí que el Estado deba hacer un esfuerzo por generar las condiciones adecuadas para la readaptación profesional y promoción laboral del discapacitado, lo que pasa por la adopción de aquellas medidas que le procuren —al discapacitado— un empleo permanente³⁵ y que le permitan su desarrollo como persona y trabajador. Por eso es que el Tribunal Constitucional ha puntualizado que dichas medidas alcanzan al trabajador discapacitado también en la fase extintiva de la relación laboral. Con criterio acertado, este Tribunal ha señalado que «el despido por motivo de discapacidad va en contra de la especial protección que se debe brindar a quienes se encuentran en la situación de discapacidad, toda vez que se fundamenta en una condición personal»³⁶.

En el ámbito infraconstitucional, cabe mencionar la Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPD en lo sucesivo). Dicha norma pretende darle un tratamiento integral al problema de las personas discapacitadas, para lo cual se establecen un conjunto de medidas a su favor de carácter compensatorio —facilidades para la importación, créditos y beneficios tributarios para los centros de educación y capacitación—, así como destinadas a la atención de la salud, la educación, la rehabilitación, la seguridad social y la promoción del empleo de dichas personas.

Entre las medidas de carácter laboral es importante destacar que se enfatizan los principios de igualdad y no discriminación como ejes de una política laboral de inserción de las personas discapacitadas en el mercado de trabajo, lo que supone facilitar el acceso al empleo, pero también la conservación y progreso en el mismo. En ese sentido, se establece —como no podía ser de otra manera— que las personas discapacitadas gozan de todos los beneficios y derechos reconocidos en la legislación laboral para los trabajadores. Al mismo tiempo, se señala que nadie puede ser discriminado por razón de su discapacidad, decretándose la nulidad del acto motivado en dicha causa que afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones de empleo de las personas con discapacidad (artículo 31)³⁷.

³⁵ A no otra cosa alude el término «conservar» el empleo consagrado en el Convenio.

³⁶ STC del 4 de marzo de 2004, recaída en el expediente N° 217-2004-AA/TC.

³⁷ Entendemos que por esta vía se ha ampliado el elenco de supuestos de nulidad de despido contemplado en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Igualmente, por la misma vía dejarían de ser causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, el detrimento de la facultad física y mental o la ineptitud sobrevenida que sea determinante para el desempeño de sus labores y el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares (artículo 22, incisos a y b de la norma antes citada), en la medida que pretendan aplicarse a un trabajador que ha devenido en discapacitado. No debe olvidarse que, precisamente, la LGPD alcanza a las personas que tienen «una o más deficiencias evidenciadas con

De otro lado, se establece la obligación del Poder Ejecutivo, sus órganos desconcentrados y descentralizados, las instituciones constitucionalmente autónomas, las empresas del Estado, los gobiernos regionales y las municipalidades a contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al 3% de la totalidad de su personal (artículo 33).

Se mantiene también la bonificación especial en los concursos para la contratación de personal en el sector público, equivalente al 15% del puntaje final obtenido, para aquellas personas con discapacidad que, cumpliendo los requisitos para el cargo, hayan obtenido calificación aprobatoria en el examen correspondiente (artículo 36)³⁸. A partir de la interpretación del Tribunal Constitucional establecida en la sentencia del 1 de setiembre de 1997 (expediente N° 337-97-AA/TA), dicha bonificación debiera aplicarse también a los exámenes o evaluaciones a los que se somete permanentemente a dicho personal durante la vigencia de la relación de trabajo.

Asimismo, es importante señalar que la ley en cuestión establece un conjunto de medidas de carácter tributario y financiero como mecanismo de fomento del empleo. En el primer caso, las entidades públicas y privadas que contraten personas discapacitadas, obtendrán una deducción de la renta bruta sobre las remuneraciones que paguen a dichas personas, en un porcentaje adicional que será fijado por el Ministerio de Economía y Finanzas (artículo 35)³⁹. En el segundo caso, el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas apoyan el otorgamiento de créditos o financiamiento a las micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad (artículo 36).

Finalmente, cabe resaltar también que en la lógica de fomentar la inserción de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, la Ley de Modalidades

la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes consideradas normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente en la sociedad» (artículo 2). En cualquier caso, consideramos que el empleador deberá hacer todo lo posible para reubicar al trabajador discapacitado dentro de la empresa en un puesto acorde con sus nuevas aptitudes. Solo de no ser posible o si la discapacidad es de tal entidad que impide al trabajador el desempeño de cualquier actividad, procedería la extinción del contrato de trabajo.

³⁸ Esta bonificación fue introducida por el decreto supremo 001-89-SA, reglamento de la Ley 23285, relativa al trabajo para personas con limitaciones físicas, sensoriales e intelectuales, y equivalía a quince puntos sobre cien, los mismos que se otorgaban independientemente de que el postulante hubiese obtenido una nota aprobatoria.

³⁹ Esta deducción especial (adicional), que no podrá exceder de veinticuatro remuneraciones mínimas vitales por cada trabajador con discapacidad, ha sido introducida en el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, mediante el Decreto Legislativo N° 949. Según el decreto supremo 102-2004-EF, regirá a partir del 1 de enero de 2005, tanto para los discapacitados que se encuentren trabajando en esa fecha como para los que sean contratados a partir de la vigencia de la norma.

Formativas Laborales, Ley 28518, permite ampliar el porcentaje limitativo del número de jóvenes en formación laboral juvenil del 10% al 20% del total de personal de la empresa, siempre y cuando este último porcentaje comprenda exclusivamente a jóvenes discapacitados o a jóvenes mujeres con responsabilidades familiares (artículo 17 de la ley).

6.7 SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

- STC de fecha 12 de agosto de 2005 recaída en el expediente N° 008-2005-AI/TC, que hace una definición de los principios laborales acorde con la doctrina.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 1 de setiembre de 1997 recaída en el expediente N° 337-97-AA/TC, que se refiere a la bonificación de puntaje que se otorga en concursos públicos al impedido que trabaja.
- STC de fecha 8 de mayo de 2009 recaída en el expediente N° 2769-2007-Á/TC, donde se hace referencia a la especial protección de la madre trabajadora por el Estado.
- STC de fecha 9 de julio de 1999, recaída en el expediente N° 324-99-AA/TC, sobre el despido del incapaz y la vulneración a la especial protección al impedido físico.
- STC de fecha 7 de noviembre de 2007, recaída en el expediente N° 10777-2006-PA/TC, donde se define al principio protector.
- STC de fecha 4 de marzo de 2004, recaída en el expediente N° 217-2004-AA/TC, donde se analiza la irrazonabilidad de un despido de una persona discapacitada que contaba con un desempeño satisfactorio y bueno.
- Casación N° 315-2001-Huánuco-Pasco de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de fecha 12 de junio de 2001, donde se establece a la norma más favorable como expresión del principio protector.
- Casación N° 275-2005-Arequipa de la Primera Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de fecha 15 de diciembre de 2005, que se refiere a la protección de la madre trabajadora en estado de gestación frente al despido.
- Casación N° 2213-2006-La Libertad de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 18 de setiembre de 2007, sobre la protección de la madre trabajadora en estado de gestación frente al despido: no necesidad de comunicar estado de embarazo para configuración de despido nulo cuando este ya está muy avanzado. Publicada en el Diario *El Peruano* el 01 de abril de 2008.

6.8 BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Blancas Bustamante, Carlos (1982a). El trabajo y los derechos laborales en las constituciones actual y futura. *Asesoría Laboral*, n° 37, pp. 11-14.
- Blancas Bustamante, Carlos (1982b). La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo. *Derecho PUCP*, n° 36.
- Blancas Bustamante, Carlos (1994). El trabajo y los derechos laborales en las constituciones actual y futura. *Asesoría Laboral*, n° 37.
- Boza Pró, Guillermo (2004). Informalidad y relaciones laborales. En (autores varios). *Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- De Castro y Bravo, Federico (2004). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas.
- Ciudad Reynaud, Adolfo (2004). Los principios del derecho del trabajo y los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Daübler, Wolfgang (1977). *Diritto sindacale e cogestione nella Germania Federale*. Milán: Franco Angeli Editore.
- De la Villa, Luis; García Becedas, Gabriel y García-Perrote, Ignacio (1992). *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Ceura.
- Ferro Delgado, Víctor (1988). Los principios generales del Derecho y los principios particulares del Derecho Laboral. *Derecho PUCP*, n° 42.
- García Perrote, Ignacio y Tudela Cambronero, Gregorio (1988). El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica. *Revista de Trabajo*, n° 92, pp. 9-42.
- Herrera Vásquez, Ricardo (1991). El principio *indubio pro* operario en el sistema jurídico peruano. En *Derecho Laboral* (Materiales de Enseñanza). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gaete Berrios, Alfredo (1951). *Principios generales del derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- García Perrote, Ignacio y Tudela Cambronero, Gregorio (1988). El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica. *Revista de Trabajo*, n° 92, pp. 9-42.
- Martín Valverde, Antonio; Rodríguez-Sañudo, Fermín y García Murcia, Joaquín (2009). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Neves Mujica, Javier (1988). Fuentes y principios laborales en la Constitución. En (autores varios). *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco S. A.

- Neves Mujica, Javier (1993). Los principios del Derecho del Trabajo, en la Constitución y en el proyecto. *Asesoría Laboral*, n° 31.
- Neves Mujica, Javier (2001). El trabajo infantil en las acciones de interés público. *Ius et veritas*, n° 23, noviembre, pp. 224-236.
- Neves Mujica, Javier (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Plá Rodríguez, Américo (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Quiñones Infante, Sergio (2009). El trabajo infantil en el Perú: Alcances principales. En *Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*. Lima: Ara Editores.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (1999). El empleo de las personas con minusvalía. *Relaciones Laborales*, n° 3, pp. 3-23.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo (2005). Mecanismos legales de lucha contra la discriminación de la mujer en el Trabajo: Una revisión crítica. *Derecho y Sociedad*, año XVI, n° 24, pp. 271-276.
- Segura, Julio; Duran, Federico; Tomaria, Luis y Bentotlila, Samuel (1991). *Análisis de la contratación temporal en España*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

CAPÍTULO 7

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO (II)

Igualdad en las relaciones laborales, irrenunciabilidad de derechos *e indubio pro operario*

SUMARIO: 7.1. Los principios de igualdad y no discriminación. 7.1.1. Principio de igualdad en las relaciones laborales. 7.1.2. Principio de no discriminación. 7.1.2.1. Concepto. 7.1.2.2. No discriminación en las relaciones laborales. 7.1.2.3. Tipos de discriminación, igualdad de derecho público. 7.1.3. La igualdad (sustancial) de oportunidades.- 7.2. El principio de irrenunciabilidad de derechos. 7.2.1. Delimitación conceptual del principio y efectos del acto de renuncia. 7.2.2. Ámbito material. 7.2.3. Ámbito subjetivo. 7.2.4. Ámbito temporal.- 7.3. El principio *indubio pro operario*. 7.3.1. El *indubio pro operario* y los métodos tradicionales de interpretación. 7.3.2. Ámbitos objetivo y subjetivo del *indubio pro operario*.- 7.4. Selección de jurisprudencia.- 7.5. Bibliografía citada.

