

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencia Política

Carrera Profesional de Derecho



RAZONES JURÍDICAS PARA LA DEROGACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA DE TRES MESES ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 10° DEL DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL PARA OBTENER LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL SECTOR PRIVADO.

César Eduardo Cabanillas Cosavalente

Arnulfo Emelexit Salcedo Cáceres

Asesor:

Lic. Juan Carlos Céspedes Ortiz

**Cajamarca - Perú
Enero – 2019**

COPYRIGHT © 2019 de
César Eduardo Cabanillas Cosavalente
Arnulfo Emelexit Salcedo Cáceres
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

Razones jurídicas para la derogación del periodo de prueba de tres meses establecido en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único

Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral para obtener la estabilidad laboral en el sector privado.

Presidente: -----

Secretario: -----

Asesor: -----

A:

En primer lugar, a Dios por haber recompensado nuestros esfuerzos logrando objetivos académicos; asimismo, a nuestros padres por su apoyo incondicional, quienes han sido el motor y motivo para culminar la etapa universitaria de manera satisfactoria y a todas aquellas personas que contribuyeron con sus aportes para el desarrollo y culminación de la presente investigación.

“La función del Derecho del Trabajo es evitar que el hombre sea tratado como las cosas”.

Hugo Sinzheimer

ÍNDICE

Agradecimiento

Resumen

Abstrac

CAPÍTULO I: Introducción

1. El Problema de Investigación.....	1
1.1 Planteamiento del Problema de Investigación.....	1
1.2 Formulación del Problema.....	10
1.3 Justificación de la Investigación.....	11
2. Objetivos de la investigación.....	11
2.1 Objetivo general.....	11
2.2 Objetivos específicos.....	11
2.3 Definición de Términos Básicos.....	12
3. Hipótesis.....	12
4. Operacionalización de Variables.....	12
5. Metodología de la Investigación.....	14
7.1 Aspectos Generales.....	14
7.1.1 Enfoque.....	14
7.1.2 Tipo.....	14
7.1.3 Diseño.....	15
7.1.4 Dimensión Temporal y espacial.....	15
7.1.5 Unidad de análisis, universo y muestra.....	15
7.2 Métodos.....	15
7.2.1. Dogmática jurídica.....	15

7.3 Técnicas de investigación.....	16
7.4 Instrumentos.....	16
7.5 Limitaciones de la investigación.....	16
7.6 Aspectos éticos de la investigación.....	16

CAPÍTULO II: DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DERECHO AL TRABAJO....18

2.1. Referencia histórica y la evolución de la institucionalización de la dignidad...	18
2.2. Aproximación conceptual.....	20
2.2.1. Funciones de la Dignidad.....	30
a) Función Legitimadora.....	30
b) Función ordenadora.....	31
c) Función Temporal.....	32
d) Función esencial.....	34
e) Función integradora.....	35
f) Función Limitadora.....	36
g) Función Libertaria.....	37
2.3. Dignidad y Derechos Fundamentales.....	38
2.4. Derechos Específicos e Inespecíficos del trabajado.....	42
2.5. Test de Ponderación o de Proporcionalidad de los Derechos Fundamentales..	52
2.6. Estructura de las Normas Constitucionales.....	58
2.7. DERECHO AL TRABAJO.....	62
2.7.1. Síntesis de la Evolución del Derecho al Trabajo.....	62
2.7.1. Génesis del Derecho Laboral.....	67

2.7.1.1.	Constitucionalización del Derecho del Trabajo: La Constitución de Querétaro de 1917.....	69
2.7.1.2.	El surgimiento del Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización.....	71
2.8.	El Estado Social y Democrático de Derecho.....	74
2.8.1.	La dignidad y los derechos fundamentales en el Estado Social y Democrático de Derecho.....	75
2.8.2.	Los derechos sociales en el Estado Social y Democrático de Derecho.....	76
2.9.	El Trabajador y el Derecho al Trabajo.....	77
2.9.1.	Posiciones Conceptuales de trabajo.....	77
2.9.2.	El Trabajo y su Reconocimiento por Parte del Estado.....	80
2.10.	El Derecho al Trabajo.....	80
2.11.	El Trabajo como Objeto del Derecho al Trabajo.....	82
2.11.1.	Trabajo Humano.....	82
2.11.2.	Trabajo Productivo.....	83
2.11.3.	Trabajo por Cuenta Ajena.....	83
2.11.4.	Trabajo Libre.....	83

2.12. Protección y Reconocimiento Internacional del Derecho al Trabajo.....	84
-----------------------------------------------------------------------------	----

CAPÍTULO III: CONTRATO DE TRABAJO Y PERÍODO DE PRUEBA.....87

3.1. Contrato de Trabajo.....	87
-------------------------------	----

3.1.1. Breves Referencias Históricas del Contrato de Trabajo.....	87
-------------------------------------------------------------------	----

3.1.2. Características del Contrato de Trabajo.....	88
-----------------------------------------------------	----

3.1.2.1. El Contrato de Trabajo es Consensual.....	89
----------------------------------------------------	----

3.1.2.2. El Contrato de Trabajo es Oneroso.....	89
-------------------------------------------------	----

3.1.2.3. El Contrato es Sinalagmático.....	90
--------------------------------------------	----

3.1.2.4. El Contrato de Trabajo es Personal.....	90
--------------------------------------------------	----

3.1.2.5. El Contrato de Trabajo es de Tracto Sucesivo.....	91
------------------------------------------------------------	----

3.1.2.6. El Contrato de Trabajo es Subordinado.....	92
-----------------------------------------------------	----

3.1.2.7. El Contrato de Trabajo es Conmutativo.....	93
-----------------------------------------------------	----

3.1.3. Concepto y definiciones del Contrato de Trabajo.....	94
3.2. PERÍODO DE PRUEBA.....	99
3.2.1. Antecedentes Históricos del Período de Prueba.....	99
3.2.2. Naturaleza Jurídica.....	104
3.2.2.1. Del Contrato de Trabajo Preliminar o precontrato.....	105
3.2.2.2. Del Contrato de Trabajo Especial.....	109
3.2.2.3. La Condición Resolutoria.....	111
3.2.2.4. La Condición Suspensiva.....	114
3.2.3. Definición de Periodo de Prueba.....	121
3.2.4. Elementos que Caracterizan al Periodo de Prueba.....	125
3.2.5. Duración del Periodo de Prueba.....	127
3.2.6. Exoneración del Periodo de Prueba.....	134
3.2.7. Fundamentos del Periodo de Prueba.....	136

3.2.8. Utilidad del Periodo de Prueba.....	142
3.2.9. Derechos que se Ejercen en el Período de Prueba.....	151
3.2.9.1. Derecho a la Seguridad Social.....	151
3.2.9.2. Compensación por Tiempo de Servicios (CTS).....	152
3.2.9.3. Derecho a Vacaciones.....	152
3.2.9.4. Gratificaciones.....	153
3.2.9.5. Otros Beneficios.....	155
3.2.10. Regulación del Período de Prueba en el Derecho Comparado.....	155
3.2.10.1. España.....	156
3.2.10.2. Argentina.....	158
3.2.10.3. Paraguay.....	162
3.2.10.4. Colombia.....	163
CAPITULO IV: ESTABILIDAD LABORAL Y DESPIDO ARBITRARIO.....	166
4.1. Evolución Histórica de la Estabilidad Laboral.....	166
4.2. La Estabilidad Laboral a Nivel Constitucional.....	168

4.3. Naturaleza Jurídica de la Estabilidad Laboral.....	170
4.4. Definición.....	170
4.5. Fundamentos de la Estabilidad.....	173
4.5.1. El Acceso al Empleo.....	173
4.5.1.1. El Acceso al Empleo en Sentido Genérico.....	173
4.5.1.2. El Acceso al Empleo en Sentido Específico.....	173
4.6. La Conservación en el Empleo.....	174
4.7. El Principio de Continuidad.....	175
4.8. Clases de Estabilidad.....	176
4.9. Atendiendo al grado de libertad que tenga el empleador para disolver la relación laboral.....	176
4.9.1. Estabilidad Absoluta.....	176
4.9.2. Estabilidad Relativa.....	177
4.10. Según la amplitud del derecho a la estabilidad.....	177
4.10.1. Estabilidad de Entrada.....	177
4.10.2. Estabilidad de Salida.....	177

4.11. Por los Alcances o Efectos de la Estabilidad Laboral.....	178
4.11.1. Estabilidad Laboral Propia.....	178
4.11.2. Estabilidad Laboral Impropia.....	178
4.12. Regulación de la Estabilidad Laboral a Nivel Internacional.....	179
4.13. Despido Arbitrario.....	180
4.13.1. Evolución Histórica legislativa de la protección frente al despido.....	180
4.13.2. Antecedentes en Latinoamérica.....	181
4.13.3. Antecedentes en el Perú.....	182
4.14. Evolución histórica legislativa en el Perú.....	183
4.15. La Constitución de 1993 y el despido arbitrario.....	184
4.16. El Despido Arbitrario en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	187
4.17. Indemnización o reposición como mecanismo de protección frente al despido arbitrario.....	189
4.18. El despido arbitrario en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.....	191

4.19. El despido arbitrario en el Derecho Comparado.....	197
4.19.1. Derecho Español.....	197
4.19.1.1. Paralelo entre el despido arbitrario en el Perú y en España.....	199
4.19.2. Derecho Francés.....	200
4.19.3. Derecho Alemán.....	200
4.19.4. Derecho Boliviano.....	201
4.19.5. Derecho Argentino.....	201
4.19.6. Derecho Brasileño.....	202
4.19.7. Derecho Venezolano.....	202
4.20. Las normas supranacionales protectoras del derecho al trabajo.....	202
4.20.1. El Convenio 158 de la OIT.....	202
4.20.2. El Pacto Internacional de los derechos económicos sociales y culturales, en material laboral.....	203
4.20.3. El Protocolo de San Salvador.....	204
CAPÍTULO V: RAZONES JURÍDICAS PARA LA DEROGACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA.....	205
5.1. Respecto de la Dignidad del Trabajador.....	205

5.1.1. Respeto de la Aplicación del Test de Proporcionalidad.....	210
5.1.2. Respeto de la Fuerza Normativa de la Constitución.....	211
5.2. Respeto del Contra de Trabajo.....	214
5.3. Respeto del Periodo de Prueba.....	217
5.3.1. Ventajas del Empleador.....	218
5.3.2. Ventajas del Trabajador.....	219
5.4. Respeto de la Estabilidad Laboral.....	221
5.5. Respeto del Principio de Continuidad.....	223
CONCLUSIONES.....	225
RECOMENDACIONES.....	230
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	231

RESUMEN

En el presente trabajo se ha planteado la siguiente interrogante ¿Cuáles son las razones jurídicas para la derogación del periodo de prueba de tres meses establecido en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral para obtener la estabilidad laboral en el sector privado?. Para responder a esta pregunta hemos analizado la naturaleza jurídica, los límites del empleador, los derechos que tiene el trabajador durante el periodo de prueba, el contenido esencial del derecho al trabajo, así como identificar la naturaleza jurídica de la estabilidad laboral; asimismo hemos

identificado las dificultades que trae consigo esta figura a consecuencia de la débil regulación que tiene dentro la normativa laboral ordinaria en el Perú, llega a ser utilizada como una figura que permite la transgresión de derechos fundamentales del trabajador configurándose por lo tanto como desproporcional respecto del reconocimiento de los derechos de las partes, dotando de mayor poder al empleador frente al trabajador. Por lo en el desarrollo de la presente investigación hemos llegado a contrastar la hipótesis planteada que busca determinar las razones por las cuales debería derogarse el Periodo de Prueba de Tres Meses.

Palabras clave: Período de Prueba, derecho al trabajo, estabilidad laboral.

ABSTRACT

In the present work, the following question has been posed ¿What are the legal reasons for the derogation of the three month trial period established in Article 10° of the Supreme Decree N° 003-97-TR, Unique Ordered Text of the Legislative Decree N° 728, Law of Productivity and Labor Competitiveness for Obtain the Laboral Stability in the Private Sector?. To answer this question It has proceeded to analyze its legal nature, describe the limits of the employer, analyze the rights that the employer has during the trial period, analyze the essential content of the right to work, as well as identify the

legal nature of job security; We have also been able to identify the difficulties that this figure entails as a result of the weak regulation of ordinary labor regulations in Peru, and is that it comes to be used as a figure that allows the transgression of fundamental rights of the employer being located therefore as disproportionate to the recognition of the rights of the parts, giving more power to the employer in front of the worker. Therefore, in the development of the present investigation, we have come to contrast the hypothesis that seeks to determine the reasons why the Three Month Trial Period should be repealed.

Keywords: Trial period, right to work, job stability.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del Problema de Investigación

El régimen de la actividad privada está regulado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral en el cual se encuentra la figura jurídica del periodo de prueba establecido en el artículo 10° cuyo texto es el siguiente: “El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario”.

Al respecto Paredes Neyra Ivan sostiene lo siguiente:

Lo establecido en la norma es un periodo determinado legalmente (de tres meses) aplicable al inicio de la relación laboral sin importar la modalidad de contratación. Asimismo, durante este periodo el empleador puede dar por terminado el vínculo laboral, sin tener que pagar la indemnización por despido arbitrario, pues como se desprende del párrafo transcrito, el trabajador recién alcanza protección contra el despido arbitrario una vez cumplido el periodo de prueba (Paredes Neyra, 2017, p. 129).

Ahora bien, en cuanto a la finalidad de esta figura jurídica se ha señalado que esta “es la experimentación ‘sobre el terreno’ de la relación individual de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas

de las partes, durante un tiempo limitado en la fase inicial de dicha relación” (Martín Valverde 1995, p. 232). Por otro lado, Blancas Bustamante, “considera que el periodo de prueba es una institución importante del Derecho del Trabajo, pues permite que tanto el trabajador como el empleador se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales, personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizarse el servicio, antes de otorgar a dicha relación un grado mayor de permanencia y seguridad” (2006, p. 126).

En esta línea de ideas consideramos que el periodo de prueba viene a ser una figura jurídica o el medio por el cual las partes de la relación laboral podrán conocerse mutuamente. Es decir, el empleador verifica capacidades, aptitudes, habilidades, competencias, etc. Y el trabajador podrá identificar un buen clima laboral, así como también las condiciones económicas remunerativas ofertadas por el empleador.

La doctrina ha resaltado esta facultad que tiene el empleador pues considera que:

El periodo de prueba es de tres meses y se aplica para cualquier sistema de contratación. Es un pacto típico del contrato de trabajo y que se impone al inicio de toda relación, salvo pacto en contrario. Durante este plazo, las partes pueden terminar la relación de trabajo sin alguna justificación ni formalidad (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 77).

Ahora bien, debemos tener en cuenta lo establecido en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual regula en su artículo 22° la potestad del empleador de extinguir el vínculo laboral de manera unilateral sin necesidad de alegar causa alguna, asimismo el artículo 31° del referido decreto en el cual se omite el procedimiento de despido regular previsto en la legislación laboral, durante esta fase primigenia denominado periodo de prueba, pues como ya se indicó líneas arriba el trabajador recién alcanza protección contra el despido arbitrario superado los tres meses de periodo de prueba.

Los autores muestran su conformidad con la legislación actual y la forma de regulación de esta figura jurídica del periodo de prueba, con las facultades que tiene el empleador durante esta fase inicial de la relación laboral y las consecuencias de la referida figura. Asimismo, la postura de estos autores puede evidenciar que no están en contra del periodo de prueba, mucho menos son críticos al aplicarse la acotada figura en la fase inicial de una relación laboral o antes de concretarla como tal.

Sin embargo, hay autores, como Huamán Estrada, que se ha preguntado si “¿es válido constitucionalmente lesionar los derechos fundamentales del trabajador durante el periodo de prueba a través de la terminación de la relación laboral?” (2013, p.266).

En esta línea de ideas García Manrique, ha llegado a determinar que por lo general:

El empleador se valdrá de consabidas frases como que su trabajador no cumple con el perfil requerido o satisfizo las expectativas creadas para cesarlo durante el periodo de prueba que no son suficientes para causalizar un despido (...), queda claro que durante ese periodo el despido puede ser incausado y con efectos inmediatos, incluso verbal, sin consecuencias negativas para el empleador. No hay protección (García Manrique, 2013, p. 265).

En este sentido tenemos que, la facultad que tiene el empleador de dar por terminado el vínculo laboral, llega a constituirse, según Martín Valverde como, “una exigencia “técnica” sin la cual no se podría cumplir su función de ensayo de la relación de trabajo” (1976, p. 20), “es evidente que las mismas suponen una importante excepción a la protección de la estabilidad del trabajador, que si no es adecuadamente delimitada, puede convertirse en un recurso bastante sencillo para su evasión” (1976, p. 163). Lo expuesto puede presentarse a través de distintos supuestos que han sido desarrollados por el autor, que son:

- La contratación a título de prueba en fraude a la legislación sobre despido, mediante el empleo sucesivo de trabajadores a los que se despide antes de concluido el periodo de prueba para cubrir puestos de trabajo permanentes (1976, p. 165).
- La ocultación, son pretexto de una situación de prueba, de contrataciones temporales para trabajos eventuales, creando así “falsas

motivaciones para un sobreesfuerzo en el trabajo” que no dará lugar a una vinculación permanente (1976, p. 166).

- Su utilización “para averiguar conductas, opiniones y actitudes de los trabajadores contratados en vistas a una depuración de los que no resulten gratos al empleador, en especial de los que tengan antecedentes como activistas sindicales o políticos” (1976, p. 166); “la cual, además de suponer una invasión de la esfera personal del trabajador, conduce a la adopción de medidas discriminatorias en el empleo” (1976, p. 163).

Hasta aquí podemos identificar que el periodo está destinado a comprobar las actitudes y capacidades del trabajador, que se reflejará en la producción empresarial; en este sentido siguiendo a Hilario Melgarejo, tenemos que:

Como todo derecho y/o principio, las facultades del empleador de velar por la mejora y optimización de su ciclo productivo (en virtud de la libertad de empresa sustentada en los artículos 58 ° y 59 ° de la Constitución) no es absoluto, sino que encuentra sus límites cuando el ejercicio de este derecho colisiona con los derechos fundamentales de otras personas (...) (Hilario Melgarejo, 2013, p. 9).

En efecto, se tiene que si el empleador hace uso del periodo de prueba para la finalidad que tiene, es decir, verificar las competencias del trabajador habrá utilizado correctamente la figura; mientras que, si el empleador hace uso de esta facultad excediéndose de las prerrogativas

establecidas para esta institución entonces se habrá configurado un uso arbitrario de su derecho legalmente concedido. (...) (Hilario Melgarejo, 2013, p. 9).

Por otra parte, es menester citar la postura que adopta Gómez Valdez, quien sostiene que:

El empleador en la etapa inicial de la relación laboral es el juez supremo y único detentador de la decisión de reconducir el contrato de trabajo; por lo tanto, la ejecución del contrato durante dicha etapa constituye un periodo de trabajo incierto para el trabajador, proclive al abuso del derecho de la parte empleadora; por cuanto, en estas condiciones de ejecución se le puede poner término al contrato sin mayores responsabilidades por la parte que adopta tal determinación, que en la casi totalidad de la veces corresponde a la iniciativa patronal, sin que ello limite la libertad del trabajador de dar por terminado el contrato de trabajo, incluso sin aviso previo ni necesidad de requerir exoneración de plazo (Gómez Valdez, 2007, p. 125).

Asimismo, Castillo Montoya, sostiene que:

El empleador durante la vigencia del periodo de prueba no puede ni debe dar por terminada la relación laboral de manera arbitraria; sino que dicha extinción, de ser necesaria, deberá sustentarse en una verificación objetiva de la finalidad que cumple dicho instituto jurídico; pues lo contrario, implicaría habilitarle al empleador el ejercicio de un poder discrecional, potencialmente vulnerador de los

derechos fundamentales del trabajador (...), pues con ella se estaría dotando de indemnidad al empleador en esta etapa inicial del contrato de trabajo (Castillo Montoya, 2009, p.26).

De igual manera, hemos llegado a identificar a Carrasco Mendoza, quien sostiene que:

(...) Resulta contrario al estado constitucional de derecho que se admita una etapa de la relación laboral (durante el periodo de prueba) en el que reine de manera absoluta la voluntad de una de las partes para, incluso, afectar derechos fundamentales de la otra parte, como es el derecho a conservar el empleo o, por ejemplo, el derecho de libertad sindical (Carrasco Mendoza, 2015, p. 11).

Ello nos lleva a rechazar el despido, durante el periodo de prueba, cuya causa no sea la omisión imputable al trabajador de su deber de acreditar su idoneidad para desempeñar el puesto de trabajo para el cual ha sido contratado. Huelga señalar que, en coherencia con esta postura, nosotros consideramos que los supuestos y consecuencias del despido nulo (e incluso del despido incausado o fraudulento sancionados por la jurisprudencia constitucional) tienen plena vigencia durante esta etapa (Carrasco Mendoza, 2015, p. 11).

Todo lo descrito precedente, confirma que la figura del periodo de prueba es una herramienta práctica y beneficiosa para el empleador más no para el trabajador pues por regla general este último va ser quien desee entablar una relación laboral dotada de estabilidad y no estar condicionado a

un periodo de prueba que limite su permanencia en un determinado centro de trabajo, pues esta permite la resolución unilateral sin expresión de causa o motivo alguno para terminar con el vínculo laboral respecto al trabajador, constituyendo un atentado o clara vulneración contra el contenido esencial del derecho al trabajo contemplado en el artículo 22° de la Constitución Política del Perú de 1993 y el tercer párrafo del artículo 23° del mismo cuerpo normativo, el cual establece que, “en ninguna relación puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer ni rebajar la dignidad del trabajador”.

De igual manera, debemos aclarar y tener en cuenta que el derecho laboral ha sido creado para equiparar la relación laboral propiamente dicha, debido a la desigualdad que existe entre las partes contractuales (empleador – trabajador), dando prioridad y mayor protección a la parte débil de la relación laboral, es decir el trabajador; pues todo lo descrito tiene una estrecha vinculación con el principio rector estatuido en nuestra norma constitucional el cual hace referencia a la dignidad de la persona como “el fin supremo de la sociedad y del estado”, prescrito en el artículo 1° de la Constitución de 1993, ello implica que todo precepto constitucional debe ser aplicado e interpretado de manera armoniosa, integral y favorable para el trabajador, es decir, que en ninguna relación laboral se debe rebajar la dignidad del trabajador, ya que este debe ser valorado más allá de su situación como tal y en la titularidad de determinados derechos fundamentales, sino también ser valorado en su ser como persona y también en la tutela y protección de los mismos. Contrario sensu los tratos

vejatorios, humillantes, denigrantes, discriminatorios irían contra el precepto constitucional y principio –derecho de la dignidad de la persona consignado en el artículo antes mencionado. Asimismo, contra un estado democrático social de derecho, el cual implica equiparar la asimetría en una relación laboral y evitar la lesión de derechos fundamentales que le corresponde a una persona por la sola razón de serlo.

Ahora bien en nuestro ordenamiento jurídico laboral la figura del periodo de prueba faculta al empleador a despedir al trabajador sin alegar causa alguna, sin seguir el procedimiento regular, sin la obligación de pagar una indemnización salvo por despido arbitrario; todas estas facultades establecidas a nivel legislativo específicamente en el Decreto Legislativo N° 728, entran en una total contradicción con lo establecido a nivel constitucional; en primer lugar por un tema de jerarquía de normas, ya que lo preceptuado en la normal laboral ordinaria no llega a guardar concordancia con lineamientos de la constitución laboral de 1993, en donde se da prioridad a la persona, el trabajo y adecuada protección contra el despido arbitrario. Pues la figura del periodo de prueba constituye una figura atípica del derecho laboral porque protege intereses económicos del empresario, dota de más poder al empleador para que pueda extinguir un vínculo laboral, permite exonerarlo de sanciones pecuniarias y si se le impone una sanción pecuniaria se le impone con montos irrisorios que no favorecen al trabajador; por lo que podemos identificar que no se configura ninguna causa negativa para el empleador más si para el trabajador, pues se

afectan los preceptos constitucionales establecidos en el artículo 1°, el artículo 22° y el artículo 27° de la Constitución Política del 1993.

Ahora bien, Toyama Miyagusuku, Jorge adopta la siguiente postura:

la estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo –el contrato típico de trabajo tiene vocación de permanencia y ello por el carácter protector del Derecho Laboral- ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral siendo una manifestación del principio de continuidad (Toyama Miyagusuku, 2005, Pág. 501).

En esta misma línea de ideas, consideramos que La estabilidad laboral es un derecho y principio universal en materia laboral, el cual implica que el trabajador tiene derecho a conservar su puesto de trabajo de manera indefinida permitiendo de esta manera a la persona costear sus necesidades básicas como la alimentación, vestido, vivienda, salud, pues el trabajo permanente es el único medio para que el hombre pueda satisfacer sus necesidades de carácter básico y desarrollarse como persona. Así mismo el derecho de estabilidad laboral comprende la contratación de manera indefinida sobre la sujeta a modalidad manifestándose de esta forma la conservación del empleo y la protección contra el despido arbitrario.

Pues bien, la estabilidad laboral implica que un trabajador conserve su puesto de trabajo de manera indefinida durante la relación laboral teniendo protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, como se podría adquirir estabilidad laboral si el periodo de prueba no permite obtener este

derecho en el trabajo, pues es incoherente que una persona adquiera estabilidad laboral cuando está condicionada a un periodo de prueba para adquirirlo y sobre todo para alcanzar protección contra el despido arbitrario, es decir, para que se otorgue permanencia y seguridad.

1.2. Formulación del Problema:

¿Cuáles son las razones jurídicas para la derogación del periodo de prueba de tres meses establecido en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral para obtener la estabilidad laboral en el sector privado?

1.3. Justificación de la Investigación

Un estudio relacionado a la derogación del periodo de prueba de tres meses para la estabilidad laboral en el sector privado, sería un gran aporte en nuestro medio, pues pretendemos dar a conocer el limitado alcance del derecho constitucional al trabajo dentro de esta figura jurídica y la limitada efectividad de los derechos y garantías que lo caracterizan. Este tipo de estudio no ha sido realizado y su desarrollo serviría para que un trabajador adquiera estabilidad laboral desde un inicio de la relación laboral y protección contra el despido arbitrario. Tal investigación sería un aporte relevante y de gran necesidad en nuestra realidad, ya que permitiría desincentivar despidos arbitrarios que actualmente son justificados por la existencia del periodo de prueba.

2. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

2.1. Objetivo General:

Precisar las razones jurídicas para derogar el periodo de prueba de tres meses establecido en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral para obtener la estabilidad laboral en el sector privado.

2.2. Objetivos Específicos:

- Analizar la naturaleza jurídica y los derechos que tiene el trabajador durante el periodo de prueba.
- Describir los límites respecto de la facultad unilateral que tiene el empleador para extinguir la relación laboral durante el periodo de prueba.
- Analizar la naturaleza jurídica y comparar el tipo de estabilidad laboral regulada en el Perú con el derecho internacional.

3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

Razones Jurídicas. - La razón es definida como, un argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo (Real Academia Española, 2017, f. 3) y lo jurídico es concerniente al derecho (Cabanellas de Torreo, 2010, p. 220), por lo que podemos decir que razones jurídicas serían argumentos o justificaciones con contenido y razonamiento jurídico.

Derogación. - “Abolición, anulación o revocación de una norma jurídica por otra posterior procedente de autoridad legítima” (Cabanellas de Torre, 2010, p. 124).

4. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Las razones jurídicas por las que debería derogarse el periodo de prueba de tres meses del artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral son: a) Produce afectación a la dignidad del trabajador; b) al contenido esencial del derecho al trabajo; c) al principio de continuidad; y c) afectación a la estabilidad laboral.

5. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.

VARIABLES	DEFINICIONES	INDICADOR	FUENTE NACIONAL	FUENTE SUPRANACIONAL
Derecho al Trabajo	Es un deber y un derecho. Medio de realización de la persona.	- Acceso al Empleo. - Conservación del Empleo.	Constitución Política del Perú Doctrina Jurisprudencia	La Declaración Universal de los Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Declaración Americana de los Derechos del

				Hombre.
Principio Continuidad Laboral	Permanencia de una persona en un trabajo	Estabilidad laboral	Artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (TUO Ley de Productividad y Competitividad Laboral) Doctrina Jurisprudencia	Regulado en el literal d) del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Estabilidad Laboral	Derecho que garantiza la permanencia del trabajador dentro del centro laboral, para su efectivo desarrollo dentro la sociedad.	Principio fundamental del derecho al trabajo.	Doctrina y jurisprudencia.	Regulado en el literal d) del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

6.1. Aspectos Generales

6.1.1. Enfoque

Se realizará un estudio de enfoque cualitativo, ya que en el presente trabajo no se va a realizar ninguna medición con respecto al periodo de prueba y la estabilidad laboral.

6.1.2. Tipo

Siendo una investigación jurídica de lege ferenda; es decir, se propone derogar, en el caso del periodo de prueba se está realizando dicha investigación teniendo como referencia la realidad debatible y controversial de este en relación a la estabilidad laboral considerándose este último como un derecho que tienen los trabajadores a permanecer en sus empleos.

6.1.3. Diseño

Se realizará un estudio experimental, pues se llevará a cabo la manipulación de variables.

6.1.4. Dimensión Temporal

Se desarrollará la dimensión temporal transversal, debido a que estudiaremos el periodo de prueba de tres meses a partir de la vigencia del artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

6.1.5. Unidad de análisis

La unidad de análisis se centra en el artículo 1° y 22° de la Constitución Política del Perú y el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

6.2. Métodos

6.2.1. Dogmática Jurídica

En el presente estudio se aplicará el método de la dogmática jurídica el cual consiste en aplicar un conocimiento sistemático y coherente en la interpretación de una norma de manera no aislada sino unificada; es decir, en el presente trabajo tendremos que analizar el artículo 1° y 22° de la Constitución Política del Perú, el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Tratados Internacionales en materia laboral ratificados por el Perú.

6.3. Técnicas de Investigación

En el presente trabajo se ha utilizado la observación documental la cual consiste en la obtención de información que nos brindan personas versadas en un determinado tema a través de sus ideas, analizando fuentes y revisando la literatura pertinente.

6.4. Instrumentos

Durante el desarrollo de la investigación se han utilizado medios necesarios para el recojo de la información a través de la utilización de fichas bibliográficas y fichas de análisis de control.

6.5. Limitaciones de la investigación

En la presente investigación la limitación por excelencia ha sido el poco tratamiento que se le ha dado al tema; es decir, la escasa bibliografía física y virtual, pues no se ha podido identificar una vasta literatura del tema en discusión que haya permitido facilitar el dinamismo del estudio. No obstante, ello no ha significado una barrera para poder llevar a cabo el desarrollo del presente trabajo.

6.6. Aspectos éticos de la investigación.

En el desarrollo de la presente investigación no se pondrá en riesgo la vida, integridad, libertad, identidad, con las personas que se interactúe, la finalidad es recabar toda la información que sea posible de manera pacífica, armoniosa y con motivación y espíritu de investigador.

CAPÍTULO II

DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DERECHO AL TRABAJO

2. DIGNIDAD DE LA PERSONA.

2.1. Referencia histórica y evolución de la institucionalización de la dignidad.

La dignidad de la persona empezó a configurar un sistema de valores supremos que se desprenden del valor humano que se le reconoció a la persona a nivel mundial, luego del holocausto de la Segunda Guerra Mundial.

En ese sentido, inicialmente se habló de un renacer del *iusnaturalismo* frente a una concepción positiva del hombre y del estado de derecho, sin embargo, fue la renovada teoría institucional la que logró darle el perfil de un principio constitucional y de un derecho fundamental (Häberle, 1975, p. 45).

Después de ello la dignidad, se estableció como el soporte estructural y fundamento de las nuevas organizaciones democráticas estatales a nivel mundial. Así quedó expresado en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que estableció en su preámbulo la voluntad de las naciones de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la

persona humana (...)” y, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que reconoció en su artículo 1º, que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Benchikh, 1999, p. 37).

Estos preceptos de alcance internacional, vincularon a los demás tratados que surgirían posteriormente, de las organizaciones de Europa, América y África. En nuestro caso, en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que estableció en su artículo 11.1 que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

De este modo, se consideró asumir una postura “científica” del derecho, dado que anteriormente, solamente se reconocía el derecho desde un punto de vista netamente positivista, que fácilmente podía prescindir de los valores de libertad e igualdad del hombre y la limitación del poder (Landa Arroyo, 2000, p. 13). Esto es así, ya que el positivismo destina la validez y resultado de las leyes con la obsesión de la imposición del poder (Radbruch, 1946, p. 18); bajo la convicción de que la ley es ley, dejando abierta la posibilidad para la emisión de leyes arbitrarias y abusivas totalmente vulneradoras de los derechos de la persona humana.

Es por ello, que el mejor criterio fue dotar al derecho de un carácter “científico”, ya que ello permitía atribuirle una finalidad en defensa de la persona y del respeto de su dignidad, destinando al poder al servicio y

protección del ser humano. Ello contribuyó para dotar a la reestructuración de los estados, de una impregnación “*iusnaturalista*” (Marcic, 1989, p. 219), que se caracterizó por dos elementos:

Por un lado, otorgar a la persona humana y a su dignidad una posición central en la Constitución, asignándole a éste un carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, en cuanto limitación y racionalización del poder; (...) significó fortalecer el proceso político libre y vivo, interpretando la Constitución como una ordenación jurídica fundamental del Estado al servicio de la persona humana y su dignidad (Ehmke, 1981, p. 91).

En ese sentido, podemos precisar que “(...) el estado se refunda no sólo en el Principio de Legalidad, ni en el principio social, sino también en el principio democrático, en la fórmula del Estado democrático y social de derecho” (Hesse, 1967, p. 58 - 83). Es por ello que, en palabras de Peter Häberle:

Frente a un positivismo desvinculado de los valores democráticos, como ante un *neo – iusnaturalismo* desprovisto de seguridad jurídica, se abrió paso al establecimiento de una renovada concepción institucional del derecho y en particular de la dogmática y de la jurisprudencia del derecho constitucional (1962, p. 254).

Ello significó, el inicio de la Constitucionalización de los derechos fundamentales del hombre reflejado en una norma de carácter supremo capaz de garantizar la validez de los derechos fundamentales y la protección

de su titular y principalmente de su dignidad, frente a las posibles amenazas que puedan afectarla o amenazarla; “(...) ya que ahora la ley solamente es válida en el marco de los derechos fundamentales (...)” (Krüger, 1950, p. 12).

2.2. Aproximación conceptual.

El concepto de dignidad, conforme a lo desarrollado en el numeral precedente, podemos determinar que, de alguna forma se encuentra presente en la historia y a partir de ella ha empezado a desarrollar su carácter jurídico, que reconoce una naturaleza específica por el simple hecho de ser humanos y que por lo tanto merecemos respeto a cada uno de nuestros derechos (Mendizábal Bermúdez y Jiménez López, 2012, p. 167).

En esta línea, la palabra dignidad deriva de un vocablo latín, *dignitas* y este derivado de la palabra *dignus*, que significa “digno y merecedor” respectivamente (Etimologías, 2001, párr. 1), de ello se puede entender, que hacía una referencia a la autodeterminación y el decoro, principalmente en el aspecto social (Mendizábal Bermúdez y Jiménez López, 2012, p. 167).

Por su parte la Asociación Internacional para la Seguridad Social señala que la dignidad de la persona humana engloba:

“(...) el respeto debido al ser humano por su propia esencia, por el hecho de poseer una conciencia, un alma, un espíritu. La dignidad es la piedra angular de la filosofía de los derechos humanos, cuyo objetivo es garantizar que sea respetada, razón, precisamente, por la que esos derechos son universales. (2005, párr. 127).

En el Perú, la dignidad de la persona se encuentra reconocida en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, el mismo que establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; este artículo se ubica como el fundamento y soporte constitucional de los derechos fundamentales de la persona y por ello como fundamento del modelo político, económico y social (Landa Arroyo, 2000, p. 10). En ese sentido, a partir de la dignidad se establecen los valores sociales y jurídicos que sirven de parámetros destinados a encauzar la actuación constitucional para garantizar su protección frente a las manifestaciones de poder que puedan afectarla.

Ya que, no es solamente un atributo concedido por la norma, sino es el valor constitucional, como principio y fundamento de todo el ordenamiento jurídico (Pacheco Zerga, 2007, p. 157); pues la dignidad humana es la dignidad que todo ser humano tiene simplemente por su condición de humano (De Miguel Beriain, 2005, p. 333) y es en virtud de ella se “(...) establecen los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades” (Landa Arroyo, 2000, p. 10).

Conforme a ello, existe en la actualidad una visión de la defensa y protección de la persona humana frente a las posibles conductas violatorias por parte del estado y de los demás agentes de la sociedad; ya que “(...) estos deben abstenerse de intervenir en el libre desarrollo de la persona humana” (Landa Arroyo, 2000, p. 10).

Hasta este punto debemos precisar, que, para una mejor comprensión del estudio de dignidad, existe una doble vertiente del contenido de la misma: dignidad como principio y como derecho subjetivo.

“Lo primero que debemos aclarar es que la dignidad al ser intrínseca al ser humano, no podría ser concedida por el ordenamiento jurídico, es decir, aun sin estar en una norma existe y es exigible para todas las personas” (Mendizábal Bermúdez & Jiménez López, 2012, p. 165). Por ello, se dice que la dignidad obtiene calidad de principio constitucional y como fundamento de todos los derechos fundamentales, por ello cuando se habla del derecho a la dignidad, se habla realmente de las normas jurídicas para hacerla respetar, esto es, los derechos exigibles para gozar de la dignidad (Ingo Wolfgang, 2002, p. 20-25).

La dignidad como principio, lo encontramos de manera práctica en la regulación, interpretación y aplicación del derecho; las mismas que están destinadas a salvaguardarla establecida como “fin supremo dentro de la sociedad y del estado”; en ese sentido, cabe precisar que la dignidad como principio, se ubica como ente rector de diferentes derechos esenciales de la persona humana para actuar dentro de la sociedad.

La mayoría de estos derechos esenciales, los encontramos en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, como el derecho a la vida, la libre identidad, igualdad sin discriminación, libertad de conciencia, libertad de expresión y difusión de pensamiento, la libertad de trabajo, a la educación, etc. Todos estos derechos, son manifestaciones de la dignidad,

“(…) como principio que da origen a otros derechos. Es decir, es el fundamento de la no discriminación, el respeto de los derechos humanos y la contribución de la educación en la sociedad” (Mendizábal Bermúdez y Jiménez López, 2012, p. 170).

Por otro lado, la dignidad como derecho subjetivo, dentro del marco de los derechos fundamentales, faculta a su titular en virtud de una norma jurídica para ejercerla en uso de su libertad. En ese sentido, Thereza Gosdal menciona que, “es necesario poner atención al destacar su carácter de norma positiva para no reducir la dimensión transformadora de la dignidad, acentuando apenas su dimensión garantista (2007, p. 47).

