

**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO**



**CONFLICTO ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL
TRABAJO Y EL IMPEDIMENTO LABORAL POR RAZÓN DE
PARENTESCO, ANALIZADO EN EL DISTRITO JUDICIAL
DE ANCASH**

Tesis para optar el Título profesional de Abogado

Bach. Deysi Karin Osorio Fernández

Asesor:

Mag. Fany Soledad Vera Gutiérrez

Huaraz – Perú

2017

DEDICATORIA

A mis hijos (Jazmín Kaira y Matías Alessandro), quienes han sido mi mayor motivación para que nunca flaquera en cumplir con este objetivo, y poder ser un ejemplo para ellos.

Deysi Karin.

AGRADECIMIENTO

Han pasado muchos años desde que nací. Desde ese momento e incluso antes de eso, ya estaban buscando maneras de ofrecerme lo mejor. Han trabajado duro, y sin importar si llegaran cansados de sus trabajos, siempre tenían una sonrisa que ofrecer a su familia.

La ayuda que me han brindado ha formado bases de gran importancia, ahora soy consciente de eso.

Muchas gracias a mis padres (Estelista Fernández de Osorio e Isidro Osorio Oncoy).
¡Gracias!

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, analiza el conflicto entre el derecho constitucional al trabajo y el impedimento laboral por razón de parentesco, analizado en el Distrito Judicial de Ancash; precisando que el derecho al trabajo se encuentra reconocido en nuestra Constitución Política de 1993 y las Normas internacionales como la OIT.

El estudio nos ha permitido concluir que la Ley de la Carrera Judicial – Ley N° 29277 y el reglamento de la Ley N° 26771 vulneran el derecho constitucional al trabajo, toda vez que limitan la igualdad ante la ley, la no discriminación, la libertad profesional, el libre desarrollo profesional y el bienestar general que el Estado debe garantizar a todo trabajador.

La investigación dogmática utilizó como técnicas de recolección de datos: el análisis documental y la bibliográfica, así como los instrumentos el análisis de contenidos y las fichas.

La realización trabajo de investigación, a través del exegético y argumentativo; así como el análisis de la Doctrina y Jurisprudencia del caso, nos permitió comprender que en el Distrito Judicial de Ancash se evidencia que la Ley de la Carrera Judicial y el reglamento de la Ley N° 26771 afectan el derecho fundamental al trabajo y conexos tanto a nivel del Poder Judicial como también en el Ministerio Público.

PALABRAS CLAVES: Derecho al trabajo, incompatibilidad por razón de parentesco, igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad.

ABSTRACT

The present work analyzes the conflict between the constitutional right to work and the labor impediment due to kinship, analyzed in the Judicial District of Ancash; Stating that the right to work is recognized in our Political Constitution of 1993 and International Standards such as the ILO.

The study has allowed us to conclude that the Law of the Judicial Career - Law No. 29277 and the regulation of Law No. 26771 violate the constitutional right to work, since they limit equality before the law, non discrimination, freedom Professional development, free professional development and the general welfare that the State must guarantee to every worker.

Dogmatic research used as data collection techniques: documentary and bibliographical analysis, as well as instruments for content analysis and records.

The realization of research work, through the exegetical and argumentative; As well as the analysis of the Doctrine and Jurisprudence of the case, allowed us to understand that in the Judicial District of Ancash it is evident that the Law of the Judicial Career and the regulation of Law No. 26771 affect the fundamental right to work and related both to Level of the Judicial Branch as well as in the Public Ministry.

Key words: Right to work, incompatibility on grounds of kinship, equality, non-discrimination, free personality development.

ÍNDICE

Resumen	v
Abstract	vi
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	4
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	6
1.2.1. Problema General	6
1.2.2. Problemas Específicos	6
1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	7
1.3.1. Justificación teórica	7
1.3.2. Justificación práctica	9
1.3.3. Justificación legal	10
1.4.4. Justificación Metodológica	10
1.5. Objetivos	10
1.5.1. Objetivo general	10
1.5.2. Objetivos específicos	11
1.6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	11
1.6.1. Hipótesis General	11
1.6.2. Hipótesis Específicas	12
1.7. Variables	12
1.8. METODOLOGÍA	13
1.8.1. Tipo y Diseño de Investigación	13

1.8.1.1. Tipo de Investigación	13
1.8.1.2. Tipo de diseño de investigación	14
1.8.2. Diseño General	14
1.8.3. Diseño Específico	14
1.8.4. Métodos de Investigación	14
1.8.5. Fases de Investigación	16
1.8.6. Estrategias de recolección de la información y/o diseño estadístico	17
1.8.6.1. Estrategias de recogida de información	17
1.8.6.2. Análisis e interpretación de la información	17
1.8.7. Técnicas e instrumento(s) de recolección de la información	18
1.8.8. Contexto	19
1.8.9. Unidad de Análisis	19
1.8.10. Análisis de los datos	19

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES	20
2.2. Bases Teóricas	21
2.2.1. Nociones Generales de los Derechos Laborales	21
2.2.1.1. Derechos sociales	21
2.2.2. Derechos Laborales en la Legislación Nacional	22
2.2.2.1. Derechos laborales en la Constitución Peruana	22
2.2.2.2. Derechos Laborales en otras legislaciones	26
2.2.2.3. Derechos Laborales en el Derecho Comparado	27

2.2.2.4. Principios que rigen el trabajo	28
2.2.2.4.1. Principio protector	28
2.2.2.4.2. Principio de irrenunciabilidad de los derechos	30
2.2.2.4.3. Principio de continuidad de la relación laboral	31
2.2.2.4.4. Principio de primacía de la realidad	32
2.2.2.4.5. Principio de razonabilidad	34
2.2.2.4.6. Principio de la buena fe	36
2.2.2.4.7. Principio de no discriminación	37
2.2.2.5. Síntesis de los Derechos Laborales	38
2.2.2.5.1. El trabajo como derecho y/o deber	38
2.2.2.5.2. Protección al trabajo	41
2.2.2.5.3. Protección a la mujer o madre	41
2.2.2.5.4. Principio de igualdad y no discriminación	42
2.2.2.5.5. Libertad y elección de trabajo	43
2.2.2.5.6. Salario social	44
2.2.2.5.7. Jornada de trabajo	44
2.2.2.5.8. Descanso semanal, vacaciones y feriados	45
2.2.2.5.9. Libertad sindical	45
2.2.2.5.10. Convenios colectivos de trabajo	46
2.2.2.6. Restricciones al trabajo por Incompatibilidad por Razón de Parentesco en la Corte Superior de Justicia de Ancash.	47
2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS	48

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultados Doctrinarios	52
3.1.1. Derechos humanos y derecho de trabajo	52
3.1.2. Derechos laborales	58
3.1.3. Principios laborales	60
3.1.3.1. Principio de igualdad y no discriminación	61
3.1.3.2. Libertad y elección de trabajo	63
3.1.4. Derecho al Libre Desarrollo social y económico	64
3.1.5. Derecho al Bienestar General	65
3.2. Resultados normativos	65
3.2.1. En el Derecho comparado	65
3.2.1.1. Respecto a la igualdad ante la ley	72
3.2.1.2. Respecto al libre desarrollo de la personalidad	72
3.2.2. En el Derecho nacional	76
3.2.3. Normatividad referida al objeto de estudio: Impedimento laboral por razón de parentesco	81
3.2.3.1. Ley de la Carrera Judicial - Ley N° 29277	81
3.2.3.2. Decreto Supremos N° 021-2000-PCM -	82
3.3. Resultados Jurisprudenciales	85
3.3.1. Respecto a la igualdad ante la ley	86
3.3.2. Respecto al Derecho al Libre Desarrollo social y económico	90
3.3.3. Resultados respecto a la afectación del Derecho Constitucional al trabajo por razón de parentesco en Ancash	93

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión teórica	95
4.1.1. Discusión doctrinaria	95
4.1.2. Discusión jurisprudencial	104
4.1.3. Discusión normativa	108
4.3. Validación de hipótesis	111
CONCLUSIONES	118
RECOMENDACIONES	121
BIBLIOGRAFÍA	122
ANEXOS	124

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tuvo por finalidad analizar jurídicamente el conflicto entre el derecho constitucional al trabajo y el impedimento laboral por razón de parentesco, analizado en el Distrito Judicial de Ancash; precisando que el derecho al trabajo se encuentra reconocido en nuestra Constitución Política de 1993 y diversos instrumentos jurídicos internacionales relacionados al Derecho del trabajador y/o Derecho Laboral.

El trabajo es un derecho y un deber que tiene todo ciudadano, toda vez que los seres humanos desde que nacemos, necesitamos satisfacer diferentes necesidades sin las cuales no podríamos desarrollarnos como tal; dicho ello, en la realidad laboral se observa que con el pretexto de impedir el nepotismo en las entidades públicas, se han promulgado leyes que restringen éste derecho fundamental, que viene a ser el trabajo, sin presagiar que estas normas restrictivas vulneran derechos fundamentales contemplados en nuestra carta magna, como es el caso de la igualdad, la no discriminación, libertad, libertad del desarrollo personal y entre otros derechos. Este hecho se evidencia en el Distrito fiscal y Judicial de Ancash.

Como se puede analizar e interpretar, el Art. 42° de la Ley de la Carrera Judicial, Ley Orgánica del Poder Judicial y del Ministerio Público y sus modificatoria Ley N° 26767 y Ley N° 26766 que regulan la incompatibilidad por razón de parentesco, atentan los derechos constitucionales a la igualdad, la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y otros derechos reconocidos en nuestra Constitución; que en suma todas ellas atentan el derecho que tiene todo ciudadano al

trabajo, toda vez que limita que padre e hijo, hermanos, primos o tíos, sobrinos, cuñados esposos, convivientes puedan acceder a un puesto de trabajo dentro de un mismo Distrito Judicial; es de notar que no se refiere a un mismo Despacho judicial, sino de un mismo Distrito Judicial que como sabemos tiene diversas sedes o locales judiciales, que ni siquiera existiría contacto físico entre uno y otro personal; por lo que no tiene sentido impedir que dos o más trabajadores por razón de parentesco sean impedidos de laborar en un mismo distrito judicial, cuando ninguno de éstos desempeña cargo de funcionario de dirección o personal de confianza con facultad de nombramiento o contratación; por consiguiente, consideramos que es necesario modificar o derogar las normas que limitan los derechos de los trabajadores bajo esta absurda incompatibilidad por razón de parentesco.

La estructura del trabajo, está dividida en cuatro capítulos, que comprende:

El Primer capítulo, está referido al Problema de la investigación y metodología de la Investigación empleada.

El segundo capítulo, comprende el marco Teórico de la Investigación, donde se desarrollan los antecedentes de estudio, las Bases teóricas y marco conceptual de la tesis.

El tercer capítulo, comprende los resultados de la investigación desarrollada a través del trabajo de gabinete; y

El Cuarto Capítulo, presenta la Discusión de resultados y la validación de hipótesis de investigación.

Las técnicas empleadas fueron el análisis documental y la bibliográfica; así como los instrumentos estuvieron constituidos por el análisis de contenido y las fichas textuales, de comentario, las bibliográficas y de resumen.

Finalmente, se plantean las conclusiones y recomendaciones del trabajo de investigación.

La tesista.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESEGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Las restricciones al trabajo (un puesto de trabajo), por razón de parentesco, en el Distrito Judicial de Ancash vulneran una serie de derechos reconocidos en nuestra Constitución Política del Perú de 1993, entre estas a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación, a la libertad de trabajar y en especial todo lo concerniente a la dignidad de la persona humana, eso lo catalogo como tal, en el sentido que dos profesionales por tener la condición de hermanos, primos, tíos, entre otros que estén comprendidos dentro del segundo grado de afinidad y cuarto grado de consanguinidad, no puedan acceder a un puesto de trabajo, pese a que ambos ingresan por concurso público de méritos, y pero aún, ninguno de ellos tiene influencia o capacidad de decisión en el Poder Judicial.

El jurista Luis Alberto Huerta Guerrero citando a Bernal Pulido Carlos señala que el principio de igualdad es: “(...) *el principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio importa al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comportan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes*

y diferencia, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencia (trato igual a pesar de la diferencia); (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud) estos cuatro mandatos tienen una dimensión objetiva, a partir de la cual se definen el principio de igualdad y una dimensión subjetiva el derecho a la igualdad”¹

Según el INEI² la población peruana, en el último censo desarrollado en el año 2007, bordea los 27, 412,157 habitante, siendo en el departamento de Ancash 1, 063,459 habitantes, y la población en edad de trabajar a nivel nacional es de 21,939.0 personas, considerando entre los 14 a más años de edad.

Considero que las normas que regulan la restricción del trabajo por razón de parentesco, deviene en inconstitucional toda vez que vulnera diferentes artículos de nuestra Constitución Política del Perú, peor aún si tal impedimento no tiene ninguna justificación legal ni técnica, por lo que a mi parecer fortaleciendo con mayor énfasis la figura del nepotismo, esta causal de impedimento a un puesto de trabajo debe ser derogadas o modificada en todo sus extremos.

Finalmente, considero que de no derogarse o modificarse las normas que restringen el derecho al trabajo por razón de parentesco, se seguiría atentando

¹ HUERTA GUERRERO, Luis A. “Sentencias del Poder Judicial frente a normas ilegales e inconstitucionales – Resolución de acción popular de observancia obligatoria para la administración pública y para los abogados”. Primera edición Julio 2013, Editorial el Búho EIRL. P. 178, citando a Bernal Pulido Carlos, “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, 2013.

² <http://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/ocupacion-y-vivienda/>, citada el 10 de Junio del 2014.

muchos derechos de la persona humana, entre ellas, a la igualdad de oportunidades sin ninguna discriminación, en el caso en concreto, se estaría discriminando a una persona por su vínculo de familiaridad con otra persona, a la libertad de trabajo, al libre desarrollo profesional, y entre otros derechos; teniendo en consideración que la familia es la cédula básica de la sociedad, y el Estado debe promover su desarrollo integran en todo sus extremos, y con estas restricciones se estarían induciendo de forma indirecta a la separación de la familia, toda vez que, a un profesional inmerso en esta incompatibilidad tendría que desplazarse a otro Distrito Judicial a efecto de desarrollarse profesionalmente y con ello se estaría distanciando de sus seres queridos.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema General

- ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales que determinan la inconstitucionalidad de los preceptos normativos que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco; analizando en el Distrito Judicial de Ancash?

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿Cuáles son los derechos fundamentales y constitucionales que se vulneran con la aplicación de las normas que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco; analizando en el Distrito Judicial de Ancash?

- ¿Cómo se manifiesta la discriminación laboral con la aplicación de las normas que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco en el Distrito Judicial de Ancash?

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Justificación teórica

Teniendo bien en claro, que el trabajo es un derecho fundamental que ostenta toda persona, derecho este que se encuentra reconocido en nuestra Constitución Política de 1993 y las diferentes normas internacionales, ratificadas por el Estado peruano; en ese sentido, cabe señalar que carece de razonabilidad que el legislador haya regulado, siguiendo la Ley de Nepotismo N° 26771 – Ley que establece prohibiciones de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en caso de parentesco, y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2000-PCM, en forma genérica, en torno a la incompatibilidad por razón de parentesco en el ámbito jurisdiccional; en el caso en concreto de la investigación, se restringen derechos laborales de las personas que se encuentran comprendidas con un vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho, al no permitan que estas personas puedan trabajar juntas en un mismo Distrito Judicial; por ejemplo, en el peor de los casos se restringe hasta al personal administrativo cuando ninguno de ellos, se desempeña como funcionario de dirección y/o personal de confianza con facultad de nombramiento y contratación de personal, ni están en la

capacidad de ejercer injerencia en el nombramiento y contratación; por lo que no tiene razón apartarle a uno de ellos del centro laboral cuando se trate del mismo distrito judicial, menos aún si ingresaron a la institución mediante concurso público de méritos. De igual modo, siguiendo el mismo criterio tampoco tiene sentido separar a uno u otro trabajador u obligarle a trasladarse a otro distrito judicial luego de contraer matrimonio con otro servidor (no funcionario ni personal de confianza) de la institución del mismo distrito judicial, digo "obligarle" por cuanto su traslado no es por su voluntad, sino por temor a perder su trabajo.

Como se puede apreciar, las normas (Artículo 42° de la Ley de la Carrera Judicial, Ley Orgánica del Poder Judicial y del Ministerio Público y sus modificatoria Ley N° 26767 y Ley N° 26766) que regulan la incompatibilidad por razón de parentesco, atentan contra los derechos constitucionales a la igualdad, la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y otros derechos reconocidos en nuestra Carta Magna; que en suma todas ellas atentan el derecho que tiene todo ciudadano al trabajo, toda vez que limita que padre e hijo, hermanos, primos o tíos, sobrinos, cuñados esposos, convivientes puedan acceder a un puesto de trabajo dentro de un mismo Distrito Judicial, ojo que no se habla de un mismo Despacho judicial, sino de un mismo Distrito Judicial que como sabemos tiene diversas sedes o locales judiciales, que ni siquiera existiría contacto físico entre uno y otro personal; por lo que no tiene sentido impedir que dos o más trabajadores por razón de parentesco sean impedidos de laborar en un mismo distrito judicial, cuando ninguno de éstos desempeña cargo de

funcionario de dirección o personal de confianza con facultad de nombramiento o contratación; por consiguiente, es necesario modificar o derogar las normas que limitan los derechos de los trabajadores bajo esta absurda incompatibilidad por razón de parentesco.