RESEÑA: en este capítulo corresponde el análisis de tres principios: el de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales; el de irrenunciabilidad de derechos; y el *indubio pro operario*. En relación al primero, se iniciará el debate presentando la diferencia entre el concepto de igualdad y el de no discriminación y, posteriormente, se desarrollarán por separado las diversas manifestaciones de cada uno, poniendo especial énfasis en su aplicación a las relaciones laborales (acceso, desarrollo, extinción). Con relación a al principio de irrenunciabilidad, se explica el concepto del mismo, las consecuencias jurídicas del acto de renuncia y los diversos límites establecidos sobre su ámbito de aplicación. Finalmente, en lo que toca al *indubio pro operario* nos detendremos en el concepto de dicho principio, su relación con los demás métodos de interpretación (establecidos en la Teoría General del Derecho) y, por último, fijaremos su ámbito de aplicación.

OBJETIVOS: al final del capítulo, el alumno deberá ser capaz de reconocer a los sujetos susceptibles de padecer actos de discriminación en el trabajo; de diferenciar entre una renuncia y una disposición de derechos; y, de identificar el ámbito de aplicación del principio *in dubio pro operario*.

PALABRAS CLAVE: principio de igualdad; mandato de no discriminación, igualdad sustancial de oportunidades; renuncia de derechos laborales; duda razonable en el sentido de una norma.

7.1 LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

7.1.1 Principio de igualdad en las relaciones laborales

Doctrinariamente se asocia el término «igualdad» a una previa verificación fáctica. En efecto, el análisis de igualdad exige comparar a los individuos —no jurídicamente sino en los hechos— y determinar si su situación es semejante o no. Así, se entiende que debe darse el trato correspondiente a cada individuo según la comparación efectuada: si dos personas son objetivamente iguales, el principio de igualdad exigirá un trato igualitario para ambas; por el contrario, si esas personas son en los hechos desiguales, el mismo principio demandará un trato desigual para ellas. Para decirlo en otros términos, el trato que se dé a las personas no puede ser desigual para los iguales ni igual para los desiguales.

Como se aprecia, esta situación no niega la posibilidad de diferenciar en el tratamiento que se dispense a dos o más personas, pero para que ello sea procedente, se requiere que los individuos sean desiguales. Por la forma en que está estructurado este principio, solo se podrá diferenciar entre las personas siempre que haya una causa objetiva y razonable que lo justifique.

Ahora bien, según el carácter público o privado del sujeto obligado a procurar un trato igualitario, se distinguen dos sub-principios: el de igualdad ante la ley y el de igualdad de trato, respectivamente. El primero vincula al Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial. El segundo vincula a los sujetos privados en sus diversas actuaciones, pudiendo ser, incluso, el Estado si es que actúa como un particular. En materia laboral este último sub-principio incluye las decisiones unilaterales del empleador, como por ejemplo, no contratar, no promover o sancionar a un trabajador del sindicato; de las organizaciones sindicales, como no admitir la afiliación, impedir la participación o expulsar a un trabajador; o de la autonomía colectiva, como excluir de los alcances de un convenio colectivo o conferir ventajas mayores a unos trabajadores en desmedro de otros.

7.1.2 Principio de no discriminación

7.1.2.1 Concepto

A diferencia del principio anterior, el principio de no discriminación en las relaciones laborales no prohíbe las diferenciaciones arbitrarias en general —cubiertas por el principio de igualdad—, sino solo aquellas que tengan por motivo determinante ciertas razones especialmente proscritas por el ordenamiento. Efectivamente, el mandato de no discriminación busca evitar el trato social desventajoso que históricamente se le brinda a ciertos grupos que comparten ciertas características en

común: raza, sexo, idioma, nacionalidad, religión, etcétera¹. Por tal motivo, según la construcción normativa de dicho principio en el numeral 2 del artículo 2 de nuestra Constitución —que contiene un listado amplio y abierto—, toda persona tiene derecho: «A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

Del mismo modo se pronuncia en el ámbito laboral el Convenio N° 111 de la OIT —ratificado por nuestro país—, relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación. Este convenio tiene un alcance general puesto que prohíbe distinciones, exclusiones o preferencias fundadas «en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social» cuya finalidad sea «anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación» (artículo 1.1.a). Asimismo, se establece que «los términos ‘empleo’ y ‘ocupación’ incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo» (artículo 1.3).

Como se puede apreciar, discriminar implica adoptar una decisión en base a los motivos específicamente prohibidos. En ese sentido, es evidente que solo están vedadas aquellas decisiones que tengan por fundamento un motivo tipificado como discriminatorio. La razón de ello, antes que jurídica, es sociológica e histórica: evitar que subsistan diferencias negativas en contra de grupos socialmente desfavorecidos.

Ahora bien, es cierto que los motivos prohibidos aluden a rasgos o características que históricamente identifican a un colectivo que los coloca en una posición de desventaja y marginación. Sin embargo, con la introducción de la frase «o de cualquier otra índole», el mandato de no discriminación adquiere un sentido progresivo. En este orden de ideas, no solo están proscritos los motivos históricamente discriminatorios sino también aquellos que vayan apareciendo con el devenir del tiempo. En consecuencia, en adición a los supuestos antes señalados, también estará prohibido

¹ Según Valdés (2008: 2-3), en un primer momento, «la interdicción de discriminación se concibe como una simple concreción del principio de igualdad ante la ley, que se manifiesta no de manera autónoma sino en conexión con otros derechos fundamentales, cuyo ejercicio tiende a facilitar». Así, en un primer momento, la calificación de una conducta como discriminatoria «requiere de la concurrencia de simultánea de dos requisitos: una diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y una falta de justificación objetiva y razonable de esa diferencia». Agrega el citado autor que dicha «noción formal de la prohibición de discriminación será progresivamente sustituida y reemplazada por otra de carácter sustantiva». Y concluye que, en esta segunda fase, la discriminación «evoca [...] una situación de marginación social de ciertos colectivos de personas físicas (seres humanos) y, por lo tanto, la proscripción de discriminación instrumenta en el plano jurídico la vía de supresión de las malformaciones que se han ido creando en la sociedad».

adoptar decisiones fundamentadas en rasgos o características que, en la actualidad, identifican a un colectivo que coloca a sus miembros en una posición de desventaja, como por ejemplo, la militancia sindical o política, la edad, la discapacidad², la inclinación sexual, entre otros.

La discriminación así entendida, «asume un sentido netamente peyorativo en atención a una doble circunstancia. De un lado, por el carácter ‘odioso’ del propio criterio de diferenciación, basado en características biológicas (sexo, raza o edad) o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad; de otro, por cuanto la distinción genera en los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja por ellos no deseada» (Valdés 2008: 3).

7.1.2.2 La no discriminación en las relaciones laborales

Es en el ámbito de las relaciones laborales —tanto en el plano individual como colectivo— donde el principio de no discriminación puede alcanzar un papel significativo. En este ámbito se encuentran prohibidos los actos discriminatorios provenientes de la autonomía privada, sean normativos o no normativos, provengan tanto de la autonomía colectiva como de la individual. Es decir, la discriminación podría originarse en un convenio colectivo, en el reglamento interno de trabajo o en el contrato de trabajo celebrado entre las partes, pero podría provenir también de una decisión unilateral del empleador o inclusive de la organización sindical respecto de sus afiliados o posibles postulantes³. No obstante, entendemos que es la relación de trabajo (empleador-trabajador) el escenario más proclive para los casos de discriminación, motivo por el cual nos centraremos en este supuesto.

El empleador —público o privado— está impedido de adoptar medidas que afecten el empleo de los trabajadores en base a motivos expresamente prohibidos por el ordenamiento jurídico. Se trata de un mandato de no discriminación que opera en las diversas fases de la relación laboral: en el acceso al empleo; durante la vigencia de la relación; y al momento de su extinción.

En materia de acceso al empleo existe tan solo una formulación genérica que prohíbe la discriminación en el empleo y que está recogida, como se ha visto, en el Convenio N° 111 de la OIT. Sin embargo, existen algunas regulaciones más específicas respecto de ciertos colectivos de trabajadores, como, por ejemplo, el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que consagra el derecho de la mujer «a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a

² Este motivo se encuentra expresamente prohibido en el Convenio N° 159 de la OIT, debidamente ratificado por nuestro país en junio de 1986 y en la Ley sobre Acceso al Empleo.

³ En igual sentido se pronuncia Neves (2009: 135).

la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo» (artículo 11.1.b). Algo similar ocurre con el Convenio N° 159 de la OIT, sobre la Readaptación profesional y el empleo de personas inválidas que postula la adopción de medidas para que esta categoría de trabajadores puedan lograr un puesto de trabajo (artículo 7). En concordancia con esta norma es que la Ley General de la Persona con Discapacidad ha establecido, en el ámbito del sector público (cuando el Estado actúa como empleador), el otorgamiento de una bonificación especial a las personas discapacitadas que se presenten a un concurso público para acceder a un puesto de trabajo.

Las normas internacionales que se acaban de citar también contienen algunas pautas que buscan evitar la discriminación de las categorías protegidas durante la vigencia de la relación de trabajo. De lo que se trata es que los trabajadores puedan progresar en el empleo, sin que sean discriminados al momento de la promoción o ascensos. En general, los actos del empleador que supongan una discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma, se catalogan como actos de hostilidad por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (artículo 30), facultando al trabajador afectado a incoar las acciones correspondientes a fin de que cesen dichos actos, primero al interior de la empresa y posteriormente en sede judicial, pudiendo incluso el trabajador darse por despedido y reclamar la respectiva indemnización por despido arbitrario.

Finalmente, la propia Ley de Productividad y Competitividad Laboral (artículo 29º) y una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, establecen un listado de despidos vedados, motivados en su carácter discriminatorio (por motivos sindicales, de raza, sexo, etcétera). La sanción es la nulidad del despido y la tutela reparadora establecida frente a la medida empresarial es la restitución del trabajador en su puesto de trabajo.