Para poder hablar de derecho subjetivos bajo la finalidad de salvaguarda de la dignidad, Gabriela Mendizábal Bermúdez y Manuel Jiménez López, precisar que se debe verificar los siguientes elementos:

- a) Sujeto activo.
- b) Sujeto pasivo.
- c) Demanda del sujeto activo.
- d) Obligación del sujeto pasivo.
- e) La correlación entre la demanda del sujeto activo y la obligación del pasivo.
- f) Condiciones de violación de derechos.
- g) Los medios coercitivos de tutela.

h) Una acción jurídica.

Sin embargo, los mismos hacen la siguiente observación frente a estos elementos:

La dignidad como derecho subjetivo no se ajustará a todos ellos, en virtud de que se trata también de una base para la materialización de los derechos fundamentales. Es precisamente desde esa perspectiva que hay que entender a la dignidad como derecho subjetivo que no faculta, sino reconoce la calidad humana de una persona en sociedad, en el entendido de que no puede ser concebida como un poder o facultad subjetivo utilizado en contra de los demás. La dignidad se construye en las relaciones con los demás, no siendo un poder ejercido por sobre de ellos (Mendizábal Bermúdez y Jiménez López, 2012, p. 171).

De ello, se puede colegir que al dotar al individuo de un poder capaz de ejercer un derecho individual dentro de la sociedad se deberá procurar que este interés, conlleve a lograr su bienestar individual y con ello el bienestar común. En el entendido de que el bienestar de uno deberá ser el bienestar de todos.

Por ello, el reconocimiento de la dignidad como derecho subjetivo, implica además el reconocimiento humanitario del otro, como que éste va más allá, de un mero reconocimiento positivista.

Por ello se ha llegado a considerar que, “(...) la persona humana autónomamente y en el seno de la sociedad civil, cuenta con las capacidades

y potencialidades por sí misma para el ejercicio de sus derechos fundamentales” (Burdeau, 1972, p. 129) que al efecto reconoce “que todas las personas tienen tanto las mismas capacidades y posibilidades sociales de realizarse humanamente, y para ello cuentan con la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados” (Müller, 1981, p. 152).

En esta línea de ideas, “(...) desde una perspectiva humanista, la dignidad tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal como en su dimensión racional, que garantiza su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia” (Alegre Martínez, 1996, p. 17); corporal en el sentido que está destinada a proteger la vida y su integridad, la misma que no puede ser violentada por ninguna de las manifestaciones de poder; y racional en el sentido que, adquiere una visión autónoma de su ser como persona frente a la sociedad, vinculada inequívocamente a su libre autodeterminación y su libre desarrollo dentro de la sociedad y con ello el respeto de estos por parte de los demás sujetos y manifestaciones de poder. Es por ello, que “la dignidad se funda e inserta en la esfera de lo jurídico – político” (Landa Arroyo, 2000, p. 11).

Hasta aquí resulta oportuno tomar en cuenta la postura de Peter Häberle, quien, refiriéndose a la dignidad como razón ontológica y el fundamento de los demás derechos de la persona, la reconoce como:

(...) Un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del

Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva; que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía (1987, p. 822).

De esta última se extrae, la prohibición por parte de las manifestaciones de poder, de realizar tratos vejatorios y degradantes y/o humillantes en contra de la persona. Es así, que la dignidad de la persona es algo común a todo ser humano y por ende constituye la manifestación de su valor como persona dentro de la sociedad y la garantía de su libre desarrollo (Hauriou, 1896, p. 43).

En este punto, en un primer momento se presentó la cuestión de determinar si estos derechos también tenían eficacia entre particulares, es decir si podían ser exigibles en las relaciones jurídicas privadas; dado que como derechos subjetivos y eran exigibles exclusivamente entre individuo y estado, por los que también se los denomino como derechos “públicos” (Jellineck, 2000, p. 387).

Esta calificación restringía en gran proporción los derechos fundamentales del individuo frente a los privados, ya que no garantizaban la misma protección que existía entre el individuo y el estado, y propiamente en la relación laboral, era necesario garantizarla, dado que, por la desigualdad de posiciones entre el trabajador y el empleador, esta protección debía establecerse para limitar el poder empresarial.

Ello ameritó, el surgimiento del reconocimiento de la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales entre particulares, y la “eficacia vertical” que se aplicaba en la relación del individuo frente al estado. Por lo que esto implicó, “permitir que todos los particulares reclamen el ejercicio de los derechos reconocidos a nivel constitucional frente a terceros, ya sean estos poderes públicos o privados”. Ya que, “la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como “Ley fundamental de la sociedad” (Pasco Cosmópolis, 2012, p. 18), que en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra plasmado a través del artículo 1° de la Constitución, de cuya interpretación incluye la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, ya que de no aplicarse tal protección en las relaciones privadas, supondría desconocer al efecto el precepto constitucional de la defensa de la persona y el respeto de su dignidad.

Por lo tanto, su respeto termina siendo una fuente de obligaciones para todos los poderes, sean públicos o privados.

Sin duda alguna, la dignidad es sustancialmente igual para todos los hombres, sin que, por ello, las diferencias de raza, sexo, origen social, poder económico etc. puedan afectar la idea de dignidad, la cual se sustenta en la igualdad sustancial del género humano (Blancas Bustamante, 2007, pp.75-76).

Sin embargo, resulta difícil identificar de manera aislada alguna manifestación del derecho a la dignidad, ya que, de una u otra forma, se

encuentra comúnmente mezclado o acompañado con otros derechos fundamentales, que son en muchos casos punto de partida de los mismos (Landa Arroyo, 2006, 17). En ese sentido, “no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; además estos valores serían indignos si no redundasen a favor de la dignidad del ser humano” (Fernández Segado, 1992, p. 163).

A partir de ello, se puede afirmar que ostenta un carácter polivalente o dicho de otro modo, tiene una aplicación multidimensional; ya que de una u otra forma también se encuentra presente en los derechos de índole social, político, económico, etc.; los mismos que deberán ser interpretados conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el estado y que además forman parte del derecho nacional, conforme a lo establecido en los artículos 1º, 2º, 55º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra carta magna.

Sin embargo, es menester resaltar que “la Constitución ha incorporado a la dignidad de la persona humana como un concepto jurídico y abierto” (Landa Arroyo, 2000, p. 14); es decir su protección debe realizarse en atención a ciertos parámetros que surjan de su propia interpretación y contenido esencial, con esto queremos decir que la dignidad no es un concepto que tenga un contenido absoluto (Von Munch, 1982, p.18).

Situación que supone un problema de interpretación, ya que “lo que puede ser digno para unos no lo puede ser para otros”. En ese sentido, resulta menester resaltar lo expuesto por César Landa Arroyo, conforme a la

postura que adoptó Robert Spaemann, sobre la dignidad, quien considera que:

Si bien (...) se puede partir de una idea general de la dignidad humana, como concepción del hombre en tanto persona, en la cual se corporeizan los más altos valores espirituales y costumbres éticas, individuales y comunitarias constituyendo un principio y un límite de la actuación de todas las personas, la sociedad y del Estado, resulta más comprensible encontrar un concepto de la dignidad de la persona humana, cuando se le viola por la actuación consciente o inconsciente del Estado, la sociedad y de los particulares que produce positiva u omisivamente daño a los valores innatos de la persona humana, codificados en la consciencia jurídica y social (Speamann, 1987, p. 295).

Lo anterior, llegaría a concretizarse cuando se lo vincula con los derechos fundamentales, lo que no implica que la tutela de la dignidad sólo llegue a ser visualizada en relación a la afectación de un derecho de carácter constitucional concreto, dado que la dignidad opera como una cláusula interpretativa abierta, que también es protegible por sí misma en tanto constituye un principio constitucional y un derecho fundamental justiciable (Fernández Segado, 1992, p. 517). Ello quiere decir que busca traspasar la regulación dada y vincular aquellos otros derechos que deriven de su contenido esencial.

Es por ello, el estado tiene el derecho y el deber de garantizar y protegerla, ya que no cabe admitir un gobierno que pueda ejercer su poder sin límite alguno, o que las autoridades se valgan de cualquier medio para alcanzar sus objetivos sin sujeción al derecho o la moral, porque ninguna acción en nombre del Estado puede basarse en el desprecio de la dignidad humana. (Häberle, 1987, p. 822). Ya que como se ha precisado, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales los encontramos en los valores propios de la dignidad, que no deben estar al libre arbitrio de la interpretación del juez, sino en concordancia con una interpretación *indubio pro homine* correcta (Landa Arollo, 2000, p. 15).

2.2.1. Funciones de la dignidad.

a) Función legitimadora.

“La dignidad humana tiene un sentido y una función constitucional, material e instrumental. Material, en la medida que establece la base de todo el orden fundamental de una comunidad democrática y Libertaria (...)” (Landa Arroyo, 2000, p. 17); pues como se ha precisado, se ubica como fuente estructural de todo sistema democrático y constitucional, y es instrumental en el sentido de que sirve de protección a los derechos del fundamentales del hombre, frente a los poderes públicos y privados.

Es en atención a lo anterior, que se le ha llegado a dotar de legitimidad constitucional al Estado, y esta finalidad

legitimadora surge “(...) a partir de la conexión entre dignidad y Constitución, en tanto sólo así se puede comprender y valorar la inmensa fuerza transformadora de la dignidad humana en el desarrollo político económico, social y cultural de una sociedad” (Ferrero 1988, p. 28).

Es así, que a través de ella se fundamenta el actuar de todo estado constitucional de derecho, y además, que si bien sobre ella se han desarrollado los demás derechos fundamentales del hombre, estos mismos constituyen el fin y objeto de protección de todo estado constitucional de derecho.

b) Función Ordenadora.

“La dignidad cumple la función de ordenar la actuación general, evitando las infracciones directas o indirectas contra la persona humana. Por eso, la dignidad establece un orden fundamental que va delimitando la actividad de los poderes públicos y privados” (Landa Arroyo, 2000, p. 17); así como también, tiene eficacia entre particulares, en el sentido de que exige y obliga el respeto de los derechos del otro, dentro de un criterio de tolerancia y reciprocidad de respeto de derechos y valores.

Es así, que “la dignidad yace en la base de cualquier conflicto o relación jurídica pública o privada. El poder y las

relaciones sociales sólo son válidas en tanto se apoyen en la dignidad de la persona humana” (Landa Arroyo, 2000, p. 12).

Sin embargo, resulta importante precisar, que, si bien la fuerza vinculante que ostenta dentro de los derechos del hombre frente a los poderes y relaciones sociales, su delimitación es de difícil determinación, por cuanto es “(...) uno de los desafíos fundamentales de la justicia constitucional en la medida que el orden marco de la dignidad humana debería construir parámetros fijos y otros que queden abiertos” (Landa Arroyo, 2000, p. 18). Ambos respectivamente para ejercer control sobre los poderes públicos y privados y con ello evitar el exceso y/o abuso de poder.

c) Función Temporal.

La dignidad ostenta una función temporal propia de su carácter inviolable, por cuanto no es producto de una voluntad ocasional sino la expresión unitaria de la voluntad política del pueblo de dar forma y modo a los principios y valores de la comunidad (Schmitt, 1982, 164 – 185). “Por ello, la dignidad contiene una fuerza de duración que otorga estabilidad a la Constitución” (Landa Arroyo, 2000, p. 18).

Es así que, conforme a lo anterior, la dignidad pasa por una etapa de transición de una época a otra, ajustándose a la vida social, política y cultural de cada comunidad; es por ello su

función temporal, dado que no ostenta un orden estático, sino más bien dinámico. “De allí que la dignidad se inserte en un proceso social dinámico y abierto, con un futuro amplio dentro del marco del Estado democrático y constitucional” (Häberle, 1980, pp. 79 - 105); sometido a la dinámica de las ideas y fuerzas sociales, políticas y culturales que la desarrollan y perfeccionan. Siendo aquí donde aparece el problema de sus límites, que está directamente vinculado al tema del su contenido esencial (Landa Arroyo, 2000, p. 18).

“Este es un proceso de mutación constitucional en virtud del cual el texto literal de la norma se mantiene, pero sus contenidos se van transformando de acuerdo a las necesidades y aspiraciones de la persona humana” (Daulin, 1932, p. 182).

Siendo estos postulados desde el punto de vista de Peter Saladin “propios de la concepción *neo-iusnaturalista* de los derechos humanos y de una interpretación constitucional abierta y pluralista, esta última siempre abierta a la dinámica e integración política de los diferentes intereses sociales” (1975, p. 430).

d) Función esencial.

“El contenido esencial de la dignidad se asienta en los principios y valores que dan sentido de unidad a un pueblo, de ahí que cada proceso político consagre un conjunto de valores

en la forma de una constitución material” (Mortati, 1998, p. 211). Es decir, la dignidad como base y pilar fundamental sobre el cual se han estructurado los derechos fundamentales del hombre, es mediante un proceso y control político que se han materializado el conjunto de valores dentro de una norma llamada Constitución. Sin embargo, “no cualquier constitución material que podría estar contaminada de valores que subordinan a la persona humana al Estado, sino de una constitución material y democrática, fundada en una concepción humanista del orden constitucional” (Landa Arroyo, 2000, p. 18).

Por lo que, “la forma de revelar los elementos del contenido esencial de la dignidad está directamente vinculada a los bienes jurídicos consagrados como inmutables en una Constitución” (Landa Arroyo, 2000, p. 18); “(...) los derechos fundamentales de la persona que opera como una cláusula pétrea y a la propia norma que dispone el mecanismo de la reforma constitucional que opera como cláusula de intangibilidad” (De Vega, 1987, p. 224).

e) Función integradora.

“La dignidad promueve la unidad del pueblo y representa la unificación del mismo. Pero como la unidad o pacto social es un proceso dinámico” (Landa Arroyo, 2000, p. 19), “se puede

señalar que la dignidad de la persona humana constituye el motor transformador de la propia realidad, que permite el consenso y por ende la integración social” (Smend, 1968, pp. 475 – 486).

Es decir, dinamiza y renueva el fundamento de la vida social de un estado, capaz de delimitar el ejercicio del poder político y social de una comunidad; y con ello, generar la unidad social y delimitar la convivencia de los sujetos; por ello es que permite que sea sostenible la paz dentro de una comunidad, bajo el respeto de los valores éticos y culturales de quienes la conforman.

Y es en atención a lo anterior, que permite “(...) gestar un consenso democrático en base a la dignidad humana en un sentido material e instrumental” (Landa Arroyo, 2000, p. 19). “Material, en tanto se incorporen los valores y principios que dan sentido de unidad al pueblo; e instrumental, en tanto se reconozca al pluralismo, la tolerancia, la participación como una fórmula dual de resolver el conflicto social” (Landa Arroyo, 1994, pp. 35 – 98).

“La positivización de la dignidad, a través de los derechos naturales del hombre, les otorgó obligatoriedad al incorporarlos en las constituciones” (Kägi, 1994, pp. 1 – 26). Sin embargo, la Constitución no es una garantía por sí sola de su cumplimiento,

sino que requiere que a través de ella fluyan los órdenes concretos o institucionales que radican en el sistema social previamente (Hauriou, 1986, p. 43).

De lo anterior, podemos afirmar que nos encontramos en una situación en la que los órdenes políticos, sociales e institucionales deben encausar su actividad en atención al verdadero objeto de un estado constitucional de derecho; que es el respeto de la dignidad de la persona, y con ello garantizar como fin supremo su protección y los derechos que surgen de ella.

f) Función limitadora.

“La dignidad humana afirma la función constitucional de la limitación y control del Estado” (Scheuner, 1989, p. 505), ya que mediante él se incorporan los valores constitucionales de libertad, derechos humanos, democracia, división de poderes, la descentralización y la economía social de mercado; dentro del Estado Social de Derecho, que es el escenario donde se desarrolla la dignidad (Landa Arroyo, 2000, p. 19).

Es por ello que su función está dirigida a limitar y controlar las manifestaciones del poder público y privado, protegiendo a la persona de cualquier agresión ya sea de parte del estado (aplicación vertical) o de otros particulares (aplicación horizontal)” (De las Casas de la Torre Ugarte, 2008,

p. 208); dado que la inobservancia de este derecho conllevaría a desacreditar de objeto la función del estado, tanto desde el ámbito político, democrático, legislativo, económico y social, así como de garantizar la protección de los derechos fundamentales; que como se ha precisado estos han surgido de la dignidad establecida como principio fundamental de todo estado constitucional de derecho.

Sin embargo, su función limitadora no siempre es proporcional frente a todos los poderes, ya que aparece con diferentes grados de intensidad, dependiendo de la entidad, grupo social, persona jurídica o natural a limitar; pues esta ópera gradualmente en base a la regla democrática: quien tiene más poder está sujeto a mayor control y fiscalización (Landa Arroyo, 2000, p. 19). Asimismo, esta regla puede aplicarse de manera inversa, es decir “(...) quien tiene menos poder está sujeto a un menor control de la dignidad – es válida en tanto se respete y controle el mínimo intangible o el contenido esencial de la dignidad de la persona humana (Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, 1999, p. 109).

g) Función libertaria.

La dignidad está directamente vinculada hacia la tutela de los derechos fundamentales, en particular con los derechos a la libertad y la autodeterminación de la persona (Benda, 1975, p.

119); atendiendo con ello su función limitadora del poder, ya que “la dignidad constituye la base material de los derechos humanos pero no de una manera individualista y egoísta, sino en un marco institucional y solidario y por tanto de ponderación frente al Estado y los particulares” (Landa Arroyo, 2000, p. 20).

Ello quiere decir, se busca una protección de los derechos fundamentales desde una visión integradora y en pleno ejercicio de la libertad y el libre desarrollo de los sujetos, esto en relación con la función integradora de la dignidad, por medio de la cual se busca un criterio de solidaridad entre los sujetos de una comunidad y ellos con el poder; es por ello que “la dignidad transforma al ciudadano en un sujeto político y no en un mero objeto político” (Landa Arroyo, 2000, p. 20). Y esto debe verse manifestado a través de los derechos fundamentales que se encuentran presentes en diferentes dimensiones (político, social y económico) dirigidas a organizar la convivencia y la vida social de una comunidad, todo ello en base a la dignidad como soporte fundamental de todo edificio constitucional.

2.3. Dignidad y derechos fundamentales.

Conforme a lo anterior, la dignidad como derecho subjetivo y principio constitucional, se establece “(...) como derechos de la persona y como un orden institucional” (Landa Arroyo, 2000, p. 20), ya que corresponden a toda persona como miembro de la sociedad y por ende del

Estado debe asegurar el respeto y protección de sus libertades; por ello, esta garantía trae consigo además el deber general de los individuos de respetar los derechos ajenos y propios; ya que no se podría concebir dentro de un estado social de derecho, un ejercicio ilimitado y abusivo, dado que los derechos de por sí, encuentran su límite frente al ejercicio de otro derecho fundamental.

Por lo que, la dignidad desde su doble dimensión requiere de la actuación del Estado para garantizarla y promover su pleno desarrollo dentro de la sociedad; no obstante, cabe precisar que el legislador deberá encontrar sus límites en la dignidad, que directa o indirectamente incide en las funciones de los derechos fundamentales establecidos (Saladín, 1975, p. 296). Ya que “(...) el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental” (Häberle, 1987, p. 109); es decir conforme a su función integradora.

Este sistema de valores son los mismos que conforman la dignidad en su contenido esencial, la misma que además puede ser entendida desde dos teorías desde el Punto de Vista de López Piña: “(...) desde una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de la dignidad como derecho fundamental para relacionarlo jerárquicamente con los demás derechos” (1991, p. 120); y desde una teoría relativa se busca que los valores y bienes jurídicos delimiten el contenido esencial de un derecho fundamental, ello por cuanto los derechos encuentran su límite en otro derecho fundamental (López Pina, 1991, p. 120).

En ese sentido, conforme a esta última, para promover el desarrollo dinámico de los derechos fundamentales, a los bienes jurídicos que se encuentren en conflicto (que pueden ser el orden público, la seguridad nacional, la autonomía de la voluntad, la propiedad, entre otros), o aquellos supuestos en el que determinada ley, a través de un reconocimiento constitucional llegue a limitar el ejercicio de un derecho fundamental, en tal caso se los debe someter a un juicio de ponderación e integración, que “se realiza a través del test de razonabilidad o proporcionalidad, que se ha potenciado (...) en la doctrina y la jurisprudencia” (Müller, 1966, p. 207); ya que, este mismo encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad, que circunscribe dentro de sus funciones el respeto de la libertad y la autoridad, teniendo como finalidad que no se llegue a transgredir el núcleo duro de los derechos fundamentales, y como consecuencia de ello establecer un estado de armonía y conformidad en el resultado obtenido a través de la adecuada valorización y ponderación de cada uno de los derechos enfrentados, en satisfacción del interés general; los mismos que sin duda alguna seguirán formando parte del conjunto de valores y bienes jurídicos, que constituyen parte intrínseca de la dignidad de la persona. Ello se da, por la concepción de la dignidad en la tesis institucional como una categoría jurídico – positiva y por ende como categoría valorativa (Landa Arroyo, 2000, p. 21). Sin embargo, debemos precisar que este punto correspondiente al test de proporcionalidad será desarrollado oportunamente en los siguientes apartados.

Por otro lado, conforme se ha dejado entre ver, el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los sujetos, les faculta en acudir al sistema judicial en busca de tutela jurisdiccional (derecho subjetivo); frente a la vulneración de derechos fundamentales de naturaleza social y económicos, reconocidos en la propia Constitución; sin embargo, esta última no puede resolver por sí misma la cuestión social, sino que solamente aparece como un marco de una determinada realidad y de un programa social siempre abierto al cambio *res publica semper reformanda* (Müller, 1981, p. 95); ello quiere decir que los derechos fundamentales para manifestarse como efectivas realidades sociales, requieren del bien común, que bajo un fin humanista y colectivo, reclamen acciones concretas del estado, que garanticen su protección y su libre desarrollo, bajo condiciones de razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y justicia; complementado por su regulación e interpretación abierta, que le permite obtener un mayor alcance dentro de un plano objetivo, ello para una adecuada aplicación y protección de los mismos.

En ese sentido, “los derechos fundamentales no son, únicamente, algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivados como estatus; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano, devienen en una realidad vital, y como tal se entiende el derecho como género” (Häberle, 1962, p. 67), basados en la libertad que el legislador debe garantizar y con ello delimitar su funcionalidad sin causarle menoscabo. Es por ello, que todos los derechos se encuentran delimitados bajo un criterio constitucional y legal, y que en defecto de esta la

jurisprudencia constitucional se encargará de delimitarlos, conforme a la fuerza normativa que ostenta como intérpretes de la carta magna.

No obstante, este concepto de fuerza normativa constitucional, puede conformar un derecho fundamental que no haya sido previsto constitucionalmente, pero su delimitación debe realizarse respetando el contenido institucional de la libertad (Lerche, 1961, p. 218). De aquí surge la necesidad, de que la jurisprudencia y la doctrina delimiten dicha fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales precisando los límites inmanentes, directos o indirectos, que hagan inmune el contenido esencial de los derechos fundamentales (Landa Arroyo, 2000, p. 22), que deberá redundar en el contenido esencial de la dignidad.

Es por ello, que la fuerza normativa de la constitución encierra como finalidad la realización y pleno desarrollo de los derechos fundamentales, y que a través de su ejercicio, bajo el criterio de libertad, se llegara a traspasar más allá, del concepto jurídico positivo atribuido constitucionalmente.

2.4. Derechos específicos e inespecíficos del trabajador.

Los derechos del trabajador se encuentran establecidos en el Título Primero, Capítulo II de la Constitución Política de 1993, como derechos de carácter social y colectivo, y en el artículo 2° inciso 15 de la Constitución Política del Perú, se lo regula desde un punto de vista individual, que se manifiesta mediante el elemento de la “libre autodeterminación” del individuo frente a la sociedad, que implica el desarrollo personal dentro de la sociedad, en pro de su bienestar, obligando por ende al estado a proteger

esta finalidad que es sin duda alguna es manifestación del contenido esencial de dignidad, cuyo contenido no puede ser traspasado y por ello, deberá garantizarse su protección, por la evidente relación asimétrica de la relación laboral, como resultado de la imposición del poder empresarial, que convierte al trabajador en merecedor de una adecuada protección de sus derechos fundamentales.

Por ello, en palabras de García Manrique, la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y por consiguiente, es el verdadero fin de todo proceso productivo (2010, p. 153). En ese sentido, él mismo indica, que la importancia del derecho al trabajo descansa en tres aspectos sustantivos:

- “Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales” (2010, p. 153).
- “Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida” (2010, p. 153).
- “Carácter social de la función, ya que solo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros” (2010, p. 153).

Es menester resaltar la aportación que realiza Juan Carlos Cortés Carcelén, quien sostiene que:

Si bien el proceso de constitucionalización de los derechos (o libertades) frente al Estado fue anterior al de los derechos laborales, la discusión sobre aquéllos en la relación de trabajo ha sido posterior y

aún en proceso, siendo uno de los factores el acogimiento no muy lejano de la oponibilidad de los derechos fundamentales frente a los particulares, y entre ellos al empleador en una relación de trabajo (2004, p. 61).

En ese sentido, es de precisar que “hay derechos fundamentales que no son laborales y derechos laborales que no son fundamentales; existen obviamente, derechos fundamentales que no son laborales o sea derechos laborales que son también derechos fundamentales” (Pasco Cosmópolis, 2012, p. 15). En esta línea, de ideas:

Lo importante es que esa incorporación de los derechos sociales en el elenco de los derechos humanos representó un avance considerable en la evolución de los conceptos. Supuso que en la conciencia de la gente no sólo se le debe garantizar su libertad y su seguridad, sino también debe asegurarse un nivel mínimo de bienestar (Plá Rodríguez como se citó en Pasco Cosmópolis, 2012, p. 15).

Por ello, el derecho al trabajo adoptó un carácter propiamente “tuitivo” en favor del trabajador, como la parte débil de la relación laboral; reconociéndole una doble dimensión de derechos, dentro de la relación laboral, como ser humano y como trabajador, los mismos que deberán concurrir simultáneamente dentro de la relación de trabajo, o dicho de otro modo el trabajador por el sólo hecho de serlo, de ninguna manera perderá su condición de “ser humano”, por lo que sus derechos seguirán prevaleciendo aun dentro del centro laboral donde presta sus servicios. Ya que, él “(...)

asume, respecto del empleador, la posición de titular de derechos fundamentales, que este se encuentra obligado a respetar, lo que por consiguiente delimita su propio poder de dirección de la empresa” (Blancas Bustamente, 2007, p. 86). Por lo tanto, “(...) se trata de derechos humanos fundamentales, algunos de los cuales, en lo que más nos concierne, corresponden a la esfera de lo laboral y social (Pasco Cosmópolis, 2012, p. 14).

En esta línea, Palomeque López & Álvarez de la Rosa, han llegado a catalogar esta doble dimensión de derechos, como derechos específicos e inespecíficos del trabajador, calificando al primero de ellos, como aquellos que tienen:

(...) Su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquellos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio (2001, p. 147).

Por otro lado, los mismos definen a los derechos laborales inespecíficos como aquellos derechos:

(...) atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación

jurídica en que se hacen valer, en derecho constitucionales laborales *inespecíficos* (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2001, p. 148).

En ese sentido, cabe precisar que los derechos inespecíficos, son aquellos que Alonso Olea denominaba la versión laboral de los derechos fundamentales y libertades públicas, tratando de resaltar con ello la existencia de un Derecho Constitucional de Trabajo (Alonso Olea, 1990, p. 28). Asimismo, cabe precisar que, “los derechos inespecíficos no se contraponen a los específicos, sino que los completan, los complementan” (Cortés Carcelén, 2012, p. 13). En esta línea de ideas, estos son:

Otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de la relación de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenidos. Se produce una “impregnación laboral” de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo (Palomeque López & Álvarez de la Rosa, 2001, p. 147 - 148).

De acuerdo a la anterior, se puede traducir como aquellos derechos fundamentales que son ejercidos por todas las personas en la sociedad; sin embargo, los mismos también son ejercidos por aquellas personas que se encuentran dentro de una relación laboral, subordinada y remunerada; y es por ello que, “(...) se convierten en verdaderos derechos laborales por razón

del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer” (Valdés Dal Re, 2003, p. 47).

Sin embargo, es necesario determinar cuáles son los límites de estos derechos del trabajador, frente a otros derechos fundamentales del empleador; en esta línea consideramos necesario citar la postura de Martín Valverde, quien ha manifestado lo siguiente:

La cuestión que plantea la incidencia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo es la de las limitaciones de ejercicio de los mismo puedan experimentar en el marco de esta relación contractual. Una vez afirmado que en la actividad de trabajo en la empresa el trabajador tiene derecho a que sean respetados sus derechos personales (a la intimidad, a la propia imagen, a la libertad de expresión, a la libertad religiosa, a comunicar y recibir información, etc.), y una vez establecido el correspondiente deber empresarial para respetarlos, quedan pendientes de dilucidar, primero el problema de si el trabajador puede ejercitar los derechos fundamentales en la relación de trabajo de la misma o de distinta manera que en cualquier otro ámbito de la vida social; y después, supuesto que se reconocieran limitaciones específicas, el problema de precisar hasta donde alcanzan dichas limitaciones en los distintos derechos fundamentales (1999, p. 19).

En esta línea de ideas, siguiendo a Rodríguez Piñero, tenemos que:

El que se reconozca al trabajador frente al empresario el derecho a no ser discriminado en el empleo, a la consideración debida de su dignidad y al respeto de su intimidad y a sus demás derechos fundamentales significa interiorizar esos derechos en la relación contractual, imponer al empresario límites y obligaciones “contractuales” y un deber de salvaguarda de esos derechos que va más allá del respeto a los intereses económicos del trabajador, y que alcanza el de sus intereses y valores como persona y como ciudadano. Los derechos fundamentales como límites al ejercicio de los poderes empresariales llegan a operar, al igual que la buena fe, como cláusula general, incluso si es el empresario no está sujeto por las normas o causas o procedimientos en su actuación (2003, p. 10).

De esto podemos entender, que los derechos inespecíficos operando dentro de la relación laboral, permitirán trazar el límite necesario al poder empresarial; que equiparada de forma similar a la buena fe laboral, obliga a las partes a actuar en con honestidad y lealtad recíproca, y para el caso del empresario procurar el respeto de estos derechos y sus manifestaciones, aun así no estuviese obligado por norma legal en hacerlo.

De manera similar, Cortés Carcelén, siguiendo a Valdés Dal Re considera que, para la incorporación de los derechos fundamentales no laborales en la relación de trabajo, se ha tratado de realizar de dos maneras principalmente:

La primera planteando una supremacía de los derechos del empleador de organizar y dirigir la empresa, por lo que los derechos fundamentales se encontraban sujetos a estos derechos, para lo cual se ha utilizado conceptos como la buena fe contractual. La segunda, por el contrario, sostiene la necesidad de establecer un equilibrio entre el ejercicio del poder de dirección del empleador y el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador, incluyendo los denominados derechos inespecíficos. (Cortés Carcelén, 2004, p. 64)

El autor a este proceso de aplicación de los derechos fundamentales no específicos laborales dentro de la relación laboral, se ha encargado de denominarlo como “proceso de modulación”, la misma que:

Dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, la referida “modulación” deberá producirse únicamente en la medida estrictamente imprescindible, de acuerdo con el “principio de proporcionalidad” para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador. De modo que, toda medida restrictiva de un derecho fundamental deberá superar el correspondiente “juicio de proporcionalidad” (Palomeque & Álvarez de la Rosa, 2018, p. 107).

Sin embargo, en esta relación o confrontación de derechos fundamentales, y conforme a lo detallado en el presente, no queda del todo claro cuál es el límite del poder empresarial; es decir, no queda claro si ese poder se encuentra limitado por el ejercicio de los derechos fundamentales o

más bien el proceso se da a la inversa, es decir, el poder de dirección se convierte en límite de los derechos fundamentales. Así pues, continuando con Valdés Dal Re, tenemos que:

En la medida, en efecto en que este poder (de dirección) de contornos difusos y dotados de una acentuada legitimidad, tiene a su disposición de manera permanente el argumento organizativo, pues instalarse un ambiente claramente adverso a aquellos derechos. Las necesidades organizativas, “filtradas continuamente al contrato de trabajo a través del poder de dirección, modalizan la relación de trabajo” de forma que, dada la situación de subordinación del trabajador, son ellas, las necesidades las que terminan actuando como límites de los derechos del trabajador y no estos, los derechos, los que limiten de manera efectiva a los poderes empresariales (2003, p. 89).

Esta tesis considera que, son las necesidades organizativas de la empresa, las mismas que inciden y limitan los derechos fundamentales del trabajador; en ese sentido, los derechos fundamentales, deben adaptarse al contexto empresarial y a la necesidad y prestación del servicio dentro de la empresa. Sin embargo, bajo el término de modulación o incorporación, el trabajador y el empleador son titulares de derechos fundamentales, los mismos que no surgen de la relación laboral, sino que son anteriores a estos (Cortés Carcelén, 2004, p. 65). Pese a ello, en la práctica de la relación laboral y propiamente del contrato de trabajo, dichas restricciones o limitaciones se aplican al trabajador, más no para su empleador:

Este contexto evidencia la asimetría en la que se encuentran los derechos constitucionales que trabajador y empresario aportan al contrato de trabajo. Los derechos que asisten al empresario como ciudadano rara vez, van a ser amenazados o inquietados. Y las facultades derivadas de su libertad de empresa, reconducidas al contrato de trabajo, van a gozar de una legitimidad presunta ante la ausencia de limitaciones legales directamente vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. (Valdés Dal Re, 2003, p. 98).

Dentro de este contexto, y como se precisó en líneas anteriores, el ejercicio de los derechos inespecíficos del trabajador no pueden ejercerse de una manera ilimitada y excesiva, dado que estos no ostentan un carácter absoluto, sino que se encuentran sujetas a limitaciones y determinadas restricciones; “(...) las mismas deben provenir de la compatibilización con otros derechos o bienes jurídicos que tengan la misma importancia en el ordenamiento jurídico, esto es, que sean reconocidos al mismo nivel constitucional” (Cortés Carcelén, 2004, p. 65); en este sentido, hablamos de derechos fundamentales que se contraponen en igualdad de posiciones, donde “(...) las restricciones deberá ser únicamente la necesaria para lograr esa compatibilidad, de lo contrario estaríamos ante una restricción abusiva” (Cortés Carcelén, 2004, p. 65).

Conforme a lo anterior, Martín Valverde se ha pronunciado al respecto, manifestando que:

Cuál haya de ser la frontera entre la normalidad y el exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales es algo que no se puede determinar “a priori” con carácter general. De ahí que no resulte fácil anticipar predicciones mínimamente seguras sobre cuándo es exigible que el empresario sacrifique su interés en aras del ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador o, por el contrario, cuándo es exigible este último, sin renunciar a derechos que son inherentes a su dignidad, ha de restringir el ejercicio de los mismos en atención a sus propios compromisos contractuales y a la mejora de la productividad de la empresa. Como ocurre en todos los estándares jurídicos, el del ejercicio de los derechos con arreglo a la buena fe exige una ponderación de las circunstancias concretas de cada caso. Y los criterios de ponderación de las mismas pueden y suelen ser varias según el derecho fundamental ejercitado (1999, p. 20).

2.5. Test de Ponderación o Proporcionalidad de los Derechos Fundamentales.

El mecanismo de ponderación de derechos fundamentales, a través de un desarrollo doctrinario hasta poder llegar a consolidarse bajo el “test de proporcionalidad”. Siendo concebido en un primer momento bajo la Visión conflictivas de los derechos fundamentales, donde se considera que por la falta de límites establecidos respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, su conflicto o contraposición deviene en inevitable (Peces Barba, 1999, p. 564). Es así que, dentro de una situación de conflicto, la solución se reduce solamente a preferir a uno de ellos, desplazando al otro;

es decir, poner un derecho por encima del otro. (Castillo Córdova, 2005, p. 103).

Dentro de este contexto, la visión conflictivista para determinar y justificar la primacía de un derecho sobre otro, se basa a la jerarquización y la ponderación de derechos; los que deberán distinguirse entre derechos fundamentales comunes y derechos fundamentales supremos (Troper, 1996, pp. 255-274), “(...) o entre derechos de varias “generaciones”, atribuyendo a los derechos una importancia diferente con arreglo a la “generación” a la que pertenecen” (Pino, 2009, p. 652); los mismos que pondrán resolverse siguiendo un orden preestablecido.

Los derechos de primera, segunda y tercera generación, a los que se hace referencia, son aquellos que se muestran a continuación:

Tabla 1: Las Tres Generaciones de los Derechos Humanos.

Primera Generación	Surgen con la Revolución Francesa como rebelión contra el absolutismo del monarca. Se encuentra integrada por los denominados derechos civiles y políticos. Imponen al estado respetar siempre los Derechos Fundamentales del ser humano (a la vida, a la libertad, a la igualdad, etc.)
Segunda Generación	La constituyen los derechos de tipo Colectivo, los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Surgen como resultado de la Revolución Industrial, en México, su Constitución de 1997 incluyó los Derechos Sociales por primera vez en el mundo. Constituyen una obligación de hacer del Estado y

	son de satisfacción progresiva de acuerdo a las posibilidades económicas del mismo.
Tercera Generación	Se forma por los llamados Derechos de los Pueblos o de Solidaridad. Surge en nuestro tiempo como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones, así como de los distintos grupos que las integran.

Fuente, Aguilar Cuevas, 2006, p. 93.

Es de este modo, que en base a las generaciones de los derechos fundamentales, se los sobrepone uno sobre otro, conforme a su aparición y nivel de importancia dentro de una sociedad; además cabe precisar que cada uno es consecuencia del anterior, y gracias a este criterio de jerarquización se delimita el orden que se deberá seguir; sin embargo, “(...) puede ser difícil buscar escalas y comparaciones en algunos casos, pero en otros es fácil y siempre es posible” (Bidart Campos, 1991, p. 215). Es por ello, que por el criterio de jerarquización se reconoce siempre al derecho superior; sin embargo, no siempre tiene en cuenta la complejidad del problema en su total dimensión, así como la multiplicidad de excepciones y matices que ofrece la vida práctica (Serna y Toller, 2000, p. 26).

En segundo momento apareció otro criterio de solución, denominado *balancing test* o “test de ponderación de derechos” o “test de proporcionalidad”, el cual se caracteriza por someter a comparación los derechos en conflicto, sin desconocer las características y peculiaridades que puedan presentarse en cada caso en concreto (Burga Coronel, 2012, p. 255), fundamentado bajo el principio de proporcionalidad.

En relación a lo anterior, Robert Alexy considera que:

(...) la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto, se trata, por lo tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer la primacía a uno u otro (1993, p. 90).

En ese entendido, Javier Barnes afirma que:

Aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte (1998, pp. 35 -36).