Indicando entonces, que a un trabajador que tenga parentesco con algún funcionario de dirección o personal de confianza con facultad de nombramiento o contratación no puede limitársele su ingreso a la institución pública, y si labora ahí, no puede exigírsele su renuncia u obligarle a cambiarse de dependencia o distrito judicial tratándose del Ministerio Público o el Poder Judicial, ya que ello atenta contra su derecho a la libertad de trabajo, quien por su parte puede hacer uso de los mecanismos procesales constitucionales para hacer valer sus derechos, correspondiendo al Juzgador inaplicar toda ley que restrinja, limite o mutile los derechos del trabajador ejerciendo el control difuso de la constitucionalidad de las leyes que antes he mencionado.

1.3.2. Justificación práctica

La investigación referida a la afectación de los principios constitucionales relacionados al derecho a la libertad de trabajo, el bienestar general y los principios laborales en nuestro país es un tema que reviste importancia y por consiguiente, es necesario que se trate a través de investigaciones desde las aulas universitarias, particularmente de las Facultades de Derecho.

Considero que la presente investigación jurídico- dogmática servirá de antecedente y base teórica a futuras investigaciones referidas a la materia de estudio seleccionada.

1.3.3. Justificación legal

La presente investigación se fundamentó en las siguientes normas legales:

- Constitución Política del Perú 1993
- Ley N° 30220 Universitaria
- Ley General de Educación N° 28044 y su modificatoria N° 25212
- Estatuto de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”- Huaraz.
- Reglamento General de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”
- Reglamento de Grados y Títulos de la FDCCPP de la UNASAM

1.4.4. Justificación Metodológica

Se empleó los pasos establecidos por la metodología de la investigación científica como modelo general y la metodología de la investigación jurídica, en particular, desarrollando en sus diferentes etapas, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el diseño de investigación propio de esta investigación.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo general

- Analizar las consecuencias jurídicas y sociales que determinan la inconstitucionalidad de los preceptos normativos que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco; analizando en el Distrito Judicial de Ancash.

1.5.2. Objetivos específicos

- Explicar los derechos fundamentales y constitucionales que se vulneran con la aplicación de las normas que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco; analizando en el Distrito Judicial de Ancash.
- Determinar cómo se manifiesta la discriminación laboral con la aplicación de las normas que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco en el Distrito Judicial de Ancash.

1.6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS³

1.6.1. Hipótesis General

- Las consecuencias jurídicas y sociológicas que determina la inconstitucionalidad de todo los preceptos normativos que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco, son la violación de los derechos fundamentales que se consagra en el artículo 2°, 22°, 23° y 26°

³ Las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son “opcionales”, y si se plantean son solo descriptivas, como el que se ha planteado en el proyecto en el punto 2.5. constituyendo una hipótesis de trabajo, que nos servirá de guía en la investigación, los elementos de variables, unidad de análisis y conectores lógicos son propias de la hipótesis correlacionales, de causalidad o de diferencia de grupos que se plantean en investigaciones cuantitativas o jurídicas sociales, planteamientos tomados de ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). “*Metodología de la investigación jurídica*”, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 239 y ss., quien plantea al respecto que: “... que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables... siendo simplemente enunciativas”.

de la Constitución Política del Perú, así como también, se atenta contra el libre desarrollo social y económico de la persona humana visto.

1.6.2. Hipótesis Específicas

- Los derechos fundamentales y constitucionales que se vulneran con la aplicación de las normas que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco, son la *igualdad ante la ley*, la *no discriminación* por ningún motivo, a la *libertad profesional*, al *libre desarrollo profesional*, al *bienestar general* que el Estado debe garantizar, y en concreto, el derecho al trabajo regulado con mayor precisión en el Convenio 169 de la OIT.
- Con la aplicación de las normas que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco, se manifiesta la discriminación a la persona con respecto al acceso a un puesto de trabajo, por el hecho de tener un pariente comprendido dentro del segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad, por matrimonio o unión de hecho, laborando en la misma institución.

1.7. Variables

INDEPENDIENTE (X): Fundamentos jurídicos y sociológicos que determina la inconstitucionalidad

Indicadores:

- El Convenio 169 de la OIT

- Constitución Política del Perú
- Teoría sobre derechos fundamentales

DEPENDIENTE (Y): Violación de los derechos fundamentales que se consagra en el artículo 2° 22°, 23° y 26

Indicadores:

- Igualdad ante la ley
- La no discriminación
- Atentado contra el libre desarrollo de la persona
- Libertad profesional
- Derecho al trabajo

1.8. METODOLOGÍA

1.8.1. Tipo y Diseño de Investigación

1.8.1.1. Tipo de Investigación

Correspondió a una investigación Dogmática - Normativa⁴; a su vez se desarrolló la investigación *Jurídico-propositiva* que permitió comprender, ampliar y profundizar conocimientos sobre el tema de investigación planteado.

1.8.1.2. Tipo de diseño de investigación

⁴ La investigación dogmática es fundamentalmente un trabajo documental, en el que se manejan una cadena de conceptos, juicios y argumentaciones que se validan a partir de su conformidad o no con las reglas lógicas fundamentales que son definitorias para tener un criterio de verdad relativo. La validación de esta investigación se realiza en el ámbito conceptual, donde se comparan afirmaciones, argumentos, razonamientos para validar el verdadero (Erazo, 2010, p. 470).

Se empleó el denominado diseño dogmático “**No experimental**”, en vista que la investigación a desarrollar obviará de la manipulación intencional de la variable independiente; además no se tomaron en cuenta tanto el Grupo de Control como el experimental en el estudio del hecho jurídico materia de estudio.

1.8.2. Diseño General

Se utilizó el diseño *Transeccional o Transversal*⁵, cuyo propósito fue de recopilar información del hecho jurídico materia de estudio en un momento determinado (único). Su finalidad es describir las variables y analizar su influencia e interrelación en un momento dado; para este caso el momento de tiempo delimitado corresponde al periodo 2017.

1.8.3. Diseño Específico

Utilizamos el diseño *descriptivo-explicativo*, en vista que se estudió los factores que generan sanciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio

1.8.4. Métodos de Investigación

Se utilizaron los siguientes métodos de investigación jurídica:

- **Método Dogmático.-** Este método se utilizó en nuestra investigación para tratar de entender nuestro problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas; al mismo tiempo

⁵ Hernández Sampieri, Roberto., Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar. Metodología de la Investigación. México: Mc Graw Hill, 5ta. Edic., 2010, p. 152.

estará orientado al estudio de la doctrina jurídica especializada, con la finalidad de realizar abstracciones (inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de mejorar los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su revisión y empleo.

- **Método Exegético.-** Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio de la normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.
- **Método de la Interpretación Jurídica.-** La interpretación como método y como técnica actúa no sólo para las normas legales; sino también para las reglas del Derecho consuetudinario, principios, contratos, resoluciones judiciales, hechos empíricos o formales de relevancia jurídica.
- **Método Histórico- sociológico.-** Es un método que nos permitió realizar la comparación entre el derecho anterior y la nueva norma. Se determina el efecto de la ley y el cambio introducido por ella. Se estudia el origen y la evolución de las instituciones y/o normas jurídicas.

1.8.5. Fases de Investigación

En relación a las fases de la investigación, estos se desarrollaron tomando en cuenta la siguiente secuencia:

- a) **Planteamiento del problema:** Comprendió la contextualización, planteamiento y descripción del problema; el planteamiento de la hipótesis de trabajo y la adopción de métodos para el conocimiento del problema.
- b) **Construcción:** Plasmada en la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella observamos la fijación crítica de un texto, crítico de veracidad y trascendencia y sobre los datos contenidos veremos la extracción y fijación sobre materiales, sujetos y fuentes y la agrupación de los datos obtenidos.

Entre las fuentes que se emplearon tenemos las bibliográficas, las nemotécnicas y las Direcciones Electrónicas.

- c) **Discusión:** Fase en el que se realizó la revisión crítica de los materiales obtenidos; se adoptan tesis y los métodos para su demostración, la tesis conduce a un plan de exposición y reagrupamiento del material según sea el plan proyectado por la síntesis unitaria del desarrollo de la tesis.
- d) **Informe final:** el mismo que fue redactado teniendo en cuenta el manual de redacción Vancouver.

1.8.6. Estrategias de recolección de la información y/o diseño estadístico

1.8.6.1. Estrategias de recogida de información

- Para recopilar la información necesaria e indispensable para lograr los objetivos de la investigación se utilizó la Técnica del análisis Documental, cuyo instrumento fue el análisis de contenido; además de la técnica bibliográfica, con los instrumentos de las fichas Textuales y de Resumen.
- Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.

Para la obtención de información de la presente investigación se realizó a través del enfoque cualitativo lo que nos permitió recoger información sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no empleó la estadística, sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina.

1.8.6.2. Análisis e interpretación de la información

▪ Análisis de contenido.

Cuyos pasos a seguir son:

- a) selección de la información que será estudiada;

b) selección de las categorías que se utilizarán.

Criterios:

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación serán los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscara la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación adecuados.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.7. Técnicas e instrumento(s) de recolección de la información

En la presente investigación emplearemos las siguientes técnicas e instrumentos de recolección de datos:

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Análisis documental	Análisis de contenido
Bibliográfica	Fichas: textual, comentario, resumen

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, bibliográficas hemerográficas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis documental, a través del análisis de contenido, para poder realizar el análisis de los aportes encontrados de la doctrina, la teoría jurídica y la jurisprudencia referida al tema.

1.8.8. Contexto

La investigación se desarrolló en la ciudad de Huaraz, Departamento de Ancash, con proyección nacional. Debido a la naturaleza de la investigación no existió muestra de estudio.

1.8.9. Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad; además la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- **Unidad temática:** constituido por el tema del contenido a desarrollar
- **Categorización del tema:** Se estableció categorías dentro del análisis.
- **Unidad de registro:** en esta fase se dan curso al análisis de categorías.

1.8.20.10. Análisis de los datos

Los datos fueron evaluados a la luz de la teoría de la argumentación jurídica y las doctrinas y teorías jurídicas vinculadas con el tema.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

Marcenaro Frers, R. (2009). “Los derecho laborales de rango constitucional”, tesis para optar el grado académico de magíster en derecho constitucional, realizado en la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, Págs. 500.

El trabajo de investigación o en general la tesis revisada, gira en torno al reconocimiento constitucional de los derechos laborales, así como también, el reconocimiento de los derechos laborales en el derecho comparado y las normas internacionales, en ese sentido, analiza su evolución histórica de este derecho, hasta la actualidad; tesis que permitió definir en forma clara sobre el derecho al trabajo y como tal reconocerlo como un derecho constitucional, por encima de otros derechos y sin ninguna restricción.

Sanguineti Raymond, W., (2006). “Protección de los derechos laborales en la constitución peruana de 1993”, ponencia presentada al II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa 2 de Octubre del 2006. Págs. 56.

En esta ponencia, el ponente hace un resumen, de todo los mecanismos que reconoce las normas internacionales y nacionales sobre los diferentes atropellos del derecho al trabajo, como los despidos, hostigamiento, restricción al trabajo por

cualquier situación, etc. Artículo que ayuda determinar cómo esta entablada el trabajo y su protección.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Nociones Generales de los Derechos Laborales

2.1.1.1. Derechos sociales

Los Derechos Sociales en el proceso histórico de desarrollo de la legislación nacional e internacional se han definido de muchas formas, como por ejemplo:

Para Francisco J. Contreras Peláez los derechos sociales son:
*“...aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo”*⁶

Por otro lado para Benito de Castro Cid los Derechos Sociales son:
“...aquel sector de los derechos humanos que intenta satisfacer en la organización social las exigencias derivadas del principio de la igualdad, especialmente dentro del ámbito de las relaciones económicas y sociales. Y ello, evidentemente, con la finalidad de corregir los graves desequilibrios que había llegado a provocar la incontrolada acción de una autonomía individual ilimitada. Puede y debe entenderse, por tanto, que la aparición y posterior consolidación de esos derechos constituye una prueba evidente de

⁶CONTRERAS PELÁEZ, F. Derechos Sociales, Teoría e Ideología. Madrid, Técno, P. 47

la quiebra del principio de la libertad bajo la presión de las exigencias de la igualdad.”⁷

Por su parte Antonio Pérez Luño define a los derechos sociales en los siguientes términos: “... *en sentido objetivo, como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, puede entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.*”⁸

El tribunal Constitucional Peruano, en tomo al derecho laboral expresa lo siguiente: “(...) *El tribunal constitucional advierte que en la constitución no existe un límite o prohibición a la creación de un Régimen laboral de naturaleza permanente o temporal, a condición de que se respete, y proteja los derechos fundamentales de los trabajadores (...).*”⁹

2.2.2. Derechos Laborales en la Legislación Nacional

2.2.2.1. Derechos laborales en la Constitución Peruana

De acuerdo a la Constitución peruana de 1993 el Estado debe fomentar el empleo pero no cualquiera sino el productivo. Esto significa

⁷CASTRO CID, B. “Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos”. Universidad de León, P.. 128

⁸PÉREZ LUÑO, A. “Los derechos fundamentales”. Cuarta edición, Madrid, Técnos, 1991, P. 184

⁹GARCÍA BELAUNDE, D. (2013). “Gaceta Procesal Constitucional – Jurisprudencia por especialidad para el abogado litigante TOMO 18”. Junio 2013. Pp. 113.

generar las condiciones que permitan crear empleo útil y beneficioso para la sociedad y el logro del bien común. El Estado no debe promover cualquier tipo de empleo sino, fundamentalmente, aquellos que contribuyan al crecimiento firme, estable y continuo de una sociedad que tiene por objetivo el bien común. El Estado también fomenta la educación para el trabajo por lo que al propiciar el empleo productivo, debe educar para que el ciudadano obtenga trabajo a fin de poder realizar su proyecto de vida.

A continuación transcribimos los artículos referidos al trabajo en la Constitución de 1993 tal como quedaron publicados, las mismas que son las siguientes:

Artículo 2. Toda persona tiene derecho: Inciso 1.- A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Artículo 2. Toda persona tiene derecho: Inciso 15.- A trabajar libremente, con sujeción a ley.

Artículo 7. Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y reserva.

Artículo 22. El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

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

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

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

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

Artículo 24. El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

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

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

Artículo 25. La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

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

Artículo 26. En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

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

Con respecto a la igualdad, el tratadista Luis Alberto Huerta Guerrero, citando la sentencia N° 0025-2005-PI/TC, precisa lo siguiente: “(...) *el derecho de acceso a la función pública en condiciones iguales constituye un derecho de participación, por ello parte sustancial de su contenido es la facultad de todo ciudadano de participar o intervenir en los procesos para acceder a la función pública. Por lo tanto, una restricción innecesaria del ejercicio del mismo constituye una restricción inconstitucional. La restricción innecesaria tiene lugar aquí en el establecimiento de una prohibición de la facultad de intervenir en un proceso como consecuencia como un requisito, optado por el legislador para prosecución de un objetivo, el cual no obstante, podría ser alcanzado a través de otro medio que también es idóneo para realizar el mismo objetivo, pero sin ocasionar la mencionada prohibición de intervenir en el proceso para acceder a la función pública. La restricción innecesaria se produce, en otros términos, cuando el legislador adopta un medio que restringe el ejercicio de un*

derecho, no obstante la existencia de otro medio que también es idóneo para realizar el objetivo, pero que, a diferencia de lo optado por el legislador, no restringe el ejercicio de la función pública”¹⁰

Artículo 27. La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Desde mi punto de vista, cabe precisar lo siguiente en torno al trabajo: *“Garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre; por ello, el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia requiere la intervención del Estado y de la sociedad en conjunto”¹¹.*

2.2.2.2. Derechos Laborales en otras legislaciones

El ordenamiento laboral en el Perú ha tenido tradicionalmente, desde el punto de vista formal, como características básicas, de un lado, su plasmación mediante decretos supremos y otros productos de nivel inferior emanados del Poder Ejecutivo, y del otro, su dispersión en multitud de normas, que producían vacíos y contradicciones y dificultaban el acceso de los interesados a la legislación. Estos rasgos han sido significativamente superados a través de la reforma laboral llevada a cabo en los últimos años.

¹⁰ HUERTA GUERRERO, L. “Sentencias del Poder Judicial frente a normas ilegales e inconstitucionales – Resolución de acción popular de observancia obligatoria para la administración pública y para los abogados”. Primera edición Julio 2013, Editorial el Buho EIRL, 2013, p. 89.

¹¹El tesista.

Entre otras normas nacionales que regulan los derechos laborales tenemos al Decreto Legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el Decreto Legislativo N° 728 – Régimen de la Actividad Privada, cada una de ellas con sus respectivos reglamentos, así mismo, tenemos otras leyes que regulan en forma específica.

Así mismo, cabe precisar que aproximadamente dos meses atrás el Estado ha promulgado la Ley de Servicio Civil, que por su orientaciones tiende a unificar todo el régimen laboral, pero del mismo no se advierte las restricciones laborales, que al parecer se seguirán regulando por las leyes especiales.

2.2.2.3. Derechos Laborales en el Derecho Comparado

En la Investigación se citan los textos normativos que rige el derecho latinoamericano, que por supuesto amparan el derecho laboral; como es el caso de Argentina, Bolivia Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, precisando, que los ordenamientos jurídicos de los países citados, desarrollan el derecho laboral en: tratar al trabajo como Valor social, protección al trabajo, fomento el empleo (pleno empleo), principio de igualdad y no discriminación, libertad y libre elección de trabajo.