7.1.2.3 Tipos de discriminación

Teóricamente, los actos discriminatorios pueden ser formulados en forma directa y en forma indirecta. A su vez, la primera puede ser realizada con respecto a una persona (discriminación directa individual) o a un grupo de ellas (discriminación directa sistemática).

La discriminación directa individual supone prodigar un tratamiento diferenciado y desfavorable a una persona en razón de un motivo prohibido. En este supuesto, el elemento causal es absolutamente relevante: la causa de la diferenciación debe ser el motivo prohibido; es decir, existe la intención de querer diferenciar en razón del motivo prohibido. Cabe hacer una pequeña disquisición entre intención y motivación. La primera, implica el deseo de querer diferenciar en razón de un motivo discriminatorio, como por ejemplo, no querer contratar mujeres para manejar

camiones; mientras que la segunda, alude a los fundamentos internos que motivan dicha decisión, en el mismo ejemplo, no contratar mujeres para manejar camiones por considerar que son más débiles y distraídas que los hombres. Esta distinción es importante, ya que solo será relevante, para efectos del análisis de la discriminación, demostrar que se tuvo la intención de hacerlo. En otras palabras, solo se debe demostrar que el empleador adoptó una decisión vinculada al trabajador o trabajadora en base a un supuesto prohibido, por tanto, la motivación no será relevante, a menos que pueda justificar el trato diferenciado.

La discriminación directa sistemática comparte los mismos elementos de la primera, solo que en este caso el trato discriminatorio constituye una práctica que afecta a un número considerable de los miembros de una categoría protegida. En este supuesto, se llega a demostrar la intención de discriminar por medio de presunciones sustentadas en estadísticas que reflejan un claro desbalance entre la composición de la fuerza laboral del empleador, por ejemplo, del 100% de empleados solo el 15% son negros, así como la composición del mercado de trabajo relevante⁴, por ejemplo, el mercado de trabajo para ese puesto está compuesto en un 60% por negros. La presunción se basa en las probabilidades: es poco probable que la fuerza de trabajo no refleje, en cierta forma, la composición del mercado laboral relevante, por ejemplo, sería tolerable una fuerza de trabajo conformada en un 53% por blancos y en un 47% por negros. Si ocurre todo lo contrario, se presume que consciente y deliberadamente el empleador utiliza el motivo prohibido como criterio de selección; hay una desproporción tan grande que no puede ser casual. En definitiva, la discriminación directa sistemática antes de ser un sub tipo de la discriminación directa, es una forma de probar la discriminación por inferencia en caso de no poder probarla individualmente; se demuestra la discriminación por la pertenencia a un grupo desfavorecido.

Ahora bien, en caso de comprobarse la existencia *prima facie* de un supuesto de discriminación directa —individual o sistemática—, el empleador tiene la posibilidad de justificarla alegando la existencia de una Calificación Ocupacional de Buena Fe (en la jurisprudencia norteamericana se le denomina: BFOQ). Para que proceda la justificación es necesario demostrar:

⁴ Se entiende por mercado de trabajo relevante a todas aquellas personas potencialmente interesadas y probablemente calificadas para un determinado puesto de trabajo. Mientras que las calificaciones aluden a la capacidad respecto de un específico trabajo y no en general, como un carpintero que tenga un posgrado en Derecho no implica que tenga mayor habilidad que un carpintero analfabeto, ya que la habilidad se mide con respecto al trabajo que se realiza, como por ejemplo, construir muebles; el factor interés, por su parte, alude a todas aquellas personas posiblemente interesadas en el empleo, debe tomarse en cuenta, por ejemplo, la locación geográfica, los medios de transporte disponibles, etcétera.

- que las labores excluidas para un determinado grupo protegido son esenciales para la marcha del negocio;
- que todos o sustancialmente todos los miembros de la clase protegida no podrían desarrollar las labores excluidas con seguridad y eficiencia;
- que la exclusión debe ser razonablemente necesaria para la marcha del negocio (no debe haber otra alternativa razonable menos perjudicial para la clase protegida); y,
- nunca pueden justificar una BFOQ las preferencias de los clientes o de los compañeros de trabajo —los clientes prefieren blancos como meseros en lugar de negros o los compañeros de trabajo no aceptan una mujer porque trae mala suerte—, los costos en que se incurriría de aceptarse a los miembros de la clase protegida —habilitar rampas de acceso para trabajadores discapacitados— o preocupaciones generales por el bienestar de los miembros de la clase protegida —las mujeres podrían sufrir una violación sexual si trabajan en una penitenciaria—.

Si el empleador logra demostrar dichos requisitos, entonces habría un supuesto discriminatorio justificado, como por ejemplo, las mujeres están descalificadas para trabajar en el baño de hombres de un sauna.

Finalmente, la discriminación indirecta, conocida también como impacto adverso⁵, implica que el empleador utiliza un criterio de selección formalmente neutro, en la medida que no es discriminatorio, que al aplicarlo por igual a todos los postulantes genera un efecto desproporcionado mucho mayor en grupo protegido con respecto a otro, el mismo que no encuentra justificación en las necesidades del negocio. En este caso, solo deben demostrarse los resultados adversos en un determinado grupo protegido; no interesa demostrar la motivación discriminatoria ya que, incluso, podría no existir. La explicación en la que se sustenta este supuesto es sencilla: si un criterio de selección formalmente neutro —como la talla, peso, experiencia, educación, etcétera—, en su aplicación excluye a más personas de un grupo protegido que de otro en el mercado de trabajo relevante, se considera que la pertenencia a ese grupo protegido es la causa de la disparidad; es decir, por sus efectos negativos el criterio de selección está asociado a un grupo protegido, porque lo perjudica más que a otro grupo.

Para saber si hubo impacto adverso, es necesario medir el impacto en un grupo protegido, por ejemplo, cuál es el impacto en las mujeres al exigir como criterio de

⁵ Sobre este concepto puede profundizarse en Valdés (2008: 10 y ss.) y sobre todo en Balta (1996: 123-124).

selección, medir 1.80 metros y pesar 80 kilogramos⁶. Se entenderá que hubo impacto adverso, si luego de efectuada la medición se descubre que el criterio de selección generó una desproporción significativa en el grupo protegido, ya que solo el 5% de las posibles postulantes mujeres podría aprobar los requisitos de talla y peso exigidos, frente a un 60% de hombres que los cumplirían⁷.

Igual que en el caso de la discriminación directa, en la discriminación indirecta también puede alegarse que el impacto adverso está justificado porque el criterio de selección responde a las necesidades del negocio. Aquí se exige que dicho criterio de selección sea esencial para lograr los objetivos del negocio. En otras palabras, el criterio de selección utilizado es el único medio mediante el cual se pueden conseguir los objetivos del negocio. En este caso, es sumamente importante que, de un lado, el criterio de selección se vincule al puesto de trabajo ofrecido y, del otro, que pueda predecir el éxito del trabajador en un puesto, es decir, debe medir la aptitud para desempeñar un trabajo específico.

7.1.3 La igualdad (sustancial) de oportunidades

El carácter no igualitario de una sociedad como la nuestra requiere de una decidida intervención de los poderes públicos de cara a establecer los mecanismos que garanticen una igualdad de carácter sustancial entre todos los ciudadanos, eliminando aquellos obstáculos que la impidan o dificulten. En la actual Constitución es posible identificar algunas pautas que, trascendiendo de la igualdad meramente formal, apuntan en esa dirección. Así, a partir de la concepción del Perú como un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43°), que tiene entre sus deberes primordiales «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos» (la igualdad entre ellos) y la promoción del bienestar general, fundamentado «en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación», los poderes públicos deben asumir el compromiso de promover las condiciones que resulten necesarias para el progreso social y económico del país y de todos sus ciudadanos (artículo 23).

Se trata de que el Estado adopte las acciones —afirmativas, de ser el caso— que permitan corregir las inequidades que afrontan grandes sectores de la población: conseguir, dentro de un orden social más justo y equilibrado, basado en el respeto de

⁶ Existen dos criterios para determinar el universo de personas donde se debe realizar la medición: *Applicant flow*, que sostiene que deben tomarse únicamente los postulantes reales al puesto en cuestión, y *Applicant pool*, que señala que debe considerarse a todas las personas interesadas y calificadas para el puesto, hayan o no postulado.

⁷ La jurisprudencia norteamericana utiliza la regla de los 4/5. Si el porcentaje de selección de un grupo es menor a los 4/5 (80%) del porcentaje de selección del grupo con más alto porcentaje de aceptación, se considera que hay impacto adverso.

la dignidad de la persona, «el establecimiento de un sistema enderezado a favorecer y promover una igualdad de oportunidades», garantizando «un desarrollo sostenido de carácter igualitario» (Valdés 2008: 4). En definitiva, procurar una igualdad real o sustancial que permita que todos los ciudadanos puedan hacer efectivos los derechos que la Constitución les reconoce.

7.2 EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

7.2.1 Delimitación conceptual del principio y efectos del acto de renuncia

El principio de irrenunciabilidad de derechos tiene también sede constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. El inciso 2 del artículo 26 de la Carta Fundamental establece que este principio actúa respecto de los «derechos reconocidos por la Constitución y la ley». De un análisis comparativo con la Constitución de 1979, la fórmula constitucional actual resulta más escueta y menos precisa en diversos aspectos⁸ y, lamentablemente, la Nueva Ley Procesal del Trabajo no ha aportado nada al respecto.

El principio de irrenunciabilidad opera como un mecanismo de autodefensa normativa en apoyo del trabajador, que por su inferior posición contractual frente al empresario, podría terminar dejando de lado, aún contra su voluntad, derechos que le concede el ordenamiento jurídico. Desde antiguo, la doctrina española señala que, para que ocurra una renuncia de derechos, resulta indispensable la decisión de su titular de abandonarlos de forma irrevocable (De la Villa 1970: 8) y de hacerlo sin contraprestación alguna (Ojeda 1971: 190). En ese sentido, el no ejercicio de un derecho no implica una renuncia (tácita), únicamente supone la voluntad de su titular de no hacer uso de un derecho o facultad que el ordenamiento le confiere.

El fundamento del principio de irrenunciabilidad es doble, y así se recoge en la jurisprudencia constitucional: el espíritu protector que inspira al derecho del trabajo y el carácter imperativo de las normas que informan dicha disciplina. Al respecto, ha señalado el TC que «el criterio del Tribunal está orientado a la protección de los derechos del trabajador en tanto estos se sustentan en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, que constituyen los pilares básicos sobre los que se estructura la sociedad y el Estado»⁹. Dentro de esta perspectiva, «La Constitución protege [...] al trabajador, aún respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden,

⁸ El artículo 57 de la Constitución de 1979 señalaba que: «Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo».