Lo anterior, no llega a suponer, que a través del test de ponderación se pueda desaparecer un derecho frente a la prevalencia de otro, ya que ello implicaría desconocer la verdadera finalidad del estado como garantista de la protección y pleno ejercicio de estos derechos fundamentales; es por ello, que este juicio solamente podrá restringir parte de un derecho fundamental frente a otro con mayor relevancia, procurando que no pueda perder su vigencia en totalidad. Debiendo adecuarse tal restricción bajo el principio de razonabilidad, analizando si las restricciones realizadas cumplen con una

serie de condiciones, esto es, saber si las restricciones son adecuadas, indispensables y proporcionales (Valdés Dal Ra, 2003, p. 66), las mismas que se ubican a modo de sub principios, los mismos que han sido desarrollados por Robert Alexy, en los siguientes términos:

- a) Adecuada. Se debe comprobar si la limitación impuesta por el empresario sirve o no para garantizar su libertad de empresa y las facultades de ella derivadas. Se debe verificar si existe o no adecuación entre el acto limitativo al derecho del trabajador y el derecho del empleador, que es el que legítimamente podría colisionar con él y limitarlo. Asimismo, debe verificarse en este punto si la conducta del empresario es razonable o por el contrario se trata de una conducta manifiestamente irracional o arbitraria. Las restricciones no pueden ser inútiles o no tener efectividad para el fin para el cual se crearon. Palomeque López y Álvarez de la Rosa le denominan juicio de idoneidad, en cuanto supone una valoración de la medida en función del objetivo perseguido (Como se citó en Carcelén Cortés, 2004, p. 66).
- b) Indispensable. Se debe constatar si la restricción al derecho fundamental del trabajador es estrictamente imprescindible para salvaguardar el derecho que se le opone. En este caso, si la decisión empresarial ha optado por la alternativa más gravosa de entre las posibles, el análisis tendrá un resultado negativo, por lo que el empleador debe optar por aquella salida que implique el menor sacrificio de derechos fundamentales. Los autores señalados lo

denominan juicio de necesidad, en cuanto debe verificarse si la medida adoptada es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para lograr el fin deseado con igual eficacia (Como se citó en Carcelén Cortés, 2004, p. 66).

- c) Proporcional. En este punto debe revisarse si la restricción al derecho fundamental “guarda una relación razonable y proporcional con la relevancia del interés que se ha tratado de proteger por parte del empresario. El juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela (...) (Como se citó en Carcelén Cortés, 2004, p. 66).

Conforme a lo anterior, el autor añade los siguientes enunciados que deberán concurrir en este proceso:

- i. Valorar cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro (Alexy Como se citó en Carcelén, 2004, p. 55).
- ii. Cuanto más intensa sea una intervención de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan su intervención (Alexy Como se citó en Carcelén, 2004, p. 55).

Y para poder estructurar la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad, el mismo considera que se deberán seguir obligatoriamente tres etapas determinadas, y claramente definidas:

- 1) “Definir y determinar el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios” (Alexy, 2012, p. 256).
- 2) “Definir y determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio en un sentido contrario” (Alexy, 2012, p. 256).
- 3) “Definir y determinar el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro” (Alexy, 2012, p. 256).

De lo anterior, solamente por medio de estos criterios, sub principios del principio de proporcionalidad y las etapas desarrolladas por el autor, permitirán alcanzar la verdadera optimización de los derechos fundamentales del trabajador, fundadas además en términos de racionalidad, coherencia que permitirán evitar caer en la arbitrariedad en el juicio de ponderación de derechos.

2.6. Estructura de las normas constitucionales.

En este punto, tomando como referencia la fuerza normativa constitucional, tenemos a la Constitución como la norma suprema de todo estado de derecho, se encuentra “(...) integrado por diversas normas ordenadas entre sí en función de su jerarquía material y formal (Landa Arroyo, 2010, p. 23). En esta línea, en palabras de Werner Kāgi, manifiesta que la Constitución goza de supremacía material por dos elementos:

Uno, por su origen, por cuanto la Constitución es emanación del poder constituyente, que en un sistema democrático es la fuente de legitimación del poder político y el orden jurídico. Dos, por su

contenido, en la medida que la Constitución expresa jurídicamente los contenidos esenciales que integran a dicha comunidad, es decir los derechos fundamentales y la organización del poder político (2005, p. 99).

Por otro lado, desde la perspectiva de la supremacía formal de la Constitución, Hans Kelsen considera lo siguiente:

(...) La constitución prevalece sobre la ley, esta sobre los reglamentos y así sucesivamente. Pese a este mandato, se pueden derivar dos consecuencias: una, que la Constitución es una *lex legis* – ley de leyes – en tanto se encuentra en el vértice de las demás normas, y prima en caso de conflicto sobre ellas; y *normas normarum* – norma fuente de normas – en tanto constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico (2001, 44 – 47).

Ello se presenta de esta manera, en función de los valores y principios supremos que garantizan la supremacía de la Constitución, que le han llegado a otorgar un sentido de unificación dentro del orden jurídico, más allá del simple positivismo constitucional.

Conforme a ello, (...) como el actual concepto de Constitución se funda en la persona humana, la finalidad y la naturaleza de sus normas son iguales, en tanto no es el poder del Estado, sino la libertad de los ciudadanos el propósito de la norma suprema (Schmitt, 1982, p. 138).

Sin embargo, parte de la doctrina en materia Constitucional, como es el caso de García Pelayo reconoce que debería distinguirse la estructura jurídica – Constitucional de aquellas normas que:

a) Se refieren a la organización y el ejercicio de las funciones de los poderes públicos; b) tienen una formulación relativamente precisa, están en relación sistemática con el todo y en conexión mediata o inmediata con los valores políticos que le otorgan sentido; y c) cuya efectividad social está garantizada por su cumplimiento y por otras garantías (2000, p. 116).

Por otro lado, Ignacio de Otto, considera que contemporáneamente, también habría que distinguir entre: “a) normas de organización y normas de contenido y su valor; b) normas de organización y de procedimiento; y c) normas de contenido” (1998, p. 28 - 33); o en conforme a las funciones de la Constitución, conferir competencias y disciplinar su ejercicio, por lo que, debe distinguirse entre normas constitutivas y normas regulativas (Ruiz Manero, 2009, p. 64).

Por su parte, Landa Arroyo, considera que el constitucionalismo positivista ha diferenciado entre: “las normas constitucionales de naturaleza jurídica y las normas constitucionales de naturaleza programática, dado el carácter difuso de los límites y la indeterminación de algunas de las normas de estas últimas, que exigen un amplio margen de interpretación discrecional” (2010, p. 27). Sin embargo, en el constitucionalismo post-positivista, hoy se admite por lo general que no se trata de fórmulas en

blanco, carentes de contenido, sino de normas de las que pueden derivarse notables consecuencias jurídicas (Cascajo, 1988, p. 70). En este sentido, en función de distinguir la estructura de las normas constitucionales entre las normas – regla y las normas – principio, cualesquiera que sean el contenido material o formal, estas gozan de una fuerza normativa con diferentes grados de intensidad (Hesse, p. 1983, 61).

Al respecto, Alexy señala que, en primer lugar, las reglas y principios son normas jurídicas, con distintas formulaciones deónticas que pueden ser: normas mandato, normas de permisión y normas de prohibición (1997, p. 82); por lo que, considera que la diferencia entre principios y reglas radica en su fuerza normativa. Según el autor:

Los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas de un nivel relativamente bajo de generalidad (...). Los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (...). En cambio, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no (...) contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible (1997, p. 86 & 87).

Ello quiere decir, que los principios están dirigidos a procurar un resultado óptimo conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas; por otro

lado, las reglas establecen determinados supuestos de aplicación en determinado contexto factico y jurídico.

Sin embargo, si bien la aplicación de la fuerza normativa de la Constitución utiliza la estructura de las normas constitucionales, es precisamente con la distinción entre norma y disposición que ha llegado a cumplir con eficacia su tarea de control constitucional. Así, a partir de la interpretación de la naturaleza y la estructura de las normas constitucionales, se ha distinguido entre *disposición* – es decir, el enunciado lingüístico, texto o conjunto de palabras – y *norma* – esto es, los sentidos interpretativos que derivan de la disposición (Guastini, 1993, p. 18). Ello ha servido a los tribunales constitucionales materiales o formales, para la utilización de una tipología de sentencias sobre la inconstitucionalidad de las leyes, a fin de colmar los vacíos normativos entregándolos mediante la jurisprudencia (Landa Arroyo, 2009, p. 18).

En ese sentido, dentro del control de la supremacía jurídica de la Constitución, Landa Arroyo siguiendo a Theodor Maunz, distingue entre:

Sentencias de especie y sentencias de principio. Las primeras surgen de la simple aplicación de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto; siendo la laboral del tribunal meramente declarativa. Por el contrario, las sentencias de principio integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales,

llenando los vacíos normativos del legislador y forjando verdaderos precedentes vinculantes a partir de casos concretos (1997, p. 260).

2.7. DERECHO AL TRABAJO

2.7.1. Síntesis de la evolución del derecho al trabajo.

El derecho al trabajo, como otros derechos, ha tenido constantes conflictos en su reconocimiento y protección, debido que, por su característica social, siempre ha enfrentado muchos obstáculos para su desarrollo; en tal sentido, es importante realizar previamente un repaso de la evolución del derecho al trabajo, ello nos ayudara a situarnos dentro del contexto de las discusiones que a propósito de su reconocimiento como derecho han surgido en el tiempo. (Cuba Velaochaga, 2017, p. 23).

El Derecho del Trabajo es aquella disciplina jurídica que surgió como consecuencia de la evidente desigualdad económica entre las dos partes de la relación laboral: (i) el trabajador, quien pone a disposición su fuerza de trabajo y su mano de obra; y (ii) el empleador, quien se beneficia de las tareas realizadas por el trabajador (...). Es decir, el Derecho del Trabajo surge inicialmente como una forma de establecer un equilibrio frente a la desigualdad económica de las partes (...). Si bien a la fecha la desigualdad entre empleador y trabajador persiste, los derechos laborales buscan equilibrar la situación (Landa Arroyo, 2014, p. 222).

Por tal razón, debe tenerse en cuenta el año 1848, el cual ha representado una fecha trascendental en la evolución del derecho al

trabajo (...) A esto debemos decir que, a lo largo del primer tercio del siglo XIX, la crisis económica y la falta de ocupación desembocaron en la recuperación del lema de la libertad de trabajo que es esgrimido durante los disturbios de agosto y setiembre de 1830 (...).El interés por el debate de la existencia del derecho al trabajo se fue extendiendo a varios países (...). Charles Fourier ha sido considerado como el padre del derecho al trabajo. Para él, el objetivo es conseguir que el trabajo constituya un placer para el hombre y no una coacción o un castigo, para lo cual es necesario asegurar a todos los individuos un mínimo existencial (Cuba Velaochaga, 2017, p. 24).

Los principales argumentos que fueron esgrimidos en el debate sobre el derecho al trabajo por liberales y socialistas fueron los siguientes:

- La relación con la libertad de trabajo. El grado de intervencionismo estatal (2017, p. 25).
- La conformación del derecho al trabajo como derecho subjetivo (2017, p. 25).
- Las características mínimas que han de procurarse (2017, p. 25).
- La vinculación del derecho al trabajo con el derecho de propiedad (2017, p. 25).

Para el pensamiento liberal, el derecho al trabajo implica un crédito frente al Estado, incompatible con la libertad y reciprocidad contractual (...) La crítica socialista en defensa del derecho al trabajo mantendrá una

posición diametralmente opuesta, a como postulado básico la compaginación del derecho al trabajo y de la libertad a trabajar (...) Otro aspecto destacable, en la polémica es la noción de trabajo adecuado, la cual se concreta en un cierto número de exigencias subjetivas, tales como condiciones de trabajo y salarios(...). Finalmente, dentro del debate sobre el derecho al trabajo, existiendo para unos una estrecha correlación entre derecho al trabajo y derecho a la propiedad, y para los otros una incompatibilidad en la que el reconocimiento del primero implicaría la negación del segundo (Cuba Velaochaga, 2017, p. 26).

La reseña histórica descrita precedentemente, ha permitido ubicarnos en un determinado tiempo y espacio para conocer las posturas disyuntivas entre socialistas y liberales quienes desarrollan y proponen el reconocimiento y rechazo del derecho al trabajo desde sus respectivas perspectivas, ayudando a comprender que tal derecho posee muchos significados desde la aparición del Estado social y condicionamiento de un modelo económico y a la vez con el contenido del derecho al trabajo evitando la invasión de la libertad del hombre.

Ahora bien, es necesario pasar a desarrollar los orígenes del derecho del trabajo y su proceso de constitucionalización en el mundo y en el Perú.

2.7.2. Génesis del derecho laboral.

Como ya indicamos líneas arriba el derecho del trabajo es aquella disciplina jurídica que surgió como consecuencia de la evidente desigualdad económica entre las dos partes de la relación

laboral: (i) el trabajador, quien pone a disposición su fuerza de trabajo y su mano de obra; y (ii) el empleador, quien se beneficia de las tareas realizadas por el trabajador. este desequilibrio siempre conducía a que la posición del empleador sea la que consiga imponerse al trabajador, generando con ello que éste se vea sumido en condiciones precarias e indignas para realizar sus labores. (Landa Arroyo, 2014, p.222).

Frente a tal situación, “el Derecho del Trabajo se erigió como una rama necesaria a fin de equiparar condiciones entre trabajador y empleador, y de esa forma restablecer el desequilibrio contractual derivado de la desigualdad económica entre las partes, mediante la regulación de condiciones mínimas en beneficio del trabajador” (Sentencia del Tribunal Constitucional 10777-2006-PA del 7 de noviembre de 2007. Fundamento jurídico 4).

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” (Boza Pro, 2011, p. 16).

Por otro lado, debemos tener en cuenta que el Derecho del Trabajo, se conquistó y tuvo su origen en el equilibrar la desigualdad entre empleador y trabajador persistente en la relación laboral, para otorgar una protección tuitiva a la parte vulnerable y expuesta a posibles desigualdades socio-laborales y socio- económicas, lesión de derechos fundamentales, despidos.

2.7.2.1. Constitucionalización del Derecho del Trabajo: La Constitución de Querétaro de 1917.

Una vez establecido y reconocido, el Derecho del Trabajo inició un proceso de constitucionalización que llevó a la más alta consagración de los derechos laborales. Con ello, se buscaba superar la noción tradicional según la cual el contrato de trabajo acotaba a favor del empleador una “zona franca y segregada de la sociedad civil”, en la que los derechos civiles y libertades del trabajador quedaban en la “puerta de la fábrica”, careciendo, por consiguiente, de relevancia en la vida de la relación de trabajo (Baylos Grau, 2006, p. 280).

Sobre este punto, conviene destacar al primer texto constitucional en reconocer los derechos sociales, incluyendo a los derechos laborales, motivo por el cual se convirtió en “modelo y ejemplo de muchas otras legislaciones” (Noriega Cantú, 1988, p. 107).

El reconocimiento que se hizo en la Constitución de Querétaro de 1917 a los derechos laborales respondió al hecho que ya no cabía entender los derechos fundamentales únicamente como limitación del Estado, como protección jurídica del individuo frente a las intervenciones estatales, debido a que esta perspectiva “no ofrecía en la práctica ningún puente lógico para su interpretación social, no ofrecía la ansiada posibilidad de hermanar Estado de Derecho y

Estado social, sobre la base común de los derechos fundamentales”. (Noriega Cantú, 1988, p. 107).

De este modo, la Constitución de Querétaro de 1917 expresó “la obligación imperiosa del Estado, del poder público, de intervenir directa y activamente en la vida económica de la nación para regular y proteger los derechos de los obreros y los campesinos”. (Noriega Cantú, 1988, p. 107), reconociendo en el artículo 123 de dicho texto constitucional la más amplia gama de derechos laborales, tales como: (i) La jornada máxima de ocho horas (Artículo 123, I de la Constitución de Querétaro de 1917); (ii) descansos semanales (Artículo 123, IV de la Constitución de Querétaro de 1917); (iii) el salario mínimo (Artículo 123, VI de la Constitución de Querétaro de 1917); (iv) sindicalización de trabajadores y agremiación de empresarios (Artículo 123, XVI de la Constitución de Querétaro de 1917); (v) protección frente al despido arbitrario (Artículo 123, XXII de la Constitución de Querétaro de 1917) (Noriega Cantú, 1988, p. 107).

Así, vemos que los derechos laborales obtuvieron reconocimiento constitucional, convirtiéndose así en derechos fundamentales exigibles tanto frente al Estado como frente a los particulares.

Ahora bien, como ya se habrá apreciado, los orígenes del Derecho del Trabajo está estrechamente vinculados –por no decir

exclusivamente relacionados— con el capitalismo y la industrialización. ¿Cómo llega el Derecho del Trabajo al Perú, considerando que nuestro país fue, por mucho tiempo, ajeno a ambos procesos? (Landa Arroyo, 2014, p. 223).

2.7.2.2. El surgimiento del Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización.

A diferencia de lo que sucedía en regiones capitalistas e industrializadas, como Europa o América del Norte, en el Perú no se presentaron dichos fenómenos hasta bien entrado el siglo XX. En efecto, desde los inicios del Perú republicano del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, el trabajo en nuestro país estuvo marcado por condiciones de trabajo deplorables, incluso no voluntarias. (Chipoco Cáceda, 1981, p. 33).

Como señala Boza Pro, “la subsistencia de esas condiciones retrasaron la afirmación del derecho del trabajo en el Perú hasta mediados del siglo XX, cuando el crecimiento de las zonas urbanas y el paulatino desarrollo industrial y comercial llevó a la conformación de los primeros grandes centros de trabajo, y con ello, a la existencia de las primeras organizaciones sindicales peruanas” (2011, p. 33).

Luego de las protestas por el reconocimiento de la jornada máxima de ocho (8) horas en nuestro país, se promulgó la Constitución de 1920. Al respecto, Blancas Bustamante ha señalado que dicho texto constitucional representó “la recepción, muy limitada

y tímida, de las ideas e instituciones del Estado social. Ello se expresa en el hecho de que incluyó, por primera vez en un texto constitucional, un título –el IV– denominado ‘garantías sociales’, que reconoció algunos derechos laborales, estableció ciertos criterios para la legislación del trabajo y enunció diversas normas de contenido laboral” (2011, p. 117).

Si bien existió otra tenue constitucionalización de los derechos laborales con la Carta Magna de 1933, es recién con la Constitución de 1979 que el Perú adopta el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que comentamos al inicio del presente artículo, pues dicho texto constitucional definió al Perú como una república democrática y social, independiente y soberana basada en el trabajo (Artículo 79 de la Constitución Política del Perú de 1979.- “El Perú en una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo”)

Con ello, “se dio un importante avance en el reconocimiento de institutos y derechos laborales en lo más alto de nuestro ordenamiento”. (Boza Pro, 2011, p. 35).

En efecto, dentro de este marco constitucional, “correspondía al Estado promover las condiciones económicas y sociales para fomentar el empleo, crear igualdad de oportunidades, eliminar la pobreza y proteger al trabajador frente al desempleo y el subempleo. Dicha Constitución prohibía, en toda relación laboral, la existencia de cualquier condición que impidiese el

ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores o que desconociese o rebajase su dignidad. El trabajo, según ella, era objeto de protección del Estado, de modo que se consagró la estabilidad laboral, la remuneración mínima vital, la jornada de ocho horas diarias, los derechos de sindicación, de seguridad social, huelga y negociación colectiva, entre otros” (Landa Arroyo, 2013, p. 30).

Posteriormente entraría en vigencia la Constitución Política de 1993, la cual, pese a reiterar gran parte de los derechos previstos por la Constitución de 1979, redujo algunos otros, especialmente a los derechos sociales (Abad Yupanqui, 2010. pp. 26-27) ¿Qué trajo consigo dicha Carta con relación a los derechos fundamentales propios del Derecho del Trabajo? Lamentablemente, un retroceso, pues durante el gobierno dictatorial del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, los derechos laborales “fueron debilitados considerablemente al limitarse el incremento de los salarios y la mejora de las condiciones de trabajo” (Landa Arroyo, 2013, p. 30) entre otras situaciones derivadas de la “flexibilización” de nuestro régimen laboral y el propósito de restarle protección al trabajador.

Sin embargo, pese a que se intentó reducir el contenido material de los derechos fundamentales con la Constitución de 1993, ello no ha sido obstáculo para que dicha situación haya sido corregida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, atendiendo a los principios constitucionales del Derecho del

Trabajo y a la dignidad de la persona. Ello porque actualmente se “condiciona la validez de la legislación y la jurisprudencia, así como el comportamiento de los actores políticos –públicos o privados–, a la satisfacción y respeto de los derechos fundamentales”. (Indacochea Prevost, 2008. p. 98).

2.8. El estado social y democrático de derecho.

El Estado peruano, de conformidad con los artículos 3°, 43° y 44° de la Constitución Política de 1993, sigue el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho. Estas características no son meras enunciaciones desprovistas de contenido, sino que vinculan jurídicamente al Estado y a la comunidad (Landa Arroyo, 2014, p. 220).

Frente al Estado liberal, en el que se ponía énfasis en la libertad frente y contra el Estado, garantizada sin condiciones materiales (Landa Arroyo, 2002. p. 58) surge el Estado Social y Democrático de Derecho, en el que se incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos (Landa Arroyo, 2013. p. 14) a la par que la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida que tienen el deber de cumplirla y defenderla (Landa Arroyo, 2013. p. 14).

Ello no quiere decir que la libertad pierda relevancia, pues el Estado Social y Democrático de Derecho también proclama a la libertad, “pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es

que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio” (STC N° 0008-2003-AI/TC, fj. 12).

De este modo, el Estado Social y Democrático de Derecho debe ser entendido como un modelo en el que no sólo se busca limitar y controlar al Estado y a la sociedad, sino también promover y crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que permitan el máximo desarrollo de la persona (Landa Arroyo, 2007. pp. 551-557), con absoluto respeto a su dignidad, la cual dirige y orienta, positiva y negativamente, la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado (Landa Arroyo, 2002. p. 123).

2.8.1. La dignidad y los derechos fundamentales en el Estado Social y Democrático de Derecho.

En nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, la defensa de la persona y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado, según señala el artículo 1 de nuestra Constitución Política de 1993.

La dignidad humana es la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas, así como el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político como del modelo económico y social (Landa Arroyo, 2002. p. 123). Siendo esto así: ¿Cuáles son los medios para procurar la defensa de la persona, según enuncia nuestro texto constitucional? En el Estado Social y Democrático de Derecho, estos medios son precisamente los derechos

fundamentales, los cuales se constituyen como una forma de tutelar de manera óptima al hombre en su dignidad y libertad (Haberle, 1997. p. 259) en tanto son aquel conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan estas exigencias, las cuales deben ser reconocidas positivamente (Pérez Luño, 2007. p. 46).

En la misma línea, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que los derechos fundamentales son aquellas instituciones reconocidas por la Constitución (STC N° 0050-2004-AI/TC, fj. 72) y susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad (STC N° 0050-2004-AI/TC, fj. 72). Agrega, además, que vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y, en general, la labor del Estado (STC N° 0050-2004-AI/TC, fj. 72), así como a la sociedad en su conjunto. De este modo, los derechos fundamentales se constituyen no sólo como atribuciones jurídicamente exigibles con las que cuentan las personas en tanto sujetos con dignidad, sino que también son valores que el Estado y la comunidad deben tutelar y resguardar. (Landa Arroyo, 2002. pp. 49-71).

2.8.2. Los derechos sociales en el Estado Social y Democrático de Derecho.

En los textos constitucionales como el peruano ya no encontramos únicamente a los clásicos “derechos de libertad” como derechos de defensa frente al Estado y en contra de él, sino que

también encontramos el reconocimiento de los derechos sociales, destinados a procurar la existencia y vida digna de los ciudadanos, especialmente “a favor de quienes están en situaciones de desventaja social y económica” (Landa Arroyo, 2010. pp. 15-17). Ello como consecuencia de nuestro vigente modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

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 (Landa Arroyo, 2014, p.221).

El reconocimiento de los derechos sociales, se encuentran regulados en el Artículo 4 de la Constitución Política de 1993.- “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”. Así mismo, en el Artículo 23 de la Constitución Política de 1993.- “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 (...)”.

2.9. El trabajo y el derecho al trabajo.

2.9.1. Posiciones conceptuales de trabajo.

El trabajo es una actividad realizada por el hombre; es decir, actividad humana física o mental, que permite lograr la producción de bienes y/o servicios económicos en beneficio de terceros (parte patronal) y que bajo un contexto jurídico laboral es considerado como la base del bienestar social del ser humano, un medio de realización personal, un deber y a la vez un derecho constitucional que promueve el progreso social y económico y que se encuentra no proscrito en su eficacia.

Sin embargo, el trabajo no siempre ha tenido las condiciones y organización para su concretización. La referida actividad humana ha tenido una metamorfosis, siendo considerada en un primer momento como una necesidad vital para la sobrevivencia del ser humano, desarrollando actividades de pesca, caza y recolección de frutos y con ello los primeros vestigios de trabajar la tierra y la crianza de animales.

Épocas más tarde se convertiría en una actividad vil y cruel en contra de la dignidad del hombre, dado que no existía protección para el trabajador donde éste desarrollaba sus labores bajo condiciones abusivas y ausentes de una retribución proporcional o en el peor de los casos el ser sometido a esclavitud donde no recibía ninguna retribución por su trabajo, siendo considerado solamente un objeto en provecho de quien ejercía su titularidad como propietario. Sin

embargo, en determinado momento se le reconoció “(...) la condición de siervo de la gleba si bien generaba la obligación al trabajo compulsivo, empero, implicaba también el derecho a su no separación del entorno territorial, el resguardo de su seguridad jurídica ante terceros” (Cuba Velaochaga, 2017, p. 21).

Posteriormente, logró desarrollar actividades laborales de manera independiente ejercida con determinado grado de libertad, pudiendo incluso agruparse en talleres gremiales en donde surge la categoría de maestro y propietario de los instrumentos y materiales de trabajo, quien ejercía el poder de decisión y control productivo frente a sus dependientes quien era considerado como discípulo o aprendiz de éste.

Luego de ello el trabajo se estableció en la categoría de “(...) mercancía sujeta a las fluctuaciones de la ley de la oferta y la demanda. Así, en el mercado la persona ofrecía su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración, cuyo valor estaba sujeto al valor económico del momento” (Cuba Velaochaga, 2017, p. 21).

Finalmente logro lo que hoy en día se le reconoce “(...) como un derecho-deber emanado de la naturaleza del ser humano; el cual por ser portador de dignidad queda amparado por regulaciones normativas protectoras” (García Toma, 2013, p. 670).

En el contexto actual, el trabajo tiene una trascendental relevancia en el desarrollo de las sociedades, para lo cual es necesario

que su protección y promoción a través del ejercicio del derecho al trabajo en sus diferentes dimensiones deban estar constantemente tuteladas, con base en una legislación adecuada en las diferentes actividades de concretización del trabajo. (Cuba Velaochaga, 2017, p. 21).

2.9.2. El trabajo y su reconocimiento por parte del Estado.

El trabajo es una determinada actividad laboral que el Estado lo ha reconocido en el artículo 26° de nuestra Constitución Política vigente cuyo contenido es el siguiente: “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”.

2.10. El derecho al trabajo.

El derecho al trabajo es un derecho que está reconocido a nivel constitucional, literalmente en el artículo 22° de la Constitución Política de 1993, cuyo tenor literal es el siguiente: “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”. (STC N° 01124-2001-AA, fj. 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 1993. (Kresalja Rosselló & Ochoa Cardich 2009. p. 298).

No debe ser confundido con el derecho a la libertad de trabajo (Artículo 2, inciso 15 de la Constitución Política de 1993.- “Toda persona tiene derecho: A trabajar libremente, con sujeción a ley”), el cual “es una manifestación del derecho al trabajo, y que se define como el derecho a elegir libremente una profesión u oficio. Por ello, el Estado debe garantizar la libertad de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para la subsistencia; es decir, debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por

cuenta propia, ejerciendo la libertad de empresa que la Constitución reconoce”. (STC N° 02802-2005-PA, fj. 2).

De acuerdo a 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” (2007. p. 11). 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) subordinado (Neves Mujica, 2007, p. 5). 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.

2.11. El trabajo como objeto del derecho al trabajo.

Es necesario precisar que en la actualidad el derecho al trabajo tiene una connotación que se delimita a las relaciones sociales, debido a que el derecho al trabajo o derecho laboral es un derecho de carácter social, como así lo han adoptado positivamente las constituciones democráticas. De esta manera, existen diversas formas de concretización del trabajo: (Cuba Velaochaga, 2017, p. 22).

2.11.1. Trabajo humano.

El trabajo es realizado por el hombre en relación con su entorno, realizando esta actividad a través de herramientas y mecanismos,

permitiendo desarrollar habilidades originadas de la inteligencia humana, las cuales permiten incluso expresar su cultura y costumbres, con la finalidad de desarrollar tanto el aspecto personal, familiar y social (Cuba Velaochaga, 2017, p. 22).

2.11.2. Trabajo productivo.

El trabajo productivo son las actividades que producen bienes y servicios, los cuales tienen valor en un determinado mercado o relación de servicio, generando de esta forma ingresos de índole económico o de especies, que permitirán desarrollar diversas actividades laborales y cubrir necesidades básicas de consumo y servicios, teniendo como finalidad principal la subsistencia de la persona o el grupo de personas que realizan una determinada actividad laboral (Cuba Velaochaga, 2017, p. 22).

2.11.3. Trabajo por cuenta ajena.

Dentro de las variantes de ejecución de la actividad laboral se encuentra el trabajo por cuenta ajena, así lo asume el derecho al trabajo en una realidad social en la cual los frutos del trabajo son atribuidos directamente a persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo (Cuba Velaochaga, 2017, p. 22).

2.11.4. Trabajo libre.

También puede llamarse trabajo voluntario, es el que está circunscrito a realizarse de forma electiva o aceptada por el trabajador, no siendo forzado a realizar determinada actividad laboral sin su

consentimiento, configurando de esta forma el ejercicio del derecho a la dignidad y los derechos fundamentales que se desprende de este derecho, prohibiendo la esclavitud en todas sus formas (Cuba Velaochaga, 2017, pp. 22-23).

2.12. Protección y reconocimiento internacional del derecho al trabajo.

La Constitución Política de 1993 ha previsto que los tratados internacionales suscritos o a los que se haya adherido el Perú forman parte de nuestro ordenamiento nacional (Artículo 55 de la Constitución Política de 1993.- “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”), disponiendo además que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.- “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”).

Es decir, “los tratados internacionales a los cuales alude la Cuarta Disposición Final y Transitoria, exigen la interpretación de los derechos fundamentales por parte de los órganos judiciales nacionales; ya sea directamente o en función de los tratados internacionales, como a través de las sentencias, opiniones y recomendaciones, que la justicia internacional

haya establecido para la tutela de los derechos humanos” (Landa Arroyo, 2005. p.7).

Los párrafos precedentes, permiten que a continuación pasemos a indicar los instrumentos supranacionales que regulan el derecho al trabajo, estos son:

➤ **La Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

Este instrumento internacional reconoce en su artículo 23 que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, y a la protección contra el desempleo (Cuba Velaochaga, 2017, p. 30).

➤ **El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

Establece la necesidad de salvaguardar el derecho a trabajar, de modo que todos tengan la oportunidad de ganarse la vida, logrando el bienestar social y económico que las personas necesitan para desarrollarse en esta actividad (Cuba Velaochaga, 2017, p. 30).

➤ **La Declaración Americana de los Derechos del Hombre.**

Señala que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y decidir libremente su vocación cuando lo permitan las oportunidades existentes del empleo (Cuba Velaochaga, 2017, p. 31).

➤ **La Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social, proclamada por las Naciones Unidas.**

Esta declaración, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1969, obtuvo en sus conclusiones que se considere que el desarrollo social al que todos aspiramos exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y a elegir su empleo libremente (Cuba Velaochaga, 2017, p. 31).

➤ **La Declaración de Filadelfia.**

Afirma, que todos los seres humanos, sin distinción alguna, tienen derecho al trabajo y a perseguir su bienestar material y su desarrollo social en condiciones de libertad y dignidad, proclama de igual manera la igualdad de oportunidades que debe existir en materia de empleo (Cuba Velaochaga, 2017, p. 31).

➤ **La Carta Social Europea.**

Este documento reconoce el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, cuyo aseguramiento implica un nivel elevado de estabilidad de empleo (Cuba Velaochaga, 2017, p. 31).

CAPÍTULO III

CONTRATO DE TRABAJO Y PERIODO DE PRUEBA

3.1. CONTRATO DE TRABAJO.

3.1.1. Breves Referencias Históricas del Contrato de Trabajo.

La Revolución Industrial a fines del siglo XVII y comienzos el siglo XVIII, fue el acontecimiento que marcó el inicio de la denominada “cuestión social”, que trajo consigo el menosprecio y estado de denigración del trabajador; “(...) ello por la ausencia de una normativa jurídica capaz de enfrentar y resolver el conjunto de adversidades e infortunios por los que atravesaba dicha fuerza laboral” (Horna Torres, 2012, p. 63).

En ese sentido, en 1804 con la llegada del Código Civil Francés de Napoleón, se empezaron a diseñar los primeros vestigios del denominado “Contrato de Trabajo”; y en el Perú, el Código Civil de 1852 siguiendo la influencia de la regulación Francesa, se regulo la figura del Contrato de Trabajo en el “Corpus Juris Civiles” del Código Civil de 1936 Libro Quinto, del Derecho de Obligaciones, Sección Quinta, Título Sexto, específicamente en los artículos 1571° y 1572°, el primero limitándose a conceptualizar el contrato de trabajo solo para los trabajadores obreros, quien por su trabajo personal, contribuye en la producción, sea por tiempo determinado o indeterminado (Horna Torres, 2012, pp. 63 & 64) y el segundo solamente se limitaba a fijar las condiciones y relaciones de trabajo de dicho contrato (Horna Torres, 2012, p. 64). Si bien dicha regulación resultaba ser muy débil y limitada, ello se dio así, “(...) por las limitaciones que se tenía respecto a la naturaleza jurídica del mencionado contrato” (Horna Torres, 2012, p. 64), que resultó ser un reto para la época.

Conforme a lo anterior, en la época del modernismo los estudiosos del derecho aun no tenían claro cuál era el verdadero significado y esencia de la relación entre trabajador y empleador. Sin embargo, fue el jurista Planiol quien atribuyó a la figura del Contrato de Trabajo como el “arrendamiento de trabajo” (De la Cueva, 2011) y en esta línea Carnelutti argumentaba que el hombre que trabaja “vende su energía igual como se vende otra energía de origen natural” (Gómez Valdez, 2007). Nótese que se prescindía de atribuirle una valoración como persona al trabajador, pues solamente se lo consideraba una “mercancía”, la misma que carecía de una regulación ética

y valorativa (Horna Torres, 2012, p. 64), consideración que ha sido superada hoy en día por las legislaciones actuales, y en el caso del Perú la protección del ser humano y de su dignidad, se han constituido como el fin supremo de protección de la sociedad y del estado, conforme al artículo 1° de la Constitución Política de 1993.

Sin embargo, fue a través de los pactos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y consecuentemente la Organización Internacional del Trabajo (OIT), quienes iniciaron a imponer el criterio de “humanización” de las relaciones laborales, por lo que a partir de ese momento se empezaron a desarrollar los derechos que reconocían protección al trabajador, de su dignidad, y de su libre desarrollo.

3.1.2. Características del Contrato de Trabajo.

3.1.2.1. El contrato de trabajo es consensual.

Es consensual porque basta el consentimiento de ambas partes para su perfección, mediante la manifestación de voluntad de cada uno, “(...) por eso decimos que para la validez jurídica del contrato de trabajo, no se exige ninguna formalidad, excepto para la celebración de algunos contratos de carácter modal o de naturaleza especial (...)” (Horna Torres, 2012, p. 64), este último está referido aquellos contratos de naturaleza civil, regulados por el Código Civil Peruano. En ese sentido y de manera general, “el acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes” (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 65).

En ese sentido, es desde el consentimiento que el contrato quedará listo para producir sus efectos plenamente y con ello la manifestación y desarrollo de sus elementos esenciales.

3.1.2.2. El contrato de trabajo es oneroso.

Este es uno de elementos primordiales e indispensables que caracterizan al contrato de trabajo, ya que se trata del resultado obtenido por la prestación y entrega de los servicios del trabajador en favor de su empleador, por lo tanto, este mismo no podrá ser gratuito. Este mismo se encuentra regulado por el artículo 24° de la Constitución Política que establece que “el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que produce, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”; estableciéndose por la tanto como un derecho fundamental de la fuente de trabajo, que debe ser retribuido bajo un criterio de proporcionalidad frente al trabajo entregado, dado que el desequilibrio de esta relación, entregando al trabajador una remuneración minúscula frente al trabajo que ha desarrollado, convertiría la relación laboral en abusiva e insuficiente para el desarrollo del trabajador y el de los suyos, afectando directamente sus derechos fundamentales y por ende su dignidad.

3.1.2.3. El contrato de trabajo es sinalagmático.

Ello quiere decir que se trata de un contrato bilateral que crea obligaciones recíprocas para ambas partes, para el trabajador ponerse a disposición y prestar sus servicios en favor del trabajador, y para el

empleador otorgarle una remuneración proporcional y justa, y con ello además los beneficios que por ley le corresponden, “inclusive tanto el uno como el otro podrán ejercitar sus facultades de renuncia o denuncia respectivamente dentro del marco de este último del poder disciplinario y de acuerdo en ambos casos con las formalidades establecidas por la ley” (Horna Torres, 2012, p. 65).

3.1.2.4. El contrato de trabajo es personal.

Efectivamente el contrato de trabajo es de naturaleza *intuitio personae* locución latina que quiere decir “en función de la persona” o “respecto de la persona” (Wikipedia, 2013, párr. 1), es decir estrictamente debe ser personal, tal y como lo reconoce el artículo 5° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que a la letra establece que, “los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural (...); por ello no está permitido que se sustituya por otro individuo para la prestación de servicios, dado que el primero ha sido seleccionado por el empleador, en atención a sus aptitudes y habilidades para desarrollar el trabajo encomendado dentro del centro laboral, enajenando su labor en favor de su empleador, ya que habría que considerar la ajénidad como un presupuesto esencial, dado que todo contrato de trabajo supone una prestación o contrato por cuenta ajena (Neves Mujica, 1997, p. 19), “(...) es decir, un trabajo prestado por otra persona. Derivado de ello,

los frutos o resultados de los servicios laborales son del empleador; pero los riesgos de la actividad son asumidos por este (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 66), esto último implica que el empleador deba asumir aquellos perjuicios derivados de la prestación del servicio que afecten directamente la integridad del trabajador, ya sea afectaciones físicas o en el deterioro de su salud (como por ejemplo los accidentes de trabajo, enfermedades laborales, entre otros); para ello el empleador, deberá adoptar la diligencia necesaria para prevenir en la mayor medida posible que estas situaciones no puedan ocurrir dentro de la empresa.

3.1.2.5. El contrato de trabajo es de tracto sucesivo.

Ello quiere decir que el contrato de trabajo no se agota con una sola prestación, ya que las prestaciones de ambas partes deberán ser continuas en el tiempo, es por ello que al contrato de trabajo se le atribuyó un carácter indeterminado, el mismo que está vinculado al principio de continuidad, que surge del reconocimiento de la estabilidad laboral y del se deduce el carácter permanente de las prestaciones; en ese sentido, cabe precisar que en los contratos modales (o determinados), la estabilidad es limitada dada la naturaleza de este tipo de contrato que se caracteriza por ser limitada en el tiempo y solamente mediante la aceptación tácita o expresa del empleador, las prestaciones de ambas partes podrán continuar.