Por su parte, en el derecho laboral europeo, se desarrollará el derecho de Alemania, Grecia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Portugal y Turquía

Asimismo, en aras de fortalecer la investigación se trabajará necesariamente con los Instrumentos Jurídicos Supranacionales como los Pactos, Declaraciones, Convenciones, Cartas y Declaraciones de la Organización de Naciones Unidas (ONU), de la Organización de Estados Americanos (OEA), de la Unión Europea (UE) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

El jurista Giancarlo Cresci Vassallo citando líneas de la sentencia del Tribunal constitucional, refiere que los Tratados Internacionales son: *“en virtud de que el Estado peruano es parte de la Convención, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las resoluciones de la Comisión IDH, así como los acuerdos de solución amistosa, tienen fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico interno lo que conlleva, un deber correlativo de las autoridades del Estado de hacer efectivo los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales”*¹²

2.2.2.4. Principios que rigen el trabajo

2.2.2.4.1. Principio protector

El principio protector es el criterio orientador del derecho del trabajo ya que éste desde sus orígenes ha establecido un amparo a favor de una de

¹²CRESCI VASSALLO, G. (2013). “Criterios del Tribunal Constitucional en materia de ratificación destitución y nombramiento de jueces y fiscales”. Primera Edición. Editorial El búho. Lima-Perú. P. 191.

las partes: el trabajador. El derecho laboral ha tenido como objetivo primordial proteger al trabajador para lograr mediante esa protección que se alcance una igualdad real entre las partes. Esto lo diferencia del derecho civil que intenta asegurar la paridad jurídica entre los contratantes.

Los distintos autores se han preguntado si es necesario para que rijan el principio protector que el mismo esté consagrado en el derecho positivo. Fernández Gianotti entiende que no es necesaria esa consagración ya que la propia naturaleza del principio lo sitúa por encima del derecho positivo. Obviamente se requiere que no haya una norma opuesta que excluya o impida su aplicación. Su valor no puede ser tal que se imponga contra una norma de derecho positivo. Se podrá aplicar sin ella pero nunca contra ella.

Plá Rodríguez entiende que este principio se expresa en tres formas diferentes: **I) regla indubio pro operario:** criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador; **II) regla de la norma más favorable:** determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, se deba optar por aquella que sea más favorable aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas; **III) regla de la condición más beneficiosa:** criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.

2.2.2.4.2. Principio de irrenunciabilidad de los derechos

Plá Rodríguez indica que la irrenunciabilidad puede definirse como la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio.

La renuncia es un acto voluntario por el cual una persona abandona un derecho reconocido a su favor. La prohibición de renunciar implica excluir la posibilidad de realizar válida y eficazmente el desprendimiento voluntario de los derechos en el ámbito alcanzado por aquella prohibición. El Derecho del trabajo entra dentro de ese ámbito.

Al contrario de lo que sucede en el derecho civil donde rige el principio de renunciabilidad, en el derecho laboral rige el principio opuesto de la irrenunciabilidad. Es decir, que en otras ramas jurídicas las personas pueden privarse voluntariamente de una facultad o de un beneficio que poseen, mientras que en nuestra disciplina esto no ocurre así ya que nadie puede privarse de las ventajas establecidas en su propio beneficio. Montoya Melgar señala que el sentido protector que el derecho del trabajo sigue manifestando en su actitud hacia los trabajadores se refleja en el principio de irrenunciabilidad.

Debido a la índole de las normas declaradas irrenunciables, las renunciaciones que se efectúen en contravención a éstas, carecen de todo efecto: son nulas. Se le aplica la sanción máxima que es la nulidad, la cual opera de pleno derecho aún cuando el interesado no lo solicite. Lo que se considera

nulo es la cláusula y no el contrato el cual mantiene su vigencia. Por lo tanto, la consecuencia será que la cláusula anulada será automáticamente sustituida por la norma renunciada ilícitamente. Es necesario aclarar que los servicios prestados en virtud de un contrato nulo no carecen de valor por lo que deberán ser retribuidos.

2.2.2.4.3. Principio de continuidad de la relación laboral

Para comprender este principio Plá Rodríguez nos enseña que debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo lo que implica que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto sino que dura en el tiempo. Durante algún tiempo se creyó que esta circunstancia podía permitir que reaparecieran ciertas formas de esclavitud, o al menos, de servidumbre, encubiertas. Esto motivó que en el Código Civil napoleónico se incluyera una disposición que reprodujeron la mayoría de los Códigos posteriores que se inspiraron en ese modelo, y que en nuestro Código Civil está recogida en el artículo 1836 el cual dispone: “Nadie puede obligar sus servicios personales sino temporalmente o para obra determinada”, de donde surge que se quiso prohibir la contratación de por vida. Posteriormente, se entendió que el peligro real era el inverso: la inestabilidad que implica inseguridad. Al respecto, Francisco Meton señala que las ideas sociales identificaron que el miedo mayor del trabajador es el de perder el empleo y no el de convertirse en esclavo.

Actualmente, puede decirse que este principio intenta amparar al trabajador partiendo del supuesto de que a éste le preocupa no solo el presente sino el futuro de la relación que lo vincula con su empleador. Al mismo tiempo, refleja la tendencia actual del Derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral. Se ha entendido que la conservación de la fuente de trabajo no solo constituye un beneficio para él sino que redunda en beneficio de la propia empresa, y también de la sociedad en la medida que contribuye a aumentar el rendimiento y a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes.

2.2.2.4.4. Principio de primacía de la realidad

Significado. En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos debe darse preferencia a lo que sucede en los hechos; esto implica hacer primar los hechos sobre las formas, formalidades o apariencias. En materia laboral significa que lo que ocurre en la práctica importa más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios o instrumentos de contralor.

Esta primacía de los hechos sobre los textos pactados: ¿significa que las estipulaciones contractuales carecen de todo valor? Al respecto puede decirse que las estipulaciones contenidas en un contrato de trabajo no son inútiles debido a que cuentan inicialmente con la presunción de reflejar la voluntad común de las partes. Mientras no se demuestre que la conducta de las partes fue distinta, lo que exige la prueba de los hechos que se apartaron

de los textos contractuales, prima la presunción emanada del tenor del contrato (la presunción de que el contrato refleja la voluntad de las partes). Para hacer caer esa presunción deberá probarse que la conducta fue distinta. Si esa prueba no se produce o no es eficaz resulta como válida la presunción emergente del contrato. Lo que no puede hacerse es invocar un texto escrito para pretender que él prime sobre los hechos. Si la práctica demuestra que en la realidad se actuó de determinada manera, eso es lo que debe tenerse en cuenta y no las estipulaciones que hayan podido hacerse para disimular u ocultar la verdad.

Luego de analizar los aspectos teóricos de este principio, Plá Rodríguez realiza una reseña de distintos casos jurisprudenciales donde menciona una serie de temas vinculados con nuestra rama jurídica y señala en cada caso como opera el principio de primacía de la realidad. Algunos de esos temas son: a) interesan las funciones y no la denominación; b) la condición de empleado depende de los hechos y no de la interpretación de las partes; c) prevalecen los hechos sobre las calificaciones; d) empresa desde el punto de vista laboral; e) intrascendencia del aspecto documentario; f) interesa el trabajo más que el acuerdo formal; g) relación única pese a la multiplicidad de contratos sucesivos; y h) criterios de apreciación de la prueba. En definitiva, esta basta reseña revela que el principio de primacía de la realidad no se trata de una mera construcción doctrinal sino de un principio firmemente recibido por nuestra jurisprudencia.

El tratadista Jorge Tollama, analizando la Resolución N° 001-2009-Callao, precisa en torno a este principio lo siguiente: *“En el acta de infracción no se ha establecido cuales son los criterios para determinar la existencia de una relación laboral entre los trabajadores de Construcción Civil y la Empresa inspeccionada, sino que todo el análisis se reduce a: se establece que entre el centro de trabajo y todos los trabajadores mencionados si existe una relación de naturaleza laboral, por lo que considerando que el acta de infracción debe poseer como contenido mínimo entre otras, la responsabilidad que se imputa a los sujetos responsables, con expresión de sus fundamentos facticos y jurídicos, en lo cual en el presente caso, no ha sucedido (...)”*¹³

2.2.2.4.5. Principio de razonabilidad

Consiste en la afirmación de que el ser humano en sus relaciones laborales procede y debe proceder conforme a la razón. Resulta obvio que una afirmación tan elemental no es exclusiva del derecho del trabajo sino propia de todas las ramas del derecho, ya que el ordenamiento jurídico en su conjunto se estructura en base a criterios de razón y de justicia que parten de la naturaleza de la persona humana y buscan concretar un ideal de justicia. El supuesto del régimen jurídico es el de que el hombre actúa razonablemente y no arbitrariamente ya que la arbitrariedad puede mirarse como la contrapartida de la razonabilidad. Pero es fácil comprender que los principios del derecho del trabajo no tienen por qué ser exclusivos de

¹³TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2012). “La jurisprudencia administrativa laboral en la inspección del trabajo”. Edición 2012. Editorial el Búho EIRL: Lima-Perú. P. 70.

nuestra disciplina jurídica; y la adopción de un principio de esta naturaleza parece ser más necesaria en aquellas zonas en que las disposiciones normativas dejan un gran ámbito para la decisión individual. Esa amplitud del margen de actuación derivada de la imposibilidad misma de las previsiones no puede confundirse con la discrecionalidad absoluta ni con la licitud de cualquier comportamiento por arbitrario que él sea, sino que se trata de una especie de límite formal y elástico al mismo tiempo, aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro, y sobretodo donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles. Plá señala que constituye un criterio muy general de índole puramente formal sin un contenido concreto, y agrega que esa falta de contenido concreto al mismo tiempo que le da una gran dosis de imprecisión y vaguedad, asegura su fecundidad. Gran parte de su utilidad deriva de su elasticidad, de la amplitud ilimitada de su alcance, de la variedad indefinida de sus formas de aplicación. Si se le quiere dar un contenido preciso se le está limitando en su funcionalidad. Otro rasgo característico de este criterio es su carácter parcialmente subjetivo ya que no puede autorizar ningún juicio caprichoso, arbitrario o extremadamente personal. Debe llevar a una conclusión a la que llegue cualquier persona normal que juzgue equilibradamente el problema con idéntico conjunto de elementos de juicio.

2.2.2.4.6. Principio de la buena fe

La buena fe no es una norma ni se reduce a una o más obligaciones sino que es un principio jurídico fundamental que informa todo el ordenamiento jurídico, y si bien está recogido en forma expresa en diversas normas, aún se lo reconoce valor cuando carezca de consagración expresa. Al respecto, puede señalarse que los antiguos juristas solo admitían los efectos de la buena fe en los casos en que de manera expresa y literal el ordenamiento jurídico aludía a ella, en cambio, en la actualidad, se la concibe como principio general, informante de la totalidad de la regulación con características de postulado moral y jurídico. La creciente importancia de la buena fe en todos los ámbitos del derecho contemporáneo se proyecta de una manera especial en el derecho del trabajo, convirtiéndose en uno de sus principios fundamentales.

La buena fe que debe regir como principio del derecho del trabajo es la buena fe-lealtad, o sea que se refiere a un comportamiento y no a una mera convicción.

En segundo lugar corresponde destacar que este principio alcanza a ambas partes del contrato. Es tan importante la buena fe que debe demostrar el empleador como la que debe inspirar al trabajador. Generalmente se insiste en el cumplimiento de deber del trabajador de rendir, es decir, de que el trabajo se haga bien y a un ritmo regular pero se omiten muchas otras implicaciones encerradas en la idea de que el trabajador debe actuar lealmente. Pero sobre todo, se suele prescindir de la proyección de este

principio en lo que respecta a la conducta del empleador. Este debe actuar lealmente y cumplir de buena fe con sus obligaciones.

2.2.2.4.7. Principio de no discriminación

Plá Rodríguez señala que luego de años de reflexión admite el principio de no discriminación pero rechaza el de igualdad, y agrega que no se trata de un problema terminológico sino conceptual ya que el principio de no discriminación lleva a excluir aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto cuando éste responda a una razón que no pueda considerarse válida o que resulta ilegítima. El principio de igualdad aspira a lograr la equiparación por lo que ha sido una fuente de conflictos; desnaturaliza el carácter mínimo de las normas laborales e impide el otorgamiento de mejoras y beneficios que podrían ser concedidos.

En el Tomo 39 de Gaceta Constitucional se advierte que el derecho a la no discriminación constituye: *“el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo esto, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas o admitidas a partir de la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, entre otros). Una cuestión de vital trascendencia respecto del derecho-principio de igualdad es que ha quedado clara la proscripción de todo trato discriminatorio, mas no así el tratamiento*

diferenciado, que bajo ciertos esquemas y parámetros es permitido, pues no se debe perder de vista que no todo trato diferente es discriminatorio”¹⁴.

2.2.2.5. Síntesis de los Derechos Laborales

Los principales derechos laborales reconocidos en la doctrina nacional e internacional son las que se enumeran a continuación:

2.2.2.5.1. El trabajo como derecho y/o deber

Al hablar del derecho al trabajo debemos distinguir dos aspectos: por un lado, el derecho al acceso al trabajo y, por otro, el derecho a conservar el trabajo. En cuanto al primero, o sea el derecho a acceder al trabajo, estamos ante una norma de principio de política social. Sin embargo, tratándose del derecho a la conservación del trabajo (principio de continuidad) el trabajador tiene un derecho que se deriva de su contrato de trabajo que no puede ser afectado por el empleador, salvo medie causa justa basada en su capacidad, o conducta, o necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (Convenio 158 OIT). Es un derecho derivado del contrato de trabajo y, en consecuencia, del principio de continuidad, correspondiendo al legislador establecer las causas justas que permitan rescindir el vínculo laboral. Señalar en la ley las causas de resolución es lo que permite ejercitar el derecho a conservar su trabajo o ser indemnizado. La reposición no está considerada como un derecho constitucional único

¹⁴Tomo 67 Gaceta Constitucional-Jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces. (2013). Primera Edición. Editorial El Búho EIRL. LIMA-Perú. P. 348

ante el despido incausado. Para el profesor Jorge Toyama "(...) No existe un derecho constitucional a la reposición ante un despido incausado".

En conclusión, el derecho al trabajo como derecho a conservar el puesto de trabajo impone al legislador el deber de intervenir en los contratos de trabajo, ordenando que no se resuelvan, salvo causa justa. De no existir ésta, se desplegaría una sanción y una consecuencia que puede consistir en la reposición o en una compensación económica. Esto implica que la reposición no es parte del contenido esencial del derecho a la estabilidad laboral. El legislador será el encargado de establecer si es que procede una reposición o una indemnización ante el despido incausado y cualquiera de las opciones es perfectamente constitucional. También será constitucional si es que la decisión de dicha opción se le otorga al trabajador o al empleador.

El trabajo no es un deber jurídico que permita su coercibilidad sino que se trata de un deber moral u obligación social por cuanto, en caso contrario, se estaría afectando otros derechos fundamentales,¹⁵ tales como la libertad. Sin embargo, si bien no existe una obligación jurídica de trabajar, el sistema jurídico y la vida misma presentan ciertas tendencias que favorecen al ciudadano que trabaja.

Existe, por lo tanto, una coerción real que representa la necesidad de trabajar para obtener los recursos económicos que nos permitan subsistir,

¹⁵En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica). Luis Alberto Huerta Guerrero, refrasando la sentencia N° 045-2004-PI/TC, p. 179.

además de la coerción del sistema jurídico tal como en los servicios de seguridad social.

Si consideramos al deber de trabajar como una obligación coercible afectamos otros derechos, tales como el de libre residencia o libre tránsito. Es decir, al obligársele a trabajar en determinado lugar estamos imposibilitando que la persona transite libremente. Además, le estamos impidiendo elegir su profesión o actividad.

De la misma opinión es Alonso Olea al decir que *“El deber de trabajar obviamente tiene que ser entendido con carácter relativo, no se puede obligar mediante compulsión o fuerza, ni bajo pena al trabajo, pues ello equivaldría a la implantación de un sistema de trabajo forzoso, no puede configurarse el deber de trabajar como una obligación coercible.”* Sin embargo, del deber de trabajar pueden derivarse otras consecuencias como la de que quien se niega a trabajar, no obstante tener la oportunidad, no percibe los beneficios de los regímenes asistenciales de la seguridad social.

De similar opinión es Jorge Rendón Vásquez, al decir que: *“se alude al trabajo como un deber y no como una obligación, puesto que jurídicamente no se da la posibilidad de una sanción material aplicable coercitivamente cuando se produce su incumplimiento.”*¹⁶

¹⁶RENDON VÁSQUEZ, J.” Derecho del Trabajo. Introducción”. Lima: Tarpuy, 1988. p.25.

2.2.2.5.2. Protección al trabajo

La mayoría de Constituciones se refieren a la prioridad que el Estado debe darle al trabajo. Como podemos apreciar las constituciones se refieren en algunos casos a la protección al trabajo tal como aparece en cuatro constituciones europeas y once latinoamericanas. En otras se refiere a la protección a los trabajadores tal como figura en cinco constituciones latinoamericanas y cinco europeas. Es decir, el objeto materia de protección cambia según las concepciones constitucionales de los diversos países (el trabajo o los trabajadores). En cuanto al medio para dicha protección en cinco constituciones europeas dice que es el Estado el encargado de tal protección mientras que lo mismo está consignado en nueve constituciones latinoamericanas. En otras constituciones se establece que la protección se establece por ley, en cuatro europeas y siete latinoamericanas.

2.2.2.5.3. Protección a la mujer o madre

En virtud de nuestro texto constitucional, todo tipo de norma que establezca discriminaciones o prohibiciones de empleo con ocasión del sexo no justificadas en el hecho de la maternidad deben entenderse inaplicables por ser incompatibles con la Constitución. Sin embargo, según la doctrina, podríamos declarar la validez de aquellas normas de acción afirmativa, que tiendan a “superar su situación fáctica desfavorable”.

Dicha posición, en mi opinión, es válida y coherente con nuestro texto constitucional que tiende a la igualdad de oportunidades en todos los

campos y para todas las personas. No obstante, la necesidad de protección a la madre trabajadora, se convierte en necesidad insoslayable, puesto que “(...) si bien la tendencia y los reclamos feministas insisten en la supresión de normas privilegiadas en favor de las mujeres, ninguna de esas líneas llega a suprimir la protección en ocasión de la maternidad o con motivo de ella.” Las normas que pudieran dictarse respecto de su situación en ocasión de ser madres, no podrían considerarse discriminatorias, sino necesarias por razones eugenésicas y sociales, amparadas más por la seguridad social que por el derecho del trabajo.