⁹ STC del 20 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 3156-2004-AA/TC, fundamento 3.

evitando que, por desconocimiento o ignorancia —y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia— se perjudique»¹⁰. De otro lado, la calificación de orden público que merece gran parte de las normas laborales, impide que los derechos reconocidos en ellas sean desconocidos por la autonomía privada, contando para ello el propio ordenamiento jurídico con mecanismos de garantía interna que procuran lograr la plena eficacia de sus normas. En ese sentido, precisa el TC que, «de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno»¹¹, quedando incólume, por tanto, el derecho que se pretendió relegar en forma inválida.

La Constitución prohíbe la renuncia de derechos pero no se pronuncia respecto de otras figuras afines, como por ejemplo, la transacción o la venta de derechos. Debe tenerse en cuenta que si bien la renuncia implica una disposición de derechos, no constituye la única forma de hacerlo. La disposición es una figura de mayor amplitud que supone la transformación, modificación o extinción de derechos por parte de su titular (Prados 1980: 55). En cualquier caso, habrá que cuidar que las otras formas de disposición de derechos no encubran una verdadera renuncia o que impida al trabajador recurrir al ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Conforme a la sentencia de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 4679-2001-ERA(A), el juez debe velar por el cumplimiento del principio de irrenunciabilidad dentro del proceso laboral, y las transacciones extrajudiciales que celebren las partes para poner fin a la controversia judicial deben estar debidamente motivadas, estableciéndose con claridad los conceptos que comprende y la suma entregada al trabajador, que debe comprender los beneficios y los intereses legales que por ley le corresponde percibir. Por su parte, con relación a las transacciones administrativas, la Casación N° 419-2005-Loreto, ha establecido que:

[...] la conciliación administrativa arribada por las partes bajo el marco de los principios de irrenunciabilidad de derechos y de norma mínima no puede constituir un acto que por su naturaleza: a) impida al trabajador involucrado recurrir

¹⁰ STC del 17 de junio de 2003, recaída en el expediente N° 2906-2002-AA/TC, fundamento 6. En el mismo sentido, véase la sentencia recaída en la Casación N° 1507-2004-Lima. También la sentencia recaída en la Casación N° 476-2005-Lima. Esta última señala que «[...] el principio de irrenunciabilidad justamente prohíbe que los actos de disposición del trabajador como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas entiendo por tal, aquellas que ordenan y disponen sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral, dentro de tal ámbito, el trabajador no puede ‘despojarse’, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma y sanciona con la invalidez la trasgresión de esta pauta basilar. Así, la irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta a las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral».

¹¹ STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC (fundamento 24).

en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reclamando el pago de los reintegros y beneficios sociales de carácter constitucional y/o legal que formen parte de su objeto; y b) enerve las facultades del órgano jurisdiccional de emitir un pronunciamiento de mérito sobre tales derechos aunque tomando los pagos ya ejecutados como pagos a cuenta a fin de evitar un ejercicio abusivo del derecho.

Incluso en los casos de desistimiento —que, en el caso que se trate de la pretensión, tendría la calidad de cosa juzgada—, estos no operan automáticamente, pues requieren de aprobación judicial. Al respecto señala el artículo 46 de la LPT que: «[...] el desistimiento de la pretensión, del proceso o de algún acto procesal, se formula antes de que surtan efectos. Cuando el demandante la proponga debe motivar su pedido para obtener la aprobación del Juez, quien cuida que no vulnere el principio de irrenunciabilidad respecto de los derechos que tengan ese carácter»¹².

7.2.2 Ámbito material

El análisis del ámbito material u objetivo del principio de irrenunciabilidad plantea resolver algunas interrogantes a efectos de establecer cuándo estamos ante un acto de renuncia y, por tanto, inválido, y cuándo ante un simple acto de disposición y, en consecuencia, válido o permitido por nuestro ordenamiento: ¿qué tipo de derechos son irrenunciables?, ¿todos?, ¿interesa la fuente de donde provengan tales derechos? Como se aprecia, el ámbito material de este principio nos conduce necesariamente a la fuente portadora de los derechos reconocidos a los trabajadores (Constitución, ley, reglamento, convenio colectivo, contrato de trabajo), pero fundamentalmente a la naturaleza de dichas fuentes, a fin de determinar si estas son imperativas o indisponibles —normas de derecho necesario— o, por el contrario, si son plenamente disponibles —normas de derecho dispositivo—.

El principio de irrenunciabilidad suele moverse en el campo de las normas imperativas, concretamente de derecho necesario relativo, es decir, aquellas normas, por lo general de origen estatal y convencional, que establecen mínimos o pisos, por debajo de los cuales no puede actuar la autonomía individual. En esa medida, los derechos consagrados en este tipo de normas no resultan disponibles para el trabajador. En el caso de las normas de derecho dispositivo, que son fundamentalmente las de origen consuetudinario y contractual —incluso las de origen estatal o convencional, si se proclaman ellas mismas como dispositivas—, es válido el acto de disposición de los derechos que dichas normas regulan, no operando en estos casos el principio de irrenunciabilidad.

¹² Un estudio más detenido de esta figura procesal, puede verse en Butrón (2004: 164-168).

Ahora bien, el artículo 26 de la Constitución otorga carácter irrenunciable expresamente a los derechos establecidos por vía constitucional y legal, omitiendo toda referencia a otras fuentes como los tratados internacionales y los convenios colectivos, por lo que parecería que, respecto de estas fuentes como de cualquier otra, la disposición de los derechos contenidos en ellas serían válidas. No obstante, no consideramos correcta esta posible línea de interpretación.

En efecto, en lo que toca a los tratados internacionales, habría que decir que el contenido de aquellos que hayan sido ratificados por el Perú podrían completar el elenco de derechos constitucionales, conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Constitución. Dicho precepto establece que la enumeración de los derechos consagrados en el Tema I del Título I del texto constitucional no excluye a los demás que la Constitución garantiza «ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno». Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Constitución, y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos y libertades que la Constitución consagra se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, formando, por tanto, dichos instrumentos —con la Constitución misma— un bloque de constitucionalidad. Es en este orden de ideas, además, que los tratados de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional y el resto de tratados tienen rango legal, según el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución. Todas estas claves normativas permitirían sostener la indisponibilidad de los derechos consagrados a favor del trabajador en la norma internacional. Así lo entiende el TC —al menos para los instrumentos de derechos humanos—, que señala que «[...] es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [...]»¹³.

En el caso de los convenios colectivos existe una norma expresa que prohíbe a la autonomía individual contravenir lo establecido por aquellos. El artículo 43 de la LRCT, acorde con la fuerza vinculante que la Constitución (artículo 28º, inciso 2) y la propia LRCT (artículo 42º) atribuyen al convenio colectivo, señala que los contratos individuales de trabajo no podrán contener disposiciones contrarias a la norma convencional en perjuicio del trabajador, consagrando de esta manera el principio de inderogabilidad de los convenios colectivos. Estos resultan, por tanto, imperativos

¹³ STC del 20 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 24.

para la autonomía individual, y al amparo del principio de irrenunciabilidad, los actos de los trabajadores que supongan una disposición de los derechos consagrados a su favor en los convenios colectivos que les resulten aplicables, serían nulos.

En este tema, lamentablemente, la jurisprudencia constitucional resulta contradictoria. En efecto, en un primer momento el TC ha señalado que el principio de irrenunciabilidad no alcanza a los derechos «provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre»¹⁴; no obstante, en la misma sentencia el Tribunal reconoce la «relativa imperatividad (del convenio colectivo) frente a la autonomía individual, la que solo puede disponer su mejora pero no su disminución»¹⁵. Y en una oportunidad posterior, como reafirmando esta última postura, el TC ha destacado «La supraordinación del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo»¹⁶. A pesar de la ambivalente posición del TC¹⁷, parece clara la opción de prevalencia que se establece del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo, así como la posibilidad de este último de mejorar los estándares fijados por el convenio colectivo pero no de reducirlos.

7.2.3 Ámbito subjetivo

Tampoco existe claridad en nuestro ordenamiento respecto al ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad: ¿la prohibición de renuncia se circunscribe a la autonomía individual o alcanza también a la autonomía colectiva? En otras palabras, ¿el trabajador es el único impedido de renunciar a los derechos que le concede el ordenamiento o también lo está la organización sindical? El problema se centra, por tanto, en el campo de las relaciones colectivas de trabajo, porque, como se ha visto, son indisponibles para el trabajador individual los derechos regulados en normas estatales imperativas (Constitución y ley), tratados internacionales y convenios colectivos.

Con relación al sujeto colectivo (organización sindical) es preciso hacer algunas distinciones. Hay que distinguir, de un lado, si el titular del derecho que se pretende disponer es el propio sujeto colectivo o si se trata de un derecho reconocido al trabajador. De otro lado, será necesario precisar el origen del derecho, es decir, si proviene de una norma estatal, de una internacional, de un convenio colectivo o del contrato de trabajo.

Cuando estamos ante derechos cuyo titular es el trabajador y pretenden ser dejados de lado por la organización sindical, no resulta aplicable el principio de

¹⁴ STC del 20 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC (fundamento 24).

¹⁵ Fundamento 33.

¹⁶ STC del 17 de abril de 2006, recaída en el expediente N° 4635-2006-AA/TC (fundamento 39).

¹⁷ Una crítica de esta posición ambivalente del TC puede verse en Neves (2006: 338-339).

irrenunciabilidad, porque, recordemos, la renuncia supone la disposición del derecho por su titular, no por un tercero, Lo que no significa, necesariamente, que la decisión adoptada por el sujeto colectivo sea válida. Nos explicamos. Si el derecho dispuesto por la organización sindical le fue reconocido al trabajador por ley, el acto de disposición —convenio colectivo— sería inválido por no respetar el mínimo legal establecido. Si el derecho fue concedido al trabajador por convenio colectivo, entonces es perfectamente posible que un convenio colectivo posterior lo elimine. Estamos aquí ante una sucesión peyorativa de convenios colectivos, figura permitida por nuestro ordenamiento, y, por tanto, el acto de disposición sería válido. El trabajador no podría oponer, como se verá en el próximo tema, el principio de condición más beneficiosa, porque los derechos que se reconocen por convenio colectivo a los trabajadores individuales —cláusulas normativas— no se contractualizan. Finalmente, si el derecho fue obtenido mediante contrato de trabajo, la validez del acto de disposición del sujeto colectivo dependerá del interés que pretenda protegerse: si se prefiere el interés individual, expresado en el contrato de trabajo —sobre la base de que la negociación colectiva no puede eliminar la voluntad individual—, prevalecerá este sobre el convenio colectivo; por el contrario, si se prefiere el interés colectivo, plasmado en la norma convencional, entendiéndose que la voluntad general prima sobre la individual, esta se impondrá a la autonomía individual¹⁸.