3.1.2.6. El contrato de trabajo es subordinado.

La subordinación como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, ha sido desarrollado en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que establece que:

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Este elemento es el que lo diferencia de otros contratos como los civiles o de los contratos comerciales o de comisión mercantil (Cas N° 1581-97-Lima, f. 3) y del que surge el poder de dirección del empleador, atribuyéndole, además de la facultad de dirigir la actividad dentro de la empresa, otras como es el caso de las facultades fiscalizadoras y sancionadoras frente al trabajador, las mismas que deberán ser ejercidas en atención a los dispositivos legales pertinentes en la materia, “(...) dentro de los límites de la razonabilidad y

teniendo en cuenta los principios del Derecho del Trabajo, la protección del trabajador, la estabilidad laboral y productividad de la empresa” (Horna Torres, 2012, p. 66).

3.1.2.7. El contrato de trabajo es conmutativo.

Esto quiere decir, que estamos frente a actividades ya delimitadas desde un inicio en el contrato de trabajo e incluso previamente a su celebración, siendo una característica más que lo diferencia de los contratos de carácter general, “(...) donde las prestaciones pueden consistir en hechos fortuitos eventuales como el contrato de seguro” (Horna Torres, 2012, p. 66). Es decir, estamos hablando de prestaciones impredecibles que deberán ajustarse a las condiciones pactadas para su satisfacción, a diferencia del contrato del trabajo que suponen obligaciones ya conocidas, determinadas e individualizadas, que además en algunos casos deberán estar sujetas a una previa instrucción o adiestramiento por parte del empleador, para que el trabajador pueda conocer como deberá proceder en el desarrollo de sus actividades dentro del centro de labores.

3.1.3. Concepto y definiciones del Contrato de Trabajo.

El contrato de trabajo desde un punto de vista genérico de “contrato”, “hace referencia al trabajador que se compromete a prestar un servicio, bajo dirección y dependencia subordinación, remuneración entre otros” (Horna Torres, 2012, p. 66).

Por otro lado, Manuel Alonso Olea afirma que el Contrato de Trabajo nace desde la celebración de un acto en libertad de las partes. “Los servicios que el trabajador compromete son sus servicios, lo que quiere decir que se obliga a trabajar personalmente” (1989, p. 319), obligación que se pacta en un contrato.

Siguiendo esta tesis contractualista tenemos a, Mozart Víctor Russomano, expone que “las legislaciones modernas, aceptan unánimemente, la existencia de contratos, contratos auténticos, en los cuales, no hay margen para el debate con respecto a sus condiciones de realización” (1984, p. 161); esta postura busca contradecir la tesis anticontractualista (que será desarrollada en las líneas siguientes), que considera como punto decisivo la ausencia de un pacto de las cláusulas o condiciones, no invalida la naturaleza contractual.

Mazzoni, considera que el contrato de trabajo es el punto de inicio de la relación laboral, pues admite que “la ejecución, de hecho, del trabajo, la simple inserción en la empresa, sería, sin embargo, un elemento suficiente para dar vida a la relación jurídica de trabajo concebida como relación de trabajo” (1971, pp. 383 – 384).

Por otro lado, Mario de la Cueva, siguiendo la tesis anticontractualista de Erich Molitor, hace alusión al tránsito entre el contrato de trabajo y la relación laboral, denominándolo como “una figura jurídica autónoma”, considerando que:

Los efectos fundamentales del derecho del trabajo principian únicamente a producirse a partir del instante en que el trabajador inicia la prestación del servicio, de manera que los efectos jurídicos que derivan del derecho del trabajo se producen, no por el simple acuerdo de voluntades entre el trabajador y el patrono, sino cuando el obrero cumple, efectivamente, su obligación de prestar el servicio (Molitor, 1961).

En ese sentido, el autor citando a Erich Molitor:

La subordinación del trabajador al patrono, elemento característico del contrato individual de trabajo, cualquiera sea el concepto que se tenga de ella, no puede derivar de la simple obligación de cumplir el contrato, sino que sólo se realiza, esto es, existe, a través del cumplimiento del mismo de la obligación, o sea, cuando el trabajador queda enrolado en la empresa (Molitor, 1961).

Esta última tesis, considera que solamente basta la presencia de la subordinación para estar frente a una relación laboral, no siendo siempre necesario que esté plasmada en un contrato de trabajo.

Sin embargo, resulta menester tomar en cuenta lo sostenido por Néstor de Buen Lozano, a quien no le satisfacen ni las tesis contractualistas ni las denominadas anticontractualistas, en el sentido de que:

Las primeras porque ignoran que por regla general, con muy escasas excepciones, el trabajador acude a la formación de la relación de trabajo en estado de necesidad y esa es condición que suele invalidar

la voluntad contractual de acuerdo al viejo concepto de la lesión. Las segundas, porque con ser cierto que los efectos de la relación de trabajo se dan por la prestación material del servicio, no dan explicación alguna de cuál es la naturaleza jurídica del acto creador de dicha relación. Daría la impresión que se trata de un efecto sin causa, lo que, evidentemente, no es posible que ocurra. El supuesto contrato no es más que un acto jurídico necesario (...) (1997, p. 316).

El autor para el primer caso, considera de que el trabajador, por su estado de necesidad acepta el trabajo, obligándose a prestaciones desproporcionadas, equiparándolo con la figura de la lesión del Código Civil Mexicano, que establece en su artículo 17°, que esta se produce “cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga (...)” (Rivera Farber, 1993, pp. 269 – 270), figura que la compara con un estado de “miseria” del trabajador. En ese sentido, precisa que considerar que la “relación laboral” nace de un acuerdo de voluntades, no sería admisible, en términos generales por cuando en el estado de necesidad en el que el trabajador se encuentra al originarse la relación laboral, existiría una voluntad tan precaria que no resistiría los ataques de la nulidad por lesión (De Buen Lozano, 1997, p. 18). Y para el segundo caso, considera que es una explicación que no explica nada.

Desde su perspectiva, la relación laboral nace de un acto necesario, pues considera que:

En los actos jurídicos necesarios el sujeto llega a su realización absolutamente impulsado por la urgencia de colmar, por ese medio, un apremio material (las exigencias morales, que puedan tener cavidad en el estado de necesidad civil, parece que no juegan en el estado de necesidad laboral). En general se producen en la constitución de las relaciones laborales individuales, preferentemente del lado de los trabajadores, pero eventualmente también del lado patronal. El paro patronal, por exceso de producción y el consecuente conflicto de orden económico, son una demostración del estado de necesidad de parte patronal (De Buen Lozano, 2005, p. 533).

Es decir, nos encontramos ante dos estadios contrapuestos de necesidad, por el lado del trabajador busca una retribución económica a manera de apremio por el trabajo prestado para la satisfacción de sus diversas necesidades; y por el lado del empleador, en determinados supuestos de exceso de producción o crisis de orden económica lo obligan a reducir su personal.

En relación a lo anterior, conforme al autor, se puede afirmar que se encuentra estrechamente vinculada con la presunción *iuris tantum* de establecer como laboral, cualquier prestación de servicios personales y remunerables; en ese sentido:

La presunción, que está en la base de la concepción tutelar del derecho laboral tiene, sobre todo, un valor procesal, ya que bastará que una persona acredite prestar servicios a otra (física, jurídica o moral o,

inclusive, a un patrimonio afecto a un fin) para que se entienda, salvo prueba en contrario, que se trata de una relación de trabajo (De Buen Lozano, 1997, p. 316 – 317).

Esto último, resulta aceptable ya que guarda relación con lo establecido en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que establece que “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)”; en ese sentido, el trabajador solamente deberá acreditar la presencia de los tres elementos esenciales, y será el empleador quien tendrá la carga de probar que dicha relación no constituye propiamente una relación laboral.

Sin embargo, tal y como afirma el autor, (...) denominarlo acto necesario resuelve el problema de su naturaleza jurídica pero no tiene una utilidad práctica. Por lo que quizá la palabra “pacto” pueda ser útil, aunque en el caso habría que agregar que se trataría de constituir o modificar una relación individual de trabajo. Me temo que la formula final sería “pacto de trabajo (De Buen Lozano, 2005, p. 24).

Coincidimos con el autor, pues como se ha precisado el calificar como contrato de trabajo resulta cuestionable por las razones expuestas, desde un punto genérico del “contrato”, dado que, el considerar la presencia del estado de necesidad, vicia la autonomía de voluntad, ya que el trabajador se ve obligado a acceder al trabajo ofrecido por la urgencia de satisfacer

necesidades en su mayoría de carácter básico; y por el lado del empleador, respecto a la presencia de los tres elementos propiamente elementales de la relación laboral (prestación personal, subordinación y remuneración) determinarían como resultado una relación laboral a plazo indeterminado. Sin embargo, la tesis contractualista, de manera excepcional pueda estar presente en contratos de naturaleza modal, que definitivamente determinan el inicio de la relación laboral; sin embargo, hemos decidido prescindir de su desarrollo, ya que ello no constituye objeto de investigación.

3.2. PERIODO DE PRUEBA.

3.2.1. Antecedentes históricos del Periodo de Prueba.

Por otro lado, el trabajo propiamente dicho, desde sus orígenes ha traído consigo lo que se estableció como “(...) una tradición de aprendizaje como antesala a la existencia misma de un compromiso laboral” (De Buen Lozano, 1997, p. 317). En ese sentido, el aprendizaje fue los primeros vestigios de lo más similar a la figura del Periodo de Prueba, tal es el caso que se estableció como “(...) una modalidad de la enseñanza cualificada por su objeto, es una institución de siempre: tan antigua como el mismo trabajo o el hombre en la Tierra” (Universidad de Granada, 1979, p. 5); y es hoy en día adoptada por diversos países en América Latina y el mundo.

En ese sentido, el Perú no ha sido la excepción en adoptarla, tal es el caso que antes de la aparición del proceso de flexibilización económica y social por la que atravesó el estado en los años noventa, que trajo como resultado la flexibilización legal de la protección contra el despido

arbitrario, caracterizado por la existencia de una estabilidad laboral absoluta. Dentro de aquella época en el Gobierno del General Juan Velazco Alvarado promulgó el Decreto Legislativo N° 18471.

Según esta ley, el derecho a la estabilidad era adquirido por el trabajador al cumplir el periodo de prueba de tres meses, momento a partir del cual no podría ser despedido, salvo que hubiera cometido falta grave o que se tratase de un caso de reducción de personal o de cierre de la empresa (Márquez García, 2016, párr. 42).

De manera posterior, a través de la promulgación del Decreto Ley N° 22126 del 21 de marzo del 1978, en el gobierno del General Francisco Morales Bermúdez, que derogo la ley anterior, aumento el periodo de prueba de tres meses a tres años (estabilidad relativa) para reconocer estabilidad absoluta al trabajador (Márquez García, 2016, párr. 43), siempre y cuando cumplan tres años al servicio del mismo empleador de manera ininterrumpida, conforme al artículo derogado 2° de la citada ley.

En esta ley se amplía el plazo de adquisición de la estabilidad laboral absoluta a tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador, periodo en el cual, el trabajador podría ser despedido sin causa justa mediante pre-aviso de 90 días o el pago de la indemnización correspondiente (Márquez García, 2016, párr. 43).

La única modificación que significó fue el aumento en el plazo del periodo de prueba, manteniéndose las mismas condiciones que establecía la Ley N° 18471; es decir, el cumplimiento de la formalidad del despido (90

días de pre-aviso) o el pago de la indemnización correspondiente en ausencia de este, régimen de protección que no era más que la manifestación de la estabilidad laboral relativa impropia, que es aquella que está destinada a no afectar la eficacia del despido, limitándose a resarcir el acto de despido a través de la indemnización; el mismo que será analizado en el siguiente capítulo de la presente investigación.

El 4 de junio de 1986, en el primer gobierno del Doctor Alan García Pérez se promulgó la Ley N° 24514, en virtud del artículo 48° de la Constitución Política de 1979, que redujo el plazo del periodo de prueba a tres meses nuevamente, además de mantener las causales de despido existentes que se limitaban a las originadas por faltas graves de conducta, sin reconocer que la falta de capacidad podía ser también una razón suficiente para poner fin a la relación laboral (Pacheco Zerga, 2008, p. 09).

Es así que de manera posterior, el 12 de noviembre del año 1991 en el Gobierno del Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, con el ánimo de dar frente a la problemática de la presencia de terroristas en los sindicatos y en muchas empresas (Pacheco Zerga, 2008, p. 09); se implanto una regulación que flexibilizaba el despido, a través de la promulgación del Decreto Legislativo N° 728, conocida desde entonces como la Ley de Fomento de Empleo.

Su llegada trajo como consecuencia la imposición de un régimen mixto de protección, estableciéndose la estabilidad laboral relativa como

manera de protección para el despido arbitrario y la estabilidad laboral absoluta para la protección de aquellos casos de despido nulo.

Sin embargo, se establecieron determinadas excepciones que permitían la ampliación del Periodo de Prueba de tres meses en determinadas circunstancias, así como un porcentaje máximo de personal que pudiera estar dentro de esta (Pacheco Zerga, 2008, p. 09).

En ese mismo gobierno, en el día 27 de julio de 1995 se promulgó la Ley N° 26513 modificatoria de la Ley de Fomento del Empleo, que en su Quinta Disposición Complementaria, Transitoria, Derogatoria y Final, autoriza al Poder Ejecutivo para que mediante Decreto Supremo, dicte el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 y sus modificaciones, facultándole para efectuar el reordenamiento de su articulado.

En virtud de ello se emitió, el 18 de agosto de 1995, el Decreto Supremo N° 05-95-TR, que dejó sin efecto el Decreto Supremo N° 003-93-TR que aprobó el Texto Único anterior de la Ley de Fomento del Empleo de 1991; y conforme a lo estipulado por su artículo 1° que aprobó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo (exposición de motivos) y sus modificatorias. Y dada la necesidad de separar su contenido regulatorio, se promulgó el 04 de octubre de 1996 el Decreto Legislativo N° 855 que dispone la separación de la Ley de Fomento del Empleo en dos textos normativos denominados Ley de

Formación y Promoción Laboral y Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

- Texto Único Ordenado de la Ley de Formación y Promoción Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-97-TR, publicado el 27 marzo de 1997.
- Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, publicado el 27 de marzo de 1997.

Encontrando en el artículo 10° de esta última “**Artículo 10°.-** El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. (...)”, asimismo, este periodo debe constar por escrito y sin que exceda en conjunto el periodo inicial; 6 meses en caso de trabajadores de confianza y un año para personal de dirección.

Por su lado, el Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, modificado por Decreto Supremo N° 011-2001-TR, regula el Periodo de Prueba en los siguientes términos: "Artículo 16°.- En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el Periodo de Prueba establecido por la ley. No corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese. “Artículo

17º.- El exceso del Periodo de Prueba que se pactará superando los seis meses o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno".

3.2.2. Naturaleza Jurídica.

Determinar la naturaleza jurídica de esta institución ha sido una ardua tarea para los grandes estudiosos del derecho, que han llegado a atribuir al Periodo de Prueba bajo diversas figuras del derecho; tal es el caso de Alonso Olea Y Casas Baamonde quienes desarrollan variadas calificaciones jurídicas con las que la doctrina ha ido calificando al periodo de prueba, como son: el contrato sujeto a condición resolutoria, contrato sujeto a condición suspensiva, contrato especial "experimental", precontrato de trabajo, afirmando que "probablemente es la primera de ellas la que mejor se acomoda a la regulación de la institución, concibiendo la condición resolutoria como positiva y potestativa, (...)".

Asimismo, Rodríguez Piñero & Bravo Ferrer llegaron a concebir a la prueba como un "contrato de trabajo especial" (1961, p. 198).

Por otro lado, Martín Valverde llevaría a cabo un estudio más profundo de las diversas concepciones doctrinales, exponiendo que las teorías jurídicas aportadas por la doctrina, podrían dividirse en: dualistas y monistas (1976, p. 194).

En las teorías dualistas, encontramos dos momentos contractuales distintos, el primero sometido a prueba, denominándose de manera indistinta como contrato "preliminar" o "preparatorio", contrato "especial a

prueba”, o “contrato por tiempo determinado”; y el segundo momento es el contrato de trabajo definitivo. (Martín Valverde 1976, p. 194).

En las teorías monistas, se considera al periodo de prueba como la fase inicial de una relación laboral, sujeto a bien sea a una “condición suspensiva”, o de una “condición resolutoria” que incluye un pacto complejo que combina condición y término (Martín Valverde 1976, p. 194).

3.2.2.1. Del contrato preliminar o precontrato.

El periodo de prueba como “contrato preliminar o precontrato” para Gallego Moya vendría a ser:

“(…) un contrato celebrado en calidad de ensayo, cuya finalidad es la preparación y facilitación de otro contrato, al que está ligado teleológicamente, pudiendo contener una promesa unilateral del mismo, y funcionando con un contenido de prestaciones similar a éste, sin que tenga cabida en este contexto la tesis del abuso de derecho a efectos de extinción unilateral del mismo (al existir, sin trabas, el receso ad nutum). (Gallego Moya, 2015, p. 49).

En ese contexto, se puede identificar dos negocios jurídicos que se presentan uno tras de otro en dos momentos distintos, es decir, el Contrato de Trabajo es consecuencia de la superación del Contrato de Prueba, del cual dependerá su existencia y continuidad; posición que no compartimos, ya que el considerar dos figuras distintas no tiene resulta aceptable puesto que considerar ello sería como aceptar la

existencia de dos negocios jurídicos, pues cabe precisar que la relación laboral es una sola.

Por otro lado, Alonso García utiliza el concepto de “contrato de prueba” y lo conceptúa como:

El acuerdo de voluntades de trabajador y empresario en virtud del cual aquél y éste convienen durante un cierto periodo de tiempo, legal o voluntariamente fijado, la prestación de servicios del segundo por cuenta del primero a cambio de una remuneración, y a los efectos de la posible posterior formalización de un contrato de trabajo, la cual queda sometida a los resultados del pacto en cuestión" (Alonso García, 1975 p. 241).

Pero de manera posterior, el autor duda de su afirmación, indicando que existen casos donde “el Periodo de Prueba se impone a las partes de un posible contrato de trabajo, conceptuándose la prestación de servicios como hecha con significación provisional en tanto dura el periodo en cuestión" (Alonso García, 1975 p. 241).

Para Enrique Guerrero Gonzales la diferencia entre ambos conceptos radica, “(...) en que el primero habla de un Periodo de Prueba intrínseco al contrato de trabajo y el segundo de un contrato previo a la celebración del contrato definitivo, es decir, un precontrato de trabajo o contrato preparatorio del definitivo” (2012, p. 01).

Por nuestra parte, del primer concepto extraemos que se trataría de un periodo de prueba de carácter “voluntario”, es decir puede ser potestativo, conforme a la legislación española; sin embargo, del segundo concepto se trataría de una figura legal de carácter “obligatorio”, tal y como se regula en nuestra legislación peruana.

De manera similar Montoyo Melgar, considera que existen dos negocios distintos “el contrato de trabajo a prueba” y el “contrato de trabajo típico” (2005, p. 514). Bajo esta línea de ideas define al primero como el “negocio jurídico bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro” (Montoya Melgar, 2005, p. 514), y buscan “la experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes” (Martín Valverde, 1976, p. 13).

De éste último, entendemos que nos encontraríamos, tal y como afirmó Guerrero Gonzales, ante un pre contrato de trabajo o contrato preparatorio del definitivo, caracterizado por ser independiente del principal, es decir del contrato de trabajo propiamente dicho; es decir existen dos negocios jurídicos.

Afirmación que resulta cuestionable para nosotros, toda vez que debemos tener en cuenta que al iniciar el Periodo de Prueba también inicia la relación laboral, y por ende los elementos del contrato de trabajo se encuentran presentes desde un inicio, en ese sentido no

podría hablarse e de un pre contrato o contrato preparatorio, toda vez que los presuntos negocios jurídicos estarían iniciando en un mismo momento.

Por otro lado, los contratos preparatorios resultan contrarios al Derecho Laboral, toda vez que los mismos son regulados indiscutiblemente por el Derecho Civil, específicamente por los artículos 1414° al 1425° del Código Civil Peruano. En esa línea, los contratos preparatorios resultan ser anteriores a un contrato civil y definitivo, ya que tal y como precisa Northcote Sandoval:

“(…) Las partes establecen un acuerdo que fija condiciones y compromisos preliminares para la posterior celebración de un contrato definitivo, de tal forma que el contrato preparatorio no genera los efectos que se buscan con el contrato definitivo, sino que solo obliga a las partes a culminar posteriormente con las gestiones y otros acuerdos que se requieran para darle forma al contrato definitivo” (2014, p. 02).

De lo expuesto, tenemos que es un acuerdo voluntario de las partes, que se concretiza a través de la manifestación de voluntad de las mismas, elemento contrario a la del periodo de prueba, ya que como se ha mencionado, el mismo es de carácter legal y obligatorio; por otro lado, no genera los efectos del contrato principal, sino que compromete a las partes a la formalización posterior de un contrato principal, constituyéndose como una garantía para su cumplimiento;

característica contraria a la de la institución bajo estudio, toda vez que en el Periodo de Prueba genera los efectos propios del contrato de trabajo desde un inicio, con excepción de la protección contra el despido arbitrario, asimismo no garantiza la posterior formalización de un contrato de trabajo definitivo e irrevocable, ya que esta dependerá de un elemento condicionante que es la superación de la prueba.

3.2.2.2. Del contrato de trabajo especial.

Tal y como se indicó en las líneas precedentes del presente capítulo, Rodríguez Piñero concibe a la prueba como un “contrato de trabajo especial con categoría mixta” (1961, p. 198), clasificados en “contratos de trabajo común y contratos de trabajo especiales” (Bayón Chacón, 1965, p. 10).

Dicha calificación jurídica a la institución bajo estudio, ha sido objeto de críticas por la doctrina, es así que inicialmente Martín Valverde, fue quien criticó esta tesis de la siguiente manera:

La tesis del contrato de prueba incurre en el defecto de sobrevalorar indiscriminadamente el papel del experimento hasta convertirlo en elemento de la causa, e incluso en elemento principal de la misma, al que está subordinado el propio funcionamiento del intercambio de trabajo – remuneración, definitorio del tipo “contrato de trabajo común (1976, p. 200).

Asimismo, de similar manera Gallego Moya considera que:

“(…) La función económico-social específicamente propia del contrato de trabajo a prueba es la actuación del experimento, y el cambio entre prestación de trabajo y retribución tiene en el mismo un mero valor instrumental. Esta tesis, (…) fracciona artificiosamente la unidad de la relación de trabajo, mediante la ficción de un segundo momento contractual, que raramente aparece en la práctica (y que, además, podría reconducirse a la novación contractual) (2015, p. 49).

De lo expuesto, de similar manera a lo anterior, existen dos momentos contractuales distintos, donde el primero se desarrollaría en la prueba y el segundo a través de la novación contractual que faculta la continuidad de la prestación de servicios del contrato inicial, por la superación del primero.

En esta línea de ideas, De Val Tena considera que hablar de dos momentos jurídicos distintos no corresponden a la realidad jurídica, “ya que cuando el trabajador continúa prestando sus servicios laborales al empleador no hay más que un contrato, y este es el mismo desde que el trabajador ingresó en la empresa” (1998, p. 47); asimismo, considera que no debemos olvidar que el acuerdo inicial de voluntades es la única fuente constitutiva de la relación entre las partes durante y al final de la prueba (De Val Tena 1998, p. 47).

Es así que, de similar manera con lo anterior, no resulta aceptable esta tesis para nosotros, ya que afirmar la existencia de dos

momentos jurídicos distintos no se ajusta a la naturaleza del contrato de trabajo y propiamente a la relación laboral como único negocio jurídico.

3.2.2.3. La Condición Resolutoria

La condición resolutoria resulta ser la que mayor aceptación ha tenido por la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de la figura del Periodo de Prueba; tal como lo han sostenido Alonso Olea Y Casas Baamonde.

Preliminarmente, debemos entender que, “la condición en sentido estricto consiste en un evento futuro e incierto de cuya verificación depende de distintos modos de la eficacia del negocio (...)” (Barbero, 1967, p. 569). En esa línea de ideas la Real Academia de la Lengua Española, describe a la condición como el “acontecimiento futuro e incierto del que por determinación legal o convencional depende la eficacia inicial o la resolución posterior de ciertos actos jurídicos” (2001, párr. 8).

De lo anterior tenemos que, el negocio jurídico como tal desde un inicio es perfecto y produce plenamente sus efectos hasta el momento en que se cumpla la condición, que traerá como consecuencia la extinción del negocio jurídico.

En ese sentido, entendemos que, “la condición resolutoria resuelve los efectos ya producidos, lo que indica que el negocio los ha

generado desde su perfeccionamiento hasta el momento en que se da el evento condicionante” (Diez Picazo y Gullón, 1999, p. 538).

Desde el punto de vista del derecho laboral, el contrato de trabajo cumple sus efectos desde un inicio, con las excepciones que la ley le impone y dependerá precisamente de un evento o suceso futuro e incierto “consistente en la no superación de la prueba, que se materializa con la declaración de la voluntad extintiva de cualquiera de los contratantes” (Martín Valverde, 1976, p. 206), donde “la denuncia sería la manifestación de que la condición pactada se ha cumplido” (De Val Tena, 1998, p. 51).

Entendiendo que al no mediar tal denuncia una vez terminado el periodo de prueba, la condición se extingue y el contrato continúa su curso, cumpliendo plenamente sus efectos reconocidos por la ley.

Asimismo, tal y como mencionamos al inicio del presente capítulo, defensores de esta tesis son, Alonso Olea Y Casas Baamonde, quienes consideran que la figura de la condición resolutoria es la que mejor se acomoda a la regulación de la institución bajo estudio, concibiendo la condición resolutoria como positiva y potestativa (...) (2009, p. 334), con la excepción de que para nuestra legislación peruana, resulta ser obligatoria por imperio de la ley.

Los autores consideran que, “(...) la condición sobreviene en forma de declaración de voluntad resolutoria expresada por el

trabajador o por el empleador, sin necesidad de expresión de causa ni forma especial alguna, que ocasiona la extinción del contrato de trabajo celebrado” (Alonso Olea Y Casas Baamonde, 2009, p. 230). Concibiendo además que, “se trataría de una condición resolutoria implícita” (Alonso Olea Y Casas Baamonde , 2009, p. 331).

Sin embargo, Martín Valverde, no acepta esta posición, pues considera que “lo que depende de la no superación de la prueba no es la existencia sino simplemente la subsistencia del contrato de trabajo” (1976, p. 207), donde se descartan los efectos *ex tunc* una vez cumplida la condición en forma de declaración de voluntad extintiva, al tratarse de un contrato de ejecución continuada (De Val Tena, 1998, p. 51).

De lo anterior, Asquerino Lamparero considera que, “(...) admitir esta conclusión, estaríamos sosteniendo que el mantenimiento del contrato se hace depender exclusivamente de la voluntad de uno de los contratantes, convirtiéndose por tanto en una condición potestativa (...)” (2015, p. 39).

(...) La propia definición legal del concepto jurídico “condición” no está pensada para el periodo de prueba. La condición es un acontecimiento, esto es, un suceso externo, algo ajeno a las partes que no depende de ellas (y por esta razón es incierto). La condición no puede ser una declaración de voluntad unilateral, porque esta no tiene cabida bajo lo que de

ordinario se entiende como “acontecimiento” que es sinónimo de hecho o suceso (2015, p. 39).

De similar manera se pronuncia Ballester Pastor, afirmando que no se trata de una condición resolutoria, ya que no depende de “factores externos sino de la exclusiva voluntad de una de las partes” (1995, p. 14).

3.2.3. La Condición Suspensiva

Definir al Periodo de Prueba como condición suspensiva supone aceptar que el contrato de trabajo durante este periodo de tiempo se encuentra en suspenso, no se ha perfeccionado, hasta el momento del cumplimiento efectivo de la condición, en este caso la prueba. En esta línea, Martín Valverde considera que el problema de esta corriente radica en que, “el periodo de prueba se concibe como la fase de pendencia del contrato de trabajo, desencadenándose la eficacia de éste a partir de la terminación de la situación de experimento” (1976, p. 201). Asimismo, De Val Tena, siguiendo a Martín Valverde, considera que el periodo de prueba:

(...) suspendería la misma existencia, y no sólo la plenitud de los efectos del contrato, en tanto no se confirme el resultado favorable de aquélla. Los partidarios de esta tesis mantienen que la relación definitiva de trabajo queda en suspenso mientras pende la condición en que consiste la prueba, creándose entre

tanto una mera relación de expectativa y un vínculo obligacional preparatorio (1998, p. 49).

De lo expuesto, y como se ha indicado en las líneas precedentes, desde el inicio del periodo de prueba, los elementos del contrato de trabajo se presentan de manera inmediata, por lo que el contrato de trabajo existe. Por otro lado, la condición supone ser un hecho u acontecimiento externo e “imprevisto” a la voluntad de las partes. “La imprevisión en puridad aquí no concurre, por cuanto la consolidación de la relación dependería de la voluntad de uno de los contratantes” (Asquerino Lamparero, 2015, p. 41).

Para finalizar, “no es el periodo de prueba una fase de pura expectativa de efectos contractuales porque las obligaciones recíprocas de empresario y trabajador surgen desde el comienzo de aquél, y desde ese momento son exigibles, sin esperar al cumplimiento de la condición” (De Val Tena, 1998, p. 49).

Hasta el momento, hemos descartado cada una las posibles calificaciones jurídicas atribuibles al periodo de prueba; sin embargo a pesar de ello es inevitable preguntarnos entonces ¿qué calificación jurídica resulta ser la más idónea para dicha institución?

Al respecto, Rodríguez Piñero, la describe como una “institución laboral autónoma”, en base a la no aplicación de las reglas generales de la extinción del contrato de trabajo (capacidad y conducta) (1961, p. 474).

Por otro lado, Ballester Pastor quien sostiene que, no estamos frente a un contrato de trabajo distinto, aceptado así por los teóricos de la vertiente dualista del periodo de prueba, sino que se trataría de la “primera fase temporal de un contrato único” (1995, p. 13).

De similar manera De Val Tena, sostiene que el periodo de prueba viene a ser la etapa inicial de una relación laboral, originando desde el primer momento todos los derechos y obligaciones que se desprenden del contrato de trabajo; por lo tanto el negocio jurídico es único, siendo el periodo de prueba una etapa en virtud de la cual las partes pueden resolver el contrato celebrado por tiempo indefinido

En esta línea de ideas, Bayón Chacón y Pérez Botija, han llegado a sostener que:

Desde el momento en que el periodo de prueba exige consentimiento, objeto y causa, es un verdadero contrato y puesto que el objeto del mismo es un conjunto de prestaciones y contraprestaciones referidas al trabajo, será un contrato de trabajo, cuya única diferencia o especialidad con los demás contratos de trabajo consiste en que la rescisión es libre para cada una de las partes y no engendra obligación indemnizatoria alguna (1977, p. 265).

Por otro lado, una aportación muy particular resulta ser la de Fernandez Marquez, quien intenta subsumir al Periodo de Prueba en el “pacto ad inspiciendum” (2014, p. 14); que vendrían a ser las “cláusulas en virtud de las cuales uno de los contratantes estipula entregar

provisionalmente al otro el objeto del contrato – la cosa en venta (...) -, con la finalidad de que éste la examine y decida si asume plenamente el compromiso contractual (...)” (Gallego Moya, 2015, p. 53). Traslado esta corriente al periodo de prueba, resultaría ser aquel lapso de tiempo donde el trabajador pone a disposición del empleador sus servicios, con la finalidad de que éste último evalúe sus capacidades y/o habilidades y decidir si resulta idóneo para el puesto a ocupar, y con ello determinar la continuidad del contrato de trabajo. Seguidamente, el autor hace notar el problema que surge respecto a la ubicación del Periodo de Prueba dentro del contrato de trabajo que ya está en curso y cumpliendo sus efectos en plenitud (Fernández Marquez, 2014, p. 14).

Nosotros nos adherimos a la posición de Asquerino Lamparero, quien considera que:

(...) no es posible asimilar el periodo de prueba a esta figura, toda vez que aquella referencia romana hace alusión a un tipo de contrato o relación de tracto único y el contrato de trabajo constituye netamente un vínculo de tracto sucesivo, perfecto desde que se produce la real y efectiva prestación de servicios, generándose desde ese momento derechos y obligaciones de contenido múltiple a partir de ese instante, a diferencia de lo que ocurre con la *actio ad inspiciendum* que no provoca más efecto que el del examen de la cosa para proceder o no a una hipotética y futura vinculación . (2015, p. 45).

De lo expuesto, entendemos que, no se puede pretender adaptar figuras de naturaleza civil que explican relaciones que se perfeccionan y finalizan a través de un único acto con aquellas que implican prestaciones de tracto sucesivo a lo largo de un determinado periodo de tiempo, como sucede con el contrato de trabajo y específicamente con el periodo de prueba.

Así mismo, consideramos que el Periodo de Prueba no puede ser considerado como una institución autónoma y diferente del contrato de trabajo, pues se trata de un periodo de tiempo, que por voluntad de la ley, permite la extinción del vínculo laboral sin la necesidad de justificar su decisión en alguna de las causas previstas normativamente.

Por otro lado, Durán Lopéz, considera lo siguiente:

“Más que la discusión dogmática, por tanto, de si estamos en presencia de un contrato sometido a condición resolutoria o suspensiva, o de un contrato sometido a término que si no media denuncia o si continúa ejecutándose se transforma en contrato normal de duración indefinida, interesa resaltar que, tal como entre nosotros se ha configurado, la naturaleza del periodo de prueba viene dada por la no vigencia durante el mismo de las normas reguladoras(limitadoras) de la extinción del contrato de trabajo” (1988, p. 92).

En esa línea de ideas, “la clave estriba, (...) en determinar cuál es el objeto y la causa de la prueba y señalar cuáles son las propias al

contrato de trabajo, a fin de compararlas para observar si efectivamente existen o no diferencias (...)” (Asquerino Lamparero, 2015, p. 46).

En ese sentido, según Alonso García, & Montoya Melgar, nos encontraríamos ante un contrato de trabajo al cual pueden añadirseles “cláusulas especiales” (Alonso García, 1980, p. 326), siendo entonces “un contrato común con particularidades” (Montoya Melgar, 2014, p. 515). Sin embargo de manera contraria Cruz Villalón considera al periodo de prueba como “una fase inicial del contrato de trabajo” (2013, p. 136), descartando el mismo autor que el periodo de prueba constituya ser un contrato de trabajo (2013, p. 138).

De lo anterior, si llegamos a sostener que el periodo de prueba es “(...) es un estadio previo a la contratación sería como admitir que no existe entonces relación laboral alguna (...)” (Asquerino Lamparero, 2015, p. 46), situación que no se encuadraría con la realidad, toda vez que como hemos mencionado en las líneas precedentes, los elementos del contrato de trabajo se presentan desde un inicio; por lo tanto somos de la idea de que efectivamente si existe una relación laboral propiamente dicha.

Por lo que, no estamos ante una “institución laboral autónoma” (Asquerino Lamparero, 2015, p. 47), simplemente estaríamos ante una institución laboral que presenta una idiosincrasia propia que se resiste a cualquier intento de calificación general unitaria, como es el caso de la condición (Marín Valverde, 1976, p. 212) y que tiene su origen en la

limitación y la no aplicación de las causas ordinarias extintivas del contrato de trabajo, configurándose como una excepción al derecho de conservación del empleo; sin perjuicio de los derechos que ostenta el trabajador en dicho periodo, que son los mismos que ostenta un trabajador que ya alcanzo estabilidad laboral, y viceversa las obligaciones que tiene el empleador para con el trabajador son las mismas que el resto de sus compañeros, tales como, “horas extras, inscripción en la seguridad social, asignación familiar (si fuera el caso), vacaciones, gratificaciones, descanso semanal remunerado, compensación por tiempo de servicios, etc. Estos derechos se coligen de la naturaleza jurídica del periodo de prueba y de las normas específicas que los otorgan” (Pacheco Zerga, 2008, p. 04).

En ese sentido, el periodo de prueba no transforma ni altera la ejecución del contrato de trabajo, simplemente establece una excepción que por imperio de la ley, no aplica las causas ordinarias de la extinción del contrato de trabajo; ni mucho menos la adecuada protección contra el despido arbitrario que contempla el artículo 27° de la Constitución Política de 1993.

Asimismo, “esta primera etapa del contrato de trabajo se encuentra sujeta a un régimen especial que, por mandato legal, no desvirtúa el carácter laboral de la relación jurídica iniciada ni puede ser calificada como un estadio previo al vínculo obligacional” (Martín Valverde, 1976, p. 491).

Por lo que, no es posible aceptar que se trate de una fase preliminar del contrato de trabajo, en donde aún no se han generado con plenitud todos

sus efectos. Siendo absolutamente todo lo contrario, en donde el contrato de trabajo alcanza plenitud ad initio (Asquerino Lamparero, 2015, p. 48). Por lo tanto se trata de una fase temporal al inicio de una relación contractual única (Cruz Villalón, 2014, p. 138), en la que existe facultad extintiva libre y unilateral para cada una de las partes, posibilitándoles deshacerse del compromiso contractual sin que sea trascendente desde el punto de vista jurídico la causa que impulsó a la parte a deshacerse del vínculo laboral (Durán López, 1988, p. 65).

3.2.3. Definición del Periodo de Prueba.

El Periodo de Prueba se encuentra regulado en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, siendo una transcripción idéntica de lo que establece el artículo 43° de la Exposición de Motivos de la Ley de Fomento de Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 095-95-TR, estableciendo que:

El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis

meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

Nótese que solamente se limita a establecer el plazo de duración de dicha institución, prescindiendo de una definición clara y objetiva; es por ello que dada la necesidad de contar con una definición más sustanciosa, nos vemos en la necesidad de acudir a la doctrina con la finalidad de poder encontrar definiciones satisfactorias respecto de esta institución; en ese sentido, conforme a lo expuesto por Jorge Toyama Miyagusku, tenemos que Periodo de Prueba es un pacto típico del contrato de trabajo que se impone al inicio de toda relación laboral, salvo pacto en contrario, donde las partes podrán resolver el contrato de trabajo sin justificación ni formalidad alguna y sin efectos indemnizatorios por parte del empleador (2015, p. 77); ya que su finalidad es que las partes de la relación laboral se conozcan mutuamente y valoren de manera independiente y por su cuenta las condiciones (personales, profesionales, obligacionales y remunerativas) en las que se desarrollará el contrato de trabajo y poder determinar si estas satisfacen las expectativas individuales de cada uno.

Siguiendo esta línea, tenemos lo expuesto por Obregón Sevillano, quien conceptualiza al periodo de prueba como:

(...) la etapa inicial del contrato de trabajo cuyo fin es la evaluación recíproca entre empleador y trabajador, que le permite al empleador constatar si el servidor cumple con los requisitos y exigencias para las que fue contratado, y por otro lado, también le sirve al trabajador para

que constate si sus expectativas personales y profesionales se ven colmadas en ese empleo (2015, p. 1).

Por su parte el autor Mario de la Cueva y de la Rosa, de manera breve expone que “se conoce como Periodo de Prueba en las relaciones de trabajo, un término breve, a iniciarse la prestación de los servicios, destinados a que el trabajador pruebe su aptitud” (1963, p. 569).