En conclusión, el ámbito protector al cual es necesario remitirse en caso de la trabajadora mujer, es aquel relativo a su condición de madre y en cuanto deriven del alumbramiento y crianza de los hijos. Estas circunstancias diferenciales justifican los derechos especiales tales como: la necesidad del descanso obligatorio con motivo de la maternidad y la protección frente a la posibilidad de despido en razón de dicha circunstancia y los permisos por lactancia.

2.2.2.5.4. Principio de igualdad y no discriminación

De acuerdo al tratadista Boza¹⁷ el principio de igualdad no impide un trato diferenciado. Lo que no permite es un trato discriminatorio fundado en causas subjetivas o arbitrarias. Por ello, si en determinado supuesto, dos o más trabajadores se enfrentan a circunstancias que objetivamente son

¹⁷ BOZA PRO, Guillermo. “*Los Principios del Derecho del Trabajo en la Nueva Constitución*”. En: Asesoría Laboral. Enero 1994, p.36

disímiles, sí sería posible un trato desigual entre ellos puesto que en tal situación se rompe la paridad que sirva de sustrato para la aplicación del principio

2.2.2.5.5. Libertad y elección de trabajo

El derecho del trabajo se estructura en torno a una relación jurídica en particular: la relación de trabajo que tiene como características la de ser humano, productivo, personal, libre, subordinado, por cuenta ajena y remunerado. El trabajo humano, productivo y personal, debe adicionalmente ser un trabajo LIBRE, es decir, realizado en el marco de una relación nacida de un libre acuerdo de voluntades: el contrato de trabajo. Nadie podrá apropiarse del trabajo de otro. Habiendo sido superadas las etapas de la esclavitud y servidumbre, la actividad objeto del derecho del trabajo debe ser prestada voluntariamente.

Esta libertad o voluntariedad en la prestación del trabajo no se ve afectada por el hecho de que la propia Constitución se refiere a que “el trabajo es un deber...”, declaración que, lejos de pretender imponer una actividad laboral coactiva, se limita a enunciar una mera responsabilidad social (como establece la Constitución nicaragüense) o, aun mejor, “moral”, es decir, no jurídica, tal como se ha explicado anteriormente. Esta libertad con la que se aviene el trabajador es la base sobre la cual se construye válidamente el contrato de trabajo y lo que justifica la entrada al ámbito disciplinario del empleador.

2.2.2.5.6. Salario social

El salario social es aquella remuneración que, atendiendo la cantidad y calidad de trabajo prestado (carácter equitativo) cubra los requerimientos materiales de una familia de modo suficiente. Como puede verse, sin embargo, aquí es necesario tener cuidado de distinguir dos ramas del Derecho claramente diferenciadas: El Derecho del trabajo y el Derecho de la seguridad social. Para el Derecho del trabajo es una línea de política económica y social. Para el Derecho de la seguridad social, por el contrario, muchos de los supuestos que diferencian el salario puro y simple del salario social son contingencias a cubrir por el sistema de seguridad social (con su carácter de derecho progresivo).

En dos constituciones europeas se le considera como salario social y en tres como salario social familiar. En seis constituciones latinoamericanas se le considera como salario social familiar y en cinco como salario mínimo y salario social familiar. El salario social está incorporado en los instrumentos jurídicos supranacionales de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en los de la Organización de Estados Americanos y en la Unión Europea.

2.2.2.5.7. Jornada de trabajo

La jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador diariamente está a disposición del empleador para prestar su labor o cumplir con las obligaciones que le señala el contrato de trabajo. Constituye el

tiempo diario que un ser humano puede dedicarse a trabajar sin afectar su salud física o psicológica. Luego de muchos años de lucha se logró establecer la jornada de trabajo en ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales. Las Constituciones europeas solo mencionan directamente el tema en cinco (España, Italia, Malta, Portugal y Vaticano) señalando que la legislación establecerá el número de horas que constituye la jornada de trabajo.

2.2.2.5.8. Descanso semanal, vacaciones y feriados

La necesidad de preservar una serie de bienes jurídicos y valores lleva al derecho del trabajo a establecer “descansos” y “licencias”, es decir, periodos durante los cuales el trabajador no está obligado a poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo. Por descansos se entiende aquellos periodos de inactividad del trabajador cuya finalidad está en permitir a este recuperar sus fuerzas, y, en su caso, posibilitar una mayor unión familiar. De tal modo que se pueden tener descansos que se intercalan en la jornada de trabajo, o descansos mínimos entre jornada y jornada. Dichos descansos, como sostuve anteriormente, no son remunerados. Otros, como el descanso semanal y el descanso anual o “vacaciones” sí lo son.

2.2.2.5.9. Libertad sindical

La Constitución de 1979 contenía este concepto en el artículo 42 “A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución.” La redacción incurría en el error de reiterar el

concepto de falta de libertad al referirse a “obligar a prestar trabajo” en cuyo caso es evidente que se atenta contra el libre consentimiento si la persona es obligada a trabajar. En este sentido, la Constitución de 1993 ha recogido el mismo concepto pero con una mejor redacción. El artículo 23 establece “Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”. Además, en el artículo 2, inciso 15 se señala “Toda persona tiene derecho: (...) a trabajar libremente, con sujeción a ley”.

En mérito a los fundamentos expuestos considero que la redacción más adecuada por el derecho a la libertad de trabajo y de elección debe ser.

2.2.2.5.10. Convenios colectivos de trabajo

El derecho colectivo de trabajo es la rama del derecho del trabajo que regula la organización de las asociaciones profesionales de trabajadores y empleadores, sus convenios, conflictos y medios de solución de los mismos. Está basado en tres instituciones fundamentales: el sindicato, la negociación colectiva y la huelga. La Constitución de 1993, en el artículo 28, en primer término, establece que el Estado reconoce estos tres derechos fundamentales del derecho colectivo del trabajo. Además, señala que el Estado cautela el ejercicio democrático de estos derechos. Democrático es el sistema en el cual las personas intervienen en las decisiones y gobiernan. Dictadura es el gobierno sin la participación popular y ajena a las normas constitucionales.

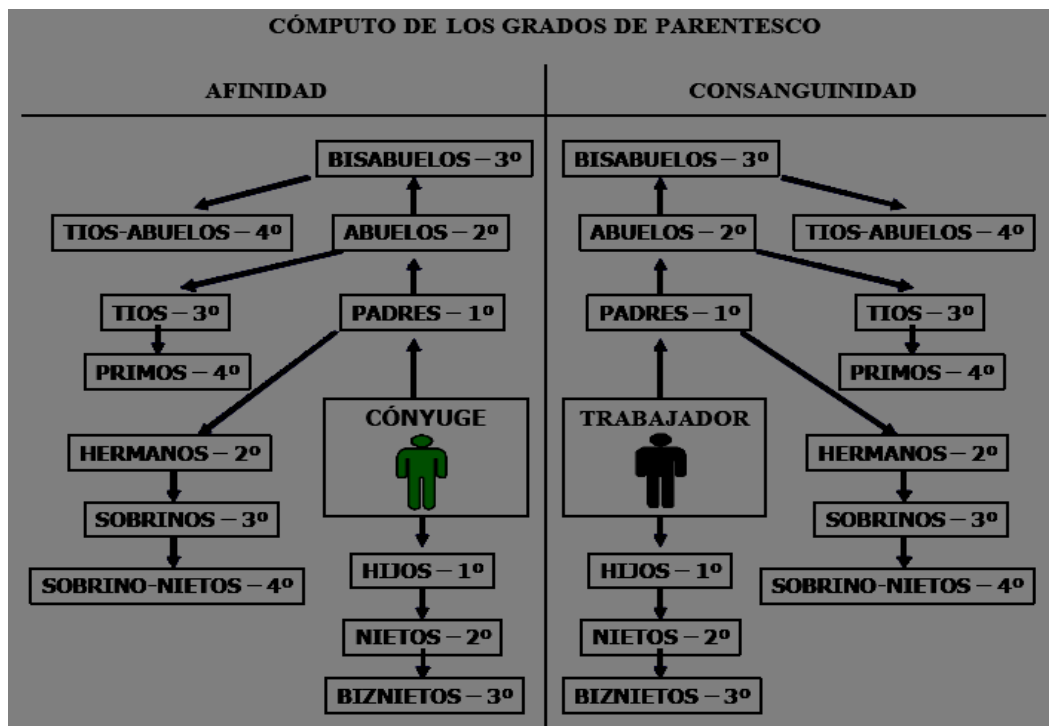
La moderna doctrina enseña que no es factible definir con precisión la libertad sindical por cuanto se trata de un concepto en proceso de evolución

y dinámico por excelencia. Cualquier definición sólo recogerá aspectos parciales de su rico contenido. Por razones exclusivamente didácticas diremos que la libertad sindical comprende la libertad de constituir organizaciones sindicales y de adherirse o no a ellas, y la libertad de ejercitar las actividades propias a su naturaleza.

2.2.2.6. Restricciones al trabajo por Incompatibilidad por Razón de Parentesco en la Corte Superior de Justicia de Ancash

En el proceso de selección de personal dentro del Poder Judicial y el Ministerio Público, normalmente se convoca con las siguientes restricciones: a. No haber sido sancionado con medida disciplinaria en los seis (06) meses anteriores a la fecha en que presenta su postulación. *b. No incurrir en incompatibilidad por razón del parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad por matrimonio y unión de hecho, previsto en el artículo 42° de la Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial.* c. En caso de ser ex trabajador de alguna entidad de la administración pública, no haberse extinguido el vínculo laboral por causal de despido o destitución; renuncia con incentivos o, en caso de haberse retirado voluntariamente, no tener registrado en su legajo personal una observación o recomendación negativa escrita por el órgano de control interno o quien haga sus veces.

En este sentido, es preciso graficar las restricciones laborales por razón de parentesco, las mismas que se precisa a continuación.



2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

- **DERECHOS HUMANOS.-** Conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional¹⁸.
- **DERECHO DE IGUALDAD.-** Constitucionalmente la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un estándar básico del contenido de la dignidad humana. En esta línea, la igualdad a que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona -minimum de humanidad respecto del cual

¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos 7ª ed.; 1998, p. 23.

no cabe distinciones¹⁹, y que es merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes.

- **DOCTRINA.-** Involucra el conjunto de escritos de los juristas, que, hechos con finalidad teórica, aspiran a una mejor comprensión y aplicación del derecho.²⁰
- **GARANTIAS CONSTITUCIONALES.-** Constituyen los instrumentos procesales protectores para la defensa del ordenamiento constitucional. Artículos de la parte dogmática de la constitución sobre los derechos y libertades del ciudadano, que se consideran fundamentales en dicho ordenamiento constitucional²¹.
- **JURISPRUDENCIA.-** Es el conjunto de fallos emanados de los órganos jurisdiccionales, que sirven para regir la solución de un número indefinido de casos semejantes que pudiesen presentarse. En puridad, lo sustancial de la jurisprudencia consiste en encontrar aquellos principios y criterios sustentarios de la actividad creadora del juez formalizado en la expedición de una resolución.²²
- **LEGISLACIÓN.-** La ley es la norma escrita, de carácter general, que emana de los órganos políticos del Estado y se presumen fundada en una necesidad común relativa a la convivencia. En puridad, alude a una prescripción escrita

¹⁹ Cfr. Petzold-Pernía, Hermann. La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana. En: "Anuario de Filosofía Jurídico Social", N° 1 O, Argentina, 1990. pp. 211-212, Citada en la Constitución Comentada de 1993/Análisis Artículo por Artículo, T.I, Director Gutiérrez Walter, Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2006.

²⁰ GARCÍA TOMA, Víctor. Introducción a las ciencias jurídicas. Lima: Jurista editores, 2007, p. 264

²¹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Diccionario de Derecho Constitucional*. Lima, Edit. San Marcos, p. 121.

²² GARCÍA TOMA, Víctor. Op.cit., p. 256

y dictada por un órgano estatal competente, conforme a un procedimiento prefijado, por el cual se manda, prohíbe o penaliza alguna conducta.²³

- **LIBERTAD DE TRABAJO.-** La Libertad de trabajo consiste en el derecho de toda persona a decidir si trabaja o no, en qué actividad y para quién. Es, por consiguiente, contrario a ella, tanto obligar a un individuo o prestar un servicio, como impedirle desempeñar una actividad determinada. Esta proclamada en nuestra constitución y por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, el pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre y el protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales²⁴.
- **NEPOTISMO.-** Se conoce como nepotismo a la predilección exagerada que algunos funcionarios en actividad que ocupan cargos públicos poseen respecto a su familia, allegados y amigos a la hora de realizar concesiones o contratar empleados estatales. En estos casos, el individuo que accede a un empleo público logra el objetivo por su cercanía y lealtad al gobernante o funcionario en cuestión, y no por mérito propio o capacidad.
- **PARENTESCO.-** El parentesco es una ligazón que une dos o más personas naturales. Es el vínculo jurídico que existe entre dos personas naturales bien porque una descende de la otra, bien porque ambas descienden de un ascendiente común (parentesco por consanguinidad), bien porque la otra es pariente por consanguinidad del conyugue de la otra (parentesco por afinidad)

²³ Ibid. p. 238.

²⁴ NEVES MUJICA, Javier. *“Introducción al Derecho Laboral”*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición. Lima – Perú, 2007, p. 22.

o bien porque entre ellas se ha creado un parentesco que no coincide con la realidad biológica (parentesco por adopción).

- **TRABAJO.-** Cuando hablamos de trabajo, nos referimos a una actividad Humana, individual o colectiva, de carácter social, complejo, dinámico, cambiante e irreducible a una simple respuesta instintiva al imperativo biológico de la supervivencia material. Se distingue de cualquier otro tipo de práctica animal por su naturaleza reflexiva, consiente, propositiva, estratégica, instrumental y moral²⁵.

²⁵ BLANCH RIBAS, Josep, ESPUNY TOMAS, María Jesus, GALA DURÁN, Carolina y MARTÍN ARTILES, Antonio. “Teoría de las Relaciones Laborales. Fundamentos”. Editorial UOC. Primera edición. Aragón: Barcelona, 2003, pp. 34-35.

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultados Doctrinarios

3.1.1. Derechos humanos y derecho de trabajo

Desde que en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se proclamó que toda persona tiene derecho al trabajo; a la libre elección de su trabajo; a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo; a igual salario por trabajo igual; a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure a la o el trabajador, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana; y el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses, quedó signada con mucha claridad la consideración de que un grupo básico de derechos laborales eran indispensables para avanzar en el respeto a la dignidad y el desarrollo pleno del ser humano. Si no se hubieran establecido principios y estándares internacionales que regularan su acceso igualitario al trabajo y sus condiciones de desarrollo, algo muy sustancial hubiera faltado en este esfuerzo internacional que resultó de luchas y acuerdos sociales por establecer un núcleo básico de derechos que tiene el ser humano sólo por el hecho de serlo. Desde ese momento, tenemos también ante nosotros los derechos humanos laborales de aspiración universalista.

En ese sentido, desde la perspectiva teórica del italiano Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales, los derechos humanos son derechos fundamentales. La definición que este autor plantea de los derechos fundamentales es de carácter teórico, puramente formal o estructural:

son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas²⁶.

En esa línea teórica, los derechos humanos son derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad

²⁶ Para el desarrollo de este apartado retomaremos a Ferrajoli en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2006. Sobre la definición teórica de derechos fundamentales que Ferrajoli proporciona, él mismo advierte: “es una definición teórica en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enuncados en normas de derecho positivo. En otras palabras, no se trata de una definición dogmática, es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto, como por ejemplo, la Constitución italiana o la española. Conforme con esto, diremos que son fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”, p. 37.

personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación, y las garantías penales y procesales²⁷.

Entre los derechos humanos se localizan los derechos sociales²⁸ y, a su vez, un grupo importante de derechos laborales está incluido en esta categoría. De esta manera, ese selecto grupo de derechos laborales²⁹ es de derechos humanos y, por lo tanto, de derechos fundamentales, considerados así cada vez con más fuerza por la doctrina y el conjunto de tratados y convenciones en la materia.

A partir de esta concepción teórica que ubica a los derechos sociales como parte de los derechos fundamentales, podemos alejarnos de la ortodoxia jurídica que, por mucho tiempo, ha considerado los derechos sociales como derechos de segunda categoría, programáticos, declarativos y sin sus correspondientes garantías efectivas. Frente a los derechos civiles y políticos —ubicados también como derechos que protegen la autonomía o las libertades y, cuyo desarrollo de garantías jurídicas para su plena efectividad no ha visto escatimado esfuerzo alguno por parte de teóricos y operadores jurídicos—, los derechos sociales han sido colocados en una

²⁷ Ferrajoli, en esta parte, se refiere a los derechos humanos contenidos en la Constitución italiana, op. cit., p. 40.

²⁸ En esta categoría de derechos se encuentran los llamados desC, derechos económicos, sociales y culturales.

²⁹ Varios autores (Edgren, 1979; Charnovitz 1988; Plá 1994; Ackerman 1994, y otros más citados en Canessa Montejo) han desarrollado su propio listado de derechos laborales que consideran básicos, fundamentales y, por lo tanto, forman lo que denominan el “núcleo duro” de los derechos humanos laborales. No obstante que todos difieren en los derechos que incluyen, la mayoría coincide en mencionar la libertad sindical y la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio. Esa categorización algunos la realizan con base en los mismos convenios y tratados internacionales en derechos humanos que incluyen derechos laborales y, otros, además, la elaboran desde una perspectiva iusfilosófica. Véase el interesante estudio que sobre el tema realiza Miguel F. Canessa Montejo, “Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (coge rights) y ius cogens laboral”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 72, Madrid, 2008.

permanente minoría de edad, debido a interpretaciones ideológicas e históricas sesgadas³⁰.