Respecto a los derechos reconocidos a la organización sindical el único supuesto en el que operaría el principio de irrenunciabilidad sería en el caso de derechos que le sean reconocidos por norma estatal imperativa. En el caso de renuncia de derechos establecidos convencionalmente, la autonomía colectiva reconocida a la organización sindical desplegaría toda su eficacia, por lo que el acto de disposición sería perfectamente válido.

7.2.4 Ámbito temporal

Finalmente, en lo que toca al ámbito temporal del principio, entendemos que este opera en las distintas fases por las que atraviesa la relación laboral: antes, durante y después de la vigencia del contrato de trabajo¹⁹, como única forma de que la función protectora del principio sea eficaz. Por tanto, no están permitidas las renunciaciones de derechos (presentes y futuros) realizadas antes y después de celebrado el contrato de trabajo, inclusive las que se realicen una vez extinguido este respecto de derechos que se le pudieran estar adeudando al trabajador.

¹⁸ Confróntese con lo expuesto por Neves (2009: 132-133).

¹⁹ Al respecto puede verse en Gonzáles (2004: 137).

7.3 EL PRINCIPIO DE *INDUBIO PRO OPERARIO*

7.3.1 El *indubio pro operario* y los métodos tradicionales de interpretación

Una norma puede señalar algo distinto o complementario de lo que aparentemente dice. En consecuencia, una situación como esta exigirá la interpretación de la norma antes de su aplicación a un caso concreto. Para ello, cada ordenamiento suele establecer diversos métodos de interpretación jurídica: literal, lógico, histórico, sistemático, sociológico, etcétera, a fin de desentrañar el sentido correcto de la norma²⁰. Como se aprecia, la interpretación jurídica no es un problema exclusivo del derecho laboral, sin embargo, este añade a los llamados métodos tradicionales de interpretación, uno propio: el *indubio pro operario*. Se trata de un principio del derecho del trabajo que ha sido recogido expresamente en el artículo 26º, inciso 3 de la Constitución, en virtud del cual, en la relación laboral debe respetarse la «Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma».

En su terminología clásica este principio, de clara vertiente interpretativa, expresa que de los varios sentidos que pueda tener una norma debe preferirse aquel que resulte más conveniente para el trabajador. El problema radica, entonces, en cómo articular el *indubio pro operario* con los otros métodos de interpretación. Y la solución no se presenta fácil en un sistema jurídico como el nuestro, en el que —como anota Neves (2009: 149)— no existen reglas sobre la interpretación de las normas: cuáles son los criterios de interpretación y en qué orden se aplican, es algo, por tanto, que corresponderá al intérprete —el juez en definitiva— decidir en cada caso.

Al pretender corregir las imperfecciones de las que adolecía el principio de *indubio pro operario* en la Constitución anterior²¹, el nuevo diseño constitucional habría pasado a asumir una postura extrema²², con el propósito, al parecer, «de reducir la aplicación del principio a los casos verdaderamente excepcionales» (Neves 2006: 21).

²⁰ Neves se inclina por la tesis escéptica, según la cual las normas «admiten tantos sentidos correctos como métodos válidos de análisis se emplee para determinarlos», por lo que la función del intérprete «consiste en atribuir el significado que a su criterio resulte el más conveniente, conforme a los valores que rigen el sistema» (2009: 148-149).

²¹ Son conocidas las imperfecciones que presentaba el segundo párrafo del artículo 57º de la Constitución de 1979. De un lado, la referencia a interpretación o duda como supuestos diferentes permitía la aplicación del principio a cualquier supuesto interpretativo, existiera duda o no. De otro lado, se objetaba que el ámbito subjetivo atribuido por la norma constitucional al principio bajo comentario resultaba excesivo, con lo que la norma podía terminar aplicándose a sujetos inicialmente no previstos por ella, moviéndonos entonces en el campo de la llamada «interpretación extensiva», pero no, en estricto, del *indubio pro operario*.

²² Se trata de «una postura cerrada y limitada» en opinión de Blancas (1993: 8).

No significaría otra cosa que el requisito de la duda insalvable que establece la actual Constitución para la aplicación del principio.

La duda es el elemento en torno al cual gira el *indubio pro operario*. La doctrina y jurisprudencia comparadas, mucho antes que las nuestras, se han encargado de señalar claramente la necesidad de una «duda real, manifiesta y patente»²³. Al requisito anterior se le ha sumado uno segundo que exige que el sentido elegido no contradiga la voluntad del legislador²⁴. Este segundo requisito es una suerte de prolongación del anterior, que obligaría a una primera fase interpretativa en busca de la voluntad real del ente productor de la norma analizada, mediante el uso del método literal y el de la *ratio legis*.

Sin embargo, la referencia constitucional a la «duda insalvable» parecería exigir el agotamiento de los distintos métodos de interpretación normativa, y solo si la aplicación de los mismos arrojará diversos sentidos, preferir recién el que resulte más favorable al trabajador. Consideramos que esta posición limita drásticamente el uso del *indubio*, porque podría llegarse —siempre sobre la base de una duda— a soluciones que no ofrezcan necesariamente la posición más ventajosa para el trabajador. Esta es, en cualquier caso, la posición que ha asumido el TC, para quien «La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica», es decir, debe acreditarse «[...] que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado»²⁵.

7.3.2 Ámbitos objetivo y subjetivo del *indubio pro operario*

¿Cuáles son las normas sobre las que opera el principio?, ¿sobre normas jurídicas en estricto o sobre cualquier disposición que contenga un derecho laboral?

Una lectura amplia de la fórmula constitucional —y legal— llevaría a sostener que el principio debería aplicarse a toda disposición en materia de trabajo, es decir, tanto a las fuentes normativas —estatales, internacionales y convencionales— como a las no normativas —contrato de trabajo—. Esta lectura amplia es la que maneja el TC, el que ha señalado que: «La noción de ‘norma’ abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etcétera»²⁶.

²³ Véase por todos De la Villa *et al.* (1992: 196).

²⁴ Asumido mayoritariamente por la doctrina latinoamericana. Véase por todos: Plá (1998: 43) y Neves (1989: 39).

²⁵ STC del 20 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 21.

²⁶ STC del 20 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 21.

No obstante, no puede desconocerse que tanto el texto constitucional como el legal se refieren «a la duda insalvable sobre el sentido de *una norma*», con lo que el alcance objetivo del *indubio pro operario* debería restringirse al campo estrictamente normativo, debiendo interpretarse el contrato de trabajo, a falta de regulación laboral expresa, conforme a las disposiciones del Código Civil, pero las referidas a la interpretación de los contratos de adhesión²⁷, cuya similitud con el contrato de trabajo son evidentes.

En el ámbito normativo la aplicación del *indubio pro operario* a los convenios colectivos ofrece algunas resistencias debido a la doble naturaleza normativa y contractual. La doctrina maneja dos posiciones al respecto. La tesis dualista sostiene que cada parte de los convenios de ellos debería interpretarse conforme a su propia naturaleza, mientras que la tesis unitaria entiende al convenio como una unidad, propugnando la aplicación irrestricta del *in dubio pro operario* en todo el convenio. El Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ha tomado posición por la tesis dualista, al reconocer el carácter contractual del contenido obligatorio de los convenios colectivos y establecer para el mismo una interpretación conforme a las reglas de los contratos. Sin embargo, debe recordarse que se trata de una norma pre e infraconstitucional, que exige, en consecuencia, una adecuación a los términos fijados por la Constitución que reconoce la fuerza vinculante del convenio colectivo en el artículo 28, inciso 1 de la Constitución.

De otro lado, que el *indubio pro operario* se aplique sobre normas, significa que queda fuera de toda posibilidad su aplicación sobre los hechos. Por ejemplo, si en un proceso judicial existe duda sobre la ocurrencia de determinado hecho, el juez no podría aplicar el *indubio pro operario* para favorecer al trabajador. Según lo establecen tanto el Código Procesal Civil como la Nueva Ley Procesal del Trabajo (artículo 23), quien alega un hecho debe probarlo. En todo caso, podrá acudirse a los indicios y a las presunciones para formar en el juzgador la convicción de que el hecho alegado realmente ocurrió. Lo mismo sucede con la costumbre, por lo que si la duda recae en la existencia de la misma de tal práctica, entonces no se podrá aplicar el principio del *indubio*, ya que su existencia corresponderá probarla a quien la alega.

Finalmente, respecto al ámbito subjetivo del principio, en concreto, sobre la posibilidad de que beneficie también a la organización sindical, consideramos que, en tanto ente representativo de los intereses de los trabajadores, no encontramos razón para excluirla de los alcances del *indubio pro operario*. Sin embargo, como se acaba de señalar, esta posición chocaría con lo dispuesto en el Reglamento de la LRCT que establece la interpretación del contenido obligacional del convenio colectivo según las reglas de los contratos.

²⁷ Artículo 1401 del Código Civil: «Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra».

7.4 SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

- STC de fecha 22 de abril de 2009 recaída en el expediente N° 008-2008-PI/TC, que brinda una definición y alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos y del principio de no discriminación.
- STC de fecha 17 de octubre de 2001 recaída en el expediente N° 337-2000-AA/TC, sobre las implicancias del principio de irrenunciabilidad de derechos.
- STC de fecha 17 de junio de 2004 recaída en el expediente N° 099-2003-AA/TC, sobre la recepción normativa del principio de irrenunciabilidad de derechos.
- STC de fecha 20 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 3156-2004-AA/TC, sobre los fundamentos del principio de irrenunciabilidad de derechos.
- STC de fecha 20 de enero de 2004 recaída en el expediente N° 2906-2002-AA/TC, sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos del trabajador.
- STC de fecha 1 de abril de 2005 recaída en el expediente N° 048-2004-PI/TC, que da una definición y alcances del principio de igualdad ante la ley.
- STC de fecha 21 de noviembre de 2007 recaída en el expediente N° 027-2006-PI/TC, que define al principio de igualdad y su tratamiento en la normativa nacional y extranjera.
- STC de fecha 28 de junio de 2004 recaída en el expediente N° 0606-2004-AA/TC, que establece las dimensiones positiva y negativa del derecho a la igualdad.
- STC de fecha 18 de octubre de 2007 recaída en el expediente N° 4922-2007-PA/TC, que define al mandato de no discriminación en materia laboral.
- STC de fecha 12 de agosto de 2005 recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, sobre los principios constitucionales laborales: irrenunciabilidad de derecho, igualdad de oportunidades e *indubio pro operario*.
- STC de fecha 5 de junio de 2006 recaída en el expediente N° 01875-2006-PA/TC, que define a la igualdad de oportunidades sin discriminación como una manifestación del principio de igualdad en las relaciones laborales.
- Casación N° 1878-2000-Lima de la Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 24 de setiembre de 2004, que se refiere a la igualdad de oportunidades sin discriminación en el marco de la negociación colectiva.
- Casación N° 1816-2000-Lima de la Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 23 de enero de 2001, acerca de la igualdad de oportunidades sin discriminación prohíbe aplicar normas distintas personas que se encuentran en casos o situaciones similares.