De lo expuesto por los autores, consideramos que el periodo de prueba es una etapa que se impone al inicio de toda relación laboral, en donde el empleador podrá constatar las aptitudes personales y profesionales del trabajador, así como también constatar a través de la experiencia sus habilidades y conocimientos los que determinaran su permanencia en el puesto de trabajo y el trabajador podrá verificar si las condiciones laborales fueron efectivamente las ofertadas desde un inicio, situación que conducirá a la satisfacción de sus expectativas (profesionales, remunerativas, obligacionales, etc.). Esto quiere decir que el empleador podrá evaluar si existe un cumplimiento efectivo de las obligaciones asignadas al trabajador dentro de la empresa, asimismo podrá verificar el grado y capacidad de adaptación y responsabilidad que tiene el trabajador frente a las obligaciones asumidas; por otro lado, el trabajador podrá evaluar si el empleador cumple efectivamente con las obligaciones a las cuales se comprometió desde un inicio, por ejemplo condiciones de seguridad y salud en el trabajo, buen clima laboral, asignación proporcional de sus funciones frente a otros trabajadores, pago oportuno de remuneraciones y demás

beneficios entre otras que servirán para el efectivo desempeño de sus funciones dentro de su centro laboral.

En ese sentido, por el incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador consideramos la necesidad de que deba existir un mínimo de justificación objetiva por parte del empleador, ello para evitar caer dentro del contexto de un despido incausado, que si bien no surten sus efectos, ello será necesario para poder estar propiamente dentro del margen de una extinción laboral por la falta de superación del Periodo de Prueba y que además permitirá evitar apreciaciones netamente subjetivas por parte del empleador que no tendrán nada que ver con la labor desempeñada dentro de la empresa; asimismo, el trabajador deberá comunicar al empleador su decisión de desistimiento de la relación laboral, ya que éste no podrá abandonar el puesto de trabajo así sin más, ya que si bien no se exige formalidad alguna, esta decisión deberá transmitirse al empleador de manera inmediata para que tome conocimiento de aquella y no se le pueda generar algún tipo de perjuicio por el abandono laboral, es decir sin que se configure la comisión de una falta grave, susceptible de un despido justificado.

Una posición que conviene resaltar es la de Montoya Melgar, quien siguiendo la jurisprudencia española, considera que:

(...) Si bien la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba es incausado, es decir, no es necesario alegar causa alguna, el desistimiento no puede ejercitarse nunca en contra de un derecho

fundamental, como es el de la igualdad u otros derechos fundamentales (...) (2005, p. 103).

Postura que indudablemente coincide con lo establecido en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú 1993, respecto a que en ninguna relación laboral se puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Por otro lado, una vez superado el Periodo de Prueba el trabajador alcanzará la protección contra el despido arbitrario regulado en el artículo 27° de la Constitución Política de 1993, adquiriendo en consecuencia el derecho a la estabilidad laboral. Si bien este principio parece estar ausente o, al menos, muy matizado, en la medida en que el desistimiento empresarial por causa justa (resolución libre o resolución *ad nutum*) en esta fase representa la excepción al sistema de extinción implantado en el sistema de relaciones laborales (Gallego Moya, 2015, p. 39), que deben estar relacionadas con la conducta o con la capacidad del trabajador, conforme al artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Una de las características que podemos resaltar es que una vez superado el Periodo de Prueba el trabajador sigue manteniendo la libertad de poner término a la relación laboral *ad nutum*, pero debe cursar un preaviso con 30 días de anticipación, conforme a lo establecido en el artículo 16° literal b) y el artículo 18° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (Pacheco

Zerga, 2008, p. 07); y en el caso del empleador, deberá justificar su decisión en alguna causas previstas en el artículo 22° del mismo cuerpo normativo, de no ser así podría configurarse un despido arbitrario (Pacheco Zerga, 2008, p. 07).

3.2.4. Elementos que Caracterizan al Periodo de Prueba.

Siguiendo a Alonso García, señala que el Periodo de Prueba contiene tres elementos primordiales que son: los sujetos, la causa y la forma (1975, p. 461).

- **Los Sujetos:** Son sujetos del Periodo de Prueba aquellos que son sometidos a la comprobación de aptitudes, aspectos y condiciones de la relación laboral, “(...) como un medio de carácter accesorio (...) en el cual quienes actúan como sujetos del mismo son quienes posteriormente habrían de convenir un contrato de trabajo de valor y carácter definitivo” (Jara Bautista, 2017, p. 64).
- **Objeto:** El objeto del Periodo de Prueba se identifica con la de contrato de trabajo, consistente en la prestación de servicios, en cuanto al resultado valorable a los efectos de una ulterior decisión (Jara Bautista, 2017, p. 64). “Es claro, por otro parte, que esa prestación, en cuanto constituye el objeto del contrato, forma parte del contenido de una obligación, y desde este punto de vista, ha de ser lícita, posible y determinada o determinable” (Alonso García, 1975, p. 461).

En cambio, el fin es, precisamente, la comprobación de si las prestaciones objeto del contrato satisfacen, en sus resultados, la media

de los deseos de las partes a los efectos de la convalidación de una relación amenazada, mientras tanto, de provisionalidad (Alonso García, 1965, p. 461).

- **Causa:** Aceptar la configuración del contrato de prueba como relación autónoma y la noción de causa como función económica social asignada por el ordenamiento jurídico a cada tipo de negocio no basta con referirse al cambio de prestaciones (...) (Jara Bautista, 2017, p. 65), si no que a ello debe añadirse (...) el valor instrumental de la experiencia, de prueba en suma, que el mencionado intercambio de prestaciones tiene el contrato de prueba y que no guarda, por el contrario, en el contrato de trabajo puro (Alonso García, 1975, p. 462).
- **Forma:** El Periodo de Prueba necesariamente tendrá que adoptar la forma que adopte el contrato de trabajo de que forme parte verbal, si verbal éste, escrita (Jara Bautista, 2017, p. 65). “En ese sentido, subsigue a la relación que integra” (Alonso García, 1975, p. 463).

3.2.5. Duración del Periodo de Prueba.

De la interpretación del artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, tenemos que el plazo del periodo de prueba es de tres meses para el caso del trabajador ordinario.

Asimismo, el segundo párrafo de dicho artículo establece la posibilidad de ampliarlo cuando se requiera un periodo mayor de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de

responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección. “Una interpretación contraria sensu permite afirmar que no procede ampliar el plazo cuando se trate de personal no cualificado o que no es de confianza o dirección” (Pacheco Zerga, 2008, p. 10).

En atención a lo anterior, Luz Pacheco Zerga define cuatro clasificaciones que se extraen del artículo 10°, las mismas que son:

- a) Las labores que se van a realizar requieran una capacitación mayor (2008, p. 9).
- b) Los tres meses sean insuficientes para medir la adaptación al puesto (2008, p. 9).
- c) Las naturalezas de las labores requieran mayor tiempo para evaluar al personal (2008, p. 9).
- d) El grado de responsabilidad asumido por el personal exija una selección más cuidadosa (2008, p. 9).

Conforme a la autora, los tres primeros supuestos podrían formar uno sólo “(...) porque la adaptación a un puesto está en relación directa con el dominio de las labores asignadas, es decir, con la posesión del conocimiento y habilidad suficientes de acuerdo a la complejidad de las tareas a realizar (...)” (Pacheco Zerga, 2008, pp. 9 - 10). Es decir debe concurrir necesariamente una complejidad de labores y la dificultad del trabajador

para adaptarse, que justificará la necesidad de poder ampliar el plazo común de tres meses o dicho de otro modo, “(...) la ampliación debe realizarse por la real naturaleza del servicio a prestar (...)” (Jara Bautista, 2017, p. 82); es decir debe existir una relación de causalidad entre las funciones asignadas y el periodo que objetivamente se necesita para que el trabajador acredite su valía (Jara Bautista, 2017, p. 216).

Con respecto al último supuesto considera que esta referido a un destaque de mayor responsabilidad al trabajador que parece tener mayor relación con la evaluación de los aspectos éticos, que exige una mayor ponderación de factores (Pacheco Zerga, 2008, pp. 10); propiamente aspectos aplicables para trabajadores de confianza y de dirección.

Sin embargo, sin el afán de desviarnos del sentido de la presente investigación, resulta menester manifestar que dicha ampliación del plazo se computa conjuntamente con el plazo inicial de tres meses, es decir y conforme al artículo 17° de la Ley de Fomento de Empleo, el exceso del periodo de prueba que se pactase superando los seis meses o el año, no surtirá efecto legal. “La forma escrita puede calificarse *ad solemnitatem* teniendo en cuenta el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y la débil posición contractual del trabajador para convenir las condiciones del contrato” (Alonso Olea, 2002, p. 226).

De manera similar, conforme a lo establecido en el artículo 17° del Decreto Supremo N° 001-96-TR, tenemos que “el exceso del periodo de prueba que se pactara superando los seis meses o el año, en el caso de

trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno”. Este precepto es manifestación del carácter irrenunciable de los derechos laborales que reconoce el inciso 2 del artículo 26° de la Constitución Política del Perú.

En ese sentido, cabe precisar que no serán computables en el Periodo de Prueba los días de ausencia del trabajador del centro laboral, pues el fin de dicho periodo es evaluar el rendimiento y capacidad del trabajador (Obregon Sevillano, 2015, p. 1). Esto coincide con lo establecido en el artículo 16° del Decreto Supremo N° 001-96-TR, dispositivo legal que establece:

En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley. No corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese.

Sin embargo, la autora considera que estas causales de suspensión comprenden un amplio abanico de posibilidades, que incluye tanto las suspensiones perfectas como las imperfectas, establecidas en el artículo 12° y 11° respectivamente del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; teniendo en cuenta que esta norma restringe derechos, se debe aplicar la regla del art. IV del Código Civil

(Pacheco Zerga, 2008, p. 10); precepto legal que considera que “la ley que establece excepciones o restringe derecho no se aplica por analogía”, esto quiere decir que, la interpretación extensiva a otros supuestos que no están previstos en la norma no están permitidos (Cas. N° 23-68-Lima).

De ello se puede advertir que, “(...) no han de considerarse como causa de suspensión del contrato de trabajo los días feriados no laborables y los de descanso semanal obligatorio puesto que no figuran como tales en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral” (Pacheco Zerga, 2008, p. 10). La autora resalta en esta parte, lo establecido en el inciso 3 de artículo 26° de la Constitución Política, que reconoce la “interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

Por lo que, concluye lo siguiente tomando en cuenta lo establecido en el artículo 16° del Decreto Supremo N° 001-96-TR:

“(...) El plazo se computa por periodos ininterrumpidos o interrumpidos, siempre y cuando no haya transcurrido más de tres años desde el cese y se trate de ocupaciones semejantes. En el caso de los contratos sujetos a modalidad el plazo del periodo de prueba puede coincidir con el del contrato, es decir, de tres meses a un año, según se justifique la ampliación. No es ilegal ni contraria a derecho esta coincidencia de plazos.”

Debemos precisar que hemos considerado necesario desarrollar el Periodo de Prueba de una manera íntegra en su aplicación para cada tipo de trabajador; sin embargo resaltamos nuestra disconformidad con la duración

de tres meses para el trabajador ordinario, ya que resulta ser excesiva desde nuestro punto de vista, dado que las labores que desarrolla el trabajador no pueden tener un tiempo de adaptación tan prolongado a comparación de los trabajadores de confianza y dirección cuya prolongación si resulta justificada por el grado de responsabilidad y la naturaleza de las labores que desempeñan.

En ese sentido, cabe precisar que la duración de tres meses deja abierta la posibilidad para que en ese lapso se puedan producir actos constitutivos en abuso de derechos en contra del trabajador por parte del empleador, ya que en este periodo el trabajador siempre tendrá la voluntad de demostrar el mayor esfuerzo y eficiencia bajo un criterio de optimización respecto de las labores encomendadas que permitirán complacer las expectativas esperadas por el empleador y por ende alcanzar la estabilidad laboral; sin embargo, éste último podrá aprovechar estos esfuerzos para satisfacer en la mayor medida posible sus necesidades productivas empresariales y luego de ello desistir de la relación laboral sin mayores justificaciones, dado que siempre buscará reducir costos laborales en pro de sus intereses económicos, lo que constituye por lo tanto una utilización antojadiza y abusiva del esfuerzo y trabajo sometido a su dominio. Por ello, somos de la idea que mientras mayor sea la duración del Periodo de Prueba, mayor es la posibilidad de abusar de los derechos del trabajador, ello como se ha precisado, por la falta de exigencia mínima de una justificación objetiva para la extinción del vínculo laboral.

Para complementar lo anterior, conviene precisar lo expuesto por Jara Bautista, quien considera que:

Independientemente de la legislación, supervisión, observamos que en innumerables centros de trabajo (restaurantes, fabricas, oficinas, etc.) se contratan a las personas “a prueba”, en clara violación a las normas del trabajo, sin otorgar todas las prestaciones laborales, incluidos la remuneración más baja y sin que se les proveyera de seguridad social, no porque la ley lo autorizara, sino por un abuso de los empleadores, ante el argumento, de que: “primero tengo que saber si puedes hacer el trabajo y luego te hago tu contrato”. Es frecuente Reconocer en nuestra realidad nacional que muchos trabajadores siendo cesados durante el Periodo de Prueba, sin mayor justificación de que la habilitación para el despido existente en la norma (2017, p. 210).

Conforme a ello, el autor resalta la desigualdad jurídica que existe entre trabajador y empleador (Jara Bautista, 2017, p. 214), esto en razón a la débil regulación jurídica del Periodo de Prueba que no llega a solucionar el conflicto de derechos que se presentan entre trabajador y empleador, y del mismo modo no se llega a garantizar la equiparación de posiciones que debe estar presente como manifestación del carácter tuitivo del Derecho al Trabajo.

Por otro lado, cabe destacar que el trabajador en un primer momento ya pasó un primer filtro de selección en la etapa postulatoria del empleo, donde ha demostrado ser el mejor capacitado y/o experimentado frente a los

demás aspirantes al puesto laboral, por lo que ello sería innecesario someterlo a un segundo filtro, como es el Periodo de Prueba, más aun, como se ha precisado, por la débil regulación que presenta en nuestra legislación posibilita su uso en contra de derechos fundamentales del trabajador. Debemos tener en cuenta que al someter a un segundo filtro al trabajador estamos yendo contra un principio general del derecho reconocido a nivel nacional y supranacional a través de sus respectivos instrumentos jurídicos, nos estamos refiriendo al principio de igualdad el cual tiene dos dimensiones:

“Por un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, como valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar (naturaleza objetiva); por el otro, como un derecho constitucional subjetivo e individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de ninguna forma de discriminación (Ampuero de Fuentes como se citó en Vitteri Guevara, 2009, p. 754).

Por otro lado, Vitteri Guevara, conforme a las líneas anteriores llega a concluir que, “el principio de igualdad como un principio general del derecho propugna la igualdad de trato de las personas de manera que ante situaciones iguales se otorgue el mismo trato y en situaciones desiguales se favorezca un trato distinto a las personas” (2018, p. 21). Ahora bien, trasladando al tema materia de investigación el someter a un a Periodo de Prueba a un trabajador que ya ganó un concurso público o interno en

consecuencia la permanencia o conservación del trabajo se estaría afectando la igualdad, en el sentido de la eficacia de sus derechos, dado que no se le permite gozar de estabilidad laboral. Asimismo, “cabe precisar que la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (...) (Vitteri Guevara, 2018, p. 21).

Coincidimos con Vitteri, puesto que no existe razón objetiva o justificación válida para que el empleador tenga la utilización de más de un filtro para selección del personal, dado que agotado el primero haría innecesaria la aplicación del segundo.

Por otro lado, cabe precisar que en el supuesto de que el empleador no someta a un Periodo de Prueba a un trabajador que ya adquirió estabilidad laboral, el primero cuenta con las herramientas necesarias para extinguir una relación laboral, configurándose un despido justificado respecto de su capacidad y conducta de ser el caso, conforme a lo establecido en el artículo 23° y 24° de Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competividad Laboral.

3.2.6. Exoneración del Periodo de Prueba.

La ley de Fomento y Empleo de 1991, en sus Artículo 44° y 46°, exoneraba de periodo de prueba:

- a) Los trabajadores que ingresen por concurso;
- b) Los que reingresen al servicio del mismo empleador, salvo que el trabajador reingrese en un puesto notoria y cualitativamente distinto al que ocupará anteriormente;

c) Aquellos que lo hayan estipulado expresamente.

d) En los contratos sujetos a modalidad no hay periodo de prueba.

En la actualidad el Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, solamente se ha limitada a establecer el plazo del Periodo de Prueba, encargándose de regular su exoneración el Reglamento de la Ley de Fomento de Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, el cual establece en los artículos 16° y 84° del mismo que se refiere a la posibilidad de exonerar al trabajador del Periodo de Prueba en los siguientes casos:

a) Si han transcurrido tres años o más desde el cese.

b) Cuando el reingreso se realice en un puesto similar, pero no cuando se trate de un puesto notoria y cualitativamente distinto y.

c) En los contratos sujetos a modalidad que se sigan a la primera contratación, salvo que se contrate al trabajador para desempeñar una labor “notoria y cualitativamente distinta a la desempeñada previamente.

Por lo tanto, cuando se materializa alguna de estas excepciones al periodo de prueba el trabajador se encuentra protegido contra el despido arbitrario desde el inicio de la relación laboral, conforme al artículo 27° de la Constitución.

3.2.7. Fundamentos del Periodo de Prueba.

Como se ha indicado líneas arriba, la regulación del Periodo de Prueba carece de una definición propia, por ende deja abierta la posibilidad para interpretaciones extensivas por parte del empleador, que investidas de legalidad llega muchas veces a ser usado de manera arbitraria desnaturalizando su verdadera finalidad; por ello, somos de la posición que el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral al carecer de un contenido conceptual para el trabajador ordinario, sometido al periodo de prueba de tres meses, no permite delimitar su aplicación dentro de una relación laboral propiamente dicha dotada de legalidad, validez y de eficacia vertical y horizontal; en tal sentido, resulta innecesaria su regulación y aplicación, en el sentido de que es usada como una figura contraria a la verdadera finalidad y naturaleza del derecho al trabajo, desconociendo por ende su carácter tuitivo y contrario a la exigencia constitucional del artículo 23° de la Constitución, que establece que “en ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Por otro lado, una de las graves consecuencia a causa de la ausencia de un contenido conceptual en la norma, es que permite al empleador poder incluir dentro de su valoración aspectos que quedan fuera del *intuitu personae* del trabajador y cuyo conocimiento es irrelevante a la hora de decidir la consolidación de la relación de trabajo (Gallego Moya, 2015, p. 43), que incluso en algunos casos invaden la intimidad del trabajador, calificándose como apreciaciones subjetivas e ilegales por parte del

empleador y que se apartan de la verdadera finalidad y naturaleza del periodo de prueba, que no es más que la valoración de aspectos netamente objetivos relacionados con las aptitudes y aspectos profesionales del trabajador.

Por ello, durante el Periodo de Prueba sólo debe valorarse la aptitud profesional del trabajador (*intuitus personae*) quedando fuera de valoración circunstancias ajenas a este hecho (Piqueras Piqueras, 1995, p. 42). Por lo que, si el empleador hace uso de esta facultad excediéndose de su finalidad, entonces se habrá configurado un uso arbitrario de su derecho legalmente concedido (Hilario Melgarejo, 2013, p. 9).

En esta línea, coincidimos con Beltrán de Heredia Ruiz, al sostener que:

(...) La resolución contractual durante la fase de prueba evidencia una desigualdad o una grave desproporción entre las prestaciones de ambas partes, adquiriendo una especial relevancia en la configuración de la estabilidad en el empleo, al convertirse en la “fuente de inestabilidad contractual” más común y amenazante. Y ello porque la resolución del contrato de trabajo, por definición, debe estar motivada (incumplimiento imputable, imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad), siendo la concurrencia de un motivo razonable una consecuencia intrínseca a la resolución contractual, que no puede basarse, por tanto, en la arbitrariedad (lo que encaja perfectamente con la garantía de seguridad inherente a la estabilidad en el empleo) (2013, p. 200).

En ese sentido, podemos afirmar que “el periodo de prueba se ha establecido, fundamentalmente, a favor del empleador, aun cuando la potestad de resolverlo libremente, sin expresión de causa, se encuentre reconocida para ambas partes” (Pacheco Zerga, 2008, p. 04). Dado el supuesto, en el que se deduce que la institución atiende por igual los intereses patronales y obreros, no se manifestaría de esa manera en la práctica, lo cierto es que la facultad de desistimiento no otorga al trabajador privilegio especial, más allá de eliminar la formalidad del preaviso para su renuncia (Gallego Moya, 2015, p. 44).

Al respecto, el empresario que decide contratar a una persona para cubrir una necesidad que existe en su empresa, desea contar con el trabajador más idóneo que mejor se ajuste a sus requerimientos. Por esta razón es frecuente que antes de escoger al candidato, es normal que se haya convocado un proceso de selección previo para valorar las condiciones de los sujetos aspirantes al puesto en concreto del trabajo a realizar. Es aquí donde las pruebas de selección tendrán un contenido particular en atención a las necesidades empresariales a cubrir (Asquerino Lamparero 2015, p. 125).

Una vez superada la selección inicial, el empresario ya sabe que desea contar con esa concreta persona, formalizando la correspondiente relación laboral. Y en este punto, la previsión de un periodo de prueba le va a facilitar, fundamentalmente al empresario, un cabal conocimiento de cómo se desenvolverá laboralmente su trabajador

sin que este periodo sea una repetición de la misma jugada (Asquerino Lamparero, 2015, p. 126).

Sin embargo, tal y como hemos precisado, la regulación de esta figura como tal en nuestra legislación, faculta al empleador en poder distorsionarla y utilizarla en su beneficio, apartándola de su verdadera finalidad, ya que bajo la justificación de legalidad, llega a ser utilizada en muchos casos de manera arbitraria e indiscriminada y en afectación de los derechos fundamentales del trabajador sometido a prueba, pudiendo contratar una y otra vez a otros trabajadores y desistir de la consolidación de la relación laboral antes de la superación del periodo de prueba.

Por otro lado, una posición muy particular es la de Alonso Olea y Casas Baamonde, quienes consideran que:

El tiempo de prácticas o de formación computan como prueba; no el curso de formación o examen de ingreso, aunque si éstos existen, y más si son rigurosos y competitivos, probablemente se ha de constatar la práctica de las experiencias propias de la prueba y su superación o fracaso (2009, p. 334).

En similares términos De Val Tena, sostiene sólo si la empresa obtiene realmente información de las aptitudes del trabajador, a través de un curso teórico práctico de formación impartido por la misma, el pacto de prueba constituiría una cláusula abusiva (1991, p. 191).

Nótese que a diferencia de nuestra crítica expuesta en la definición del Periodo de Prueba respecto al proceso de selección en la etapa postulatoria

al puesto de trabajo, este autor añade un proceso de formación teórico práctico en dicha etapa, que a su juicio no sería nada más que la experimentación de las labores del puesto a ocupar por parte de los participantes, que podría configurarse como el filtro decisivo que determine la idoneidad del postulante. En ese sentido, resultaría “muy dudosa la necesidad del periodo de prueba cuando se admiten a trabajadores que han superado satisfactoriamente pruebas de formación específicas para las funciones concretas que van a desempeñar” (Martín Valverde, 1976, p. 191).

Asimismo, (...) cuando las condiciones profesionales del trabajador son conocidas al tiempo de pactar la prueba (supuestos de vinculación previa, conocimiento personal, modificación irrelevante de la categoría profesional en el nuevo contrato, etc.), se incurre igualmente en fraude, por mucho que formalmente la empresa pueda utilizar la institución probatoria (Gallego Moya, 2015, p. 46).

Esto sin considerar otros aspectos que podrían configurarse dentro del Periodo de Prueba, donde por ejemplo el empleador en virtud del poder *ad nutum* podría resolver el contrato de trabajo de manera unilateral, como forma de imposición de una sanción por incumplimiento de obligaciones laborales por parte del trabajador, que podría configurarse dentro de alguna de las causales de falta grave o déficit productivo (falta de capacidad) que establece la ley; ya sea en cualquiera de los dos casos, el empleador puede desistir de la relación laboral de manera discrecional (sin justificación) sin acudir a un previo procedimiento administrativo disciplinario exigido por

ley y con ello además sin cursar la respectiva carta de despido al trabajador conforme al plazo que establece el artículo 31° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; desconociendo con ello el derecho de defensa y el debido proceso administrativo del trabajador. Esto además sin considerar, el despido ilegal en forma de represalia por el ejercicio de derechos laborales como por ejemplo: derecho a sindicalización, reclamos por remuneraciones, por horas extras sin reconocimiento a retribución, etc. Y por otro lado despidos relacionados con aspectos discriminatorios, claramente vulneradores de derechos fundamentales del trabajador.

En esta línea de ideas, Martín Valverde expone un contexto hipotético en el que él “(...) se acentúa la condición de contratante débil del trabajador, que estará dispuesto, durante esta fase, a realizar un esfuerzo laboral mayor del normal, a realizar horas extras, cumplir órdenes de dudosa legitimidad, etc.” (1976, p. 151); ya que no debemos olvidar que el trabajador es quien será el más interesado en que aquella relación laboral obtenga un nivel mayor de permanencia con la que podrá atender sus necesidades personales y familiares, y que son manifestación de su desarrollo como persona dentro de la sociedad y propiamente del respeto de su dignidad.

En ese sentido, no cabe duda de que el periodo de prueba existe sí y solo sí para la apreciación y valoración de aspectos netamente objetivos del profesionalismo, capacidad productiva y desenvolvimiento laboral del trabajador por la parte empleadora, sin que esto suponga el ejercicio de un

poder discrecional, arbitrario y vulnerador de derechos fundamentales del trabajador. Sin embargo, pese a tener en claro su verdadera finalidad, en la realidad se ubica como una figura desproporcional respecto de los derechos de ambas partes, pues dota de mayor poder al empleador; por ende su existencia como tal es contraria a la verdadera finalidad del derecho al trabajo.

3.2.8. Utilidad del periodo de prueba.

En el periodo de prueba la valoración de los aspectos necesarios para la consolidación del contrato de trabajo de cada una de las partes, será indudablemente a través de la experimentación de la relación laboral que vendría ser el objeto de su funcionalidad; ya que el experimento vendría a ser aquel que vinculará a ambas partes del contrato durante la fase probatoria a realizar (por parte del trabajador) y a facilitar y consentir (por parte del empleador) la prestación de servicios de forma que pueda verificarse la aptitud y la adaptación del trabajador al trabajo (Martín Valverde, 1976, p. 217).

De esta definición, tenemos que las partes de la relación laboral se encuentran vinculados al experimento, desarrollando obligaciones diferentes entre sí; donde el trabajador prestará su trabajo a cambio de una remuneración y el empleador se verá obligado a facilitar los medios necesarios e instrumentos para que el trabajador pueda desarrollar sus actividades laborales; pues con el cumplimiento de estos se garantizará la

prestación de servicios que se ha convenido entre las partes y que dotará de suficiente justificación al periodo de prueba.

Sin embargo, si bien el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral no hace alusión al deber de experimentación de la relación laboral, el mismo puede entenderse de la sola interpretación de lo que supone ser la palabra prueba, que conforme a la definición aportada por la Real Academia Española, supone ser, el examen que se hace para demostrar o comprobar los conocimientos o aptitudes de alguien (2003, párr. 8).

Asimismo, aunque el concepto formalmente atribuido al periodo de prueba sea distinto del que se emplea cuando se concierta una relación sin sometimiento a prueba, en la práctica los compromisos son los mismos (Duran como se citó en Asquerino Lamparero, 2015, p. 220); por lo que “(...) el deber de experimento no se traduce en prestaciones distintas de las que constituyen el objeto del contrato de trabajo” (Asquerino Lamparero, 2015, p. 220). La única diferencia es que aparte de la facultad extintiva para cualquiera de las partes; el empleador debe cumplir con:

La diligencia en el cumplimiento de la prestación laboral exigible al trabajador durante el periodo de prueba debe ser menor, o al menos distinta, a la que se exigiría a un trabajador no sometido a ella, y debe ser medida con criterios objetivos atendiendo, por ejemplo,

al promedio obtenido por los compañeros de trabajo al realizar funciones iguales o semejantes durante el mismo periodo (Piqueras Piqueras, 1995, p. 42).

No obstante, conforme a lo anterior es menester citar la postura de Martín Valverde, quien manifiesta lo siguiente:

El deber de experimento (esfuerzo en conocer las facultades y peculiaridades del empleado, sin abusar de la prerrogativa empresarial de despedir sin antes haber dado al trabajador la oportunidad de manifestar sus aptitudes durante el periodo de prueba) es consustancial al propio contrato, sin necesidad de una referencia legal ad hoc, si bien es cierto que ni la doctrina ha identificado teóricamente su contenido, ni la jurisprudencia ha recalado en él desde un punto de vista práctico, de manera que los tribunales siguen funcionando con el esquema abstracto del periodo de prueba como ámbito temporal de despido absolutamente libre (¿abuso o ejercicio antisocial del derecho?) (1976, pp. 217-223).

De lo anterior, podemos entender que para el autor el experimento vendría a ser un elemento intrínseco del contrato de trabajo, sin que exista la necesidad de referencia legal alguna que la regule; donde además la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado pacíficos en identificar su contenido ontológico partiendo desde la experimentación como tal; situación que ha conducido a los tribunales sigan viendo al periodo de prueba como la etapa

de despido libre, sin siquiera atender aquellos supuestos que podrían configurarse como un abuso o ejercicio antisocial del derecho.

Asimismo, cabe destacar que el experimento más que constituir en puridad el contenido de la relación de trabajo instaurado con el periodo de prueba, es más exactamente la valoración de aquel contenido que ha constituido siempre típicamente el intercambio de trabajo por remuneración. Por lo que, sólo en el caso en que las partes manifiesten su conformidad respecto a la experiencia, se formalizará el contrato de trabajo en plenitud (Barriero Gonzales, 1996, p. 40).

Por otro lado, el encargo respecto a la materialización de una actividad irá solamente dirigido al trabajador, limitándose el empresario a observar el acierto de la selección laboral; ya que no sería imaginable que el trabajador pueda exigir al empresario que realice algunas acciones para determinar si le resulta o no rentable continuar prestando sus servicios (Cruz Villalón. 2013, p. 200). Por lo que es necesario que por:

(...) Por un lado, el empleador habrá de proveer las informaciones necesarias sobre cómo ejecutar satisfactoriamente el trabajo y relacionarse con el grupo; y de otro, el trabajador habrá de ser receptivo a dichas informaciones. De un lado, el empleador habrá de permitir la ocupación del puesto, sin lo cual no es posible la verificación de la aptitud y la adaptación para el trabajo contratado; y, de otro, el trabajador no podrá alegar la superación del periodo de prueba si no es mediante la prestación efectiva de sus servicios (...).

Por último, el empleador no podrá interrumpir la experimentación de la relación de trabajo antes de adquirir elementos de juicio suficientes sobre la idoneidad del trabajador, mientras que éste, conservando por supuesto íntegra su libertad de desistimiento, no deberá ejercerla de forma abusiva o emulativa –sin notificación, e incluso, cabría pensar, en ciertas ocasiones, sin preaviso (Martín Valverde, 1976, p. 218).

En palabras del autor, “la acreditación de la inhabilidad o falta de aptitudes por parte del trabajador, como resultado de la previa experimentación, es necesaria para un desistimiento eficaz” (Martín Valverde, 1976, p. 267), dicha interpretación es consecuente con la justificación de la institución probatoria que, además deberá impedir la utilización fraudulenta del periodo de prueba y frenar potenciales utilizaciones de la institución contraria al principio de estabilidad en el empleo (Ballester Pastor, 1995, p. 45). Y es que si no sería por la obligación legal de realizar las experiencias propias de la prueba no sería más que una pretensión ornamental introducida por el legislador, con carácter dispositivo y no imperativo, y por tanto no constituiría un deber para las partes (Torollo Gonzales, 1996, p. 347); dejando abierta la posibilidad de hacer un uso abusivo de aquella.

De similar manera, con esta lógica coincide Fernández Márquez, quien considera que “forma parte de la esencia del periodo de prueba la experimentación y verificación de las facultades del trabajador, lo que en

buena lógica debería traducirse en vincular el cese de los trabajadores afectados al resultado negativo de los ensayos” (2014, p. 22).

Pero sin embargo, en la práctica no sucede así, pues muchas veces el empleador extingue la relación laboral sin siquiera haber comprobado los aspectos profesionales del trabajador; esto por la facultad extintiva que ostenta y que es permitida sin alegación de causa justa y en la que mucho menos se podría exigir la comprobación de la experimentación de las obligaciones, prestaciones y contraprestaciones que se derivan del contrato de trabajo.

En ese sentido y De Val Tena, considera que si se impusiera legislativamente:

(...) Un deber de experimento, consistente en la obligación, de empleador y trabajador, de realizar las experiencias constitutivas del objeto de la prueba sería “intachable”, desde una perspectiva lógica, un condicionamiento de la facultad extintiva del contrato a la realización de tales experiencias, incluso a la valoración, en términos de satisfacción de intereses, de los resultados, de forma que la causa extintiva quedara ligada al resultado negativo de la prueba y la justificación legal de la resolución del vínculo se situara, después de la oportuna experimentación, en la frustración de ésta. A su vez, se precisaría que la fase de prueba se extendiera durante un tiempo mínimo para que fuera factible el

cumplimiento de esa obligación, impidiendo al empresario resolver el contrato en cualquier momento (1998, p. 153).

En palabras del autor, no es posible encontrar un nexo de unión entre el deber de experimento y la posibilidad de dar por concluido el contrato de trabajo durante el transcurso de la prueba, por la ausencia de regulación en el ordenamiento sobre el deber de experimentación y los efectos de su inobservancia (De Val Tena, 1998, p. 153).

Sin embargo, muy a parte de si la experimentación propiamente se encuentra regulada o no dentro del ordenamiento jurídico, la misma ha sido resaltada dentro de las definiciones otorgadas a esta institución por las posiciones doctrinales que hemos ido expuesto a lo largo de la presente investigación. Ya que la finalidad de la experimentación y la libre decisión de la consolidación de la relación laboral, vendrían a ser las dos caras de la misma moneda, estando ambos estrechamente unidos, ya que sin ellos no podría hablarse del Periodo de Prueba, por lo que resulta ser tan relevante la esencia experimental como la propia singularidad extintiva (De Val Tena, 1998, p. 23).

Para Fernández Márquez, el Periodo de Prueba, debiera tener una “funcionalidad prospectiva” (esto es, la que permite y obliga al empresario y trabajador a experimentar previamente el objeto del contrato al objeto de decidir si se asume plenamente el compromiso contractual); por lo que resulta ser relevante la prospección como “clave” del periodo de prueba en

cuanto a sus efectos sobre las facultades extintivas del empresario (en su condición de cese “causal” y no de libre desistimiento) (2014, p. 22).

Asquerino Lamparero, considera que el deber de realizar las experiencias constitutivas de la prueba desplegarían efectos “sucesivos”, en orden a un posterior despido por ineptitud sobrevenida o en caso contrario a la superación del periodo de prueba, como producto de la satisfacción de las experiencias realizadas que se traducirá a través de la consolidación del contrato de trabajo (2015, p. 159).

En ese sentido, nos resulta menester citar lo expuesto por Martín Valverde, quien sostiene que:

(...) No parecerían premisas discutibles: que el contrato de trabajo ha de ser cumplido con arreglo a las exigencias de la buena fe, y que el despido del trabajador ha de ser siempre un despido justificado. Y sin embargo, la práctica judicial parece no estar orientada siempre en esa línea, sino que elude la revisión de las decisiones empresariales, confirmándose su validez con generalidad. Sin embargo, esta postura no se basa en el acogimiento expreso del modelo fiduciario por los tribunales, sino que parece obedecer, más bien, a motivos “políticos”: la salvaguarda a ultranza de la prerrogativa empresarial de seleccionar, desde todos los puntos de vista, a los trabajadores de la plantilla, aun a costa de transigir con las prácticas abusivas del periodo de prueba. Y frente a esta tendencia, no ha habido una oposición visible: el movimiento obrero ha estado

ocupado en otras cuestiones de mayor trascendencia; la empresa ha convencido de la “necesidad técnica” del periodo de prueba; y la doctrina científica ha acogido, de manera acrítica, los tópicos de la sabiduría convencional en la materia, preocupándose casi exclusivamente, en la defensa de la estabilidad en el empleo en relaciones de trabajo ya consolidadas (1976, p. 300).

Nótese que el autor muestra su disconformidad con la institución bajo estudio; asimismo, hace notar la necesidad de la revisión de las decisiones empresariales que están destinadas a la resolución de la relación laboral durante el periodo de prueba; así como también y más importante, resalta el beneficio que ostenta el empleador durante el periodo de prueba, donde el despido incausado tiene plenos efectos y las prácticas abusivas no parecen tener control durante su vigencia; dada la supuesta “necesidad técnica” de esta figura, que ha logrado imponerse por parte de la iniciativa empresarial en toda relación laboral ante los ojos e indiferencia legislativa y la doctrinal, los mismos que se han centrado únicamente en la protección de la estabilidad laboral y la protección de los derechos del trabajador una vez superado el periodo de prueba, manteniéndose pasivos en definir sus límites, vigencia de derechos, características y los supuestos de vulneración de derechos fundamentales. Tal inobservancia ha llevado a la flexibilización del desistimiento empresarial, dada la inexistencia de causa justa de despido durante el periodo de prueba, situación que ha permitido que el empleador pueda otorgar relevancia a elementos puramente personales del trabajador, no necesariamente vinculadas con las aptitudes o capacidades profesionales

de éste último, que indiscutiblemente se traducen en elementos ausentes de objetividad, necesarios para dotar de íntegra validez al periodo de prueba, esto último en atención al deber de experimento que justifica la existencia del periodo de prueba.

3.2.9. Derechos que se ejercen en el periodo de prueba.

Como se ha expuesto en las líneas precedentes, dentro del Periodo de Prueba la facultad extintiva está presente para cualquiera de las partes; sin embargo los demás derechos y obligaciones que la ley otorga al trabajador tienen plena vigencia dentro del mismo, como son: CTS, asignación familiar, gratificaciones, de seguridad social, etc. Con la excepción de la estabilidad laboral.

3.2.9.1. Derecho a la Seguridad Social.

Como aspecto general, desde que el trabajador ingresa a trabajar – esto es dentro del Periodo de Prueba – deberá ser registrado y dado de alta en el T-registro el mismo día que ingresó y de manera posterior será registrado por su empleador en EsSalud, junto con sus derechohabientes, como manifestación de seguridad social (Obregón Zevillano, 2015, p. 2).

Asimismo, el trabajador al ingresar a laborar debe informar al empleador sobre sus datos personales y antecedentes previsionales. Dentro de ello, señalar si se encuentra afiliado a una AFP (de no hacerlo incurre en una falta leve) (Obregón Zevillano, 2015, p. 2), en caso de no estar afiliado a ninguna el empleador entregará al nuevo

trabajador un boletín informativo para que decida libremente su afiliación en virtud del artículo 16° de la Ley N° 28991 – Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada; por lo que el trabajador tendrá el plazo de 10 días contados a partir de la entrega del “Boletín Informativo”, para expresar su voluntad de afiliarse a uno u otro sistema pensionario, teniendo diez (10) días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. Vencido este último plazo, sin que el trabajador hubiese manifestado su voluntad de afiliarse a un sistema, o no se hubiese ratificado en la decisión adoptada, “el empleador lo afiliará a una AFP. Si el trabajador no informa nada, se le afiliará al Sistema Privado de Pensiones” (Obregón Zevillano, 2015, p. 2).