Algunos de los supuestos equívocos más comunes, de los que se ha partido para ubicar los derechos sociales como derechos incompletos son: 1) que los derechos sociales implican obligaciones positivas para el Estado, a diferencia de los derechos civiles, que sólo requieren de éste una abstención, es decir, obligaciones negativas que no le significan mayor costo económico³¹; 2) que la ausencia de una elaboración técnico-jurídica de garantías es imputable a su naturaleza, identificándolos por este hecho, como derechos no plenos.

Pero, gracias a la elaboración teórica en torno a los derechos fundamentales, se ha contribuido a sacar de esa minoría de edad a los derechos sociales. En ella, los derechos sociales son derechos plenos, sin distinción sustantiva respecto de los civiles y políticos³².

La clave de esta concepción garantista es el carácter universal de la imputación de los derechos, de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares. Así, los derechos sociales son derechos fundamentales porque los sujetos titulares pertenecen a una clase que puede

³⁰ PISARELLO, Gerardo *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007.

³¹ ABRAMOVICH, Víctor et al. (comps.). *Derechos sociales*. Instrucciones de uso, México, Fontamara, 2006, pp. 56-60.

³² Ferrajoli explica que la ausencia de una elaboración técnico-jurídica de garantías de los derechos sociales se debe a un “retraso de las ciencias jurídicas y políticas”, pues no han dedicado a los derechos característicos del Estado social de derecho un esfuerzo teórico garantista equiparable al que se dio a los derechos privilegiados del Estado liberal de derecho. Al no hacerlo, dice el teórico italiano, han dejado el cumplimiento y efectividad de los derechos sociales al amparo de la arbitrariedad estatal y de las presiones sociales de tipo clientelar. Véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 30.

ser cuantificable universalmente, esto es, no hay sujetos excluidos de su protección *per se*, pues pertenecen indistintamente a todos los seres humanos.

En esa lógica, en lo que corresponde al concepto de derechos humanos laborales, se trataría de todos aquellos derechos humanos vinculados al mundo del trabajo cuyo propósito posibilita condiciones mínimas satisfactorias de trabajo. Muchos de éstos están consagrados en pactos y convenios internacionales de derechos humanos, así como en tratados y convenios que desarrollan algún derecho humano laboral contenido en aquéllos y que, en todos los casos, reconocen como titular a la persona humana. Esos pactos, convenios y tratados de derechos humanos que incluyen derechos humanos laborales conforman el bloque de constitucionalidad de cada Estado y los coloca bajo el imperativo de la progresividad y la irreversibilidad, por lo que deben ser interpretados bajo el principio del sentido más favorable³³.

Entre los pactos y convenios internacionales de derechos humanos más relevantes en los que se reconocen derechos humanos laborales, se encuentran la ya mencionada Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), así como los convenios establecidos por la oit, en los cuales se estipula y desarrolla una cantidad importante de derechos humanos

³³ BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del derecho y los derechos humanos laborales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

laborales. En el ámbito regional americano, encontramos más instrumentos internacionales de esa naturaleza (en materia de derechos humanos que incluyen derechos laborales): la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988).

Específicamente, los derechos humanos laborales que se reconocen en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos son los siguientes: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) prohíbe el trabajo forzoso, la esclavitud y la servidumbre (artículo 6°). El derecho al trabajo es reconocido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, artículos 6° y 7°). Por otra parte, el Protocolo de San Salvador, en el artículo 6.1, estipula: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”. De igual forma, en el artículo 7° se regulan las características que debe cumplir el trabajo para que se realice en condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Los requisitos exigidos son: a) la equidad en la remuneración, es decir, a igual trabajo igual remuneración; b) los derechos del trabajador a la promoción, a la estabilidad laboral y a la seguridad e

higiene en el trabajo; c) la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años; d) la limitación de jornada de trabajo; e) el derecho al descanso y al goce del tiempo libre³⁴.

3.1.2. Derechos laborales

Los derechos en el Trabajo o derechos Laborales, están estrechamente relacionados. Se trata de un conjunto de derechos que protegen a las personas que venden su mano de obra, e incluyen³⁵:

- el derecho a condiciones dignas de Trabajo;
- el derecho a un Trabajo libremente escogido o aceptado;
- el derecho a una remuneración adecuada;
- el derecho a la limitación de la jornada y a períodos de descanso remunerado pagado;
- el derecho a igual remuneración por Trabajo de igual valor;
- el derecho a la igualdad en el trato; y
- el derecho a condiciones de Trabajo seguras e higiénicas.

La Corte Constitucional ha asumido diferentes posiciones jurisprudenciales ante el Derecho Laboral, en Colombia, lo que quiere decir, que sobre el marco internacional de los Derechos Humanos laborales, el acceso a estos derechos debe estar precedido de los requisitos mínimos y términos de contratación laboral que auspicien las condiciones dignas y

³⁴ Diccionario iberoamericano de derechos humanos y fundamentales, “Trabajo”, Universidad de Alcalá, disponible en <http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/10>, página consultada el 31 de mayo de 2013.

³⁵ AVENDAÑO MURILLO, Germán Enrique. *El Derecho Laboral como Derecho Humano*. Colombia. Universidad Libre, 2014. p. 3.

justas de todo trabajador. Y Por una parte, si bien el empleador tiene derecho a variar o modificar las condiciones de trabajo, potestad denominada *jus variandi*, tal facultad no es absoluta. En la realización de la potestad se ponderan los derechos y obligaciones que tiene el responsable de la modificación de las condiciones de trabajo y los derechos y obligaciones de la persona en quien recaerá la medida correspondiente.

La realización efectiva de los derechos sociales, económicos y culturales dentro de un Estado social de derecho debe sujetarse preferentemente a los designios de la voluntad democrática, también lo es que la alternativa de la aplicación inmediata por los jueces y tribunales no es del todo ajena a este tipo de derechos. El efectivo goce de los derechos dependerá primordialmente de la conducta que despliegue el Estado en el ámbito interno. En efecto, “no debe ignorarse que sólo la efectiva protección en el ámbito interno puede asegurar la vigencia de los derechos internacionalmente reconocidos”³⁶. La actuación del Poder Judicial, al ser el último garante de los derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento jurídico, deviene fundamental para la tutela real de los derechos y garantías del individuo. En efecto, una tarea clave que deben emprender los activistas es la de promover la aplicación de los tratados de Derechos Humanos por los tribunales nacionales.

³⁶ ABREGÚ, Martín. *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción*, en *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales* (Cels., Del Puerto), 1997.

3.1.3. Principios laborales

Los principios ostentan un mayor grado de indeterminación que las reglas, tanto en su antecedente como en su consecuente. “(...) 2. Los principios son normas de aplicación relativa respecto a las circunstancias de hecho que se invoquen. 3. Los principios en su aplicación están sujetos al principio de proporcionalidad y al método de la ponderación. 4. Los principios se presentan bajo la estructura de argumentos normativos, de cuyas características de aceptación y reiteración derivan su validez. 5. Los principios se identifican por vía de la interpretación.³⁷”

Es casi una obviedad aclarar que hay principios comunes a todo el ordenamiento jurídico, mientras que existen otros que rigen exclusivamente en alguna rama del Derecho en particular. De ese modo, si aquéllos cumplen un papel fundamental en la sistematización del Derecho en su conjunto, los principios específicos de cada una de sus ramas contribuyen decisivamente a asegurar la coherencia, identidad y autonomía de ellas.

Si la existencia de principios propios es uno de los elementos imprescindibles para determinar la autonomía de cualquier disciplina jurídica, toda vez que aquellos demarcan las líneas maestras que la individualizan, separándola de las demás que componen el universo del Derecho, el Derecho del Trabajo cumple acabadamente con tal característica, toda vez que, indiscutiblemente, cuenta con diversos

³⁷ GOYES, Isabel y HIDALGO, Monica. (2007). *“Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales”*. Pasto. Universidad de Nariño. Segunda Edición, 2007, p.32.

principios que afirman su especificidad. Ello no implica, claro está, que los principios generales del Derecho dejen de ser aplicables al Derecho del Trabajo, sino que lo serán en tanto y en cuanto resulten compatibles con las reglas y principios específicos de esta disciplina³⁸.

3.1.3.1. Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad reconocido en todos los instrumentos jurídicos de derechos humanos es de mención especial en el derecho del trabajo. La relación de trabajo es quizá la más expuesta a tratos discriminatorios por lo que el reconocimiento del principio de igualdad tiene especial trascendencia en esta disciplina jurídica. No obstante, es posible hacer distinciones cuando estamos frente a hechos no equiparables o justificaciones objetivas, siempre que no se asuman actitudes arbitrarias. En estas situaciones pueden establecerse diferencias pero basadas en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, no atentan contra el principio de igualdad las diferencias establecidas en mérito a las calificaciones profesionales, naturaleza de la labor desempeñada, rendimiento, capacidad, etc. Sin embargo, existirá discriminación cuando se trata de establecer diferencias de trato en supuestos semejantes o cuando, tratándose de supuestos diferentes, se establecen condiciones desproporcionadas.

³⁸ MARTIN VALVERDE, Antonio, “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos”, en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LOPEZ CUMBRE, Lourdes (directores), “Los principios del Derecho del Trabajo”, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, p. 59.

Se violará el principio de igualdad cuando no existan motivos razonables para tratamientos desiguales. El trato especial se justificará y no atentará contra el principio referido si se otorga en mérito a características particulares del trabajador tales como su capacidad, esfuerzo, dedicación, especialidad u otras. Tal como señala la doctrina, no hay mayor desigualdad que la de igual trato a los desiguales. Es por ello que en la relación del trabajo tiene gran dificultad la justa igualación de los iguales y la justa diferenciación de los desiguales. Todos los seres humanos somos diferentes, sin embargo, existen identificaciones básicas que deben determinar el trato igualitario, así como diferencias que permiten distinciones laborales.

“(...) es importante señalar que el principio de igualdad no impide un trato diferenciado. Lo que no permite es un trato discriminatorio fundado en causas subjetivas o arbitrarias. Por ello, si en determinado supuesto, dos o más trabajadores se enfrentan a circunstancias que objetivamente son disímiles, sí sería posible un trato desigual entre ellos puesto que en tal situación se rompe la paridad que sirva de sustrato para la aplicación del principio”³⁹.

³⁹ BOZA, Guillermo. *Los Principios del Derecho del Trabajo en la Nueva Constitución*. En: Asesoría Laboral. Enero 1994, p.36.

3.1.3.2. Libertad y elección de trabajo

El trabajo es la actividad desarrollada por el ser humano para transformar las cosas y conferirles un valor a él inherente y factor indispensable para el desarrollo de la civilización. El trabajo importa solamente como quehacer del ser humano y se distingue del esfuerzo irracional de los animales y del movimiento de una máquina.

El derecho del trabajo se estructura en torno a una relación jurídica en particular: la relación de trabajo que tiene como características la de ser humano, productivo, personal, libre, subordinado, por cuenta ajena y remunerado. El trabajo humano, productivo y personal, debe adicionalmente ser un trabajo LIBRE, es decir, realizado en el marco de una relación nacida de un libre acuerdo de voluntades: el contrato de trabajo. Nadie podrá apropiarse del trabajo de otro. Habiendo sido superadas las etapas de la esclavitud y servidumbre, la actividad objeto del derecho del trabajo debe ser prestada voluntariamente.

Esta libertad o voluntariedad en la prestación del trabajo no se ve afectada por el hecho de que la propia Constitución se refiere a que “el trabajo es un deber...”, declaración que, lejos de pretender imponer una actividad laboral coactiva, se limita a enunciar una mera responsabilidad social (como establece la Constitución nicaragüense) o, aun mejor, “moral”, es decir, no jurídica, tal como se ha explicado anteriormente. Esta libertad con la que se aviene el trabajador es la

base sobre la cual se construye válidamente el contrato de trabajo y lo que justifica la entrada al ámbito disciplinario del empleador.

“tal voluntariedad no se limita, (...) al puro acto de celebración del contrato, que evidentemente ha de concertarse libremente, sino que se extiende a otros aspectos de la vida de la relación contractual: así, al trabajador le está vedado comprometer su prestación laboral con carácter vitalicio que (...) destruiría su libertad de resolver el contrato y le sumiría de hecho en una situación de servidumbre; así también, el trabajador, como complemento de esta prohibición de contratar de por vida, puede desistirse en cualquier momento de continuar su relación laboral, dando por extinguido el contrato sin otra obligación que la de preavisar (...)”⁴⁰

El principio de libertad y elección del trabajo está incorporado en la mayoría de instrumentos jurídicos supranacionales.

3.1.4. Derecho al Libre Desarrollo social y económico

El derecho del libre desarrollo de la personalidad se encuentra habitualmente incorporado en los textos constitucionales y en diversos instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos. El libre desarrollo de la personalidad representa la consagración jurídica del principio de autonomía individual. Como tal, impone el establecimiento de unas políticas públicas orientadas a la eliminación de los

⁴⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 11ma. Ed.1990, p.35.

condicionamientos económicos y sociales y a la reducción en lo posible de los condicionamientos culturales.

3.1.5. Derecho al Bienestar General

El **Bienestar General**, es entendido como: “(...) un estado dinámico en el cual el individuo puede desarrollar su potencial, trabajar productiva y creativamente, construir relaciones sólidas y positivas con otros, y contribuir a su comunidad. El bienestar aumenta cuando un individuo puede cumplir sus metas personales y sociales y alcanzar un propósito en la sociedad”.⁴¹

Se identifica “...el bienestar con una serie de *necesidades* objetivas, como salud, educación, ingresos, libertad política, etc. Asume que las personas que logran satisfacer estas necesidades experimentarán bienestar. En este sentido, puede considerarse similar a la postura anterior, pero incluye un mayor rango de necesidades”.⁴²

3.2. Resultados normativos

3.2.1. En el Derecho comparado

Encontramos los instrumentos jurídicos supranacionales más importantes en los que se incorporan derechos sociales. Se tomaron en cuenta los Pactos, Declaraciones, Convenciones, Cartas y Declaraciones de la Organización de Naciones Unidas (ONU), de la Organización de Estados

⁴¹ SEMPER, Joaquim, ACOSTA, Alberto, ABDALLAH, Saamah y ORTÍ, Mario. *Enfoques del buen vivir*. Madrid, Edit. CIIP-Ecosocial, 2010, p. 34.

⁴² Ibid. p. 32

Americanos (OEA), de la Unión Europea (UE) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). A continuación presento los derechos laborales extraídos de los instrumentos referidos, siguiendo el mismo orden establecidos en quince derechos comunes de las constituciones europeas y latinoamericanas.

▪ **Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.)**

Destacan la **Declaración Universal de Derechos**, aprobada por la Asamblea General en su resolución del 10 de diciembre de 1948.

Los derechos laborales incluidos en la Declaración Universal de Derechos humanos son:

- ✓ El derecho al trabajo.
- ✓ Principio de igualdad y no discriminación
- ✓ Libertad y elección del trabajo
- ✓ Remuneración equitativa y satisfactoria. Salario social.
- ✓ Limitación de la duración del trabajo. Jornada de trabajo.
- ✓ Descanso y vacaciones.
- ✓ Libertad de fundar sindicatos y sindicarse. Libertad sindical.

Asimismo, encontramos el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigencia: 3 de enero de 1976.

Ratificado por el Perú mediante Decreto Ley No. 22129 del 28 de marzo de 1978.

Los derechos laborales incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son:

- ✓ El derecho al trabajo
- ✓ Principio de igualdad y no discriminación.
- ✓ Libertad y elección del trabajo.
- ✓ Salario equitativo para condiciones dignas de existencia.
Salario social.
- ✓ Limitación razonable de las horas de trabajo. Jornada de trabajo.
- ✓ Descanso y vacaciones pagadas.
- ✓ Seguridad e higiene en el trabajo.
- ✓ El derecho a fundar sindicatos, afiliarse, formar federaciones y confederaciones. Libertad sindical.
- ✓ El derecho de huelga.

También destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigencia: 23 de marzo de 1976.

Los derechos laborales incluidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos son: Derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos.

▪ **Organización de Estados Americanos (O.E.A.)**

Destacan el **Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”**, aprobados el 17 de Noviembre de 1988 en la ciudad de San Salvador. Aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 26448 del 27 de Diciembre de 1994.

Los derechos laborales incluidos en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales son:

- ✓ El derecho al trabajo.
- ✓ Protección a la madre trabajadora.
- ✓ Protección al menor de edad.
- ✓ Principio de igualdad y no discriminación
- ✓ Libertad y elección del trabajo.
- ✓ Remuneración en condiciones que asegure subsistencia digna y decorosa para el trabajador y su familia. Salario social.
- ✓ Límite razonable a las horas de trabajo. Jornada laboral.
- ✓ Descanso, vacaciones y feriados.
- ✓ Capacitación técnico-profesional. Formación profesional.
- ✓ El derecho a organizar sindicatos, afiliarse, formar federaciones y confederaciones. Libertad sindical.

- ✓ El derecho a la huelga.
- ✓ La seguridad e higiene en el trabajo.
- ✓ “La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido justificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.”

▪ **Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)**

Destacan Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo

Declaración aprobada en junio de 1998 por los representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores. Reunidos en la Conferencia Internacional del Trabajo.

Los derechos laborales incluidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo son:

“Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los

principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) La abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”⁴³

Ocho convenios de la OIT han sido calificados por su Consejo de Administración, como convenios fundamentales para los derechos de quienes trabajan, independientemente del nivel de desarrollo de cada Estado miembro. Estos derechos se anteponen a los demás porque proporcionan los instrumentos necesarios para luchar libremente por la mejora de las condiciones de trabajo individuales y colectivas.