- Casación N° 439-2002/Lima de la Sala Constitucional y Social Transitoria del 12 de diciembre de 2002, que establece la protección constitucional del principio de irrenunciabilidad de derechos.
- Casación N° 3682-2006/Lima de la Sala Constitucional y Social Transitoria de fecha 20 de marzo de 2007, que especifica la aplicación del principio de irrenunciabilidad solo en el marco de una relación laboral más no en el marco de una contratación de tipo civil.
- Casación N° 100-2004-Lima de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 3 de mayo de 2005, que analiza la discriminación remunerativa injustificada entre trabajadores que desempeñaban la misma labor.
- Casación N° 476-2005-Lima de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 20 de julio de 2006, sobre el reconocimiento constitucional del principio de irrenunciabilidad de derechos y su contenido.
- Casación N° 128-2001-Lima de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional de la Corte Suprema de la República de fecha 16 de abril de 2001, que establece al principio de irrenunciabilidad de derechos como fundamento de la acción persecutoria de los beneficios sociales.
- Casación N° 782-2003-Lima de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 2 de julio de 2004, que señala la vigencia del principio de irrenunciabilidad de derechos para trabajadores extranjeros.
- Casación N° 552-98-SCON de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 22 de setiembre de 1999, que resuelve que no es atentatoria del principio de irrenunciabilidad de derechos la negociación *in peius*, siempre que las partes sean plenamente capaces.
- Casación N° 1219-98-Lima de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 17 de noviembre de 1999, que analiza la compatibilidad entre el principio de irrenunciabilidad de derechos y el arbitraje en materia laboral.
- Casación N° 813-99-La Libertad de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 17 de agosto del 2000, que establece que aquellos convenios colectivos que contravienen normas imperativas nacidas de la Constitución vulneran el principio de irrenunciabilidad de derechos.

- Casación N° 1747-2005-Lima de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 17 de abril de 2006, que establece la prevalencia del principio de irrenunciabilidad de derechos por encima de cualquier otra norma.
- Casación N° 812-99-La Libertad de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 30 de noviembre de 2000, que aclara que la vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos conlleva la invalidez de tales actos.
- Casación N° 110-2003-Santa de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 27 de junio de 2003, que perfila el ámbito de aplicación del principio *indubio pro operario*.
- Casación N° 231-2004-Lambayeque de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 7 de junio de 2005, donde se define el concepto de discriminación.

7.5 BIBLIOGRAFÍA CITADA

Balta Varillas, José (1996). El impacto adverso. *Thémis*, n° 34, pp. 117-124.

Blancas Bustamante, Carlos (1993). Las normas laborales del proyecto de nueva Constitución. *Asesoría laboral*, n° 34, pp. 7-10.

Butrón Fuentes, José (2004). Transacción, conciliación y desistimiento. En *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Cornejo Vargas, Carlos (1995). El principio *indubio pro operario* en la futura Ley General de Trabajo. Algunas condicionantes teóricas. *Ius et veritas*, n° 11, Lima.

De la Villa, Luis Enrique (1970). El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. *Revista de Política Social*, n° 85.

De la Villa, Luis Enrique; García Becedas, Gabriel y García Perrote, Ignacio (1992). *Instituciones del derecho del Trabajo*. Madrid: Ceura.

González Hunt, César (2004). La reducción de remuneraciones y principio de irrenunciabilidad de derechos. En *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Herrera Vásquez, Ricardo (2009). El *Indubio pro Operario* en la sentencia de la Ley Marco del Empleo Público. En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro homenaje a Javier Neves*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

- Martín Valverde, Antonio (1992). Consideraciones sobre el principio pro operario. *Ius et veritas*, n° 05.
- Mejía Madrid, Renato (2009). La igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. *Ius et veritas*, n° 37.
- Mórtola Flores, Italo (2009). Igualdad y no discriminación en el empleo: el factor sexo. En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro homenaje a Javier Neves*. Lima: Grijley.
- Neves Mujica, Javier (1989). Fuentes y principios laborales en la Constitución. En *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco S. A. Editores.
- Neves Mujica, Javier (1995). Los trabajos prohibidos a las mujeres y el principio de igualdad ante la ley. *Ius et veritas*, N° 10, julio.
- Ojeda Áviles, Antonio (1971). *La renuncia de los derechos del trabajador*. Madrid: IEP.
- Prados De Reyes, Francisco (1980). Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Política Social*, N° 127.
- Quiñones Infante, Sergio y Sánchez Reyes, Christian (2009). Igualdad ante la Ley y regímenes laborales especiales. En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro homenaje a Javier Neves*. Lima: Grijley.
- Toyama Miyagusuku, Jorge (2001). El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad. *Ius et veritas*, n° 22, junio.
- Valdés Dal-Ré, Fernando (2008). La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno ius gentium. *Relaciones Laborales*, n° 5, pp. 1-13.

Fondo Editorial PUCP

CAPITULO 8

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO (III)

La norma más favorable y la condición más beneficiosa

SUMARIO: 8.1. La norma más favorable y la condición más beneficiosa: principios aplicativos.- 8.2. Principio de la norma más favorable. 8.2.1. Concurrencia conflictiva y principio de la norma más favorable. 8.2.2. Requisitos o límites para la actuación del principio. 8.2.2.1. Límites materiales. 8.2.2.2. Límites instrumentales. 8.2.2.3. Límites aplicativos.- 8.3. Principio de la condición más beneficiosa. 8.3.1. Sucesión y principio de la condición más beneficiosa. 8.3.2. Condiciones de origen contractual. 8.3.3. Condiciones de origen normativo. 8.3.4. Cambio de sujeción normativa. 8.3.5. Aplicación del principio. 8.3.5.1. Teoría de la modernidad. 8.3.5.2. Teoría de la irreversibilidad. 8.3.5.3. Teoría de los derechos adquiridos.- 8.4. Selección de jurisprudencia.- 8.5. Bibliografía citada.

RESEÑA: en este capítulo desarrollaremos dos principios del derecho del trabajo relacionados con la aplicación de las normas laborales en supuestos de concurrencia conflictiva (norma más favorable) o en la sucesión temporal de diversas normas (condición más beneficiosa).

OBJETIVOS: al final del capítulo el alumno deberá saber identificar la existencia de un conflicto entre normas y del tipo del que se trate; el tipo de incompatibilidades entre dos normas que permitan aplicar el principio de la norma más favorable; así como también deberá saber aplicar correctamente la teoría que nuestro ordenamiento recoge para determinar los efectos de una norma posterior sobre una norma anterior.

PALABRAS CLAVE: conflicto de normas laborales; norma más favorable; sucesión normativa; condición más beneficiosa.

8.1 LA NORMA MÁS FAVORABLE Y LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA: PRINCIPIOS APLICATIVOS

La norma más favorable y la condición más beneficiosa son dos principios de clara vertiente aplicativa. En efecto, se trata de dos principios del derecho del trabajo que operan en supuestos concretos de relaciones entre normas o de relaciones entre normas y hechos. Así, el principio de la norma más favorable se mueve en el terreno del conflicto entre dos o más normas, a fin de seleccionar y aplicar al caso concreto aquella que resulte más ventajosa para el trabajador. En lo que toca a la condición más beneficiosa, este principio opera en el supuesto de una sucesión de eventos normativos o no normativos que cuestionan o alteran las mejores condiciones de las que venía disfrutando el trabajador con anterioridad a dichos eventos. De ser el caso, como refiere dicho principio, se seleccionarán —para mantenerse— aquellas condiciones que resulten más beneficiosas.

La Constitución vigente no se ocupa de los dos principios en cuestión. Asimismo, hasta enero del 2010, el principio de la norma más favorable contaba con una consagración *ex lege* en el artículo II del Título Preliminar de la recientemente derogada Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo. Sin embargo, la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, ya no reconoce de manera expresa y literal en su texto ni a la norma más favorable ni a la condición más beneficiosa. En cualquier caso, como ya se abordó en el tema 6, la falta de consagración expresa de un principio no impide al juzgador su empleo en una situación concreta.

8.2 PRINCIPIO DE LA NORMA MÁS FAVORABLE

8.2.1 Concurrencia conflictiva y principio de la norma más favorable

Cuando dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho de manera incompatible, es decir, los contenidos de dichas normas discrepan, debemos optar por una de ellas para aplicarla al caso concreto. Pero es necesario distinguir dos tipos de incompatibilidades, cuyas soluciones son diferentes:

- a. *Contradicción o colisión opositiva*: en este supuesto la contradicción supone que los mandatos normativos de dos disposiciones se oponen recíprocamente, en otras palabras, una norma concede el derecho, mientras la otra lo niega —se opone—. En esta situación, el origen y el ámbito de aplicación de las normas¹

¹ Conviene recordar que, cuando hablamos del origen de la norma, analizamos de dónde proviene esta, de ahí que la procedencia de una norma puede ser internacional, estatal, convencional, etcétera. Por su parte, cuando nos referimos del ámbito de una norma, aludimos a su alcance, ya sea general o específico.

coinciden, son los mismos, por lo que esta situación se resuelve con la derogación de una de ellas.

- b. Divergencia o concurrencia conflictiva:* en este caso, la divergencia o conflicto supone también que los mandatos normativos de las disposiciones en juego son incompatibles, pero la discrepancia no es total, es decir, las diferencias (divergencias) no permiten la eliminación de una u otra norma, debido a que no coinciden totalmente. Estamos, por tanto, ante una situación donde el ámbito de aplicación y el origen de las normas o son diferentes o son parcialmente coincidentes, como por ejemplo, la incompatibilidad se produce entre un tratado y una norma nacional, o entre un convenio colectivo de rama y uno de empresa; por lo que el conflicto se resuelve, no con la derogación, sino con un proceso de selección de normas. Es aquí donde actúa el principio de la norma más favorable (N+F). Una vez establecida la concurrencia conflictiva como espacio de actuación del principio de la norma más favorable, es necesario precisar que habrá conflicto siempre que: existan varias normas formalmente válidas; posibles de ser aplicadas todas ellas (simultáneamente) a un mismo supuesto; y (con contenidos incompatibles. Es este el supuesto que interesa resaltar, donde por aplicación del principio que estudiamos se aplicará aquella norma que conceda mayores ventajas al trabajador o trabajadores implicados.