3.2.8.3. Compensación por Tiempo de Servicio (CTS).

De conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650 y aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR, que prescribe lo siguiente “la compensación por tiempo de servicios se devenga desde el primer mes de iniciado el vínculo laboral (...); de la interpretación de la norma podemos extraer que al devengarse la CTS desde el primer mes, supone que la prestación de servicios realizados por el trabajador menores a dicho plazo no le serán computadas y por lo tanto mucho menos le serán pagadas, como consecuencia de la extinción de la relación laboral por iniciativa empresarial.

3.2.8.4. Derecho a Vacaciones.

A nivel legislativo el descanso físico vacacional se encuentra establecido como tal en el artículo 10° de Decreto Legislativo N° 713 “Ley de Descansos Remunerados”, como también en su Reglamento el Decreto Supremo N° 012-92-TR, normas que regulan el descanso vacacional de 30 días calendario por cada año completo de servicios, siempre que se verifique el cumplimiento del récord vacacional.

“El derecho a las vacaciones, entendido como goce físico vacacional, nace en nuestro sistema luego de transcurrido el año calendario para su goce (criterio de post anualidad)” (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 430). “Para este efecto, el referido record vacacional se computará desde la fecha en que el trabajador ingresó al servicio del empleador (se incluye de este modo el periodo de prueba) (...) (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 432).

“Sin embargo, si el trabajador cesa en el periodo de prueba, tendrá derecho al pago del récord trunco vacacional, si ha laborado por lo menos un mes” (Obregón Zevillano, 2015, p. 2).

“De cumplir este requisito, le corresponde el pago del récord trunco vacacional desde el inicio de la prestación del servicio, a razón de tanto dozavo y treintavos de un dozavo de su remuneración mensual ordinaria, como meses y días hubiera laborado” (Obregón Zevillano, 2015, p. 2).

3.2.9. Gratificaciones.

“Las gratificaciones son aquellas sumas de dinero que el empleador otorga al trabajador en forma adicional a la remuneración que percibe mensualmente y usualmente no tienen relación directa con la cantidad o calidad de los servicios prestados (...) (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 314).

De acuerdo con el artículo 6° de la Ley N° 27735 – Ley que Regula el Otorgamiento de las Gratificaciones a los Trabajadores del Régimen de la Actividad Privada por Fiestas Patrias y Navidad,

Para tener derecho a la gratificación es requisito que el trabajador se encuentre laborando en la oportunidad en que corresponda percibir el beneficio o estar en uso del descanso vacacional, de licencia con goce de remuneraciones percibiendo subsidios de la seguridad social o por accidentes de trabajo (...).

Asimismo, es necesario que el trabajador deba contar como mínimo un mes de servicios antes del mes en que corresponda el pago de la gratificación. Pero este mes deberá ser un mes completo calendario; es por ello que si un trabajador tiene una relación laboral del 15 de junio al 15 de julio no le corresponde, ya que no tiene el mes calendario completo trabajado al 30 de junio (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 315).

Por lo que el trabajador en Periodo de Prueba que cumpla el primer mes efectivo de trabajo tendrá derecho a éste, asimismo si se encuentra laborando en la oportunidad del pago de la gratificación, sea

la de Navidad o Fiestas Patrias, tendrá el derecho al pago de esta (Obregón Zevillano, 2015, p. 2).

Asimismo, en caso que el trabajador cuente con menos de seis meses de labores en el semestre correspondiente (enero a junio para la gratificación de Fiestas Patrias, y julio a diciembre para la gratificación de Navidad), percibirá la gratificación de manera proporcional, a razón de un sexto de su remuneración mensual ordinaria por cada mes calendario completo laborado en el semestre (Obregón Zevillano, 2015, p. 2).

3.2.10. Otros beneficios.

Asimismo, los trabajadores en Periodo de Prueba gozan de la asignación familiar, utilidades por los periodos laborados, pago de horas extras, bonos regulares por desempeño o por cumplimiento de objetivos, entre otros.

Asimismo, nada impide que pueda recibir beneficios accesorios de carácter no remunerativo, como son propinas, entregadas voluntariamente por los usuarios del servicio de la empresa, o el recargo al consumo (que es impuesto por la empresa y representa un porcentaje del valor de consumo) que se entregan en determinadas actividades de los trabajadores por los terceros que utilizan los servicios del empleador (Rodríguez Sañudo, 1989, p. 448).

3.2.10. Regulación del Periodo de Prueba en el Derecho Comparado.

Además de la regulación nacional del Periodo de Prueba, encontramos también como ha adoptado cada legislación esta figura dentro de su ordenamiento jurídico, entre las cuales tenemos:

3.2.10.1.España.

El Periodo de Prueba lo podemos encontrar regulado en el artículo 14º del Estatuto de Trabajadores, donde no existe un plazo exacto para el Periodo de Prueba, pudiendo establecerse libremente por las partes y en atención a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de 25 trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

“No obstante, en el contrato de apoyo a los emprendedores, el periodo de prueba será de un año en todo caso” (Márquez García, 2016, 9 – 10); asimismo establece que el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

Por otro lado, será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

Respecto a los efectos del contrato de trabajo establece que, durante el periodo de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa. La situación de incapacidad laboral transitoria que afecte al trabajador durante el periodo de prueba interrumpe el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.

Nótese que la regulación española es más explícita y precisa diversos supuestos que podrían presentarse en su desarrollo, a diferencia de la regulación nacional, que solamente se limita a establecer el plazo y los efectos que se producen al superado el mismo; a diferencia de la española que no establece plazo específico, dejándolo a la libre decisión de las partes en base a los convenios colectivos previamente realizados.

Asimismo, si bien durante este periodo cualquiera de las partes puede desistir unilateralmente de la relación laboral; Montoya Melgar precisa que:

Lo que aparentemente no pasa de ser una equitativa disciplina el otorgamiento de un privilegio patrona, con el propósito de corregir esta inclinación pro empresario del legislador, la doctrina ha postulado (...) que el despido del trabajador durante el contrato de prueba no procede sino únicamente con causa justa y no libremente” (Martín Valverde, 2003, p. 481).

De similar manera “la Corte Suprema de Justicia Española, ha insistido que aún en el Periodo de Prueba, debe existir justificación para despedir al trabajador, que su despido no debe ser caprichoso sino que debe corresponder a un realidad objetiva” (Jara Bautista, 2017, p. 200). Situación contraria a lo que ocurre en el Perú, ya que los tribunales en nuestro país solamente se han pronunciado respecto a la vulneración de los derechos del trabajador una vez superado dicho Periodo de Prueba, dejando pasar por alto la vulneración de derechos durante este periodo o lo que es peor aún definir los derechos del trabajador y determinar los límites del empleador.

3.2.10.2.Argentina.

Conforme al literal a) del artículo 17° de la Ley N° 25.164, Ley Marco del Regulación de Empleo Público Nacional de Argentina, se establece un Periodo de Prueba de doce meses de prestación de servicios efectivos, para acreditar la idoneidad del trabajador en base a las evaluaciones periódicas de desempeño; seguidamente conforme al literal b) del artículo, la legislación Argentina exige la acreditación del

perfil psicológico del trabajador, exigiendo obtener del certificado definitivo de aptitud psicofísica para el cargo.

En el año 1995 se sanciona la Ley N° 24465 que incorporó por primera vez al Periodo de Prueba dentro de la legislación laboral Argentina, ya que tradicionalmente había sido rechazado y solamente se contemplaba en algunos estatutos particulares con características cambiantes, por ejemplo la Ley N° 12981 de Encargados de Casa de Rentas; Trabajadores a Domicilio y Trabajadores del Servicio Doméstico (Art. 8 Dec. 326/56), Periodistas Profesionales (Ley 12.908 Art. 25), Trabajador Agrario entre algunos (Martín Valverde, 1991, p. 448).

En ese sentido, la doctrina Argentina ha ido desarrollando distintas definiciones sobre el Periodo de Prueba, tal es el caso de Américo Plá Rodríguez, quien lo define como: “(...) El espacio de tiempo en el cual el trabajador demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación que las vincula”. Asimismo, Cabanellas lo define como “(...) la condición expresa en el contrato de trabajo por la cual cada uno de los contratantes puede disolver el vínculo contractual si no está satisfecho, durante dicho lapso, con las prestaciones del otro contratante” (Montoya Melgar, 1988, p.74).

Montoya Melgar considera, que se trata de un “(...) contrato de trabajo a prueba es un negocio jurídico bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro, y buscar la experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes” (1988, p. 512).

De manera posterior, la Ley N° 24465 (B.O.28/03/1995) incorpora el Periodo de Prueba en la Ley de Contrato de Trabajo a través del artículo 92 bis., fijando determinadas reglas a las cuales quedará sujeto. Se estableció que el contrato a plazo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros 3 (tres) meses, facultando a los convenios colectivos de trabajo a extender dicho plazo hasta 6 (seis) meses.

Con la particularidad, que excluía al empleador de los aportes y de las contribuciones de Seguridad Social, por lo que no se computaba el tiempo de servicio, durante el lapso del Periodo de Prueba. Las partes sólo se encontraban obligadas al pago de aportes y contribuciones a Obras Sociales, Asignaciones Familiares y cuota de Riesgo del Trabajo. Dado que la finalidad de dicha institución era comprobar la aptitud de los trabajadores para un determinado puesto, por lo que no constituía una modalidad contractual sino una instancia o periodo en el que se desarrollaba el contrato de trabajo.

De manera posterior, el Periodo de Prueba sufrió importantes cambios, ya que con la llegada de la Ley N° 25013 (B.O.24/09/1998) de la primera Reforma Laboral en su artículo 3° se sustituyó el artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, reduciéndose el plazo de tres meses a 30 (treinta) días corridos, rigiendo para los contratos celebrados a partir del 03 de octubre de 1998. Este plazo podría extenderse a seis meses por Convenio Colectivo de Trabajo. La ventaja que ostentaba el empleador era el de ser eximido del deber de aportar contribuciones de Seguridad Social durante los primeros treinta días, efectuando los aportes y contribuciones, una que superado el plazo del Periodo de Prueba con la continuidad de labores del trabajador.

Posteriormente, es con la llegada de la Ley N° 25250 (B.O 02 de Junio del 2000) de la segunda Reforma Laboral, vigente a partir del 11 de Junio 2000 que se vuelve a restablecer el plazo original de tres meses, extensible a seis por Convenio Colectivo de trabajo para empresas en general. Por lo que si se trataba de una empresa pequeña el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis meses, pudiendo en este caso extenderse por convención colectiva de trabajo a un plazo de doce meses en caso de tratarse de trabajadores calificados, según definición que efectuarán los convenios (Fernandez Marquéz, 2009, p. 2). Asimismo, con la llegada de esta ley, se exigía a las partes el pago de aportes y contribuciones referentes a la Seguridad Social.

El Periodo de Prueba regulado en esta ley pretende estimular una disminución en la rotación de personal (Márquez García, 2016, párr. 72). En ese sentido, nótese que la regulación es más extensa al igual que la española, coincidiendo en la inclusión de convenios colectivos entre empleador y trabajadores, con la particularidad que solo tendrán cavidad en el caso de aplicación del Periodo de Prueba a seis meses.

3.2.10.3.Paraguay.

En esta legislación, el Periodo de Prueba se encuentra regulado en la Ley N° 213, que establece el Código del Trabajo, el cual en su artículo 58° prescribe que el Periodo de Prueba es la etapa inicial del contrato de trabajo y que tendrá por objeto respecto del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador y, de parte de éste, verificar la conveniencia de las condiciones del trabajo contratado.

Asimismo, establece que dicho periodo tendrá como máximo la siguiente duración; de 30 días para el personal del servicio doméstico y trabajadores no calificados; de 60 días, para trabajadores calificados o para aprendices; y tratándose de trabajadores técnicos altamente especializados, las partes podrán convenir un periodo distinto del anterior, conforme a las modalidades del trabajo contratado.

El artículo 59° establece que el Periodo de Prueba será remunerado de acuerdo con lo estipulado en el contrato respectivo. Si al término de aquel, ninguno de los contratantes manifestase su

voluntad expresa de dar por terminado el contrato de trabajo, éste continuará vigente en la forma convenida, debiendo computarse el periodo de prueba a todos los efectos legales. En caso de celebrarse un nuevo contrato entre los mismos contratantes y para la misma clase de trabajo, no regirá el periodo de prueba.

El artículo 60°, establece que Durante el periodo de prueba, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato de trabajo, sin incurrir en responsabilidad alguna. No obstante, los trabajadores gozarán durante dicho periodo de todas las prestaciones, con excepción del preaviso y la indemnización por despido.

Nótese que a diferencia de la legislación peruana, esta legislación regula de una manera más íntegra la finalidad del Periodo de Prueba, es decir apreciar las aptitudes del trabajador y, de parte de éste, verificar la conveniencia de las condiciones del trabajo contratado; asimismo precisa cuales son los derechos y efectos que se producen una vez superado dicho periodo.

3.2.11. Colombia.

En dicho país, el Periodo de Prueba se encuentra regulado en el artículo 76 °, 77 °, 78 °, 79 ° y el 80 ° del Código Sustantivo del Trabajo del 2011; en los cuales se establece que el Periodo de prueba es la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo. Asimismo,

debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo. En el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presume como periodo de prueba los primeros quince (15) días de servicio.

Asimismo, establece que el Periodo de Prueba no puede exceder de dos (2) meses. En los contratos de trabajo a término fijo cuya duración sea inferior a un (1) año el periodo de prueba no podrá ser superior a la quinta parte del término inicialmente pactado para el respectivo contrato, sin que pueda exceder de dos meses. Por otro lado, cuando entre un mismo empleador y trabajador se celebren contratos de trabajo sucesivos, no es válida la estipulación del periodo de prueba, salvo para el primer contrato.

Cuando el periodo de prueba se pacte por un plazo menor al de los límites máximos expresados, las partes pueden prorrogarlo antes de vencerse el periodo inicialmente estipulado, sin que el tiempo total de la prueba pueda exceder dichos límites. Asimismo en el periodo de prueba puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, sin previo aviso. Los trabajadores en periodo de prueba gozan de todas las prestaciones.

Nótese que la regulación es similar a la colombiana, al definir la finalidad de dicha institución, sin embargo el plazo para el trabajador ordinario, resulta ser menor, ya que en este caso es de dos meses; asimismo, a comparación de la legislación peruana, tiene una

regulación más completa dado que da a conocer supuestos donde los plazos llegan a oscilar y además de precisar los derechos que se ejercen dentro de esta.

CAPITULO IV

ESTABILIDAD LABORAL Y DESPIDO ARBITRARIO

4.1. Evolución Histórica de la Estabilidad Laboral.

En el Perú, constituyen antecedentes del derecho de estabilidad laboral, la Ley N° 4916, promulgada el 7 de febrero de 1924, durante el gobierno del Presidente Augusto B. Leguía, la cual confirió libertad al empleador de poner término al vínculo laboral, siempre que cumpla con el pre-aviso de 90 días o le facultó el pago de la indemnización equivalente a este lapso; obligó al trabajador en caso de retiro voluntario a dar aviso con 40 días de anticipación; en consecuencia, legisló el pre aviso y el elemento indemnizatorio del derecho de estabilidad laboral.

Asimismo, por Decreto Supremo del 5 de junio de 1953, se legisló sobre el derecho que tenían los trabajadores con 20 años o más de trabajo continuo a favor del mismo empleador para no ser despedidos arbitrariamente de su centro de trabajo. Fue el inicio de la protección del trabajador, basada en el criterio de la antigüedad en el trabajo; además, el Decreto Supremo del 04 de noviembre de 1958, estableció que el Ministerio de Trabajo debía aprobar la resolución de los contratos de los empleados con 20 o más años de servicios, lo que fue ratificado por la Ley N° 15542 del 30 de abril de 1965, que rebajando el tiempo de servicios de las empleadas a 15 años, confirmó que la resolución de los contratos de trabajo debía ser aprobada por dicho Ministerio.

En 1962, la Ley N° 14221 estableció que el empleador para poner término a los servicios de un obrero debería darle aviso con 15 días de anticipación, norma que fue derogada por el Decreto Ley N° 14857 de fecha 29 de enero de 1964.

En 1970, durante el gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado, mediante el Decreto Ley N° 18471 de fecha 10 de noviembre de 1970, se institucionalizó la estabilidad laboral absoluta para todos los trabajadores asalariados luego de tres meses de iniciados sus contratos. Esta disposición significó que transcurrido el periodo de prueba el trabajador sólo podía ser despedido por faltas graves o despido colectivo; lo cual requería la autorización de las autoridades laborales, siendo la empresa la que debía demostrar la existencia de la causa justa para el despido del trabajador, y la autoridad administrativa de trabajo determinaba si éste procedía o no, si se determinaba que el despido era injusto, la empresa debía pagar todos los salarios devengados y el trabajador podía elegir entre la reposición o la indemnización correspondiente y la liquidación de beneficios sociales. Por lo que, para realizar el despido efectivo del trabajador, la empresa debía de negociar con él mismo.

En el año 1978, mediante la Ley N° 22126, el periodo de prueba se extendió de tres meses a tres años, lo cual redujo la importancia de la estabilidad laboral.

En junio de 1986, durante el gobierno de Alan García, se redujo otra vez el periodo de prueba a tres meses a través de la Ley N° 24514 y una gran porción de trabajadores adquirieron súbitamente la estabilidad laboral absoluta. Esta ley implicó un alto grado de rigidez durante el periodo 1986 – 1991.

En 1991 se introdujeron varias modificaciones que tenían como objetivo flexibilizar el mercado laboral y reducir los costos de despido y contratación a través del Decreto Ley N° 728 (Ley de Fomento del Empleo). Una de las intenciones de la reforma era abolir la estabilidad laboral. Sin embargo, la misma era un derecho establecido en la Constitución Política de 1979, por lo que sólo pudo ser eliminada parcialmente, afectando sólo a aquellos trabajadores que fuesen contratados después de la promulgación de la ley. Así, durante el periodo comprendido entre 1991 y 1995, coexistieron dos regímenes. Los trabajadores contratados antes de noviembre de 1991 podían seguir exigiendo la reposición o el pago de la indemnización, si no se lograba mostrar que el despido era justificado, mientras que los trabajadores contratados después de esa fecha debían esperar que el juez apruebe la reposición o la indemnización.

Bajo el marco de la nueva Constitución de 1993, la Ley N° 26513 de julio de 1995 reemplazó a la estabilidad laboral absoluta por la protección contra el despido arbitrario, eliminando así la posibilidad de reposición del trabajador y otorgándose sólo el pago de la indemnización en caso de despido injustificado.¹

4.2. La Estabilidad Laboral a Nivel Constitucional.

La regulación del tema de la estabilidad laboral en la Constitución Política de 1993, difiere sustancialmente de su tratamiento en la Constitución de 1979 (Arque Monzón, 2017, p. 32)

En la Constitución de 1979, se reconoce el derecho a la estabilidad laboral, elevándola a la categoría de derecho fundamental, así en su artículo 48° señalaba

¹ La Estabilidad Laboral en el Perú. Recuperado de:
<http://www.monografias.com/trabajos10/establab/establab.shtml#ixzz2jL76QEZT>

lo siguiente: El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada. Es decir, la constitución de 1979, no sólo contempla la estabilidad de salida, sino también comprende la estabilidad de entrada (Arque Monzón, 2017,p. 32).

Tal como lo indica Toyama refiriéndose a los derechos individuales de los trabajadores de la Constitución de 1979, expresa, conviene anotar que la Constitución reconocía las dos modalidades de estabilidad laboral: la de entrada y la salida. (Toyama Miyagusuku, 2001, p. 17).

Por su parte la actual Constitución de 1993, expresa en su artículo 27°, La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, de ésta manera el constituyente, sólo considero pertinente suprimir toda referencia a la estabilidad laboral, mencionando únicamente la estabilidad de salida, dejando desprotegida la estabilidad de entrada, y más aún delegó al legislador la tarea de dar desarrollo a la llamada protección adecuada (Arque Monzón, 2017,p. 32)

Así, se ha sustituido el concepto rígido de la estabilidad laboral por el concepto flexible de la adecuada protección que la ley dispensa al trabajador contra el despido arbitrario. (Concha Valencia, 2014, p. 18)

Lo contenido en el artículo 27° de la Constitución Política debiera otorgar al legislador la obligación para que éste regule las causas y procesos para la extinción de la relación laboral, creando una protección a favor del trabajador afectado. (Concha Valencia, 2014, p. 18)

En el mismo sentido tenemos lo expresado por Pasco, refiriéndose sobre el tema indica que la Constitución de 1993, ha morigerado la expresión, indicando que ésta se ha dado en dos formas, siendo la primera que no menciona explícitamente la estabilidad y en la segunda la referida a la frase que el trabajador gozará de adecuada protección contra el despido arbitrario, y que la ley debe explicar los alcances de dichos conceptos. (Pasco Cosmópolis, 2000, pp. 140-141).

4.3. Naturaleza Jurídica de la Estabilidad Laboral.

La idea de estabilidad en el trabajo es una creación de la asamblea magna de 1917 de México, sin ningún precedente en otras legislaciones, ni siquiera en la doctrina de algún escritor o jurista nacido en Querétaro, sin que pueda decirse quién fue su autor, como una idea fuerza destinada a dar seguridad a la vida obrera, según señala De la Cueva (1978), citado por Mozart (1980, p. 34).

La estabilidad como principio otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y solo excepcionalmente la del empleador, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación. (Mozart, 1980, p. 34)

4.4. Definición.

En palabras de Toyama Miyagusuku, define a la estabilidad laboral como el presupuesto indispensable para que el trabajador pueda ejercitar sus derechos individuales y colectivos. (2015, p.541).

Por su parte, Blancas Bustamante, sostiene que la estabilidad se basa o fundamenta en el principio de continuidad, pero no se confunde ni identifica con éste, del cual viene a ser una expresión concreta vinculada a aquella “resistencia” a la disolución de la relación laboral por acto unilateral del empleador, en que consiste uno de los aspectos de aquel principio. (2013, pp.103-104).

Según Pérez Rey, “la estabilidad en el trabajo o los trabajos constituye la versión más amplia y, a grandes rasgos, consiste en procurar al trabajador continuidad en su estatuto profesional más allá de los límites de una concreta empresa (2004, p. 22).

La estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo –el contrato típico de trabajo tiene vocación de permanencia y ello por el carácter protector del Derecho Laboral- ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral siendo una manifestación del principio de continuidad. (Toyama Miyagusuku, 2005, p.501).

Así, la estabilidad laboral, es, como ha dicho Villavicencio Rios, la estabilidad es la garantía imprescindible para el ejercicio de los demás derechos laborales. (1996, p.6).

Por ello, Concha Valencia hace notar que “la estabilidad laboral es definida como el derecho que tiene un trabajador a conservar su puesto indefinidamente, siempre que no incurra en faltas previamente determinadas o que no acaezca en especialísimas circunstancias. (2014, p. 11)

En palabras de Plá Rodríguez, sin la estabilidad laboral, serían mínimas o nulas las posibilidades de ejercicio de los derechos individuales o colectivos y los

mecanismos para la tutela de los mismos no tendrían la suficiente "exigibilidad" frente al empleador.

El derecho a la estabilidad laboral en el empleo no puede ser entendido como un derecho a una estabilidad absoluta que incluya la propiedad del concepto "puesto de trabajo", no obstante, se debe tener en cuenta que la pérdida del puesto de trabajo puede impedir el goce efectivo de este derecho por lo que se requiere que sea debidamente justificada. (Rodríguez Piñero, 1978, p. 25).

La idea de estabilidad en el empleo, técnicamente, se contrae a la duración que deba asignársele a la relación laboral al momento de la celebración del contrato que constituye la misma, aun cuando es claro que guarda íntima relación con el sistema que impere en orden a su extinción por voluntad o decisión unilateral del empresario (Cuba Velaochaga, 2017, p. 36).

De lo anteriormente expuesto, se desprende que el derecho al trabajo refuerza el planteamiento favorable a la conservación del puesto, ya que, como se ha destacado, aun configurándose la garantía del empleo como núcleo mismo del derecho al trabajo, esta no agota su contenido y debe integrarse el derecho a la conservación del puesto de trabajo. (Cuba Velaochaga, 2017, p.37)

Dentro de la jurisprudencia constitucional actual también se puede tratar aspectos vinculados con el derecho a la estabilidad laboral, aunque de una forma escueta y limitada tal como se expresa en los fundamentos siguientes:

“La doctrina laboralista ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral comprende dos aspectos: por un lado, la estabilidad laboral de entrada, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal,

reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales únicamente cuando la labor a cumplir sea de tal naturaleza; y, por otro, la estabilidad laboral de salida, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado. (STC Exp. N° 0025-2007-PI/TC, fj. 109.)

La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y solo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación que hagan imposible su continuación. (La Pouble Chero, 1998, p. 54).

En tal sentido, la estabilidad laboral constituye un elemento valioso para dar tranquilidad y seguridad a los trabajadores en cuanto a la permanencia en su puesto de trabajo. (Cuba Velaochaga, 2017, p. 71).

4.5. Fundamentos de la estabilidad laboral.

Uno de los ejes y fundamento jurídico directriz de la estabilidad laboral en el Perú, se encuentra regulado en el artículo 22° de nuestra Constitución Política del año 1993, siendo este *el derecho al trabajo*. Se considera el derecho al trabajo como la base imprescindible de la estabilidad laboral, en merito, que este mismo tiene dos aspectos:

4.5.1. El acceso al empleo

El cual comprende, a su vez, dos supuestos dependiendo del sentido genérico o específico en el que se entienda el empleo:

4.5.1.1. El Acceso al Empleo en Sentido Genérico

Esta referido a las políticas económicas y sociales que debe adoptar el Estado para generar puestos de trabajo. Nos encontramos aquí ante un derecho de preceptividad diferida, puesto que requiere de desarrollo legal para que pueda tener exigibilidad (Marcenaro Frers, 1995, p. 45).

4.5.12. El Acceso al Empleo en Sentido Específico

Viene a ser el derecho a ocupar un puesto cierto. Por ejemplo, esto se verificaría en caso de obtenerse el primer puesto en un concurso para acceder a un empleo. Se trata de un derecho de preceptividad inmediata, ya que para su ejercicio no se necesita una reglamentación legislativa. (Marcenaro Frers, 1995, p. 45).

4.6. La conservación del empleo

La vulneración de este derecho puede provenir de cualquier extinción del vínculo laboral (como en el caso de la jubilación obligatoria, por ejemplo), y no sólo de las que derivasen de un despido injustificado, como señala el Tribunal Constitucional. (Marcenaro Frers, 1995, p. 45)

Asimismo, se señala que este derecho tiene preceptividad inmediata, por lo cual cabe su defensa mediante la tutela del amparo, si se admite que en el caso peruano esta garantía no tiene carácter residual.

Es en esta segunda manifestación que se cimienta la estabilidad laboral, ya que el trabajador no puede ser despedido sino por causa justa.

Ahora bien, es de suma importancia dar a conocer en que consiste el derecho al trabajo:

Según De Buen Lozano, el derecho al trabajo se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo. (De Buen Lozano, 1981, p.80)

Al respecto, Marcenaro Frers señala que lo primero a distinguir cuando hablamos del trabajo como un derecho, es diferenciar entre dos niveles, fases o estadios de éste; el derecho al trabajo, como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada, y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular (1995, p.45).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución del Perú, ha determinado lo siguiente:

El Tribunal Constitucional se ha referido al derecho al trabajo como fundamento para invalidar el despido lesivo de derechos constitucionales y ordenar la reposición del trabajador a su centro de trabajo, señalando:

“(…) la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo a los derechos constitucionales antes señalados, trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado

por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad” (Sentencia N° 1112-98-AA/TC)

En la sentencia del 11 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional refiriéndose al derecho al trabajo, señala que éste: “(...) 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” (Sentencia N° 1124-2001-AA/TC).

4.7. El principio de continuidad

Comenta BLANCAS refiriéndose al Principio de Continuidad, que: “La estabilidad en el trabajo, concebida como el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa o como una limitación a la facultad de poner término discrecionalmente a la relación de trabajo, tiene como fundamento el principio de continuidad y que, más aún, lo presume, ya que carecería de toda lógica establecer esta garantía contra el despido ad nutum si la relación de trabajo, como regla general, se pactara por tiempo determinado, en forma independiente de la naturaleza de la labor a realizar.(Blancas Bustamante,1991,p.84)

Asimismo, Carrillo Calle señala sobre el tema (...) es del principio de continuidad de donde dimana el concepto de la estabilidad que opera en los dos extremos de la relación laboral: en la contratación (con la llamada “estabilidad de entrada”) y en el despido (con la llamada “estabilidad de salida”). (2001.p.77).

4.8. Clases de Estabilidad Laboral.

Tenemos, la clasificación propuesta por Agustin Lapouble Chero, quien clasifica la estabilidad de la siguiente forma:

4.9. Atendiendo al grado de libertad que tenga el empleador para disolver la relación laboral.

4.9.1. Estabilidad absoluta:

Que existirá cuando se prohíba al empleador disolver el vínculo laboral por acto propio o unilateral, siendo la única causa válida para la disolución del vínculo laboral las que se encuentren expresamente determinadas en las leyes, causas que se encontraran sujetas además a comprobación por la autoridad de trabajo. A través de la estabilidad absoluta se otorga al trabajador el derecho a la reposición toda vez que la autoridad de trabajo desestime la causa invocada por el empleador. (La Pouble Chero, 1998, p. 57).

4.9.2. Estabilidad relativa:

Se da cuando se le concede al empleador cierta libertad para disolver el vínculo laboral, sin que medie causa justa y la comprobación de esta, con la única obligación de compensar el despido con la indemnización adecuada. (La Pouble Chero, 1998, p. 57).

4.10. Según la amplitud del derecho a la estabilidad.

4.10.1. Estabilidad de entrada:

La cual opera desde el momento mismo de la contratación y consiste en el establecimiento de una presunción legal de duración indefinida del contrato de trabajo; es decir, se prefiere la contratación

indefinida sobre la temporal, salvo que por su naturaleza, la labor que el trabajador vaya a realizar sea temporal. (La Pouble Chero, 1998, p. 58).

4.10.2. Estabilidad de salida:

Opera en el momento de la extinción de la contratación y consiste en la prohibición del despido injustificado. (La Pouble Chero, 1998, p. 58).

Se subdivide, de acuerdo a la oportunidad del despido y puede ser:

Despido directo. En el cual el empleador por libre voluntad extingue la relación reconociendo al trabajador afectado el derecho de impugnar su decisión ante el Poder Judicial.

Despido propuesta. En este caso, la decisión de extinguir la relación laboral requiere de autorización expresa de la autoridad competente.

Así mismo, tenemos la clasificación propuesta por la doctora Teofila Díaz Aroco:

4.11. Por los alcances o efectos de la estabilidad laboral.

4.11.1. Estabilidad laboral propia

La cual obliga al empleador a reponer al trabajador en su puesto de trabajo en caso de que no se acredite la causal de despido. En este caso, la mayoría de legislaciones contempla el derecho al trabajador

de percibir las remuneraciones devengadas a partir de la fecha en que se produjo el despido injustificado. (Díaz Aroco, 1987, pp. 44-45)

4.11.2. Estabilidad laboral impropia

No otorga al trabajador necesariamente la posibilidad de solicitar la reposición en el puesto que trabajó, ya que será la autoridad competente la encargada de decidir si se procede a sustituir la reposición del trabajador en su puesto de trabajo o el pago de una indemnización. (Díaz Aroco, 1987, pp. 44-45)

En el Perú, el sistema que predomina como regla es la Estabilidad Relativa Impropia, constituyendo una excepción el caso del despido nulo (estabilidad absoluta) que solo se produce por causales expresas previstas en la ley. (Concha Valencia, 2014, p. 17)

4.12. Regulación de la estabilidad laboral a nivel internacional.

Veamos previamente ante de ingresar a la legislación peruana, su regulación internacional, por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que desde el año 1919, ha sido el ente rector de la regulación de los temas laborales en el mundo. (Andagua Quispe, 2016, p.41).

Y el tema de la estabilidad laboral, no lo ha sido ajeno y ella fue contemplada en el convenio de la OIT. Número 158 la misma que no fue ratificada por el Perú, el Convenio 158 de la OIT, se refiere sobre la Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, que data de junio del año de 1982, la misma que es complementaria a la Recomendación 119, de la OIT.

Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, del año 1963 (Andagua Quispe, 2016, p. 41).

Es decir, en ambos casos solo se aborda la estabilidad de salida, la misma que está relacionada al despido, sin embargo, la estabilidad de entrada, no fue contemplada por la OIT (Andagua Quispe, 2016, p. 41).

Nos preguntamos porque la OIT, no regulo la forma de adquirir la estabilidad laboral, considero al ser un tema muy polémico, deja que los Estados regulen internamente dicho aspecto. (Andagua Quispe, 2016, p. 41).

Y sobre la estabilidad de salida, es decir en el tema del despido la recomendación 119, indica en el punto 2.1. “No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio” (Andagua Quispe, 2016, p. 41).

Sin embargo; el Protocolo de San Salvador consagra el derecho al trabajo y la estabilidad laboral en los artículos 6° y 7°, respectivamente, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

Al respecto Blancas señala que: “El Protocolo de San Salvador no sólo consagra el derecho a la estabilidad laboral sino que, además, lo fundamenta en el derecho al trabajo, afirmando la proyección de este derecho no sólo en relación al acceso al empleo como su versión más tradicional- sino, igualmente, respecto a la

conservación del mismo por quien tiene la condición de trabajador” (Blancas Bustamante, 1991, p. 76).

Este Protocolo ha sido ratificado por el Perú, por lo que forma parte del derecho nacional y constituye fuente obligatoria para la interpretación de las normas constitucionales referentes al derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, según lo establecido en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución. (Blancas Bustamante, 1991, p. 76).

4.13. El Despido Arbitrario.

4.13.1. Evolución histórica legislativa de la protección frente al despido.

4.13.1.1. Antecedentes en Latinoamérica.

En la evolución histórica de la protección frente al despido, tenemos como punto inicial, la Constitución mexicana de 1917. (De la Cueva, 1978, p.219)

En la Asamblea Constituyente de Querétaro, la cual fuera convocada por el presidente Venustiano Carranza se creó una nueva institución en el derecho del trabajo, la cual era la denominada estabilidad laboral. Este instituto fue la primera forma de protección frente al despido que se da en el derecho del trabajo y consiste en que ningún trabajador puede ser despedido, sino es por causa justa. Al respecto, el tratadista Mario de la Cueva nos dice lo siguiente: La idea de la estabilidad en el trabajo es una creación de la Asamblea Magna de 1917, sin ningún precedente en otras legislaciones, ni siquiera con la doctrina de algún escritor o jurista. (De la Cueva, 1978, p.219)

La Constitución de Querétaro, en su numeral XII, del inciso a) del artículo 123, señalo lo siguiente: el patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a un sindicato, o por haber tomado parte de una huelga licita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. (Carpizo, 1986)

Esta norma fue la fuente de inspiración en diversas legislaciones latinoamericanas para que se plantee como protección frente al despido a la estabilidad laboral. (Bronstein, 1990, p.270)

Así, en Brasil en 1932 y 1935 se dictaron normas acerca de la estabilidad laboral y lo mismo ocurrió en Argentina en 1940. En España, el decreto del 23 de agosto de 1932 estableció en las empresas públicas, la banca y otras, un régimen de estabilidad laboral absoluta con reinstalación obligatoria a elección del trabajador.

Pese a lo indicado el tratadista brasileño Russomano sostiene que en el Brasil el antecedente de la estabilidad laboral se encuentra en la ley de los funcionarios públicos quienes adquirirían estabilidad laboral luego de 10 años de ejercicio efectivo en el cargo. (Russomano Mozart, 1981, p.69)

4.13.2. Antecedentes en el Perú.

El derecho del liberalismo económico del siglo XIX, expresado en el Código Civil Francés de 1804 recogido en nuestro Código Civil de 1852, facultaba al empleador a poner fin al contrato de obra o de

locación de servicios en cualquier momento, como una manifestación de la libertad de contratación.

El Código de Comercio de 1902 continuó con la misma línea trazada, aunque atenuó el rigor de la ruptura.

Posteriormente, la Ley N° 4916 del 07/02/1924, dispuso que cuando el contrato no tuviera duración determinada cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido con un aviso de 90 días el empleador y 40 el empleado.

Recién en el año 1931, con la Ley N° 7455, se da el primer paso a la estabilidad laboral, estableciéndose la estabilidad para los empleados públicos, pero esta ley fue desestimada, por el Congreso Constituyente que dio la Constitución de 1993. Sin embargo, en 1950 con el Decreto Ley N° 11377 se declaró nuevamente la estabilidad de los empleados públicos, y ello fue reproducido por el Decreto Legislativo N° 276.

El 30 de abril de 1965 se dio la Ley N° 15542 que dispuso que las únicas causas de rescisión del contrato de los empleados con más de 20 años de servicios al mismo empleador y de las empleadas con 15 años, serian el incumplimiento esencial del contrato de trabajo, el abandono y las faltas graves señaladas en el artículo 294 del Código de Comercio, u otra de análoga gravedad comprobadas y calificadas por el Ministerio de Trabajo. Esta fue la primera forma de protección frente al despido que se dio en la legislación nacional.

4.14. Evolución histórica legislativa en el Perú.

Recién con el Decreto Ley N° 18471 del 10 de noviembre de 1970, los trabajadores de la actividad privada obtuvieron el derecho a la estabilidad laboral en el trabajo al prescribirse que el empleador carecía de la facultad de poner fin a la relación laboral por su sola voluntad y que, si la causa del despido no resultaba probada por el empleador, el trabajador debería ser reintegrado en su empleo habitual.

Esta forma fue sustituida por el Decreto Ley N° 22126 del 21/03/1978, que dispuso que los trabajadores que no tenían, en ese momento, aun tres meses en el trabajo y los que ingresasen posteriormente, podrían ser despedidos a voluntad del empleador durante un plazo de tres años a partir de su ingreso, vencido los cuales recién adquieren el derecho a la estabilidad laboral.

Con la Constitución de 1979 se incluyó un artículo declarando expresamente la estabilidad laboral cuyo tenor literal era el siguiente:

“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada. (Chirinos Soto, 1980)

Sin embargo, esta norma constitucional no fue aplicada y se continuó aplicando el Decreto Ley N° 22126, hasta que se dio la Ley N° 22514 del 4 junio de 1986, que retorno el régimen de estabilidad, luego de pasar el periodo de prueba de tres meses.

Posteriormente, en el año 1990, fueron cambiando las disposiciones de la Ley N° 22514, siendo reproducida casi el íntegro de la norma en el Decreto Legislativo N° 728. Finalmente, con la Constitución de 1993 se pasa del modelo de estabilidad absoluta al modelo de estabilidad relativa, aplicando el modelo de la mínima protección.