En consecuencia, existen ocho convenios de la Organización Internacional del Trabajo que esta organización considera comprenden los derechos fundamentales en materia laboral:

⁴³ Texto de la declaración consignada con el número dos de la Declaración de la OIT de junio de 1998.

- ✓ Convenio 28 : sobre el trabajo forzoso
- ✓ Convenio 87 : sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicalización
- ✓ Convenio 98 : sobre el derecho de sindicalización y negociación colectiva
- ✓ Convenio 100 : sobre la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres.
- ✓ Convenio 105 : sobre la eliminación del trabajo forzoso.
- ✓ Convenio 111 : sobre la discriminación en el empleo u ocupación.
- ✓ Convenio 138 : sobre la edad mínima para trabajar.
- ✓ Convenio 182 : sobre las peores formas de trabajo infantil.

Se pueden también clasificar los ocho convenios referidos conforme a los cuatro derechos fundamentales en materia de trabajo.

Libertad Sindical

- ✓ Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)
- ✓ Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)

Abolición del trabajo forzoso

- ✓ Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)

- ✓ Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (número 105)

Igualdad

- ✓ Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (número 111)
- ✓ Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (número 100).

3.2.1.1. Respeto a la igualdad ante la ley

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Artículo 7º establece:

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

3.2.1.2. Respeto al libre desarrollo de la personalidad

El libre desarrollo de la personalidad no es un mero ideal social jurídicamente irrelevante. Constituye una fórmula jurídica reconocida habitualmente a nivel constitucional que como tal, irradia el conjunto del ordenamiento jurídico, proyectando su acción sobre las diferentes ramas del derecho.

La Declaración Universal de Derechos Humanos utiliza simultáneamente la fórmula del libre y del pleno desarrollo de la personalidad como podemos observar por un lado en el artículo 26.2, cuando indica que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”, y por otro lado en el artículo 29.1, al expresar que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

Aunque la Declaración Universal de los Derechos Humanos no constituye derecho positivo directamente aplicable, ejerce un papel simbólico muy relevante inspirando la legislación de los distintos Estados democráticos, configurándose además como un criterio de interpretación muy significativo a la hora de comprender el sentido exacto que habría de atribuirse a las declaraciones de derechos contenidas en los textos constitucionales. Los derechos constitucionales son así habitualmente entendidos en la clave que proporciona el enunciado de la Declaración Universal. En este sentido, la mención al libre y al pleno desarrollo de la personalidad que contiene la Declaración Universal de Derechos Humanos entendemos que es especialmente apropiada como instrumento idóneo para la captación del significado de la fórmula jurídica del libre desarrollo de la personalidad.

La Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 es comúnmente entendida como una expresión fidedigna del libre desarrollo de la personalidad dentro del contexto de la dignidad humana como presupuesto básico. Su artículo 2.1 señala que “todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que con ello no vulneren los derechos de otro, ni atenten al orden constitucional o a la ley moral”. Aunque esta formulación del libre desarrollo de la personalidad resulta en principio independiente de la idea de la dignidad humana, sin embargo, la conexión entre ambas fórmulas jurídicas salta a la vista, puesto que el artículo 1.1 de ese mismo texto constitucional señala que “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

La Constitución de la República italiana de 1947 alude al pleno desarrollo de la personalidad en el segundo párrafo del artículo 3, cuando expresa que “es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país”. Esta declaración constitucional es significativa por lo que tiene de implicación de la función promocional del derecho con miras a la realización del pleno desarrollo de la personalidad.

La Constitución de Portugal de 1976 en su artículo 26 señala que: “1. Se reconoce a todos el derecho a la identidad personal, al desarrollo de la

personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar y a la protección legal contra cualesquiera formas de discriminación. 2. La ley establecerá garantías efectivas contra la utilización abusiva, o contraria a la dignidad humana, de informaciones relativas a las personas y a las familias. 3. La ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, especialmente en la creación, desarrollo y utilización de la tecnología y en la experimentación científica”. La referencia a la Constitución portuguesa, cobra un sentido particularmente significativo con la conexión que parece establecer en los números 1 y 3 de su artículo 26, entre los principios o valores que representan la dignidad personal y el desarrollo de la personalidad. Pero también, sobre todo, porque se alude al desarrollo de la personalidad sin mayores calificativos, lo que haría pensar en una fórmula única de desarrollo de la personalidad, perdiendo sentido entonces la caracterización del mismo como desarrollo libre o pleno.

Por otro lado, El artículo 16 de la Constitución Política de la República de Colombia (1991) establece: “Todas las personas tienen el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin mas limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”

Tal disposición se incorpora por primera vez en la Constitución colombiana formando parte del Capítulo I relativo a los derechos fundamentales, constituyendo éste el punto inicial para la revisión y análisis

jurisprudencial que se presenta, ello dentro de la consagración constitucional de Colombia como un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista que se funda en el respeto a la dignidad humana (Artículo 1).

La Corte colombiana ha confirmado reiteradamente el status de derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, en efecto la propia Constitución estableció que el mismo es un derecho fundamental, pero de naturaleza compleja. En este sentido la sentencia T-097/94 dictaminó lo siguiente:

Entre las innovaciones de la Constitución política de 1991, tienen especial relevancia aquellas referidas a la protección del fuero interno de la persona. Es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) el derecho a la intimidad y al buen nombre (art. 15). **El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales;** y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social.

3.2.2. En el Derecho nacional

Para poder establecer los derechos que tendrían jerarquía constitucional en la Constitución de 1993 se tomó en cuenta la doctrina, los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos y, especialmente, los temas propuestos por los especialistas peruanos en diversas publicaciones.

“Al respecto debe indicarse que no existe acuerdo en la doctrina laboralista sobre los derechos laborales que deben ser considerados como derechos fundamentales. En esta materia, tradicionalmente la OIT sólo ha considerado como Derechos Humanos, a sus Convenios referidos a la libertad sindical, la igualdad y no discriminación, y al trabajo forzoso. Esta posición restrictiva ha sido ampliada en la 75ta. Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 1988, donde se acordó definir el campo de actuación de la OIT en función de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que se referían a:

1. Libertad sindical.
2. Libertad de trabajo.
3. Eliminación de la discriminación y promoción de la igualdad de oportunidades.
4. Derecho al trabajo.
5. Derecho a un ingreso mínimo.
6. Derecho a la seguridad social.
7. Derecho a condiciones de trabajo y de vida satisfactoria.

8. La participación de los individuos en la medida para fomentar y salvaguardar los derechos humanos”⁴⁴.

Asimismo, se revisaron las propuestas efectuadas por abogados en diferentes publicaciones habiendo obtenido la relación temática comparativa siguiente:

“No obstante, para que tal sociedad pluralista pueda tener viabilidad, es necesario que la Constitución reconozca determinados derechos, como el trabajo, el empleo, la igualdad o no discriminación, el salario, la seguridad e higiene, el descanso, las vacaciones, la protección contra el despido arbitrario, entre otros, que son precisamente intereses de naturaleza individual de los trabajadores subordinados.

Pero tal protección debe ir acompañada de determinados derechos colectivos o instrumentales en favor de los trabajadores en cuanto a grupo o clase social. Así, la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, el derecho de participación en las empresas y el derecho a la huelga. Estos derechos están destinados justamente a mantener el equilibrio dentro de una sociedad pluralista.”⁴⁵

El destacado laboralista peruano Dr. Carlos Blancas Bustamante también presenta una relación de aquellos derechos laborales que considera fundamentales:

⁴⁴ CARRILLO CALLE, Martín. *Los Derechos Laborales Fundamentales. Normas Mínimas Internacionales. Constitución, Trabajo y Seguridad Social*. Lima, ADEC-ATC, p.42

⁴⁵ CIUDAD REYNAUD, Adolfo. *El Derecho Constitucional del Trabajo. Análisis Laboral*. Enero de 1993. p. 20.

“En efecto, en el campo del derecho individual del trabajo, las normas referentes al salario justo y la remuneración mínima vital, jornada máxima de trabajo, pago de horas extraordinarias, descanso semanal, vacaciones y compensación por tiempo de servicios son casi el “piso” de una legislación protectora del trabajador, y como tal están virtualmente consagradas por las normas internacionales del trabajo emanadas de los convenios de la OIT con pretensión de validez universal. En este ámbito, es, sin duda, el derecho a la estabilidad laboral aquel que concita las mayores polémicas y enconos, (...) caso de las asignaciones familiares, el derecho de huelga, la protección de la madre trabajadora, la higiene y seguridad en el trabajo, la causa justa de despido, el procedimiento de la negociación colectiva y la participación en la empresa, (...) principios del derecho laboral enunciados por la Constitución como lo son el protector, la igualdad de trato, la irrenunciabilidad de derechos y el in dubio pro operario”⁴⁶.

Además, de acuerdo con la Constitución de 1993, solo los derechos enunciados en el Capítulo I del Título I son considerados Derechos Fundamentales de la Persona.

El derecho de estabilidad laboral sigue siendo un derecho fundamental. Porque la relación de derechos que aparece en el Capítulo I del Título I de la Constitución no es taxativa. El artículo 3° del propio Capítulo I señala que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza (...)” Y como el

⁴⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La Reforma Constitucional y el Derecho del Trabajo*. Lima, Asesoría Laboral. Año III, No. 26, Febrero 1993, p.12.

derecho de estabilidad laboral, al estar inserto en la Constitución es un derecho fundamental.

Un derecho fundamental encuentra su fundamento es ser un derecho cuestionado, determinado ideológica, teórica e históricamente con la dignidad y la libertad de la persona humana.

Además, la Carta Magna Peruana de 1993 no establece ningún trato diferencial a los derechos económicos y sociales con relación a los que aparecen en el Título I de la propia Constitución –es decir, catalogados como fundamentales-. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son protegidos por la Acción de Amparo.

Por otro lado, en la Constitución de 1993 aparecen las remuneraciones, las jornadas de trabajo, los descansos remunerados, la participación en la empresa, protección contra el despido, la libertad sindical, la huelga y la negociación colectiva. No aparecen en la actual Constitución: la compensación por tiempo de servicios, las gratificaciones, las asignaciones familiares, la prescripción para iniciar demandas laborales, etc. Las mismas que son reguladas por normas de nivel legal.

Además de la estabilidad laboral, la Carta Magna Peruana de 1993 reconoce en su artículo 24° “Los trabajadores tienen derecho a una remuneración equitativa y suficiente para él y su familia, se reconoce el privilegio salarial al establecer que la remuneración y los beneficios

laborales sociales de los trabajadores tienen prioridad sobre cualquier otro adeudo del empleador.

El término remuneración equitativa y suficiente tiene un contenido ambiguo, genérico e impreciso y que se diferencia de la remuneración mínima vital.

El artículo 29° de la Constitución señala que se reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades y promueve otras formas de participación.

3.2.3. Normatividad referida al objeto de estudio: Impedimento laboral por razón de parentesco

3.2.3.1. Ley de la Carrera Judicial - Ley N° 29277

En el Capítulo III referido a las prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades, encontramos:

Artículo 42.- Incompatibilidades

Hay incompatibilidad por razón del parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho:

- 1) Entre jueces de la Corte Suprema, entre éstos y los jueces superiores y jueces de los distritos judiciales de la República; así como, con los secretarios y relatores de Sala de la Corte

Suprema y de las Cortes Superiores de la República y con los secretarios de juzgados de los distritos judiciales de la República;

- 2) en el mismo distrito judicial entre jueces superiores y entre éstos y los jueces, secretarios y relatores de sala y secretarios de juzgado; entre jueces y entre éstos y los secretarios y relatores de sala y secretarios de juzgado; y, los secretarios y relatores de sala y secretarios de juzgado entre sí; y,
- 3) entre el personal administrativo y entre éstos y el personal jurisdiccional, perteneciente al mismo distrito judicial.

3.2.3.2. Decreto Supremos N° 021-2000-PCM - Ley que establece prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el Sector Público, en casos de parentesco

Artículo 1.- Ambito de Aplicación

Cuando en el presente Reglamento se menciona la palabra Ley, se entenderá referida a la Ley N° 26771, que establece la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el Sector Público en los casos de parentesco y por razón de matrimonio.

Para efectos de la Ley y el presente Reglamento, entiéndase que el término “Entidad” comprende a todos los órganos y organismos del Estado, entre los que se encuentran comprendidos:

- a. Entidades representativas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial así como sus correspondientes organismos públicos descentralizados;
- b. Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Consejo Nacional de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional;
- c. Los organismos públicos creados por Ley;
- d. Entidades correspondientes a los Gobiernos Regionales y Locales, sus Organismos Descentralizados y Empresas;
- e. Entidades y empresas bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado;

Para todos los efectos del presente reglamento son parte de la “Entidad” los organismos, órganos o empresas que dependan, se encuentren adscritos o hayan sido creados por alguna de las entidades señaladas en los incisos precedentes.

La Ley es aplicable a las mencionadas entidades independientemente de su fuente de financiamiento, incluyendo a las

fuentes de cooperación internacional que deben ser reembolsadas con cargo a la fuente de financiamiento recursos ordinarios

Artículo 2.- Configuración del Acto de Nepotismo

Se configura el acto de nepotismo, descrito en el Artículo 1 de la Ley, cuando los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de la Entidad hayan ejercido su facultad de nombrar o contratar, o hayan realizado injerencia de manera directa o indirecta, en el nombramiento de personal, contratación de servicios no personales o en los respectivos procesos de selección.

Entiéndase por injerencia directa aquella situación en la que el acto de nepotismo se produce dentro de la unidad o dependencia administrativa.

Entiéndase por injerencia indirecta aquella que no estando comprendida en el supuesto contenido en el párrafo anterior, es ejercida por un funcionario de dirección y/o personal de confianza, que sin formar parte de la unidad administrativa en la que se realizó la contratación o el nombramiento tiene, por razón de sus funciones, alguna injerencia en quienes toman o adoptan la decisión de contratar o nombrar en la unidad correspondiente.

Artículo 3.- De las Prohibiciones

Las prohibiciones establecidas por el Art. 1 de la Ley, comprende:

b) La prohibición de ejercer injerencia directa o indirecta en el nombramiento, contratación, procesos de selección de personal, designación de cargos de confianza o en actividades ad honorem o nombramiento de miembros de órganos colegiados.

Las prohibiciones señaladas en el literal a) y b) del presente artículo, son aplicables respecto de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio.

3.3. Resultados Jurisprudenciales

“El derecho al trabajo está reconocido en el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se

trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.⁴⁷”

3.3.1. Respeto a la igualdad ante la ley

“Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.

Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia.

La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria⁴⁸.

El Tribunal Constitucional respecto al derecho a la igualdad como derecho fundamental indica que está consagrada en el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual⁴⁹: “(...) 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 cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de

⁴⁷ Exp. 008-2005-PI/TC

⁴⁸ MARCENARO FRERS, Ricardo Arturo. *Los Derechos Laborales con rango Consitucional*. Lima, Tesis de Maestría en Derecho Consitucional, PUCP para, 2009, p. 156.

⁴⁹ Exp. N.º 03525-2011-PA/TC

una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.” (STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20).

Asimismo, el Tribunal Consitucional⁵⁰ ha establecido que la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(...) 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 cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se está frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (Hernández Martínez, María). “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)”⁵¹.

⁵⁰ EXP. N.º 02835-2010-PA/TC

⁵¹ En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N.º 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre, 1994. pp. 700-701].

Por otro lado, el mismo Tribunal Consitucional en relación al *derecho a la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley*, señala⁵²:

19. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, toda vez que no se proscribire todo tipo de diferencia en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que la igualdad será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (STC N.º 0048-2004-AI/TC, Fundamento 39)

20. A su vez, este Colegiado ha establecido que **el principio-derecho a la igualdad**, reconocido en el artículo 2º, numeral 2) de la Constitución, contiene las siguientes dos facetas: **igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley**. Así, mientras que la primera faceta se configura básicamente como un límite al legislador, la segunda de ellas se manifiesta como un límite al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, y exige que los mismos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales (STC N° 0004-2006-PI/TC, Fundamentos 123-124).

⁵² EXP. N.º 2317-2010-AA/TC

21. Asimismo, es postura reiterada de este Tribunal el concepto de que, para plantear un supuesto de tratamiento discriminatorio basado en la diferencia de las personas, es preciso que se proponga un *tertium comparationis* válido, esto es, un término de comparación que sea suficiente y adecuado, a partir del cual sea posible constatar que, ante situaciones fácticas iguales, uno de los sujetos de la relación ha sufrido un trato diferente, sin mediar razones objetivas y razonables que lo legitimen (STC N.º 4587-2004-AA/TC).

3.3.2. Respecto al Derecho al Libre Desarrollo social y económico

El Tribunal Consitucional señala:

“A juicio del Tribunal Constitucional, sin perder de vista ese principio rector reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, existe un derecho subjetivo fundamental que cobija en su contenido constitucionalmente protegido esta libertad general iusfundamental.

*Tal derecho, como bien lo han advertido las partes de este proceso, es el **derecho al libre desarrollo de la personalidad**. ... éste es un derecho innominado y que, consecuentemente, encontraría su fundamento en el artículo 3º de la Constitución (cfr. STC 0007-2006-PI, F. J. 47), analizadas con mayor detenimiento las cosas, la manifiesta indeterminación de esta cláusula, aconseja a la jurisdicción constitucional –en razón de su carencia de legitimidad democrática directa– a no acudir a ella, a menos que el derecho fundamental cuya esencialidad ética es indiscutida y que es necesario proteger, no derive*

razonablemente de la semántica de los derechos expresamente enumerados por la Norma Fundamental. Y es que si es posible establecer esta razonable relación, la interpretación constitucional que da cuenta de la existencia jurídica del respectivo derecho fundamental, gozará, además, de un mayor margen de legitimidad democrática al encontrar como fuente directa la expresa mención de un derecho por parte del Poder Constituyente en la Norma Fundamental. ...