8.2.2 Requisitos o límites para la actuación del principio

No existe norma alguna que mencione cuáles son los requisitos o límites a los que está sujeto el uso y aplicación de dicho principio². Sin perjuicio de ello, la doctrina (Camps 1981: 99 y Neves 2009: 160-161) propone los siguientes: límites materiales; límites instrumentales; y límites aplicativos, los mismos que desarrollaremos a continuación.

8.2.2.1 Límites materiales

Estos límites se refieren a los contenidos sobre los cuales actúa el principio. Aquí la pregunta que debe responderse es si el principio actuará independientemente del contenido de las normas.

Para dar respuesta a dicha interrogante, resulta oportuno recordar que el conflicto supone la regulación simultánea de un mismo hecho por varias normas divergentes

² Nuestro ordenamiento jurídico contiene una única referencia en materia de conflicto normativo. Es el caso del conflicto entre convenios colectivos de distinta categoría, al que nos referiremos más adelante.

en su contenido, pero formalmente válidas. No se aplica entonces el principio cuando la norma que se supone más favorable excede de los límites que le fija el propio ordenamiento. Por ejemplo, cuando una norma invade un ámbito de competencia que no le es propio o tiene vedado —un convenio colectivo que supera un tope salarial impuesto por ley—, o cuando no ha seguido el procedimiento establecido para su producción —una ley que no es aprobada con el quórum requerido—. En estos casos, la norma que entra en conflicto con otra resultaría inválida, por lo que debería ser inaplicada al caso concreto y, con ello, desaparecería el conflicto respecto de dicha norma, independientemente de si la norma o normas que quedan en juego resulten menos favorables que la norma inaplicada.

8.2.2.2 Límites instrumentales

Estos límites se refieren a los conflictos entre normas ante los que actúa el principio, tomando en consideración para ello el origen de las mismas. Así, atendiendo al origen de las normas es posible establecer los siguientes supuestos de conflicto: entre normas estatales; entre norma estatal y convencional; entre normas convencionales; y, la actuación de normas internacionales. Analicemos por separado cada uno de ellos:

- a. *Conflicto entre normas estatales*: al respecto, es necesario formular algunas precisiones. En primer lugar, conforme al artículo 51º de la Constitución, en caso de normas de distinta jerarquía prevalece la de mayor rango. Asimismo, conforme al inciso 8 del Artículo 118º de la Constitución, el Presidente de la República podrá reglamentar las leyes, pero sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. En consecuencia, incluso cuando una norma de menor rango resulte más favorable al trabajador, la misma no podrá aplicarse al caso concreto pues contravendría el principio de jerarquía constitucionalmente consagrado y la prohibición de transgredir y desnaturalizar las leyes. En segundo lugar, consideramos que ante normas de diferente rango normativo, cuando ambas sean especiales o generales, el principio a aplicar sería el de temporalidad. En efecto, en dicho supuesto nos encontraríamos ante un caso de contradicción en los términos anteriormente expuestos, con lo que la norma posterior derogaría a la anterior, sin importar que esta última resulte más favorable. Ahora, si estamos ante normas de igual jerarquía, habría que determinar si se prefiere la norma especial (E) sobre la general (G); o, si se aplica la norma que resulte más favorable (+) o la menos favorable (-) independientemente de su especialidad. Veamos cómo juegan estas variables en los supuestos que se señalan a continuación:

Imagen 9

Criterios de especialidad y favorabilidad en la determinación de la norma aplicable

Supuestos
E+ vs. E- : E- (salvo que puedan exigirse derechos adquiridos) ³
E- vs. E+ : E+ (es posterior y amplía derechos)
G+ vs. G- : G- (salvo que pueda exigirse derechos adquiridos)
G- vs. G+ : G+ (es posterior y amplía derechos)
E+ vs. G- : E+ (es especial y más favorable)
E- vs. G+ : E- (prima la especial)
G+ vs. E- : E- (prima la especial)
G- vs. E+ : E+ (es especial, posterior y más favorable)

Fuente: Neves (2009: 172). Elaboración: propia.

- b. *Conflicto entre norma estatal y convencional*: en este supuesto, lo lógico será que la norma seleccionada sea el convenio colectivo (C), cuya finalidad es en esencia mejorar los mínimos establecidos por la norma estatal (L). En esa medida, se supone que tendrá por lo general un mejor contenido que la norma estatal. Sin embargo, podrían presentarse los cuatro supuestos siguientes:

Imagen 10

Conflicto entre norma estatal y convencional

Supuestos
C+ vs. L- : C (se aplica la N+F) ⁴
C- vs. L+ : L (se aplica la N+F)
L- vs. C+ : C (suplementariedad) ⁵
L+ vs. C- : L (irrenunciabilidad) ⁶

Fuente: Neves (2009: 172). Elaboración: propia.

³ Supuesto que analizaremos en el punto 8.3, a propósito del principio de la condición más beneficiosa.

⁴ Siempre que la ley no sea un «máximo de derecho necesario» o una norma de «derecho necesario absoluto» (Neves 2009: 165).

⁵ Como en el primer supuesto, salvo que la ley impida el libre juego de la autonomía colectiva, por tratarse de un máximo de derecho necesario do de una norma de derecho necesario absoluto.

⁶ Al respecto consultar el capítulo 7.2.

En este punto cabría preguntarse si una ley podría derogar o dejar sin efecto a un convenio colectivo. Creemos que no es posible hablar de derogación entre normas estatales y convencionales, puesto que se trata de normas de naturaleza distinta, cuyo órgano productor y forma jurídica son diferentes. No obstante, deben tenerse en cuenta las limitaciones que, por ley, podrían imponerse a la autonomía colectiva y a las que nos hemos referido antes.

- c. *Conflicto entre normas convencionales*: esta clase de conflicto podría producirse entre convenios colectivos de distintos niveles de negociación. Si bien en el derecho comparado son diversos los criterios de selección para resolver el conflicto entre convenios colectivos —por ejemplo, prevalece el convenio de ámbito superior; el celebrado primero en el tiempo; el último que se celebró; el de ámbito inferior o específico; el convenio más favorable; etcétera—, el artículo 45° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, la LRCT) ha optado por recoger el principio de la norma más favorable. Dicho precepto señala expresamente que, en caso de conflicto entre convenios de distinto ámbito, se prefiere el que sea más favorable, aplicado en su integridad. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que esta solución es discutible, por cuanto la propia norma establece diferentes criterios de articulación que buscan evitar el conflicto (negociación articulada), de forma tal que, en lógica jurídica, el convenio que no respete dichos criterios de articulación debería ser inválido.
- d. *Conflicto de norma estatal, convencional o internacional con norma internacional*: cuando entran en conflicto una norma internacional con una norma estatal, una convencional u otra internacional, se prefiere la norma que resulte más favorable. Esto es así, al menos respecto de las normas internacionales de trabajo, en función de lo señalado por el artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, que prescribe que la adopción de un convenio internacional, no significará el menoscabo de condiciones más favorables obtenidas a través de otras normas de derecho interno. Este criterio suele ser recogido en los propios convenios internacionales de trabajo.

8.2.2.3 Límites aplicativos

Estos límites aluden al modo cómo se comparan las normas en conflicto —unidad o módulo de comparación—, con el fin de seleccionar aquella que resulte más favorable. Al respecto, se han elaborado fundamentalmente tres teorías:

- a. *Teoría del conjunto*: según esta teoría, las normas se aplican en su conjunto, en forma completa e integral, de ahí que para determinar cuál es la más favorable, debe realizarse una comparación global entre las normas en conflicto. Como se ha visto⁷, esta es la opción que ha establecido la LRCT (artículo 45) para el caso de conflictos entre convenios colectivos de distinto nivel. El problema de esta teoría es que, en virtud de su aplicación, termina comparando diferentes derechos o institutos respecto de las cuales no se produce conflicto alguno, lo que dificulta, sin duda, la selección de la norma que resulta más favorable al caso concreto.
- b. *Teoría de la acumulación*: tal como su nombre lo indica, postula que es posible comparar y sumar (acumular) los preceptos más ventajosos de las normas en conflicto, de modo tal que con la suma de todas las disposiciones más favorables se construye una nueva norma a ser aplicada. Consideramos que esta teoría merece ser descartada porque la descomposición que propone de las normas en conflicto termina atentando contra la integridad y coherencia que subyace a cada una de ellas.
- c. *Teoría de la comparación analítica por instituciones*: esta teoría supone el análisis o comparación por instituciones, es decir, «la comparación respecto de unidades conceptuales y orgánicas al interior de cada norma» (Camps 1981: 99 y Plá 1998: 39). Esta última teoría parece ser la más razonable puesto que se centra exclusivamente en los derechos o institutos que entran en conflicto y, respecto de ellos en su integridad, se opta por lo que resulta más favorable al trabajador o trabajadores afectados.

8.3 PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

8.3.1 Sucesión y principio de la condición más beneficiosa

El derecho del trabajo surge como una disciplina que equilibra la asimétrica relación de trabajo. Así, por medio de la acción estatal y de la autonomía colectiva se fueron estableciendo a favor de los trabajadores un conjunto de derechos que a través de esas mismas vías —fundamentalmente la segunda— se consolidaron y ampliaron con el paso del tiempo. Cabe preguntarse, entonces, si los trabajadores tienen garantizado que dichos beneficios deban permanecer inalterables en el tiempo o, en todo caso, si deben cambiar solo para mejorar. No obstante, no debe perderse de vista que, incluso dentro de la lógica tuitiva que caracteriza al derecho del trabajo, este ha

⁷ Véase el capítulo 5, en la parte dedicada al estudio del convenio colectivo de trabajo.

conocido —y conoce aún— de etapas de flexibilización que han supuesto la desmejora —en algunos casos sustancial, como en el Perú— de los derechos reconocidos a los trabajadores. En efecto, un trabajador puede encontrarse gozando de determinados beneficios que, en virtud de un evento posterior, podrían ponerse en cuestión mediante su rebaja o eliminación. ¿Tiene el trabajador algún mecanismo de defensa frente a esta situación?

Precisamente, el derecho del trabajo cuenta con el principio de la condición más beneficiosa (C+B), cuya aplicación supone la conservación de las mayores ventajas o derechos alcanzados por un trabajador en virtud de un evento anterior frente a otro posterior que pretende su eliminación o su sustitución peyorativa. Ahora bien, dichas condiciones o mayores ventajas, así como el acto de sustitución de las mismas, pueden tener origen contractual (C) u origen normativo (N). ¿En cuál de estos casos se aplica el principio en cuestión? Analicemos por separado cada uno de estos supuestos.