4.15. La Constitución de 1993 y el despido arbitrario.

El artículo 27 de la Constitución actualmente vigente señala lo siguiente: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. (Marcenaro Frers, p.163)

Algunos críticos de la incorporación de este artículo en el nuevo texto constitucional consideraron que esta norma determinaba la extinción de la estabilidad laboral en el Perú. Este es el precepto que ha servido para que se rasguen las vestiduras, los enemigos de la nueva Carta Magna. Sostienen que desenfado sin igual, que suprime la estabilidad laboral y que una vez que sea aprobado, se va a producir una cadena de despidos y una aguda desocupación. (Marcenaro Frers, p.165)

Lo cierto es que la nueva norma en cierto modo flexibilizaba el tema y abría las puertas para un esquema de estabilidad relativa.

La Poble Chero nos dice:

Nos encontramos frente a una norma que omite mencionar el término estabilidad laboral, aunque evidentemente se refiere a él, y lo regula indirectamente a través de una directiva enviada al Poder Legislativo y sujeta a conceptos imprecisos, como la adecuada protección. Analizando

brevemente este artículo, encontramos como caracteres del despido lo siguiente:

- No debe ser arbitrario, es decir no debe sobrevenir por la voluntad propia del empleador, sino por causa justa.
- La protección frente al despido arbitrario implica que las causas justas de despido deben estar tipificadas en la ley; además, de un procedimiento que le permita al trabajador conocer las causas de su despido y ejercer su defensa.
- Esta protección supone que si el despido es sin causa justa (despido arbitrario), la consecuencia inmediata es la reposición del trabajador en su empleo sin perjuicio del pago de las remuneraciones dejados de pagar desde que se le privó en ese hecho, salvo si el trabajador siendo titular del derecho de permanecer en el empleo, decide por la voluntad propia, prefiere salir de el a cambio de una indemnización.
- La protección frente al despido arbitrario a que se refiere este artículo se extiende a todo trabajador que se encuentra en relación de dependencia tanto de la actividad privada como de la Administración Pública.

La doctrina está de acuerdo en señalar que el artículo en cuestión prohíbe por un lado el despido sin causa justa consagrada de esta manera la regla de salida de la estabilidad laboral y por otro lado admite diversos

mecanismos de reparación frente al despido sin causa justa (adecuada protección) lo que lleva a algunos a que pueda hablarse de estabilidad relativa como de la estabilidad absoluta.

Sin embargo, cuando recogemos los conceptos de la estabilidad en la doctrina la regla consagra expresamente la de salida supone también la plasmación de otra la de entrada ya que el derecho constitucional a la estabilidad laboral quedaría limitada en su contenido.

Si un ordenamiento protegiera la estabilidad laboral en la extinción y no en la contratación, este podría ser fácilmente burlado mediante la celebración de contratos de duración temporal, inclusive para labores de duración permanente cuya resolución operaria por mero vencimiento de las plazas respectivas, sin necesidad de despido (La Pouble Chero, pp.73-74).

4.16. El despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha venido teniendo diversas posiciones jurídicas entre sus magistrados, debido que la misma conformación del colegiado constitucional han tenido contradicciones, sobre la tutela de no ser despedido de forma arbitraria, en las diferentes modalidades de contratación laboral vigente. La jurisprudencia que trata el contenido normativo de la norma constitucional en estudio, expreso lo siguiente: (Cuba Velaochaga, 2017, p. 93).

- La protección adecuada a que se refiere el artículo 27° de la Constitución no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que

habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización, toda vez que debemos tener en cuenta que el propósito de los procesos constitucionales en la restauración de las cosas al estado anterior o a la violación o amenaza de violación de derecho constitucional. (STC Exp. N° 03971-2005-AA, f.j.4)

- La extinción unilateral de la relación laboral, fundada exclusivamente en la voluntad del empleador, se encuentra afectada de nulidad cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona. Tras configurarse una modalidad de despido arbitrario procede la reposición como finalidad restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos (STC Exp. N° 1968-2006-AA, f.j.8).
- El Tribunal Constitucional considera nula la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador. Cuando se produce con violación de derechos fundamentales de la persona; siendo la reposición la finalidad restitutoria del derecho lesionado (STC Exp. N° 08086-2005-AA, f.j.6).
- La indemnización es uno de los modos mediante el cual el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y por ello no es inconstitucional, sin embargo por optar por ello en la vía ordinaria laboral, no procederá demanda de amparo puesto que solo se podrá acudir o a la vía ordinaria laboral

o al proceso de amparo para proteger el derecho invocado, esto con la finalidad de evitar pronunciamientos divergentes o contradictorios, de conformidad con el inciso 3 de artículo 5 del Código Procesal Constitucional (STC Exp. N° 09272-2005-AA, f.j.4).

4.17. Indemnización o reposición como mecanismo de protección frente al despido arbitrario.

Como ya se ha indicado al momento de efectuar el análisis del artículo 27° de la Constitución Política de 1993, es el legislador quien tiene que establecer el mecanismo adecuado de protección de los trabajadores frente al despido arbitrario. (Cuba Velaochaga, 2017, p. 94).

De acuerdo a lo señalado en el debate respecto al modo de protección adecuado que debía plasmarse en la ley, existían dos posibilidades: o bien se continuaba con el modelo de estabilidad absoluta, ya que la Constitución no impedía que continuara al delegar al legislador la potestad de establecer el modo de protección adecuada frente al despido arbitrario, siendo que podría haber sido este es el modo de protección, o se establecía el modelo de estabilidad absoluta, permitiendo el despido arbitrario siempre y cuando se indemnice al trabajador. Lo cierto es que el legislador opto por el modelo de protección basado en la estabilidad relativa en el cual se plasmó en el segundo párrafo del artículo 34° del Decreto Legislativo, el mismo que señala lo siguiente:

(...) si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización establecida en el 38°, como única reparación por el daño sufrido (...) (Legislación y jurisprudencia laboral, 2002, p. 104).

Es clara la norma al señalar expresamente que la única forma de reparación frente al despido arbitrario es la indemnización, es decir, el trabajador igual se queda sin empleo y la única ayuda que podría percibir frente a esta situación, es una indemnización que el artículo 38° del mismo cuerpo normativo, fija en una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones. Pero siempre que se haya superado el periodo de prueba.

Entonces debemos decir que la Ley ha reemplazado la tutela restitutoria proveniente de la Constitución de 1979, por la tutela resarcitoria lo que desde un punto de vista conceptual significa romper la conexión lógica - jurídica entre ilegitimidad – ineficacia del despido y admitir que el despido ilegítimo es eficaz y solo concede derecho a una compensación económica.

A decir de Blancas Bustamante la legislación peruana ha retrocedido a la figura del despido pagado; es decir, aquella que otorga al empleador un poder limitado, para despedir (1995, p. 136).

Aunque a decir nuestro este poder no lo consideramos limitado, ya que en definitiva el empleador igual podrá lograr su cometido que es despedir al trabajador, solamente teniendo que abonar la respectiva

indemnización. En otras palabras, el acto ilegal despido se podrá convertir en una deuda del empleador para con el trabajador, pero de ninguna manera podrá convertirse en la obligación de emplear nuevamente a dicho trabajador, por tanto, este ejercicio de poder del empleador que le permite prescindir de los servicios de un trabajador en su ejercicio puede convertirse en ilimitado. Máxime, si esta indemnización podría incluso aproximarse a la figura de despido libre de cargas y sin consecuencias económicas, lo cual dependerá del monto indemnizatorio que deberá pagarse al trabajador (Blancas Bustamante, 1995, p. 137).

4.18. El despido arbitrario en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Para tratar el tema de despido arbitrario en el ámbito legal es imprescindible abordar todos los aspectos vinculados a este acto que vulneran el derecho constitucional al trabajo, que inclusive afecta a otros derechos y entorno personal y familiar.

En el marco normativo referente al despido arbitrario, encontramos al Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral 27/03/1997, el cual regula el derecho de protección contra el despido, siendo en este caso la modalidad del despido arbitrario. Debemos abordar el tratamiento que el referido ordenamiento normativo establece sobre el

despido y el despido arbitrario, en los aspectos siguientes: (Cuba Velaochaga, 2017, p. 96)

- En los artículos 22 y 23 establece que el despido es una decisión unilateral del empleador en virtud de la cual se da por resuelto o extinguido el vínculo laboral.
- En el mismo artículo 22 y 23 se señala que el despido será justificado cuando existe alguna causa contemplada en la ley relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador.
- La norma contempla condiciones para que el despido realizado por el empleador tenga un motivo justificado, estando normados en los artículos 29 y 30, no teniendo la posibilidad el empleador de despedir sin una causa prevista en la Ley que fundamente el despido.
- La norma en el artículo 22, contempla la protección que el trabajador que labora 1, labora 4 o más horas diarias, frente a un acto de despido arbitrario por parte del empleador, teniendo como requisitos previos que el trabajador haya superado el periodo de prueba de tres meses, 6 meses y 1 año respectivamente.
- Con respecto a la reparación del trabajador que haya sido objeto del despido arbitrario el artículo 39 establece que el trabajador tiene derecho a una indemnización como única reparación por el daño sufrido. También está habilitado de interponer demanda de forma

paralela para el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente de pago.

- El marco legal en los artículos 38 y 76 también regula lo concerniente a los trabajadores permanentes, precisando que la indemnización por despido arbitrario tiene que equivaler a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones.
- El artículo 36, fijó el plazo de 30 días naturales desde que se produjo el despido, para accionar judicialmente en el caso de nulidad de despido y despido arbitrario
- En caso que el trabajador ha sido despedido, el artículo 37, establece que el empleador no puede alegar, deducir o presumir, debiendo probar los hechos materia del despido.

Por otro lado; debemos dar a conocer cuáles son las causas justas de despido de un trabajador, las cuales están precisadas en el artículo 23° y 24° del del Decreto Legislativo N° 728 Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 27/03/97; cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 23°.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevinida, determinante para el desempeño de sus tareas;

- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Artículo 24º.- Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador.

De igual manera, es de suma importancia dar a conocer cuáles son las faltas graves o causales que hacen irrazonable la subsistencia una relación laboral definiendo para ello lo que es una falta grave:

Artículo 25º.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:

- a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la

reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.

La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta;

- b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa;
- c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor;

- d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal;
- e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo;
- f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente;

- g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de ésta;
- h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un periodo de treinta días calendario o más de quince días en un periodo de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.

4.19. El despido arbitrario en el Derecho Comparado.

4.19.1. Derecho Español.

En el artículo 49.1.k del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995 del 24 de marzo de 1995, en adelante el TRET, se establece como una de las causales de extinción del contrato de trabajo al despido. La norma establece lo siguiente:

“Extinción del contrato- 1 El contrato de trabajo se extinguirá:

(...)

K) Por despido del trabajador. (Estatuto de los trabajadores, 2002, pp. 74-75)

Por despido se entiende a la decisión empresarial de poner fin a l contrato de trabajo. Se trata de un acto unilateral del empresario en la medida en que la decisión de extinguir el contrato de trabajo deriva de la voluntad del mismo. Si bien se constituye como una decisión unilateral del empresario, en el derecho español no existe el denominado despido libre, que no es otra cosa que el denominado despido incausado; todo despido debe encontrarse justificado por la ocurrencia de alguna causa prevista en la ley. Sin embargo, puede asimilarse al despido libre, el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba o en determinadas relaciones laborales (García Fernández, 1999, p. 383).

El Estatuto de los Trabajadores. Ley 8/1980 del 10 de marzo de 1980, estableció como causa de extinción del contrato el despido y solo se utilizaba este término, para el despido disciplinario, por lo que se entendía que despido equivalía a extinción por incumplimiento del trabajador. Ahora bien la jurisprudencia ha reiterado que el termino despido es un género que identifica toda extinción por voluntad del empresario, por lo que existen diversas especies de despido, como son el incumplimiento del trabajador (despido disciplinario), por fuerza mayor, por causas objetivas, por causas económicas,

técnicas organizativas y de producción (despido colectivo) , el desistimiento por periodo de prueba e incluso cualquier tipo de extinción producida por voluntad del empresario, cuando la causa aducida por el mismo, no sea válida. (García Fernández, 1999, pp. 385-386)

Vemos pues que, en principio, en la legislación española no existe la figura del despido arbitrario, ya que toda extinción del contrato de trabajo basada en el despido del trabajador debe fundamentarse en alguna causal prevista. De ningún modo es posible el despido como la doctrina española denomina como “libre”.

4.19.1.1. Paralelo entre el despido arbitrario en el Perú y en España.

Comparando el tratamiento que se da en el Perú frente al despido arbitrario y en España podemos concluir lo siguiente:

- En ambos países en principio el despido debe hacerse por causas establecidas en la legislación.
- En el Perú, como ya se ha manifestado en su oportunidad, ante el despido efectuado sin causa alguna, si el trabajador interpone una acción de amparo por su violación de su derecho al trabajo, procede la readmisión en el empleo. En España, si se produce un despido sin causa justa, o si este no cumple con los

requisitos legales; si el trabajador presenta su reclamación judicial para la calificación de su despido, y esta es declarada improcedente, el empleador podrá a potestad de él, readmitirlo a su empleo o abonarle una indemnización. En el Perú, la indemnización solo procede si el trabajador decide aceptarla ante el despido o bien la reclama judicialmente mediante un proceso en la vía ordinaria.

- En España, si se declara la improcedencia del despido y el empleador opta por pagar la indemnización, siempre que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos por la Seguridad Social, tendrá derecho a la prestación por desempleo.
- En ambos países, los dirigentes sindicales están protegidos por la estabilidad absoluta.

4.19.2. Derecho Francés.

En el Derecho Francés se reconoce el derecho a la estabilidad laboral relativa a partir de los dos años de antigüedad ininterrumpida para un mismo empleador. Es decir, que luego de dos años de trabajo un trabajador despedido, en forma arbitraria, tendrá derecho a una indemnización. Se entiende entonces que existe un régimen de estabilidad laboral relativa, con la particularidad de que el trabajador deba haber

laborado al menos durante dos años con el mismo empleador. Si el despido se produce antes del periodo indicado, el trabajador no tendrá derecho a una indemnización, lo cual supone para este trabajador un régimen de inestabilidad absoluta.

4.19.3. Derecho Alemán.

En primer término, la forma de despido puede quedar sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones jurídicas.

En segundo lugar, la eficacia del despido puede quedar supeditada al cumplimiento de determinados plazos. De esta manera se ofrece al trabajador la posibilidad de adaptarse a su nueva situación y de buscar un puesto de trabajo.

En tercer lugar, se pueden limitar las causas de despido e imponer al empresario la obligación de pagar una indemnización, si no se atiende a una limitación. El despido se tiene que basar en motivo justo, si no existe dicho motivo se adquiere de modo automático el derecho al cobro de una indemnización.

Finalmente, existe una protección frente al despido que no solo puede restringir las causas de despido, sino que prevé que la posibilidad que el interesado continúe trabajando en la misma empresa si es despedido ilícitamente.

El Estado está encargado de velar por el cumplimiento de

la legislación referente a la reposición frente al despido.
(Daubler, 1990, pp. 665-666)

Debe tenerse presente que la legislación alemana, en principio solo prevé el control judicial a posteriori a iniciativa del trabajador afectado.

4.19.4. Derecho Boliviano.

En el artículo 157 de la Constitución Política de Bolivia de 1967 se propone como una aspiración del Estado crear condiciones que garanticen para todas posibilidades de ocupación laboral, estabilidad en el trabajo y remuneración justa. Es pues un derecho a futuro y no como una garantía u obligación para el Estado boliviano.

4.19.5. Derecho Argentino.

En la Argentina, solo se reconoce constitucionalmente la estabilidad del empleado público y para el empleado privado establece una indemnización como protección frente al despido arbitrario, por eso se dice que este país reconoce una estabilidad relativa mixta, es decir, la absoluta y la relativa.

4.19.6. Derecho Brasileño.

La Constitución de este país, reconoce la estabilidad relativa, estableciendo una compensación obligatoria en caso de despido arbitrario, así como otros derechos como el seguro de

desempleo.

4.19.7. Derecho Venezolano.

En este país se ha establecido constitucionalmente la estabilidad absoluta, declarando nulo y no arbitrario el despido fundado en causa que contradiga la Constitución. Establece el trabajo como un derecho y como un deber extendiendo su protección a los trabajadores no dependientes.

4.20. Las normas supranacionales protectoras del derecho al trabajo.

4.20.1. El Convenio 158 de la OIT.

El citado convenio establece en su artículo 4 lo siguiente:

Artículo 4.- No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta, o bien basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

A su vez el artículo 8 de dicho Convenio de la OIT, reconoce el derecho del trabajador que considere injustificado su despido, a recurrir ante un órgano neutral para impugnar la decisión patronal y obtener una reparación. Esta última puede constituir la anulación del despido o la readmisión del trabajador en la empresa; o alternativamente, si la primera medida no es posible o aconsejable, en el pago de una

indemnización o alguna medida similar.

Como puede apreciarse el Convenio 158 de la OIT, recoge las ideas básicas del derecho a la estabilidad laboral, al exigir la existencia de una causa justificada para que el despido sea válido. Y a su vez, contempla la posibilidad de la aplicación de medidas reparadoras efectivas en caso que el despido se produzca sin causa alguna.

4.20.2. El Pacto Internacional de los derechos económicos sociales y culturales, en material laboral.

Este tratado internacional, busca que los Estados garanticen el derecho al trabajo de los individuos. Entendiendo entonces que el derecho al trabajo comprende el derecho al acceso y a la conservación del empleo, debe concluirse que este instrumento internacional no alienta mecanismos que propicien el desempleo, como es el caso del despido arbitrario, máxime si se tiene en cuenta que la norma citada propone dentro de las medidas destinada a garantizar el derecho al trabajo, la ocupación plena, que supone que todo sujeto de una sociedad, debe poseer un empleo con las garantías que le aseguren una permanencia en dicho empleo.

4.20.3. El Protocolo de San Salvador.

Este protocolo reconoce el derecho al trabajo, reconociendo la estabilidad relativa de sus empleados. Empero

señala que, en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión.

CAPÍTULO V

RAZONES JURÍDICAS PARA LA DEROGACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA

5.1. Respeto a la Dignidad y Derecho al trabajo.

En atención a lo desarrollado precedentemente en la presente investigación, se ha llegado a identificar que gracias a la etapa evolutiva histórica de la dignidad de la persona, introducida como un principio de contenido inmutable y por ende supremo, que bajo una impregnación *neoiusnaturalita* que adoptó el derecho, llegó a complementar y fortalecer el carácter positivo que lo caracterizaba; frente a ello se ha logrado otorgar otra visión al concepto de los derechos del hombre, integrando en su fundamento un valor supremo de éste, ubicándolo en una posición central y como fin supremo dentro de todo estado democrático de derecho y por el cual se forja la razón de ser y función del poder político, estando obligado para ello en adoptar los medios necesarios para garantizar su protección frente a las posibles amenazas que pretendan

transgredirla, por las manifestaciones de los poderes públicos y privados, desde su eficacia vertical y horizontal.

En esta línea, podemos afirmar que estamos ante un principio supremo que encuentra su fundamento en el simple hecho de ser humano y por ello merecedor de respeto de los derechos intrínsecos que se le ha reconocido a nivel constitucional y supraconstitucional, los mismos que están destinados a garantizar su vida digna dentro de la sociedad y con ello el reconocimiento de su carácter subjetivo que pretende reconocer el ejercicio de sus derechos en libertad; en ese sentido, uno de estos derechos es su libre autodeterminación que le atribuye la posibilidad de poder desarrollarse humanamente dentro de una sociedad, para mejorar su vida y bienestar y de quienes dependen de él, que le permitan alcanzar una vida digna, bajo el ejercicio de su libertad.

En ese sentido, al hablar de la autodeterminación de la persona, se hace alusión a una finalidad de realización personal en busca de un bienestar individual, el mismo que para alcanzarlo en la vida práctica se manifiesta a través del trabajo; ello se puede entender de una simple interpretación del artículo 22° de la Constitución, bajo el texto, “el trabajo es un deber y un derecho. Es base de bienestar social y un medio de realización de la persona”, de ello, el mismo que reconoce implícitamente la libertad y la libre autodeterminación, estableciéndose como la guía para entender las condiciones que el trabajo debe tener para los trabajadores: protección a su vida, salud, ingresos, no discriminación, etc.

En ese sentido, el carácter subjetivo, surge como la facultad que se le reconoce a su titular para que, haciendo uso de su libertad, pueda exigir el respeto

de sus derechos, por ello debe tenerse en cuenta que esta finalidad de bienestar individual deberá redundar en el “bienestar común” y el “interés general” de toda sociedad, en el entendido de que el bienestar individual contribuye al bienestar general que lleva a la construcción y desarrollo de una comunidad, dado que este carácter subjetivo no puede ser ejercido de manera indiscriminada, desconociendo u atropellando los derechos de otro, pues los derechos fundamentales son recíprocos y proporcionales para todos los individuos de una sociedad, para ello el ejercicio de los mismos deberá realizarse bajo estándares de tolerancia y sin perjudicar los derechos de otro.

Este carácter subjetivo de la dignidad encuentra su reconocimiento en los derechos humanos, pero no bajo un criterio de conocimiento o de interpretación de la norma, sino como principal elemento intrínseco de todo ser humano. En ese sentido, el reconocimiento de la dignidad implica reconocer los derechos laborales del trabajador para que en el ejercicio de la prestación de servicio dentro de la empresa se realice respetando la dignidad de los trabajadores, por ello se deberán adoptar las condiciones laborales de manera que se ajusten al respeto de estos derechos.

En ese sentido, el legislador ha sido consciente de la diferencia de posiciones que existe en la relación laboral, por ello se han adoptado mecanismos capaces de equiparar esta situación del trabajador frente al poder empresarial, tal es el caso del carácter tuitivo del derecho al trabajo destinado a proteger a la parte débil de la relación laboral, el reconocimiento de la estabilidad laboral y el principio de continuidad destinados a reconocerle su permanencia en el centro de trabajo, la protección contra el despido arbitrario, entre otros conceptos que han

llegado adquirir la calidad de principios y establecerse como directrices claves destinadas a otorgar al trabajador mayores derechos que permitan superar de alguna manera la relación asimétrica existente; pues el empleador por el poder económico que lo caracteriza, lo ubica en una posición superior.

En base a ello, la regulación legislativa de carácter ordinaria deberá ajustarse a los nuevos paradigmas institucionales que encausaran su regulación dentro del campo fáctico y jurídico, es decir garantizando y protegiendo en la mayor medida posible los derechos laborales específicos e inespecíficos del trabajador, y con ello además el ejercicio subjetivo frente al estado y la sociedad. Todo ello redundado en el contenido de dignidad.

Sin embargo, “(...) desafortunadamente no todas las medidas implementadas por los Estados (...) garantizan una vida digna a los trabajadores, hay algunas medidas que constituyen únicamente paliativos o soluciones temporales a los problemas actuales (...) (Mendizábal Bermúdez & Jiménez López, 2012, p. 191)”; tal es el caso de la figura del Periodo de Prueba, que como tal, su existencia enerva el mínimo de protección que debe existir propiamente en la relación laboral, dado que de cierta manera aquellos principios que se establecieron en un primer momento como mecanismos para garantizar el mínimo de protección del trabajador no llegan a tener plena efectividad dentro de esta figura, pese a que por regla general al estar presentes los tres elementos esenciales de una relación laboral desde el primer mes: remuneración, subordinación y prestación personal del servicio, el trabajador debería adquirir estabilidad laboral, sin embargo se le niega este derecho, en comparación a sus compañeros que ya adquirieron estabilidad, configurándose como hechos contrarios al principio de

igualdad de oportunidades, establecido en el inciso 1 del artículo 26° de la Constitución; asimismo, existe una libertad de desistimiento contractual de manera discrecional y sin justificación objetiva; situaciones que limitan la plena efectividad del artículo 22° de la Constitución.

Esto se debe por la razón de que el legislador se ha inclinado por adoptar una ficción jurídica bajo un criterio muy positivista y/o idealista de esta figura que bajo la finalidad de experimentación de la relación laboral para el conocimiento recíproco de las partes, no se toma en cuenta la situación vulnerable en la que se encuentra el trabajador, donde la finalidad de dicha institución llega a ser distorsionada en el contexto práctico, desconociéndose su verdadera finalidad en pro de intereses netamente económicos del empleador, quien buscará siempre la reducción de costos laborales. En este sentido, si bien como lo precisó en un inicio Rodríguez Piñero, la buena fe debe estar presente en el ejercicio del poder empresarial destinada a proteger los derechos fundamentales del trabajador, o al menos previniendo su menoscabo (2003, p. 11), dicha postura no se presenta tal cual ha sido expuesta, dado que propiamente dentro del Periodo de Prueba suele ser utilizado como un mecanismo destinado a evadir obligaciones laborales por parte del empleador, esto en razón a que en la práctica el empresario no precisamente perseguirá una conducta deontológica y propia de los deberes morales.

Por ello podemos afirmar que dicha figura enerva el mínimo de protección que debe existir en favor del trabajador, pues solamente resulta ser una figura beneficiosa para el empleador. Por ello, se establece como una figura que llega a quebrantar el contenido esencial del derecho al trabajo, en su manifestación de

acceso y conservación del empleo, el mismo que ha llegado establecerse como un derecho de contenido pétreo e inalterable.

Finalmente, en esta línea de ideas, en el tema que nos ocupa, nótese que el derecho al trabajo se ha establecido como un derecho de carácter irrenunciable, en virtud del cual surge su posición tuitiva en favor del trabajador a partir del cual, como se ha precisado, han surgido aquellos derechos y principios con la finalidad de concretizar su finalidad protectora Constitucional. Pese a ello, el artículo 10° del Texto Único Ordenado Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR parece no seguir esa orientación protectora del derecho al trabajo, ya que los principios fundamentales como estabilidad laboral, protección contra el despido arbitrario, entre otros no tienen vigencia dentro del periodo de prueba, situación que como se ha precisado desconoce la verdadera finalidad del derecho al trabajo; y por ende transgrede los derechos laborales específicos e inespecíficos del trabajador.

5.1.1. Respeto de la aplicación del Test de Proporcionalidad.

Respecto al Test de Proporcionalidad, queremos precisar que no solo es aplicable para resolver un proceso judicial; es decir, al momento de valorar cuando hay colisión de derechos fundamentales, sino también es tomado en cuenta para la dación de leyes; en este caso, verificando la existencia de medios necesarios adoptados por el legislador para intervenir en un derecho fundamental y alcanzar un fin determinado (STC N° 579-2008-PA/TC, fj. 25), en este caso justificar la existencia del Periodo de Prueba objeto de estudio de la presente investigación.

Descrita la precisión en el párrafo precedente, desde la aplicación del test de proporcionalidad, tampoco encontramos un fundamento claro y suficiente que justifique su existencia, pues ni el Texto Único de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR ni la exposición de motivos de dicha ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 05-95-TR desarrollan un concepto claro que justifique su existencia.

Esta regulación tan superficial y limitada, no llega a justificar por completo la existencia del Periodo de Prueba más allá de la experimentación, por ello imposibilita poder subsumirlos en los sub principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, en el entendido de que solamente podrá restringirse parcialmente un derecho fundamental frente a otro como mayor relevancia. Asimismo, para poder determinar la supremacía de uno sobre del otro, se deberá también interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que se sea parte el estado, ya que el no hacerlo implicaría desconocer los valores y principios que dan sentido a la función del estado y la unidad del ordenamiento jurídico y político. Asimismo, si analizamos el contexto desde la visión conflictivista de los derechos fundamentales, el derecho del trabajador se ubica en la lista de los derechos de primera generación y el poder empresarial se ubica como un derecho de carácter social y económico como derecho de segunda generación, ubicándose el primero como derecho de mayor trascendencia; en ese sentido bajo esta corriente tampoco

encontramos razones totalmente sólidas que justifique su validez por encima de los derechos del trabajador.

5.1.2. Respeto de la Fuerza Normativa de la Constitución.

Por regla general la Constitución Política del Estado, es la norma que cimienta todo ordenamiento jurídico que contiene las declaraciones de los derechos, la organización del estado, el establecimiento de la función del estado y del cual se desprenden la diversas disciplinas jurídicas como por ejemplo el derecho civil, penal, administrativo y para el caso materia de estudio en materia laboral; es decir, el derecho del trabajo, el cual reviste una importancia muy elevada a la cotidiana respecto de otras ramas. Pues se trata de una rama del derecho que a diferencia de otras se distingue en cuanto a su regulación, tratamiento legislativo, asimismo; en cuanto a técnica, explicamos que la tarea de legislar en materia laboral no simplemente es una mera y simple practica que se relativiza a delegar al legislador la regulación material o sustantiva de diversas instituciones jurídicas, ofreciendo pautas sencillas de manera genérica. Por el contrario, el derecho laboral es un área más delicada y susceptible en cuanto a su régimen legislativo ya que el ordenamiento laboral no posee una postura ínfima y conformista en su diseño. Ello implica que las instituciones jurídico-laborales se encuentran ineludiblemente vinculadas por su tratamiento constitucional; en consecuencia, el derecho del trabajo desarrollado a nivel legislativo; es decir, de manera ordinaria, nunca puede estar en contradicción con lo prescrito a nivel constitucional e inclusive supranacional.

Es necesario; precisar que la regulación de las normas jurídicas constitucionales en materia laboral se han desarrollado dentro de un contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, lo cual implica una forma o modalidad de organización del Estado y como hemos precisado con anterioridad esto se encuentra regulado en el artículo 43° de la Constitución Política del Estado ubicado en el Capítulo I sobre el Estado y la Nación, siendo la finalidad del mismo dar atención prioritaria, trascendental a los ámbitos o situaciones de inequidad, inseguridad, injusticia, originados y que se encuentran latentes en una determinada sociedad. Ahora bien, trasladándolo al ámbito laboral, lo que se busca es el reconocimiento, respeto, promoción y vigencia de los derechos laborales específicos que están establecidos o enumerados desde del artículo 22° al artículo 29° de la Constitución Política del Estado, de igual manera sucede con los derechos inespecíficos; es decir, la mencionada aplicación de la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales.

Asimismo, cabe precisar que por la presencia del carácter tuitivo, implica un grado de intervención estatal en cuanto a la dación de normas que desarrollen las prescripciones o lineamientos adecuados para que las personas puedan trabajar y desarrollarse en la sociedad; es decir, aplicar la promoción y eficacia de las condiciones mínimas de trabajo sin dejar desprovisto de mecanismos de protección a la parte débil de la relación laboral; más aún, evitar la injerencia del abuso del derecho dotando de herramientas y salidas maquilladas de legalidad a la parte patronal para culminar o extinguir la relación laboral; es decir, en la relación laboral lo

que se pretende es evitar facilitar, atribuirle al empleador mecanismos de salida, evasión de obligaciones socio laborales; en consecuencia, limitar la autonomía de voluntad de este último. Debemos tener siempre presente que un contrato de trabajo los trabajadores ejercen sus derechos constitucionales según lo prescrito en el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución Política cuyo enunciado literal prescribe “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Bajo ese contexto podemos determinar que el derecho al trabajo es un derecho esencial que no puede ser desconocido o parcializado respecto de su efectividad por normas de rango inferior, tal y como sucede con el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues el admitirlo implicaría aminorar todo aquel progreso evolutivo histórico que ha permitido equiparar el grado de vulnerabilidad en el que se encontraba el trabajador frente a la fuerza empresarial, el mismo que ha sido el resultado de luchas colectivas y no individualizadas reconocido como un derecho social que ha permitido atribuirle un significado supremo bajo el fundamento de la dignidad de la persona que de ninguna manera puede ser desconocido por los estados democráticos constitucionales, pues el admitirlo atentaría además contra un principio fundamental del derecho, el principio de progresividad que obliga al estado garantizar la plena efectividad de los derechos de carácter social, económico y cultural, todo ello en la búsqueda de satisfacción del interés general de una sociedad.

5.2. Respeto del Contrato de Trabajo.

El contrato de trabajo bajo su contenido conceptual se ha llegado a determinar que es aquel acto por el cual el trabajador se compromete a prestar sus servicios en favor del empleador y este último se compromete a pagar una remuneración en base al trabajo realizado, existiendo una marcada diferencia respecto del empleador, pues éste al ostentar el poder direccional dentro de una relación laboral hace efectiva la subordinación al cual está sujeta el trabajador. Asimismo, a nivel de legislación ordinaria como es el caso del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se puede identificar al Contrato de Trabajo en el artículo 4°, el cual establece: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)”. Del artículo citado podemos inferir que los elementos del contrato de trabajo son prestación personal de servicios, remuneración y subordinación; tales elementos permiten la configuración de una relación laboral. Complementando ello, no necesariamente la celebración de un contrato de trabajo siempre será el que dé inicio a una relación laboral a plazo indeterminado, en efecto remitiéndonos al Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, existe una evidente barrera conocida como el Periodo de Prueba, el cual es aplicado a todo trabajador que pretende acceder y conservar un determinado empleo.

Para reforzar bajo esta línea de ideas, hemos considerado necesario adherirnos a la postura desarrollada por Nestor de Buen Lozano quien considera que propiamente en el denominado contrato de trabajo, el elemento de la libre

voluntad del trabajador no se ejerce de manera libre, dado que el trabajador acude a la suscripción del contrato de trabajo por encontrarse en un estado de necesidad, por lo que nos encontraríamos ante “(...) actos jurídicos necesarios donde el sujeto llega a su realización absolutamente impulsado por la urgencia de colmar, por ese medio un apremio material (...)” (De Buen Lozano, 2005, p. 533).

Bajo este contexto, al verse viciada la libre voluntad del trabajador para la presencia del contrato de trabajo, el elemento “consensual” se vería distorsionado dado que ya no estaríamos frente a un consentimiento libre por parte del trabajador, sino un consentimiento obligado por un estado de necesidad; donde muchas veces deberá aceptar contraprestaciones desproporcionadas, es decir remuneraciones no equivalentes a las labores realizadas o incluso en el peor de los casos ausentes de beneficios sociales que por ley le corresponden o sin las adecuadas medidas de seguridad en el caso de actividades laborales riesgosas o bajo jornadas de trabajo excesivas; desconociéndose por ende aquellos principios que caracterizan al derecho del trabajo.

Por ende, coincidimos con el autor en el extremo que considerar al “contrato de trabajo” como tal, no resultaría adecuado dado que no se verían reflejados los elementos que caracterizan al “contrato” desde un sentido genérico, respecto de la libre manifestación de voluntad. Ante ello la mejor denominación que se le ajusta es el denominado “pacto de trabajo”; sin embargo, tomando en cuenta el desarrollo y el uso como tal que este ha tenido de manera legislativa y doctrinaria, imposibilita poder introducir el denominado “pacto de trabajo” al contexto propio del derecho laboral.

Por otro lado, el contrato de trabajo como tal, dentro de su concepción no integra la figura del Periodo de Prueba, pues el aceptarlo implicaría desconocer el carácter de “tracto sucesivo” que supone la continuidad de las labores desarrolladas por el trabajador en el tiempo, vinculado al carácter permanente de la relación laboral, al principio de continuidad como manifestación del principio de la estabilidad laboral; por ello, aceptar esta figura como parte del contrato de trabajo llegaría a desnaturalizar su esencia y propiamente sus características, no pudiéndose denominarlo “contrato de trabajo” sino otra figura que se ajuste y justifique la existencia del Periodo de Prueba dentro de la relación laboral y propiamente el acto que la origina.

Asimismo, tomando en cuenta que el Periodo de Prueba es una figura regulada o impuesta de manera obligatoria por ley el cual se establece al inicio de una relación laboral, debemos hacer la siguiente observación que como tal no se ajusta a la consensualidad del contrato de trabajo; pues si en este se da prioridad al común acuerdo de las partes de llegar a consolidarlo debería ocurrir lo mismo con el Periodo de Prueba; por ende, esta fase inicial de la relación laboral se encuentra viciada la voluntad del trabajador, lesionando su contenido como tal, al desconocer aquellos derechos y obligaciones que surgen desde su suscripción por las partes de la relación laboral; otorgando un grado de vulnerabilidad al trabajador, contrario a lo finalidad protectora y función equiparativa de la relación laboral respecto de los derechos y obligaciones que otorga.

5.3. Respecto al Periodo de Prueba.

El Periodo de Prueba lo encontramos regulado en el artículo 10° del TUO Decreto Legislativo N° 728, de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, el que establece que:

El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

Del dispositivo legal antes descrito, podemos identificar que solamente en la figura del Periodo de Prueba se establece el plazo de duración, limitándose a establecer que tendrá una duración de tres meses a cuyo término el trabajador recién alcanza derecho de protección contra el despido arbitrario, prescindiendo de una definición clara y objetiva que dé cuenta de las razones mínimas de su existencia y/o funcionalidad en la práctica de la relación laboral; por el contrario, la ley ha dotado de una prerrogativa abierta y desmedida, inclusive con una injerencia evasiva para el empleador para desconocer y/o lesionar derechos fundamentales del trabajador sin justificar razón alguna.

Ahora es menester dar a conocer cuáles son las ventajas y desventajas de esta figura respecto de las partes de la relación laboral.

5.3.1. Ventajas del Empleador.

- Cuenta con la potestad de extinguir el vínculo laboral de manera unilateral, sin necesidad de alegar causa alguna, vulnerando el contenido esencial del derecho al trabajo, respecto al acceso y conservación del empleo.
- Omitir el procedimiento regular de despido previsto en la legislación laboral.
- Poder reducir costos laborales y desconocer la relación laboral desde su inicio.
- Constatar las aptitudes personales y profesionales del trabajador, asimismo habilidades y conocimientos que determinaran su permanencia en el puesto de trabajo; de igual manera, evaluar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asignadas dentro de la empresa.
- Utilizar el Periodo de Prueba argumentando aspectos negativos del trabajador, relacionados con su capacidad productiva o conducta, encubriendo verdaderamente aspectos netamente subjetivos (tales como exigencias de condiciones mínimas de trabajo, reconocimiento remunerativo por horas extras de trabajo, el ejercer derechos laborales como el de sindicalización, entre otros).

5.3.2. Ventajas del Trabajador.

- Exoneración del plazo en caso de renuncia o retiro voluntario de 30 días.
- No generar responsabilidades económicas y/o pecuniarias al desistirse de continuar con la relación laboral dentro del Periodo de Prueba.
- Conocer las condiciones remunerativas que le ofrece el empleador y determinar por su cuenta si resultan proporcionales frente a las labores que desarrollará; asimismo, conocer los ambientes donde desarrollará sus actividades y si estas cuentan con las condiciones mínimas de seguridad y/o comodidad que satisfagan sus expectativas.

Habiéndose identificado las ventajas del Periodo de Prueba para ambas partes de la relación laboral, podemos observar que el empleador es quien ostenta mayores beneficios para poder desistir de la relación laboral no precisamente basada su decisión en aspectos objetivos relacionados con la actividad laboral-empresarial, pudiendo tener como origen afectación de derechos fundamentales del trabajador; sin embargo, en el supuesto de que la decisión extintiva del contrato de trabajo se ejecute dentro de los parámetros legales atribuidos al empleador, este último aun cuenta con la facultad que le reconoce el literal b) del artículo 23° del TUO del decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, someterlo al procedimiento regular de despido justificado previsto en la legislación laboral; respecto de

su rendimiento deficiente y/o el rendimiento promedio en las labores realizadas, tal medida subsiste como la salida idónea y dentro de los límites legales que tiene el empleador para poner fin a la relación laboral una vez otorgada la estabilidad laboral al trabajador ordinario, es por ello, que resulta innecesario la regulación del periodo de prueba en nuestro ordenamiento jurídico laboral; en consecuencia, se debe prescindir de esta figura, dado que resulta inaceptable someter al trabajador a un segundo filtro para acceder a un determinado puesto laboral, ello reforzaría de más prerrogativas al que ostenta el poder económico y direccional (el patrono).