22. Así las cosas, el Tribunal Constitucional, tal como quedó establecido en la STC 2868-2004-PA, F. J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

Como bien se afirmó en la citada sentencia, “[e]l derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una

comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.” (F. J. 14).

23. *En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquél ente artificial denominado Estado– se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales.*

De esta manera, esta cláusula general de libertad “viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría truncada en favor de la autoridad”, pues lo que exige “es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora. Sin duda, esto no elimina un amplio margen de discrecionalidad, pero sí intenta eliminar la arbitrariedad” (cfr. Prieto, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, ob. cit., p. 259).

24. *En consecuencia, el acto de fumar en tanto manifestación de libertad ejercida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida de que sea respetuoso del principio de proporcionalidad.*

25. *En tal sentido, la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, en tanto restricciones a la libertad de fumar, constituyen, a su vez, restricciones al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Siendo ello así, tales prohibiciones solo resultarán constitucionales en la medida de que sean respetuosas del principio de proporcionalidad”.*⁵³

3.3.3. Resultados respecto a la afectación del Derecho Constitucional al trabajo por razón de parentesco en Ancash

▪ Resolución de Gerencia N° 1836-2013-MP-FN-GECPH del 14 de agosto de 2013

Visto: El informe N° 007-2013-MP-FN-GECPH-EQP de fecha 20 de junio de 2013 del Área de procesos Administrativos Disciplinarios respecto al desplazamiento en calidad de Rotación del servidor Joel Zorrilla Lizardo, Asistente en función Fiscal de la 2da. Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huari, Distrito Fiscal de Ancash, por

⁵³ EXP. N.º 00032-2010-PI/TC

preentar incompatibilidad por razones de parentesco en el citado Distrito Fiscal, Informe N° 396-2013-MP-FN-GECPH-GEADPH de fecha 22 de julio de 2013 de la Gerencia de Administración Potencial Humano.

Se Resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO: Desplazar en calidad de rotación al servidor JOEL ZORRILLA LIZARDO, Asistente en Función Fiscal de la 2da. Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huari, Distrito Fiscal de Ancash a la Presidencia de la Junta de Fiscales del Santa a partir de la fecha hasta el 31 de diciembre de 2013, en mérito a lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Remitir copia de la presente Resolución a la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito fiscal del Santa, a la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Ancash y al interesado, para conocimiento y fines pertinentes.

- Expediente N° 02030-2007-0-0201-JM-CL-02 del 1° JUZGADO CIVIL
– Sede Central – Proceso de Amparo

Demandante: Eduardo Jácome Castro

Demandado: Gerente de Personal y Escalafón Judicial de la Gerencia General del Poder Judicial

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. DISCUSIÓN TEÓRICA

4.1.1. DISCUSIÓN DOCTRINARIA

La presentación de resultados nos permite plantear los siguientes argumentos que nos sirven como resultados de la investigación en el plano Doctrinal:

- **Los Derechos laborales como derechos fundamentales**

Según sostiene Pérez-Luño⁵⁴ el término “derechos fundamentales” aparece en Francia durante el proceso político que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, posteriormente, alcanzó gran relieve en la Ley Fundamental de Alemania de 1949. Asevera este autor que para gran parte de la doctrina los derechos fundamentales “(...) son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales”⁵⁵. Frente a esta noción estrictamente positivista, Peces-Barba⁵⁶ sostiene la naturaleza ambivalente de los derechos

⁵⁴ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, 2001. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Séptima Edición. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), pp. 30-31.

⁵⁵ Ibid. p. 31

⁵⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, 1995. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, p. 37.

fundamentales los cuales, a su juicio “(...) expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”⁵⁷.

Con una orientación parecida, Haberle⁵⁸ afirma que los derechos fundamentales tienen un doble valor: “(...) de un lado representan los “valores supremos”, y de otro, permiten al hombre encontrar valores y actualizarlos, garantizándole el status de libertad. Los derechos fundamentales son la expresión de un ordenamiento libre ya realizado, y al mismo tiempo son el presupuesto para que este ordenamiento se reconstituya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos”.

Por otro lado, tenemos los derechos fundamentales sociales, cuyo fundamentos lo encontramos en el “constitucionalismo social”, el cual se vincula, en el plano político, a la transformación del Estado Liberal en Estado Social de Derecho, proceso en el cual la formulación de los derechos sociales e, incluso, la

⁵⁷ “(...) derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrollo en la sociedad todas sus potencialidades.”

⁵⁸ HÄBERLE, Peter, 1997. La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional. Traducción del italiano: Carlos Ramos (revisión Antonio Luya C.). Traducción del alemán: Jürgen Saligmann - Cesar Landa. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. pp. 55-56.

reformulación en clave social de algunos derechos clásicos, constituye un ingrediente esencial para entender ese fenómeno⁵⁹.

Es de notar que el desarrollo de un “derecho del trabajo”, en muchos casos con apoyo en las normas constitucionales, es un fenómeno surgido de la revolución industrial y el desarrollo del capitalismo, como una respuesta a la situación de máxima explotación, pauperización y marginación social de la emergente clase trabajadora o “proletariado”. Señala al respecto Monereo Pérez⁶⁰ que “La deplorable situación de las clases trabajadoras (la llamada “cuestión social obrera”), el recrudecimiento de los conflictos sociales a que ello dio lugar, el surgimiento del movimiento obrero organizado y la insuficiencia palmaria de los esquemas liberales individualistas, desembocarán en una legislación laboral, primero, y después, en un Derecho del Trabajo como conjunto normativo dotado de principios diferenciados respecto de aquellos que informa el ordenamiento laboral común”⁶¹.

⁵⁹ Vid, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2011.

⁶⁰ MONEREO PEREZ, José Luis, 1996. *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*. Colección Estudios Número 26. Junio 1996, Madrid: Consejo Económico y Social, p. 135.

⁶¹ Ello, no obstante, no significa que el Derecho del Trabajo no termine siendo “funcional” a la evolución de la economía capitalista, pues según éste autor es “(...) en lo laboral la respuesta política del capitalismo liberal corregido en alguno de sus postulados para que, integrando a la clase obrera en la dinámica del sistema establecido, pueda subsistir el capitalismo y su base, la empresa privada”

De este modo, los derechos laborales aparecen dotados, desde el principio, de una finalidad protectora del trabajador que busca compensar a través de la norma laboral -y del convenio colectivo- la desigualdad material existente entre el trabajador y el empleador, reconociendo a favor del primero un conjunto básico de derechos que se aplican a la relación laboral al margen de la voluntad de las partes, quedando así excluida de la capacidad de estas establecer el contenido del contrato de trabajo, cuando menos en lo que se refiere a sus aspectos fundamentales⁶².

El reconocimiento de una función protectora o compensadora del Derecho del Trabajo, supone que este sector del ordenamiento jurídico, tiene una finalidad igualitaria, cuando menos en el sentido de reducir o minimizar la desigualdad material inicialmente establecida entre el empleador y el trabajador en la relación de trabajo. Asimismo, proyectada esta finalidad hacia el conjunto de la sociedad, los derechos laborales contribuyen a dotar a la clase trabajadora de una posición en la estructura social que

⁶² Al respecto, se señala lo siguiente: “(...) el contrato de trabajo se inserta hoy en un marco normativo que comprende prácticamente todos los aspectos de la relación de trabajo, desde el contenido de la prestación del trabajador hasta las vicisitudes de la relación laboral - suspensiones, causas de extinción de la relación, etc.-, pasando por tiempo y la retribución del trabajo, y las condiciones de seguridad e higiene. De este modo, celebrado el contrato mediante el acuerdo entre las partes, automáticamente la resultan aplicables aquellas normas, sin que los contratantes tengan que hacer ninguna declaración expresa en tal sentido; es más, sin que en buena parte puedan impedir la incorporación de aquel conjunto normativo. De ahí la denominación del contrato de trabajo como “contrato normado”, género del cual existen otros supuestos en el ámbito de la contratación privada, aunque quizás sea el de trabajo una de las expresiones más acabadas, si no la que más”. (MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, 2010. Derecho del Trabajo, 19ª edición, Madrid: Editorial Tecnos, p. 502)

tiende a contrapesar o limitar el predominio de la clase poseedora de los medios de producción.

A esta misma conclusión se puede arribar desde la perspectiva que fundamenta los derechos sociales en la libertad, considerando que la realización efectiva de ésta exige que se satisfagan las condiciones materiales para que todas las personas puedan ejercerla realmente. En la medida que los derechos laborales, contribuyen a que un sector de la sociedad, el de los trabajadores asalariados, disfrute de condiciones materiales suficientes, hacen posible que estos puedan gozar y ejercer la libertad que la sociedad les reconoce en su condición de personas y ciudadanos.

- **En relación al Derecho al trabajo**

El Derecho del Trabajo ha transitado por un proceso de constitucionalización, de modo tal que los derechos laborales han sido reconocidos como fundamentales en el Estado Social y Democrático de Derecho, brindando tutela a todos los trabajadores.

Dentro de la gama de derechos fundamentales “sociales” que reconoce nuestra Constitución Política encontramos a los derechos que rigen en el marco de la relación laboral entre el empleador y el trabajador, fruto de la constitucionalización del Derecho del Trabajo. Estos derechos laborales cobran especial importancia en nuestro

Estado Social y Democrático de Derecho, pues son un medio importante para lograr el bienestar y el desarrollo de las personas, garantizando así las condiciones dignas de existencia.

Para Neves Mujica, el Derecho del Trabajo busca “regular la utilización del trabajo ajeno por un empresario y la obtención de ganancias de él, permitiéndola pero controlándola, y de encauzar los conflictos individuales y sociales que se originan en esa relación”⁶³. Sin embargo, la aplicación del Derecho del Trabajo y la protección que brinda se aplica a aquella relación laboral en la que concurren las siguientes características: (i) Trabajo humano; (ii) productivo; (iii) por cuenta ajena; (iv) libre; y (v) subordinado⁶⁴. De este modo, sólo aquellas relaciones contractuales de índole jurídico - económicas que cumplan con dichos requisitos se verán tuteladas por el Derecho del Trabajo y su reconocimiento constitucional.

En consecuencia, el Derecho del Trabajo es la disciplina que se encarga de regular la relación laboral, es decir, la relación jurídico-económica de carácter contractual entre dos sujetos denominados “empleador” y “trabajador”; procurando establecer un equilibrio entre las partes, en atención a la evidente desigualdad.

⁶³ NEVES MUJICA, Javier. “*Introducción al Derecho Laboral*”. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007. p. 11.

⁶⁴ *Ibid.* p. 5

Por otro lado, en relación a la **naturaleza de los derechos laborales**, podemos indicar que:

1) Tiene naturaleza social

Se dan en el marco de una relación laboral son los llamados “derechos sociales”, los cuales se diferencian de los “derechos de la libertad” como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la identidad, etc. en tanto no consisten sólo en dejar a la persona su libre albedrío, garantizando su tutela frente a diversas afectaciones, sino que exigen algo más: Son “derechos de participación para que el Estado procure la existencia básica de las necesidades fundamentales de los ciudadanos, sobre todo a favor de quienes están en situaciones de desventaja social y económica, como también para que regule la satisfacción indirecta de los mismos a través de terceros”⁶⁵.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos fundamentales sociales están destinados “a favorecer a aquellos grupos humanos (...) que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la

⁶⁵ LANDA ARROYO, César. “*Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Op. cit. p. 15.

dignidad humana”⁶⁶. Ello guarda relación con la concepción del Derecho del Trabajo como protector, principalmente, de los derechos del trabajador.

2) No son programáticos

Sobre este punto, no podemos dejar de señalar que la concepción de los derechos sociales –incluyendo a los laborales– como “programáticos” es constitucionalmente inaceptable, pues ello conllevaría a que el Estado no tenga obligación alguna para garantizar su eficacia. Los derechos fundamentales sociales son “verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución”⁶⁷, mereciendo la calidad de progresivos, en tanto ello implica “la obligación positiva y negativa del Estado de otorgar en la mayor medida posible –esto es, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas– las condiciones mínimas para el goce de los derechos sociales en general”⁶⁸.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 02016-2004-AA del 5 de octubre de 2004. Fundamento Jurídico 9.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 02945-2003-AA del 20 de abril de 2004. Fundamento jurídico 13.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 10087-2005-AA del 18 de diciembre de 2007. Fundamento jurídico 7.

Ello se condice con el principio de prohibición de su regresividad, pues en nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, éste “se obliga a mejorar la situación de estos derechos y, simultáneamente, asume la prohibición de disminuir el ámbito de protección de los derechos laborales vigentes o de derogar los ya consagrados”⁶⁹.

3) Protección mediante procesos constitucionales

Adicionalmente, como todo derecho constitucional, los derechos fundamentales de índole laboral cuentan con máxima protección por medio de los procesos constitucionales, aunque los de configuración legal cuentan con procesos ordinarios propios. En efecto, “la distinción entre derechos fundamentales de configuración constitucional y legal, a partir de la Constitución de 1993, ha permitido generar una jurisprudencia vinculante en el sentido que sólo los derechos que la Constitución reconoce son objeto de protección inmediata y directa, mediante el proceso de amparo”⁷⁰.

En cambio, los derechos laborales de configuración legal “son derechos de reclamación mediante los procesos

⁶⁹ LANDA ARROYO, César. “Presentación”. En: *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. “Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral”*. Lima: Palestra Editores. 2006. p. 13.

⁷⁰ Ibid.

judiciales ordinarios”⁷¹, los cuales también deben atender al carácter social del Derecho del Trabajo, adecuando su estructura a ello. Es por este motivo que el surgimiento de los derechos sociales trajo como consecuencia la implementación de procesos acordes con sus exigencias de justicia, sobre la base de la necesidad de tutela de los derechos sociales, y “en el logro de manera más urgente, más acabada, de una igualdad real de las partes a lo largo de los procesos”⁷². Como ha señalado Paredes Palacios, “el proceso laboral es su mejor representante”⁷³.

4.1.2. DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

⁷¹ Ibid.

⁷² PAREDES PALACIOS, Paul. “Prueba y presunciones en el proceso laboral”. Lima: ARA Editores. 1997. p. 93.

⁷³ Ibídem.

Un derecho fundamental ligado a la protección del trabajador lo constituye la igualdad y la no discriminación, al respecto el Tribunal Constitucional precisa⁷⁴:

7. *...La igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (Álvarez Conde, Enrique. Curso de derecho constitucional. Vol I. Madrid, Tecnos, 4º edición, 2003. pp. 324-325). La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual, por ello no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.*

8. *Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y*

⁷⁴ Tribunal Constitucional. EXP. N.º 02974-2010-PA/TC

razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

9. *Ahora bien, a efectos de determinar si en el caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo se está frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al test de razonabilidad.*

a. *De la existencia de un fin constitucional en la diferenciación: Ello queda plenamente acreditado con la iniciación de las diferentes negociaciones colectivas entre el sindicato y la empresa emplazada, de conformidad con lo señalado en el artículo N.º 41 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR que señala: “Que la convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores”. En ese sentido, es a través del convenio colectivo que se determinará el pago a cuenta de reintegros por el incremento de remuneraciones.*

b. *De la adecuación del medio utilizado para alcanzar el fin perseguido: Tal como se ha señalado en el Expediente 0011-2002-AI/TC, “La justicia constitucional no puede sino concebir un Estado constitucional y en esa medida reconocerle (que es distinto de adjudicarle) todas las facultades que en su seno encuentren el terreno para el más eficiente desarrollo de los principios y derechos que la Norma Fundamental contempla. A tal propósito contribuye la tesis institucional, en cuyo entendido la defensa de los derechos fundamentales trasciende tal condición, para convertirse, a su vez, en verdaderas garantías institucionales para el funcionamiento del sistema, razón por la que en estos casos el papel del Estado en su desarrollo alcanza niveles especialmente relevantes, sea para reconocer que la realidad le exige un importante grado de participación en la promoción del derecho, sea para aceptar un rol estrictamente abstencionista”. En ese sentido, la negociación colectiva se constituye como el acuerdo destinado a regular las remuneraciones y demás condiciones de trabajo relativas a las relaciones entre trabajadores y empleadores, por medio de las organizaciones sindicales que son las encargadas de representar el conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva, y a través del cual se adoptarán las medidas idóneas para determinar el otorgamiento a*

los trabajadores sindicalizados del derecho al pago a cuenta de reintegros de remuneraciones y exigir su cumplimiento.

En el caso de autos a fojas 727 obra el convenio colectivo suscrito entre el Sindicato y la emplazada, en el cual se acordó un aumento general a partir del 1 de agosto de 2008 a favor de los trabajadores sindicalizados, por lo que se evidencia que no existe un trato discriminatorio que sea favorable sólo a aquellos trabajadores que no pertenecen al sindicato recurrente.

- c. *De la necesidad del medio empleado: De lo expuesto en este caso ha quedado acreditado que no se ha vulnerado derecho alguno de los demandantes y que el pago diferenciado entre algunos trabajadores responde a la facultad que tiene la empresa de determinar las remuneraciones de los trabajadores sindicalizados o no sindicalizados. En ese sentido, no se advierte de autos que la emplazada haya efectuado alguna medida arbitraria, irrazonable o desproporcionada.*

4.1.3. DISCUSIÓN NORMATIVA

En la actualidad, la ya mencionada constitucionalización (en tanto que norma de máxima jerarquía) del derecho del trabajo es la expresión máxima,

en el ámbito nacional, de la importancia de ciertos derechos en lo social. Las Constituciones modernas reflejan⁷⁵:

La igualdad, no sólo a través de la lucha enérgica contra la discriminación, sino con medidas efectivas para ayudar al excluido o no privilegiado; La afirmación de la obligación del estado respecto a los ciudadanos de liberarlos de las angustias de vida, en la medida en que estas son susceptibles de tratamiento comunitario.