8.3.2 Condiciones de origen contractual

Cuando nos referimos a las condiciones de origen contractual lo hacemos tanto a los beneficios estipulados en los contratos de trabajo —acto bilateral—, como a los otorgados de *motu proprio* por el empleador —acto unilateral—. Se entiende que, en ambos casos, los beneficios establecidos a favor del trabajador se han contractualizado —en el caso de los derechos otorgados por acto unilateral, en virtud de su consolidación por el transcurso del tiempo—⁸, pasando a considerarse como un derecho adquirido del trabajador. Por tanto, la única posibilidad de alterar peyorativamente dichos beneficios sería con la autorización expresa del propio trabajador, en la medida que no haya vicio del consentimiento y siempre que se respeten los mínimos legalmente establecidos. Tratándose de derechos consagrados en fuentes de carácter dispositivo, estaríamos ante una modificación válida de dichos derechos, por lo que no cabría invocar el principio de la condición más beneficiosa.

Por el contrario, si la desmejora de las condiciones proviene de un acto de imposición empresarial, pretendiendo desconocer una mayor ventaja otorgada con anterioridad al trabajador, incluso al amparo de una nueva norma que la regula en forma menos beneficiosa, estaríamos ante una decisión unilateral del empleador

⁸ La doctrina y jurisprudencia española sostienen que la aplicación del principio de la C+B «exige que ésta haya sido fruto de la voluntad deliberada de establecerla, de forma bilateral o unilateral [...], no por consiguiente cuando la condición de que se trate sea resultado de una situación de hecho meramente consentida o tolerada por el empresario» (Martín *et al.* 2009: 498).

frente a la cual el trabajador podría oponer el principio de la condición más beneficiosa, a fin de conservar los mayores beneficios.

8.3.3 Condiciones de origen normativo

Las condiciones de origen normativo son las que provienen de fuentes estatales —leyes, reglamentos—; convencionales —convenios colectivos—; o de la costumbre, que tienen la calidad de normas jurídicas. La situación de desmejora se plantea cuando una norma posterior desconoce o establece una condición peyorativa respecto a la existente, lo que nos sitúa en el ámbito de la sucesión normativa y, en consecuencia, del supuesto de la derogación de normas. Frente a esto se han esbozado diversas teorías a efectos de determinar los efectos de la norma posterior sobre la anterior: irreversibilidad, modernidad y derechos adquiridos, las cuales exponemos a continuación.

- a. *Teoría de la irreversibilidad*: esta teoría establece que una norma laboral posterior no puede ser peyorativa respecto de una anterior, en la medida en que la voluntad del legislador no puede ir en contra de la tendencia natural del derecho laboral, que es la de ir consiguiendo nuevos y mejores derechos para los trabajadores. En consecuencia, se presenta una resistencia de la norma que concede mejores beneficios —fuerza pasiva de la norma— a ser derogada, por lo que la norma peyorativa no podría regir, con lo cual resultaría innecesaria la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.
- b. *Teoría de la modernidad*: esta teoría se ubica en la orilla contraria a la de la irreversibilidad. Plantea que no es posible invocar el principio de la condición más beneficiosa, en la medida que, acogiendo el principio de la temporalidad de las normas, una norma posterior deroga a la anterior y produce sus efectos en forma inmediata —aplicación inmediata de la ley—. La voluntad del legislador, siempre que se mueva dentro de los parámetros constitucionales, puede dar normas en cualquier sentido, ya sea para conceder nuevos derechos, mantenerlos o incluso eliminarlos. En consecuencia, las antiguas relaciones jurídicas pasan a ser regidas por la nueva norma, independientemente de que esta contemple condiciones inferiores a la norma que la antecedió. Es esta la posición que, con carácter general, asume nuestro ordenamiento jurídico. El TC, en una interpretación sistemática del artículo 109 de la Constitución y del artículo III del Título Preliminar del Código Civil⁹, ha señalado que

⁹ En rigor, solo el artículo III del Título Preliminar del Código Civil acoge en forma expresa la teoría de los hechos cumplidos o aplicación inmediata de la ley.

la Constitución consagra la teoría de la aplicación inmediata de la norma cuando establece la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

En el caso de la sucesión de convenios colectivos, el reconocimiento de la fuerza normativa de estos por la Constitución (artículo 28) y la LRCT (artículos 42 y 43), impide a los trabajadores conservar los mayores beneficios alcanzados al amparo de un convenio anterior, por lo que tampoco resulta posible invocar el principio de C+B.

- c. *Teoría de los derechos adquiridos*: esta teoría garantiza que quienes adquieren un derecho al amparo de determinada norma, lo mantendrán aun cuando esta sea derogada por otra. En consecuencia, siguiendo esta teoría, la norma anterior puede ser derogada por una posterior peyorativa, sin embargo, aquellos trabajadores que adquirieron determinado beneficio con la norma derogada tendrán derechos a conservarlo. En rigor, esta teoría no desconoce totalmente la teoría de la modernidad, pero plantea su aplicación en forma mediatizada en el ámbito de las relaciones laborales, esto es, la nueva norma se aplicaría a los nuevos trabajadores y también a los antiguos, pero, en este último caso, condicionada al respeto de las mejores condiciones obtenidas al amparo de la normativa anterior. No se trata de la ultra-actividad de la norma anterior, puesto que la norma queda derogada. Solo se mantienen determinados beneficios otorgados por aquella: las condiciones que resulten más ventajosas. De otro lado, la nueva norma regirá para las relaciones jurídicas futuras y para las pasadas en todo lo no previsto por la norma anterior.

Como se ha visto, de las tres teorías planteadas nuestro ordenamiento recoge expresamente la teoría de la modernidad o de los hechos cumplidos, por lo que el principio de la C+B no tendría cabida respecto de las condiciones que tienen origen normativo, salvo, claro está, que la propia norma —legal¹⁰ o convencional— permita expresamente, como una situación excepcional y atípica, el mantenimiento de las mejores condiciones obtenidas al amparo de la norma anterior.

En definitiva, el espacio de aplicación del principio de la C+B es el del caso «del trabajador que individualmente goza de determinadas condiciones de trabajo —con origen en pacto individual con el empresario o en concesión unilateral de este

¹⁰ Como ha ocurrido, por ejemplo, con la reciente modificación del régimen laboral de la micro y pequeña empresa. En efecto, el Decreto Legislativo N° 1086, que establece un régimen laboral a la baja, mantiene intacto para los antiguos trabajadores el régimen laboral anterior.

último— que con posterioridad son reguladas con carácter general de forma menos favorable» (Martín *et al.* 2009: 498)¹¹.

8.3.4 Cambio de sujeción normativa

Se trata de supuestos en los que se aplica una normativa distinta de la original, por ejemplo, un trabajador es trasladado de un centro de trabajo a otro, donde se aplica un convenio colectivo que le concede menores beneficios que el que le otorgaba el convenio que rige en su anterior centro de trabajo. En este caso no estaríamos, en estricto, ante una sucesión de normas en el tiempo: no hay derogación, puesto que ambas normas rigen, simultáneamente, en ámbitos espaciales diferentes. En consecuencia, creemos que lo que se presenta aquí es un caso de concurrencia conflictiva, por lo que el conflicto debiera solucionarse aplicando el principio de la norma más favorable.

Imagen 11
Cambio de sujeción normativa y aplicación del principio de norma más favorable

Origen del beneficio	Origen de la sustitución	Aplicación del principio C+B
C+	C-	NO (salvo que trabajador no consienta la modificación)
C+	N-	SÍ
N+	N-	NO (sucesión normativa: norma posterior deroga a la anterior)
N+	C-	NO (aplicación del principio de irrenunciabilidad)
N+	Cambio de sujeción normativa	NO (aplicación del principio de norma más favorable)

8.3.5 Aplicación del principio

Cabe preguntarse cuándo se considera que un derecho ha sido adquirido, a efectos de poder oponer válidamente el principio de la C+B. Al respecto, existen diversas posturas que señalan: que basta la existencia de una relación laboral, sin requerir que el trabajador haya satisfecho los requisitos establecidos para gozar del beneficio, ni mucho menos que lo esté disfrutando; que no es suficiente la existencia de una relación laboral sino que el derecho se adquiere, al menos, cuando el trabajador haya cumplido con los requisitos establecidos para su disfrute, aunque efectivamente no

¹¹ En el mismo sentido, la doctrina nacional mayoritaria —véase por todos Neves (2009: 172)—, entiende que el principio de C+B no tiene cabida en las condiciones de origen normativo; así fue recogido, además, en el anteproyecto de Ley General del Trabajo.

lo esté disfrutando; y que no solo es necesaria la existencia de la relación laboral y el cumplimiento de los requisitos para el disfrute del beneficio, sino que además es necesario que el trabajador haya comenzado a disfrutarlo.

La tesis asumida por el TC es la segunda, y lo ha hecho con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad —parcial— del Decreto Ley N° 25967 y el Decreto Legislativo N° 817. Si bien se trata de dos pronunciamientos en materia pensionaria, llevado al ámbito laboral, puede concluirse que, para que se considere un derecho como adquirido, debe verificarse: la existencia de una relación jurídica laboral y que se haya producido el supuesto de hecho establecido para el disfrute del beneficio. No es necesario, por tanto, que el trabajador se encuentre en el ejercicio del derecho o que hay estado en la posibilidad de hacerlo.

8.4 SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

- Casación N° 1833-2000-Lima de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de fecha 8 de noviembre de 2002, donde se establece la preferencia en la aplicación de normas más favorables para el trabajador.

8.5 BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Camps Ruiz, Luis Miguel (1981). Los conflictos entre normas laborales. En (autores varios). *Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el estatuto de los Trabajadores*. Madrid: IES.
- Martín Valverde, Antonio; Rodríguez-Sañudo, Fermín, García Murcia, Joaquín (2009). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, S. A.
- Neves Mujica, Javier (2004). El principio de la norma más favorable. En *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Plá Rodríguez, Américo (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Sala Franco, Tomás (1977). Condición más beneficiosa. *Revista de política social*, n° 114, abril-julio.
- Tolosa Triviño, César (2003). La aplicación práctica del principio de condición más beneficiosa. En *Los principios del derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Toyama Miyagusuku, Jorge (1993). Principio de condición más beneficiosa: manifestaciones y límites en el ordenamiento peruano. *Derecho & Sociedad*, año 3, n° 7.