De igual manera, podemos afirmar que la figura del Periodo de Prueba en la práctica no siempre integra la buena fe por el lado empresarial, ya que suele en muchas ocasiones ser utilizada como un mecanismo para evadir obligaciones laborales por parte del empleador, que bajo la justificación de experimentar la relación laboral como principal finalidad llegar a transgredir indiscriminadamente derechos del trabajador; desconociéndose por lo tanto su verdadera finalidad dado que el empresario siempre va a buscar la satisfacción de sus intereses personales y económicos y no precisamente perseguir una conducta deontológica y propia de los deberes morales.

Asimismo, el inciso 1 del artículo 26° del mismo cuerpo normativo también se ve afectado; ya que en el Periodo de Prueba pese a que el trabajador ostenta los elementos primordiales de la relación laboral (prestación personal, subordinación y remuneración) al igual que sus compañeros de empresa, el legislador le niega el derecho a la permanencia

en el centro de labores y lo ubica en una situación vulnerable y ausente de protección de sus derechos. Ello exceptuando el elemento de experiencia que los diferencia, el mismo que será desarrollado oportunamente en las líneas siguientes, centrando esta discusión propiamente en la efectividad de derechos fundamentales y la fuerza normativa constitucional. En esta línea, Ermida Uriarte en su artículo “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación”, llega a concluir que, “la discriminación también hiere la dignidad de la persona humana” (2011, p. 22). En ese contexto, cuando se presenta la ilicitud del tratamiento diferenciado, será necesario probar la existencia de motivo justificante de la diferencia (2011, p. 22).

5.4. Respeto de la Estabilidad Laboral.

Se ha llegado a determinar que la Estabilidad Laboral es aquel destino a garantizar la permanencia del trabajador en el puesto laboral y con ello el medio necesario para que pueda ejercer sus derechos de manera efectiva dentro de la relación laboral; además de ello limita la facultad extintiva que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, teniendo la obligación de ajustar su decisión a las razones legales que establece el artículo 34° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Respecto de lo anterior, podemos identificar que es aquel principio destinado a otorgarle permanencia y seguridad jurídica al trabajador, siendo considerado como una manifestación del núcleo duro del derecho al trabajo, por ende, lo encontramos regulado de manera implícita en el artículo 22° de la

Constitución, de dicho articulado se extrae “el trabajo es un deber y un derecho (...)”, en esta línea de ideas se configura por dos aspectos: el acceso al empleo y la conservación del mismo, el primero referido al acceder a un empleo mediante un elemento de mérito a través de la participación en un concurso público, siguiendo su sentido específico y el segundo a la como un derecho de preceptividad inmediata bajo la exigencia de una causa justa para fundar el despido del trabajador.

Cabe precisar que la manifestación de la estabilidad laboral la encontramos en dos estadios diferentes, estabilidad de entrada y de salida; siendo esta última la que ha tenido una adecuada atención a nivel internacional por parte de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), en el Convenio N° 158 y la Recomendación N° 119 de la OIT, ambas dedicadas a tratar el aspecto sobre la terminación de la relación laboral por voluntad e iniciativa del empleador justificada bajo causas objetivas de capacidad o conducta respecto del funcionamiento y necesidades de la actividad empresarial.

Asimismo, hemos llegado a determinar que el tipo de estabilidad que impera a nivel nacional, es la de la “relativa impropia”, la misma que podemos identificar de la sola lectura e interpretación al artículo 27° de la Constitución que establece la adecuada protección al trabajador frente al despido arbitrario, conteniendo bajo ese contexto una reparación de carácter indemnizatorio y resarcitorio respecto del tipo de despido en el que nos encontremos; predominando la estabilidad absoluta únicamente para los casos de despido nulo.

Bajo esta línea de ideas, el deber de justificación resulta ser una cláusula ineludible para el empleador, sin embargo, tal exigencia no encuentra efectividad inmediata dentro de la figura del Periodo de Prueba por el solo capricho del legislador, en ese sentido, el elemento del acceso al empleo se ve mellado y condicionado frente a una figura que desconoce la función garantista de permanencia y pleno ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, sin mucho menos adecuar una justificación idónea que dé cuenta del mínimo de razones claras de su existencia; ante ello, se incardina como una figura atípica y contraria al contenido esencial del derecho al trabajo.

5.5. Respeto del Principio de Continuidad.

El principio de continuidad implica que un trabajador dentro de una relación laboral tenga permanencia en la modalidad prestacional personal de servicios respecto del empleador; ello se fundamenta, en que un contrato de trabajo suscrito entre los sujetos de la relación laboral no se puede agotar de manera inmediata, instantánea, celer, por el contrario, la prestación es prolongada. Para reforzar la idea es necesario dar a conocer que el contrato de trabajo se caracteriza por ser de tracto sucesivo, es decir, presupone la prolongación de la relación laboral, lo cual se vincula al principio de continuidad; puesto que, si un trabajador cuenta con la permanencia en un determinado puesto de trabajo-empresa obtendrá la tranquilidad y satisfacción necesaria de tener seguro el trabajo; claro está, que si el empleado no realiza su trabajo de manera eficiente está sujeto a un procedimiento de despido justificado. Sin embargo, al no configurarse ello obtendrá beneficios, reconocimientos producto de una continuidad en el trabajo, como, por ejemplo: mejoras salariales, beneficios

otorgados por ley, actos de liberalidad del empleador (bonos por productividad) etc. En tal sentido, la permanencia en el empleo es un precepto que otorga vitalidad a una relación laboral resultando indiscutible la protección contra el despido arbitrario y permanencia de los trabajadores.

Ahora bien, es importante dar a conocer que el principio de continuidad no solo es beneficioso para el trabajador, sino también para el empleador; puesto que, la realización de labores productivas por sus dependientes permite que estos realicen su trabajo con el conocimiento y experiencia adquirida por la continuidad en el centro laboral, en consecuencia elevando los índices de productividad de la empresa, lo que se verá reflejado a través de los ingresos económicos percibidos por el empleador.

Bajo esta línea de ideas, la figura del Periodo de Prueba constituye un límite para que opere de manera efectiva el principio de continuidad, pues al existir el periodo de prueba no se podría configurar un contrato de trabajo, porque se vería afectada por la no superación de tres meses de prueba, al no originarse el contrato de trabajo no se daría lugar a una relación laboral propiamente dicha; es decir, dotada de los tres elementos característicos prestación personal de servicios, subordinación y remuneración; en consecuencia, evitaría la configuración del derecho al trabajo en su contenido esencial; es por ello, que la **figura del periodo de prueba es cuestionada en cuanto a su aplicación porque es una figura contraria a la orientación normativa del derecho laboral.**

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Hemos llegado a determinar que nuestro objetivo general se ha llegado a contrastar identificando que la regulación como tal del Periodo de Prueba se ha establecido como una figura jurídica que limita el derecho a la libre autodeterminación de la persona para desarrollarse humanamente dentro de la sociedad, bajo esta línea, transgrede el contenido esencial del derecho al trabajo, respecto del acceso y conservación del empleo; y siendo la esencia del derecho al trabajo la dignidad del trabajador, afecta también a esta última, asimismo, desconoce la efectividad de su vocación tuitiva destinada a otorgarle una mayor protección de sus derechos laborales; asimismo, el derecho a la estabilidad laboral se encuentra condicionado a la superación del periodo de tres meses, negándosele este derecho a pesar de que los elementos necesarios para su concesión se encuentran presentes desde el primer mes de prestación de servicios; estableciéndose como una figura que no se adecua a las exigencias legales para la extinción del contrato de trabajo contrastándose como contraria al principio de continuidad laboral, pues desconoce la permanencia y/o prolongación de una relación laboral. Asimismo, siguiendo esta línea, es una figura que no se adecua al carácter voluntario y consensual del contrato de trabajo, dado que se impone por el mero capricho del legislador, reforzando el poder empresarial para otorgarle un poder discrecional donde podrá lesionar libremente derechos del trabajador, distorsionando con ello las principales características del contrato de trabajo.

SEGUNDA.- El Periodo de Prueba como tal no se adecua a la visión que adopta la constitución laboral, pues desconoce su fuerza normativa destinada a orientar la regulación ordinaria en miras a garantizar la plena efectividad de los derechos específicos e inespecíficos del trabajador; ni mucho menos desde el punto de vista del test de proporcionalidad existen razones válidas que den cuenta de su existencia y que

justifiquen los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad frente a la efectividad y reconocimiento de los derechos del trabajador suspendidos durante su vigencia.

TERCERA.- Respecto de nuestro primer objetivo específico hemos llegado a determinar que se cumple, dando a conocer que la naturaleza de la figura del Periodo de Prueba es una institución que por imperio de la ley se establece al inicio de toda relación laboral, no teniendo por ende una existencia individual y diferente del contrato de trabajo, por ende se resiste a cualquiera de las calificaciones atribuidas por las tesis monistas y dualistas que han pretendido equipararla con otras figuras jurídicas, con la particularidad de la no aplicación de las causas ordinarias para la extinción del contrato de trabajo y la efectividad del derecho para la conservación del empleo subsistiendo aquellos otros derechos que se deriven de la relación laboral tales como, derecho a la seguridad social, compensación por tiempo de servicios, cómputo para el derecho de vacaciones, gratificaciones, reconocimiento de horas extras, utilidades, entre otros; de allí que el empleado decida exonerarlo de alguno de ellos bajo el pretexto de la superación del Periodo de Prueba, conducta que sería ilegítima y por ende ilegal en contra del trabajador.

CUARTA. – Respecto al segundo objetivo específico planteado tenemos que, atendiendo al desarrollo conceptual realizado por la doctrina legal traída a colación en la presente investigación, los límites del empleador parten desde un deber normativo objetivo, bajo razones acordes al marco legal ordinario exigido para extinguir la relación laboral, procurando en lo mínimo posible no justificarse en razones que puedan lesionar derechos fundamentales del trabajador, pues el hacerlo implicaría un

desistimiento ilegal encubierto bajo un poder discrecional, convirtiéndole en abusivo y/o arbitrario.

QUINTA. – Hemos llegado a contrastar nuestro tercer objetivo específico, el cual ha conllevado a determinar que la naturaleza jurídica de la estabilidad laboral tiene sustento en que es el derecho que tiene toda persona de acceder a un puesto de trabajo y a conservar el mismo, ello implica una permanencia en el empleo como manifestación del derecho al trabajo; es decir, esta última potencia a la conservación de un determinado puesto de trabajo configurándose la garantía de la empleabilidad como base central del tantas veces mencionado derecho al trabajo. Así mismo, hemos identificado que el tipo de estabilidad laboral regulada en el Perú es la Estabilidad Relativa Impropia, y a que a nivel de derecho internacional solo se aborda la estabilidad de salida omitiendo ser tratada por la OIT la estabilidad de entrada.

RECOMENDACIONES

PRIMERA. - Siguiendo un punto de vista netamente académico consideramos que sería necesario realizar una investigación partiendo desde la visión del principio de progresividad, tomando en cuenta todo aquel desarrollo normativo y jurisprudencial que ha dotado de eficacia al derecho del trabajo, como garantista y protector de los derechos fundamentales del trabajador; tomándose en cuenta además el principio de irrenunciabilidad de derechos, aplicándolo a otros tipos de contratos, donde se pueda determinar la necesidad o no de su existencia.

SEGUNDA. Bajo esta misma línea académica, se propone desarrollar una investigación relacionada al derecho de sindicalización, negociación colectiva y huelga vs periodo de prueba del trabajador ordinario en el sector privado, dando lugar a que esta clase de trabajadores obtengan su estabilidad laboral desde el primer día de la relación laboral; en consecuencia, garantizar la eficacia de la libertad sindical, la convención colectiva y el derecho de huelga.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

- Abad Yupanqui, S. (2010). *Constitución y Procesos Constitucionales. Estudio introductorio, legislación, jurisprudencia e índices*. Cuarta edición. Lima: Palestra Editores.
- Aguilar Cuevas, M. (2006). *Las Tres Generaciones de los Derechos Humanos*. Recuperada de <http://www.cptrt.net/Documentos/LAS%20TRES%20GENERACIONES%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>
- Alegre Martínez, M. (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Madrid: Universidad de León.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (Trad., por E. Garzón). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid. CEC.
- Alexy, R. (2004). *Los Derechos Específicos e Inespecíficos Laborales: Análisis de Algunas Sentencias del Tribunal Constitucional*. Cortés Carcelén, J.C. (Ed.). Lima: Academia de la Magistratura.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de Derechos Constitucionales*. Burga Coronel, A.M. (Ed.). Lima: Gaceta Constitucional.
- Alonso García, M. (1975). *Cursos de derecho del trabajo*. (5° Ed.). España: Ariel.
- Alonso García, M. (1980). *Curso de Derecho del Trabajo*. (6ª ed.). Barcelona: Ariel.

- Alonso Olea, M. (1989). *Derecho del trabajo*. (11ª ed.). Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Alonso Olea, M. & Casas Baamonde, M. E. (2002). *Derecho del trabajo*. (20º ed.). Madrid: Civitas.
- Alonso Olea, M. (1990). *Las Fuentes del Derecho, en Especial del Derecho del Trabajo Según la Constitución*. (2ª ed.). Madrid: Editorial Civitas.
- Alonso Olea, M. & Casas Baamonde, M. (2009). *Derecho del Trabajo*. (26ª ed.). Madrid: Civitas.
- Ampuero De Fuertes, V. (2009). Discriminación e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. (571 – 754). *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. (2ª ed.). Lima: Grijley, Lima.
- Andagua Quispe, P. (2016). *La estabilidad laboral bajo el amparo del derecho a la libertad sindical*. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/54246332.pdf>
- Aparicio Aldana, R. K. (Abril, 2013). El periodo de prueba, la carga de la prueba y la tutela jurídica de los trabajadores. Análisis de la STC N° 02456-2012-PA/TC. *Dialogo con la jurisprudencia*, 175, 29 – 33.
- Arce Ortíz, E. (2006). *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. (2º ed.). Perú: ARA.
- Arce Ortíz, E. (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú*. (2º ed.). Lima: Palestra.

Asociación Internacional para la Seguridad Social. (2005). *La Justicia Social, la Protección Social y la Seguridad Social*, OIT. Recuperado de: <http://www.issa.int/esl/News.Events/News2/Social-justice-social-protection-and-social-security/%28lanuage%29/esl-ES>

Asquerino Lamparero, M.J. (2015). *El periodo de prueba en los contratos de trabajo*. (Tes. Para obtener el grado de doctor) Universidad de Sevilla, España. Recuperado en <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/34788/El%20per%C3%ADodo%20de%20prueba.pdf?sequence=1>

Arque Monzón, R. (2017). *Evolución del despido incausado en la jurisprudencia del tribunal constitucional 2002-2015*. Arque Monzón, R. (2017). *Evolución del despido incausado en la jurisprudencia del tribunal constitucional 2002-2015*. Recuperado de: http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/4238/Arque_Monzon_Rocio_Leonarda.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ballester Pastor, M. (1995). *El Periodo de Prueba*. Lo Blanch, T. (Ed.). Valencia: Colección Laboral.

Barbero, D. (1967). *Requisitos de eficacia del negocio jurídico. Sistema de Derecho Privado. Introducción. Parte Preliminar. Parte General*. (Trad., por S. Sentís Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Barnes, J. (septiembre, 1998). El Principio de Proporcionalidad Estudio Preliminar. *Cuaderno de Derecho Público*, 5, 15 – 49.

Barreiro González, G. (1996). *Notas sobre el nuevo régimen jurídico del periodo de prueba*. (3ª ed.). Madrid: Diario La Ley.

- Boza Pro, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bayón Chacón G (1965). *Contratos especiales de trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones e Intercambio.
- Bayón Chacón, G. & Pérez Botija, E. (1977). *Manual de Derecho del Trabajo*. (10^a ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Beltrán de Heredia Ruíz, I. (enero, 2013). Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del periodo de prueba. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 158, 2013, 199 – 218.
- Benda, E (1975). *Los Peligros de las Conferencias Sobre la Dignidad Humana*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Benchikh, M. (1999). *La dignidad de la persona humana en el derecho internacional*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Bidardt Campos, G. (1991). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Aestra.
- Blancas Bustamante, C. (1991). *El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo*. Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.
- Blancas Bustamante, C. (2006). *El despido en el derecho laboral peruano*. (2° ed.). Perú: Editorial ARA.
- Blancas Bustamante, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Perú: Fondo editorial PUCP.

- Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula del Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. 3ra. Ed. Lima: Jurista Editores.
- Blancas Bustamante, C. (noviembre, 2015). Estado actual de la estabilidad laboral. En *VI Congreso nacional de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 91-143). Lima: SPDTSS.
- Bronstein. A. (1990). *La protección frente al despido injustificado en América Latina*. Revista internacional del trabajo, volumen 109, N°2.
- Boza Pro, G. (2011). *Lecciones de derecho del trabajo*. Lima: PUCP.
- Burga Coronel, A. (diciembre, 2012). El Test de Ponderación o Proporcionalidad de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional*, 47, 253 – 267.
- Burdeau, G. (1972). *Las Libertades Públicas*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Bustamante Alarcón, R. (2011) “Breves apuntes sobre los derechos fundamentales”. Recuperado de http://www.bustamanteasociados.com/descargas/derechos_fundamentales.pdf.
- Cabanellas, G. (1979). *Tratado de Derecho Laboral*. Buenos Aires: El Grafito.
- Cabanellas de Torres, G. (2010). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires, Heliasta.

- Carrillo Calle, M. (2001). *La Estabilidad de Entrada y de Salida como expresiones del Principio de Continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: En Revista Latinoamericana de Derecho Social, Num. 12, enero – junio.
- Castillo Montoya, N. (abril, 2009). Funcionalidad del periodo de prueba en la relación laboral. *Soluciones laborales*, 16, 24-26.
- Chacalla Romero, W.J. (2015). *El fuero sindical y la protección de la estabilidad laboral del trabajador dentro del periodo de prueba*. (Tes. Para obtener el título de abogado) Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo. Recuperado en http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/606/1/CHACALLA_WENDY_FUERO_SINDICAL_LABORAL.pdf
- Chipoco Cáceda, C. (1981). “*La constitucionalización del Derecho del Trabajo en el Perú*”. Tesis para obtener el grado académico de Bachiller. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1577>
- Carpizo, Jorge (Ed.) (2017). *El despido arbitrario desarrollo doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Carrasco Mendoza, H. (diciembre, 2015). La indemnización por despido en el periodo de prueba. *Boletín n° 59, Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo*. Recuperado de http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_59/doc_boletin_59_1.pdf

- Cascajo Castro, J. (1988). *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid: CEC.
- Castillo Córdova, L. (enero, 2005). ¿Existen los Llamados Conflictos Entre Derechos Fundamentales?. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 12, 99 – 129.
- Cavazos Flores, B. (2004). *40 lecciones del derecho laboral*. Perú: Trillas.
- Cortés Carcelén, J. (2004). Los Derechos Inespecíficos Laborales: Análisis de Algunas Sentencias del Tribunal Constitucional. Estudios Sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional. *Academia de la Magistratura*, 48, p. 57 – 75.
- Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. (1999). *El Principio de Respeto por la Dignidad Humana*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Concha Valencia, C.R. (2014). *Análisis de la Estabilidad Laboral de los Trabajadores de Confianza Según el Tribunal Constitucional*. (Tes. Para obtener el grado de magister en derecho de la empresa con mención en gestión empresarial) Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Recuperado en <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5244>
- Cruz Villalón, J. (2013). *Compendio de Derecho del Trabajo*. (6ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Cuba Velaochaga, Luis. (2017). *El despido arbitrario, desarrollo doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Daulin, H. (1932). *La Transformación Constitucional*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.

- De Buen Lozano, N. (1997). Clases de Contrato de Trabajo. En *Instituciones del Derecho al Trabajo y la Seguridad Social* (pp. 315 – 328). México: Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- De Buen Lozano, N. (2005). Contrato de Trabajo: Un Nombre Controvertido. En *Derecho social. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados* (pp. 3 – 24). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- De las Casas de la Torre Ugarte, O. (octubre, 2008). El derecho del trabajador a la dignidad en el marco de la relación laboral. *Revista Laborem* 8, 207-230.
- De La Cueva, M. (1961). *Derecho Mexicano del Trabajo*. (6ª ed.). México: Porrúa.
- De la Cueva y De la Rosa, M. (1963). *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Porrúa.
- De la Cueva, M. (1970). *Derecho Mexicano del trabajo* (t. 1). Mexico D.F.: Editorial Porrúa.
- De La Cueva, M. (Ed.). (2011). *Teoría de la Relación de Trabajo*. Recuperado de <http://derecholaboral1urbe.blogspot.com/2011/05/teoria-de-la-relacion-de-trabajo.html>
- De Miguel Beriain, I. (Enero, 2005). La Dignidad Humana, Fundamento del Derecho. *Boletín de la Facultad de Derecho (UNED)*, 27, 132 – 870.
- De la Cueva, M. (1978). *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*. México: (T. I, 5º Ed). Madrid: Porrúa.
- De La Vega, P. (1987). *Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual*. México: UNAM.

- De Otto, I. (1998). *Derecho constitucional*. Barcelona: Ariel.
- De Val Tena, A. (1998). *Pacto de Prueba y Contrato de Trabajo, Colección de Estudios de Derecho Laboral*. Madrid: Civitas.
- De Val Tena, A. (1998). Nulidad del Periodo de Prueba Pactado en el Contrato de un Trabajador que Desempeñó Idénticas Funciones en la Empresa: También en el Supuesto de Hecho de Sucesión Empresarial. *Aranzadi Social*, 2, 28 – 31.
- De Vega, P. (1987). *En Torno a la Legitimidad Constitucional*. México: UNAM.
- Díaz Aroco, T. (1987). *Problemática de la estabilidad laboral*. Lima: Concytec.
- Díez Picazo, L. & Guillón Baallesteros, A. (1999). Sistema de Derecho Civil. *El Contrato en General*, 2, 245 – 250.
- Durán López, F. (1988). El periodo de prueba. *Relaciones Laborales* 12, 89 – 104.
- Ehmke, H. (1981). *Limitaciones del Cambio Constitucional*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Ermida Uriarte, O (julio, 2011). Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación. *Derecho y Sociedad*, 37, 15 – 22.
- Etimologías. (2001). *Etimología de Dignidad*. Recuperado de: <http://etimologias.dechile.net/?dignidad>
- Fernández Segado, F. (1992). *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson.
- Fernández Márquez, O. (2014). *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Valencia: Colección laboral.
- Ferrero, G. (1988). *El Poder: Los Genios Invisibles de la Ciudad*. Madrid: Tecnos.
- Gallego Moyo, F. (2015). *Aspectos Esenciales del Periodo de Prueba: Formalización, Duración y Extinción (Transformación y Tendencias de una*

- Institución Clásica*). (Tes. Para obtener el Grado de Doctor). Universidad de Mucia.
- García Manrique, A. (2010). *¿Cómo se Está Aplicando los Principios Laborales en el Perú? Un Enfoque Teórico Práctico – Jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- García Manrique, A. (marzo, 2013). Equiparación de las consecuencias del despido incausado dentro del periodo de prueba con el despido discriminatorio. *Diálogo con la jurisprudencia*, 174, 265 – 266.
- García Pelayo, M. (2000). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza.
- García Toma, V. (1999). *Teoría del estado y derecho constitucional*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.
- García Toma, V. (2013). *Derechos fundamentales*. 2° ed. Adrus, Arequipa.
- Gonzáles Hunt, C. (mayo, 2016). Derechos de la persona, del trabajador y poderes empresariales en la praxis administrativa y judicial. *Revista Laborem* 17, 143-153.
- Gómez Valdez, F. (2007). *Derecho del trabajo: Relaciones individuales de trabajo*. (2° ed.). Lima: San Marcos.
- Gostal, T. (2007). *Dignidad del Trabajador, un Concepto Construido Bajo el Paradigma del Trabajo Decente y del Honor*. (Trad. Mendizábal Bermúdez, G. & Jiménez López, M.). Chile: Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Guastini, R. (1993). *La Fuente de la Ley y la Interpretación*. (Trad., por Aguñó Regla, Atienza Rodríguez & Ruiz Manero). Montevideo: Fundación Konrad

- Adenauer y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Guerrero Gonzáles, E. (marzo, 2012). El Periodo de Prueba en la Legislación Peruana. *Habdomadario*. Recuperado de <http://www.sutamp.org/wp-content/uploads/2012/03/Legislacion-sobre-Periodo-de-prueba.pdf>
- Gutiérrez Gonzales, E. (1956). *Derecho de las Obligaciones*. (2ª ed.). Puebla: Cajica.
- Gutiérrez Gutiérrez, I. (2005). *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons: Madrid.
- Häberle, P. (1962). *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Häberle, P. (1975). *La Dignidad Humana Como Base de la Comunidad Estatal*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Häberle, P. (1980). *La Constitución del Pluralismo, Estudios Sobre la Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Häberle, P. (1987). *La raza humana como base de la mancomunidad estatal*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Häberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hauriou, M. (1986). *Las Ciencias Sociales Tradicionales*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Hesse, K (1967). *Fundamentos de la Ley Constitucional de la República Federal de Alemania*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Hesse, K. (1983). *Escritos Constitucionales*. Madrid: CEC.

- Indacochea Prevost, U. (2008). *¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación*. En: THĒMIS-Revista de Derecho.
- Hilario Melgarejo, A. (junio, 2013). Periodo de prueba: ¿Periodo de libre vulneración de derechos fundamentales? (parte 1). *Actualidad empresarial*, 281, 8-9.
- Horna Torres, J. (junio, 2012). El Contrato de Trabajo en el Marco de la Revolución Científico – Tecnológico y la Globalización. *Revista Jurídica Docentia Et Investigatio*, Vol. 14, 1, 61 – 72.
- Huamán Estrada, E. (marzo, 2013). Periodo de prueba vs. Derechos fundamentales del trabajador. Comentarios a la STC Exp. N° 02456-2012-PA/TC. *Dialogo con la jurisprudencia*, 174, 266 – 267.
- Ingo Wolfgang, I. (2002). *Dignidad de la Persona Humana y Derecho Fundamentales en la Constitución Federal de 1988*. (Trad. Mendizábal Bermúdez, G. & Jiménez López, M.). Chile: Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Jara Bautista, J. (2017). *El Derecho de Prueba Laboral en el Perú*. Lima: Lex & Iuris.
- Jellineck, G. (2000). *Teoría General del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Kägi, W. (1994). *La Constitución como Base Legal del Estado*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.

- Kägi, W. (2005). *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid: Dykinson.
- Kresalja Rosselló, B. & Ochoa Cardich, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Krüger, H. (1950). *La Legislación Constitucional*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Kelsen, H. (2001). *Introducción a la teoría pura del derecho*. (3ª ed.). García Belaunde, Ordóñez Rebaza & Palomino Manchego (Ed.). Lima: UNAM.
- La Pouble Chero, A. (1998). *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Cultural Cuzco.
- Landa Arroyo, C. (1994). *Apuntes para una Teoría Democrática en América Latina*. Lima: PUCP.
- Landa Arroyo, C. (junio, 2000). Dignidad de la Persona Humana. *Ius Et Veritas*, 21, 10 – 25.
- Landa Arroyo, C. (octubre, 2002). Amparo contra telefónica del Perú. *Diálogo con la jurisprudencia* 49, 40-41.
- Landa Arroyo, C. (2002). *Teorías de los derechos fundamentales*. En: Pensamiento Constitucional.
- Landa Arroyo, C. (2002). *Dignidad de la persona humana*. En: Cuestiones Constitucionales.

- Landa Arroyo, C. (2005). *Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*. Publicación Digital del Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado.
- Landa Arroyo, C. (Ed.). (2006). *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Landa Arroyo, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores.
- Landa Arroyo, C. (2010). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza Normativa de la Constitución*. Bazán Jiménez, V. & Nash Rojas, C. (Ed.). Santiago de Chile, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Landa Arroyo, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Landa Arroyo, C. (2013). *La constitucionalización del Derecho peruano*. En: Derecho PUCP.
- Landa Arroyo, C. (2014). El derecho al trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y madre trabajadora. *Revista Themis* 65, 219 – 241. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10870/11375>
- Lerche, P. (1961). *Exceso y Ley Constitucional*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- López Piña, A. (1991). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*. Häberle, P. (Ed.). Madrid: Universidad Complutense.

- Marcenaro Frers, R. (1995). *El trabajo en la nueva constitución*. Perú: Editorial Cultural Cusco.
- Marcenaro Frers, R. (marzo, 2015). Los derechos Laborales en la Constitución de 1993 y la importante contribución y defensa de Mario Pasco Cosmópolis. En *Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis* (pp. 453-451). Lima: Búho.
- Marcic, R. (1989). *La ley natural como la norma básica de la constitución*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Martín Valverde, A. (1976), *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid: Montecorvo.
- Martín Val Verde, A. (1991). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Martín Valverde, A. (1995). Comentario al art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, en *Monereo Pérez J. L. & Serrano Falcón C.: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares.
- Martín Valverde, A. (abril, 1999). Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho Social*, 6, 11 – 22.
- Márquez García. (2016). *El Periodo de Prueba*. Recuperado de <http://marqueziure.blogspot.com/2016/08/el-periodo-de-prueba.html>
- Maunz, T. (1997). *Ley del Tribunal Constitucional Federal*. (Trad., por Aguílo Regla, Atienza Rodríguez & Ruiz Manero). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

- Mazzoni, G. (1971). *Manual de Derecho Laboral*. (Trad., por N. De Buen Lozano). México: Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Mendizábal Bermúdez, G. & Jiménez López, M. (julio, 2012). Análisis de la Dignidad del Trabajador en el Contexto de la Globalización el Ejemplo de México. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 3, N° 6, 165 – 194.
- Monereo Pérez, J. L. & Moreno Vida, M. N. (1994). *Forma y procedimiento del despido disciplinario. La reforma del estatuto de los trabajadores* (t. 2). Madrid: Edersa.
- Montoya Melgar, A. (1988). *Tratado de Derecho Laboral* (t. II). Buenos Aires: Heliasta SRL.
- Montoya Melgar, A. (2005). *Derecho del Trabajo*. (26ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Montoya Melgar, A. (2014). *Derecho del Trabajo*. (35ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Mortati, C. (1998). *La Constitución en el Sentido Material*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Mozart, V. (1980). *La estabilidad del trabajador en la empresa*. México: Universidad Autónoma de México.
- Müller, F. (1966). *Estructura de las Normas*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Müeller, J. (1981). *Derechos Sociales Fundamentales en la Constitución*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Neves Mujica, J. (1997). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Ara Ediciones.

- Neves Mujica, J. (2001). Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo”. *Revista Derecho y sociedad*, 17, 24 – 26.
- Neves Mujica, J. (2007). *Introducción al Derecho Laboral*. Recuperado de <https://es.slideshare.net/joyestrella/introduccion-al-derecho-al-trabajo-neves-mujica>
- Noriega Cantú, A. (1988). “*Los derechos sociales. Creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*”. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Northcote Sandoval, C. (noviembre, 2011). Los Contratos Preparatorios y las Arras. *Actualidad Empresarial*. 242, 1 – 4.
- Obregón Sevillano, T. (octubre, 2015). El Periodo de Prueba. *Actualidad Empresarial*. 336, 1 – 3.
- Ojeda Avilés, A. & Igartua Miró, M. (septiembre, 2008). La Dignidad del Trabajador en la Doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos Apuntes. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 73, 147 – 169.
- Pacheco Zerga, L. (2007). *La Dignidad Humana en el Derecho al Trabajo*. Madrid: Civitas.
- Pacheco Zerga, L. (julio, 2008). Periodo de Prueba: Naturaleza y Régimen Jurídico. *Revista del Repositorio Institucional PIRHUA*, 7, 1 – 13.
- Palomeque López, M.C. & Álvarez de la Rosa J. M. (2001). *Derecho del Trabajo*. (9º ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres.

- Palomeque López, M. & Álvarez de la Rosa, M. (2018). *Derecho del Trabajo*. (26ª ed.). Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Paredes Neyra, I. (abril, 2017). Las Implicancias del Despido Durante el Periodo de Prueba en la Jurisprudencia Constitucional. *Actualidad Jurídica*, 281, 127-137.
- Pasco Cosmópolis, M. (1994). El principio protector en el derecho procesal del trabajo. *Revista de la pontificia universidad católica del Perú* 48, 149 – 169.
Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6718/6833>
- Pasco Cosmopolis, M. (2000). *Derecho laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pasco Cosmópolis, M. (enero, 2012). Los Derechos Laborales Inespecíficos. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Vol. 3, N° 5, 12 – 26.
- Peces Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid. Universidad Carlos III.
- Pérez Rey, J. (2004). *Estabilidad en el Empleo*. Editorial Trotta.
- Pérez Luño, A. (2007). *Los derechos fundamentales*. Novena edición. Madrid: Tecnos.
- Pino, G. (2009). Conflictos entre Derechos Fundamentales. Una Crítica a Luigi Ferrajoli. *Revista Internacional de la Universidad de Alicante*, 32, 647 – 664.

- Piqueras Piqueras, M. (1995). *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*. Madrid: Móstoles.
- Plá Rodríguez, A. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Palma.
- Radbruch, G. (1946). *Injusticia legal y ley*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Real Academia de la Lengua Española. (2001). *Definición de Condición*. Recuperado de <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=KXieycLO0DXX24KsJ7dO>
- Real Academia de la Lengua Española, (2003). *Definición de Prueba*. Recuperado de <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UVZCH0c>
- Real Academia Española (2017). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en <http://dle.rae.es/?id=VFawIYq>
- Rodríguez Piñero M. & Bravo Ferrer, M. (1961). *Naturaleza jurídica del periodo de prueba en Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*. (t. 3). Madrid: Tecnos.
- Rodríguez Piñero, M. (2003). Buena Fe y Ejercicio de Poderes Empresariales. *Relaciones Laborales*, 17, 3 – 18.
- Rodríguez Sañudo, F. (1995). La ordenación salarial Reforma de la legislación laboral. *Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*. Madrid: Marcial Pons.
- Ruíz Manero, J. (2009). *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*. Aguiló Regla, Atienza Rodríguez & Ruiz Manero (Ed.). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

- Russomano Mozart, V. (1981). La estabilidad del trabajador en la empresa. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Saladin, P. (1975). *Derechos Fundamentales en Cambio*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Sanguinetti Raymond, W. (julio, 2002). Recuperar la Ciudadanía Laboral. *Boletín Legal Express*, 304, 53 – 54.
- Serna, P. & Toller, F. (2000). *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*. Buenos Aires, Editorial La Ley.
- Scheuner, U. (1977). *El Control del Poder del Estado en el Estado Democrático*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad.
- Smend, R. (1968). *La Enseñanza de la Integración*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Spaemann, R. (1987). *Sobre el Concepto de la Dignidad Humana*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Tapia Hermida, A. (abril, 2005). La Protección de los Derechos Fundamentales en el Derecho Comunitario. Sus Funciones. La Dignidad Humana como Principio General del Derecho y Norma Jurídica. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 265, 115 – 142.
- Torollo González, F. (1996). *Extinción del contrato en periodo de prueba. Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidad Complutense.

- Toyama Miyagusuku, J. (2001). *Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Toyama Miyagusuku, J. (2005). *Instituciones del derecho laboral*. (2° ed.). Lima: Gaceta jurídica.
- Toyama Miyagusuku, J. (noviembre, 2006). Derechos Fundamentales de los Trabajadores y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En “*II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. Arequipa: SPDTSS.
- Toyama Miyagusuku, J. (julio, 2009). El despido disciplinario en el Perú. *Revista Ius et veritas* 38, 120-154.
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú un Enfoque Teórico Práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Troper, M. (1996). *La Noción de Principio Supra Constitucional. Análisis y Ley*. (Trad., por A. M. Burga Coronel). Lima: Gaceta Constitucional N° 47, 253 – 267.
- Universidad de Granada. (1979). *El Contrato de Aprendizaje*. Granada: [s.n].
- Ulloa Millares, D. (octubre, 2006). Los límites a las facultades de control del empleador en la utilización por parte de los trabajadores de las nuevas tecnologías. *Revista Laborem* 6, 359-384.

- Sanguinetti Raymond, W. (1989). “El derecho de estabilidad en el trabajo en la constitución peruana. En *Trabajo y Constitución por Javier Neves Mujica* (pp. 83-142). Lima: Cultural Cuzco Editores.
- Sanguinetti Raymond, W. (noviembre, 2006). La Protección de los Derechos Laborales en la Constitución Peruana de 1993. En “*II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. Arequipa: SPDTSS.
- Spaemann, R. (1987). *Sobre el Concepto de Dignidad Humana*. (Trad., por C. Landa Arroyo). Lima: Ius Et Veritas, 21, 10 – 25.
- Valdés Dal Re, F. (septiembre, 2003). *Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador*. Presentado en el XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Montevideo.
- Valdés Dal Re, F. (2004). Los Derechos Inespecíficos Laborales: Análisis de Algunas Sentencias del Tribunal Constitucional. Cortés Carcelén, J. C. (Ed.). Lima: Academia de la Magistratura.
- Victor Rusomano, M. (1984). *El Empleador en el Derecho Brasileño*. (Trad., por N. De Buen Lozano). México: Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Villavicencio Ríos, A. (1996). “*PROEM*”. Lima: Revista Coyuntura Laboral N° 09. Desco.
- Villavicencio Rios, A. (febrero, 2015). El derecho al trabajo: En tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Revista Laborem 14*, 153-186.

Vitteri Guevara, V. (enero, 2018). Igualdad y no Discriminación en el Empleo.

Soluciones de Laborales, 121, 13 – 21.

Von Munch, I. (mayo – agosto, 1982). La Dignidad del Hombre en el Derecho

Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 9 – 33.

Wikipedia. (2013). *Definición de Intuitu Personae*. Recuperado de

https://es.wikipedia.org/wiki/Intuitu_person%C3%A6#cite_note-1

Cas. N° 23-68-Lima.

Cas N° 1581-97-Lima.

STC. N° 1112-1998-AA/TC-Lima.

STC N° 1124-2001-AA/TC-Lima.

Stc. N° 976-2001-AA/TC-Lima.

Stc. N° 03971-2005-AA/TC-Amazonas.

Stc. N° 1968-2006-AA/TC-Lima.

Stc. N° 10777-2006-AA/TC-Lima.

Stc. N° 1124-2001-AA/TC-Lima.

Stc. N° 2409-2002-AA/TC-Lima.

Stc. N°0008-2003-AI/TC-Lima.

Stc. N°0050-2004-AI/TC-Cusco.

Stc. N°02802-2005-PA/TC-Piura.

Stc. N° 08086-2005-AA/TC-Lima.

STC N° 09272-2005-AA/TC-Lima.