En el ámbito continental americano la Carta de la Organización de Estados Americanos, (Bogotá 1948), señala en su artículo 34, el compromiso de los Estados de adoptar medidas de orden interno para promover la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, mencionando entre otras metas a alcanzar las siguientes: salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables⁷⁶.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁷, también conocida como “Pacto de San José”, no contiene, en cambio, una enumeración de derechos sociales, limitándose en el artículo 26 a establecer el compromiso de los Estados partes a adoptar medidas “(...) para lograr

⁷⁵ En América Latina, por ejemplo se reconoce prácticamente en todas las Constituciones la libertad, el derecho y el deber de trabajar, así como la igualdad ante la ley.

⁷⁶ En el artículo 45, enuncia los derechos al bienestar material y al desarrollo espiritual, el derecho al trabajo que también es un deber social, el derecho de asociación sindical, el de negociación colectiva y el de huelga, así como la necesidad de una “política eficiente de seguridad social”.

⁷⁷ La CIDH fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. El Perú la aprobó mediante el Decreto Ley N° 22231, del 11 de julio de 1978 y fue ratificada por la Asamblea Constituyente mediante la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979, incluyendo las cláusulas facultativas de los artículos 45 y 62.

progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura” a que se refiere la Carta de la Organización de los Estados Americanos, precisando que ello se hará “(...) en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

No obstante, el año 1988, la Asamblea General de la OEA, aprobó el “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, asimismo conocido como “Protocolo de San Salvador”⁷⁸. Este importante instrumento reconoce, en sus artículos 6, 7 y 8 un amplio elenco de derechos del trabajo⁷⁹.

En la actualidad tanto en los ordenamientos estatales cuando en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, los derechos laborales -al menos los más importantes de éstos- cuanto los derechos sociales, han alcanzado el más alto rango dentro de la jerarquía de las

⁷⁸ El Perú lo aprobó mediante Resolución Legislativa N° 26448, del 27 de diciembre de 1994, promulgada el 8 de marzo de 1995. Entro en vigencia para el Perú el 16 de noviembre de 1999.

⁷⁹ Entre estos, enumera el derecho al trabajo y el compromiso de los Estados de darle plena efectividad, incluyendo el logro del pleno empleo; reconoce, asimismo, que el mencionado derecho al trabajo, comprende, el derecho a una remuneración que asegure condiciones de subsistencia digna y decorosa para el trabajador y su familia y un salario equitativo e igual por trabajo igual, a la promoción y al ascenso; a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, debiendo repararse el despido injustificado mediante una indemnización o la readmisión en el empleo u otra prestación; a la seguridad e higiene en el trabajo; la prohibición del trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años, debiendo subordinarse el de los menores de 16 a las disposiciones sobre educación obligatoria; a la limitación razonable de las horas de trabajo, diarias y semanales, debiendo reducirse la jornada en el caso de las labores peligrosas, insalubres o nocturnas; y al descanso, al tiempo libre, las vacaciones pagadas y la remuneración de los días feriados. Respecto a los derechos colectivos, afirma los de organizar sindicatos y afiliarse a ellos y el de huelga. Enuncia, también el derecho a la seguridad social, para la protección frente a la vejez y la incapacidad, debiendo éste comprender, asimismo, la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional y la licencia por maternidad.

normas jurídicas, al ser reconocidos en los textos de las constituciones y de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

4.3. VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

Considerando que nuestra investigación es del tipo dogmático jurídico; la contrastación de la hipótesis se dio a nivel teórico, es decir, se validó a nivel de la denominada Contrastación Teórica; el cual consiste en fundamentar las hipótesis científicas con bases distintas de la evidencia empírica, es decir, en una base teórica ya establecida que al estar constituida por un sistema de hipótesis, éstas sirven de apoyo a las nueva hipótesis que se pretende fundamentar.

Nuestra hipótesis queda validada en base a los siguientes argumentos de orden Doctrinario, normativo y jurisprudencias, así tenemos:

- 1) El trabajo está en el centro de las aspiraciones de las personas pues constituye el medio para obtener su sustento, el mejoramiento de la calidad de sus vidas y su realización personal. El trabajo es esencial para el bienestar de la gente. Además de lo que representa para las personas en lo particular, el trabajo es importante también para la sociedad en su conjunto pues **abre la puerta al progreso social y económico.**
- 2) Los principios y derechos fundamentales en el trabajo son también reconocidos como derechos humanos en otras fuentes de derecho internacional. Están consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en varios tratados fundamentales de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, como son el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de una serie de instrumentos de ámbito regional⁸⁰. La lista de los derechos humanos en el trabajo que vienen reconocidos en los instrumentos de las Naciones Unidas, y en particular en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- 3) El artículo 22 de la Constitución Política de 1993 establece que **“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”**.

Con relación a este enunciado constitucional, el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido esencial de este derecho fundamental implica dos aspectos: (i) **El de acceder a un puesto de trabajo**; y (ii) **el de no ser despedido sino por causa justa**. “En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho (...) se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”⁸¹.

⁸⁰ Véanse, en particular, la Declaración de Derechos Humanos (artículos 22 a 24), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7).

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 01124-2001-AA del 11 de julio de 2002. Fundamento jurídico 12.

La importancia constitucional del trabajo radica en que éste dignifica a la persona, lo cual es concordante con el fin supremo de la sociedad y del Estado señalado por nuestra Constitución Política de 1993⁸².

- 4) El Tribunal Constitucional ha precisado que el **contenido esencial de este derecho fundamental** implica dos aspectos: (i) El de acceder a un puesto de trabajo; y (ii) el de no ser despedido sino por causa justa. “En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho (...) se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”⁸³. La importancia constitucional del trabajo radica en que éste dignifica a la persona, lo cual es concordante con el fin supremo de la sociedad y del Estado señalado por nuestra Constitución Política de 1993.
- 5) Los derechos fundamentales de carácter social que reconoce nuestra Constitución Política comprenden a los derechos que rigen en el marco de la relación laboral entre el empleador y el trabajador, fruto de la constitucionalización del Derecho del Trabajo. Estos derechos laborales son de gran trascendencia en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, pues son un medio importante para lograr el bienestar y el desarrollo de las personas, garantizando así las condiciones dignas de existencia.

⁸² KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y César OCHOA CARDICH. “Derecho Constitucional Económico”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. p. 298.

⁸³ Exédiente N° 01124-2001

- 6) Respecto a la igualdad ante la ley, debemos indicar que esta regla igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo. La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.
- 7) Respecto al Derecho al libre desarrollo social y económico en la STC 2868-2004-PA, F. J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

- 8) La ley N° 29277 de la Carrera Judicial en relación a las incompatibilidades para el ejercicio de la función jurisdiccional, en su art. 42° señala que hay incompatibilidad por razón del parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho; consiguientemente, vulnera el derecho a los derechos fundamentales que se consagra en el artículo 2°, 22°, 23° y 26° de la Constitución Política del Perú, así como también, se atenta contra el libre desarrollo social y económico de la persona humana visto.
- 9) El análisis de la Doctrina, normatividad y jurisprudencia de la materia de estudio nos permite afirmar que los derechos fundamentales y constitucionales que se vulneran con la aplicación de las normas que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco, son la igualdad ante la ley, la no discriminación por ningún motivo, a la libertad profesional, al libre desarrollo profesional, al bienestar general que el Estado debe garantizar, y en concreto, el derecho al trabajo regulado con mayor precisión en el Convenio 169 de la OIT.
- 10) Con la aplicación de las normas de la Carrera Judicial y el Decreto Supremos N° 021-200-PCM en su art. 2° que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco, se manifiesta la discriminación a la persona con respecto al acceso a un puesto de trabajo, por el hecho de tener un pariente comprendido dentro del segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad, por matrimonio o unión de hecho, laborando en la misma institución. Es de notar que la elección, ascenso, ratificación y destitución de los jueces y fiscales en el Perú compete fundamentalmente al Consejo

Nacional de la Magistratura; en consecuencia, un familiar que desea postular a un puesto de trabajo en el Poder Judicial, aunque tuviera nexos de consaguinidad o afinidad, no podría determinar la elección del postulante por no tener ingerencia, ni potestad para el mismo.

Esta situación se avisó en el distrito fiscal y judicial de Ancash, como evidenciamos en los resultados de la investigación a nivel de los resultados jurisprudenciales.

- 11) La Constitución Política del Perú en su Art. 154° establece que el Consejo Nacional de la Magistratura tiene como atribuciones: Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros; Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años.

De lo mencionado podemos advertir que el supuesto caso de familiar consanguíneo o afín que incurriría en la afectación de la ley N° 29277 de la Carrera Judicial en relación a las incompatibilidades para el ejercicio de la función jurisdiccional por razón de parentesco, deviene en inconstitucional; toda vez que el supuesto familiar para el caso de contrato o nombramiento de fiscales y jueces no tiene ingerencia, por no ser su función como se establece en el párrafo anterior; además, si el caso fuese de postulantes para auxiliares judiciales o asistentes fiscales; éstos por lo general no tienen la ingerencia en las decisiones de contrato o nombramiento.

Las posteriores uniones de hecho o matrimonios entre los trabajadores que estuvieron contratados o nombrados con anterioridad dentro de la Fiscalía o Poder Judicial; no deben ser causas para que se les restrinja el Derecho al Trabajo, en vista que son desplazados por parentesco; cuando esta probado que su situación familiar fue posterior a su relación laboral.

CONCLUSIONES

- 1) El artículo 22 de la Constitución Política de 1993 establece que el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona, su contenido esencial implica por un lado, acceder a un puesto de trabajo y el de no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.
- 2) Los derechos fundamentales sociales están destinados a favorecer a aquellos grupos humanos que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana; guardando relación con la concepción del Derecho del Trabajo como protector, principalmente, de los derechos del trabajador.
- 3) El estudio nos ha permitido analizar que la discriminación por parte del Estado puede manifestarse de diferentes formas, una de éstas consiste en la *expedición de normas jurídicas con un contenido discriminatorio*, pronunciándose reiteradamente el Tribunal Constitucional que la igualdad, además de ser un *derecho* fundamental, es también un *principio* rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad

constituye necesariamente una discriminación, toda vez que no se proscribe todo tipo de diferencia en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que la igualdad será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.

- 4) El derecho del libre desarrollo de la personalidad se encuentra habitualmente incorporada en los textos constitucionales y en diversos instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos y representa la consagración jurídica del principio de autonomía individual. Como tal, impone el establecimiento de unas políticas públicas orientadas a la eliminación de los condicionamientos económicos y sociales y a la reducción en lo posible de los condicionamientos culturales.
- 5) El derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.
- 6) Con la aplicación de las normas que regulan la incompatibilidad laboral por razón de parentesco, se manifiesta la discriminación a la persona con respecto al acceso a un puesto de trabajo, por el hecho de tener un pariente

comprendido dentro del segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad, por matrimonio o unión de hecho, laborando en la misma institución. (Caso Ancash)

RECOMENDACIONES

Los sindicatos de trabajadores del Ministerio Público y del Poder Judicial a nivel nacional deben coordinar con los Colegios Profesionales, particularmente con el de Abogados para que se viabilicen la propuesta de ley y se derogue las normas que afectan los derechos constitucionales de los trabajadores que tienen respaldo en instrumentos jurídicos internacionales de derecho laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS SCHEREIBER, MAX (1985). Genética y Derecho. El Comercio, Lima, 17 de noviembre.
- ARMY, LARKEY (2003). Redefining Motherhood: Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangements, Drake L.Rev.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1984). Problemas legales ante el caso de un hijo por técnicas asistidas. Boletín del Colegio de Abogados de Salamanca; España.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (2007). Constitución Política del Perú de 1993, edición oficial, Lima, Perú.
- COKE, RICARDO (1994). Nueva Nomenclatura Familiar del Genoma Humano, en el Derecho ante el proyecto Genoma Humano, Fundación BBV, Madrid, España.
- DIARIO LA REPÚBLICA (2006), 14 de diciembre, Lima, Perú. En: <http://www.notinfancia.org.pe/Archivo/2006/Texto/Dodie35.doc>, accesado el 16 de Enero 2009.
- JURISTAS EDITORES (2010). Código Civil Peruano de 1984, promulgado por Decreto Legislativo 295 del 25.07.1984, Lima, Perú.
- MARTINEZ PEREDA-RODRIGUEZ, J.M. (1994). La Maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español. Editorial Dyckinson, Madrid, España.
- MEDINA, GRACIELA Y ERADES, GRACIELA (1990). Maternidad por otro y Alquiler de Útero. Jurisprudencia Argentina. Bs.As. Argentina.

- MORO MARTINEZ, MARÍA JESÚS (1998). Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, editorial Librería Bosch, Barcelona, España.
- REYES FARFAN, ANA MARÍA (2006). Implicancias de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia. Artículo publicado por la Academia de la Magistratura, Estafeta Jurídica, Lima, Perú, 21 Nov.
- SOTO LA MADRID (2001). Bioética, filiación y delito. Citado por Varsi Rospigliosi Enrique, en Derecho Genético, 4ta. Ed; Lima.
- VARSİ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE (2001). Derecho Genético. Editorial Grijley, 4ta ed. Lima, Perú.
- VARSİ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE (1999). Filiación, Derecho y Genética. Aproximaciones a la Teoría de la Filiación Biológica. Universidad de Lima, Lima.
- VERA RAMÍREZ, EDUARDO (1997). El Control de la Maternidad Subrogada: Argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica, Revista Jurídica U.P.R. España.
- Ley General de Salud N° 26842, Diario Oficial El Peruano, 15 de Julio de 1997, Lima, Perú.

ANEXOS

Resolución de Gerencia

N° 1836 - 2013-MP-FN-GECPH

Lima, 14 AGO. 2013

VISTO:

El Informe N° 007-2013-MP-FN-GECPH-EQP de fecha 20 de junio de 2013, del Área de Procesos Administrativos Disciplinarios, respecto al desplazamiento en calidad de Rotación del servidor **Joel Zorrilla Lizardo**, Asistente en Función Fiscal de la 2ª Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huari, Distrito Fiscal de Ancash, por presentar incompatibilidad por razones de parentesco en el citado Distrito Fiscal, Informe N° 396-2013-MP-FN-GECPH-GEADPH de fecha 22 de julio de 2013 de la Gerencia de Administración de Potencial Humano, y;

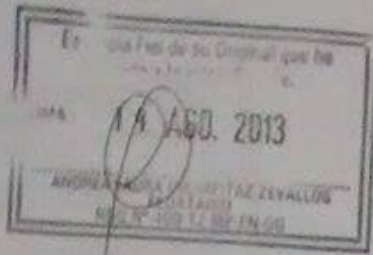
CONSIDERANDO:

Que, con Informe N° 007-2013-MP-FN-GECPH-EQP de fecha 20 de junio de 2013, el Área de Procesos Administrativos Disciplinarios, comunica que el servidor **Joel Zorrilla Lizardo**, Asistente en Función Fiscal de la 2ª Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huari, Distrito Fiscal de Ancash, habría incurrido en presunta responsabilidad administrativa por tener incompatibilidad por razones de parentesco en el Distrito Fiscal de Ancash, toda vez que el servidor **Eder Sixto Herrera Lizardo**, Asistente en Función Fiscal de la 2ª Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz es primo hermano del citado servidor, estableciendo una relación de cuarto grado de consanguinidad;

Que, mediante Informe N° 396-2013-MP-FN-GECPH-GEADPH de fecha 22 de julio de 2013, la Gerencia de Administración de Potencial Humano señala que a efectos de extinguir la incompatibilidad por relación de parentesco se hace necesario realizar el desplazamiento en calidad de Rotación del servidor **Joel Zorrilla Lizardo**, Asistente en Función Fiscal de la 2ª Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huari, Distrito Fiscal de Ancash a la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal del Santa, a partir de la fecha hasta el 31 de diciembre de 2013;

Que, en el inciso c) del artículo 97° del Reglamento Interno de Trabajo, aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2269-2012-MP-FN, de fecha 04 de setiembre de 2012, aplicable al personal contratado bajo el Régimen Laboral del Decreto Legislativo N° 728, establece que, "Rotación es la acción administrativa que consiste en la reubicación física y temporal del trabajador al interior de la Institución, para asignarle funciones en cargos compatibles o similares. Se efectúa por disposición de la Gerencia Central de Potencial Humano, cuando es dentro del lugar habitual de trabajo o con el consentimiento del interesado en caso contrario. (...)";

Que, en concordancia con el artículo 8° del Reglamento Interno de Trabajo vigente, sobre incompatibilidad de parentesco, donde señala que: "No podrán ingresar a laborar en un mismo Distrito Judicial de la Institución, los parientes de los trabajadores, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por matrimonio, observando lo dispuesto en el artículo 47° del Decreto Legislativo N° 652, Ley Orgánica del Ministerio Público y la normativa interna prevista para tal efecto". Hecho que se configura en el presente caso.



En uso de las atribuciones conferidas por el Decreto Ley N° 22867, literal u. del acápite 3.1.1 del Manual de Organización y Funciones de la Gerencia Central de Potencial Humano, aprobado por Resolución de Gerencia General N° 1036-2012-MP-FN-GG de fecha 09 de noviembre de 2012 y contando con la visación de la Gerencia de Administración de Potencial Humano,

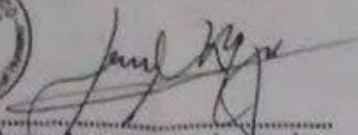
SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- Desplazar en calidad de Rotación al servidor **JOEL ZORRILLA LIZARDO**, Asistente en Función Fiscal de la 2ª Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huarí, Distrito Fiscal de Ancash a la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal del Santa a partir de la fecha hasta el 31 de diciembre de 2013, en mérito a lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO - Remitir copia de la presente Resolución a la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal del Santa, a la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Ancash y al interesado, para conocimiento y fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese,




Abog. Juan Maza Lupuche
GERENTE CENTRAL
DE POTENCIAL HUMANO (e)