

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO



FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO A LOS PERMISOS Y LICENCIAS LABORALES Y SU
ARMONIZACIÓN CON EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR**

CESAR JOSUE CISNEROS SANCHEZ

Chiclayo, 14 de junio de 2018

**EL DERECHO A LOS PERMISOS Y LICENCIAS LABORALES Y
SU ARMONIZACIÓN CON EL PODER DE DIRECCIÓN DEL
EMPLEADOR**

PRESENTADO POR:

CISNEROS SANCHEZ CESAR JOSUE

Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio
de Mogrovejo para optar el Título de

Abogado

APROBADO POR:

Abog. Igor Eduardo Zapata Velez
Presidente del Jurado

Abog. Guillermo Enrique Chira Rivero
Secretario del Jurado

Mtro. Javier Hildebrando Espinoza Escobar
Vocal del Jurado

CHICLAYO, 2018

DEDICATORIA

A mi madre Felipa Sánchez, que me demostró que con valentía y esperanza, se pueden afrontar todos los problemas.

AGRADECIMIENTO

A mis padres por el apoyo incondicional en cada etapa de mi vida y a mi asesor de tesis, Javier Espinoza por la paciencia y dedicación que agradezco sinceramente.

RESUMEN

El presente trabajo pretende conceptualizar la naturaleza de los permisos y licencias laborales, así como del poder de dirección, para luego reseñar una serie de parámetros para la armonización de los mismos.

En el primer capítulo se aborda el poder de dirección del empleador; su naturaleza jurídica, así como su fundamento jurídico, dentro de los cual es importante tratar de la libertad de empresa y el contrato de trabajo, recordando que estamos en un Estado social y democrático de Derecho, con una Economía social de mercado. En este capítulo se repasarán las principales manifestaciones del poder de dirección.

En el segundo capítulo se busca enfatizar que las relaciones entre privados, en particular las relaciones laborales, están sujetas también al respeto de los derechos fundamentales. Planteamos que la relación entre los distintos derechos fundamentales debe ser armónica, buscando el pleno ejercicio de cada uno de ellos.

En el tercer capítulo se busca contextualizar la naturaleza jurídica de los permisos y licencias, se hace un listado de los mismos. Además se propondrá definir la naturaleza jurídica de los permisos laborales de una forma que ampare efectivamente los derechos fundamentales del trabajador. Se expondrán allí, los parámetros que consideramos deben ser tenidos en cuenta para para la armonización entre la facultad de dirección del empleador y la obtención de permisos y licencias laborales.

Palabras clave:

Permisos laborales, licencias laborales, poder de dirección, libertad de empresa, contrato de trabajo, derechos fundamentales, derechos laborales, armonización, buena Fe.

ABSTRACT

The present work aims to conceptualize the nature of work permits and labor licenses, as well as the power of direction of employer management, to then outline a series of parameters for the harmonization of them.

The first chapter addresses the power of direction of employer management; its legal nature, as well as its legal basis, within which it is important to deal with the freedom of enterprise and the work contract, remembering that we are in a social and democratic State of Law, with a social market economy. In this chapter the main manifestations of the power of direction will be reviewed.

The second chapter seeks to emphasize that relations between private individuals, in particular labor relations, are also subject to respect for fundamental rights. We propose that the relationship between the different fundamental rights must be harmonious, seeking the full exercise of each of them.

In the third chapter, we seek to contextualize the legal nature of permits and licenses, a list of them is made. It will also be proposed to define the legal nature of work permits in a way that effectively protects the fundamental rights of the worker. Here we are going to explain the parameters that we consider should be taken into account for the harmonization between the power of direction of the employer and the obtaining of work permits and labor licenses.

Keywords:

Work permits, labor licenses, power of direction, freedom of enterprise, employment contract, fundamental rights, labor rights, harmonization, good faith.

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I: PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR.....	15
CUESTIONES PRELIMINARES.....	15
I. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR, LIBERTAD DE EMPRESA Y CONTRATO DE TRABAJO.....	16
1.1. Naturaleza jurídica y concepto del poder de dirección.....	16
1.2. Fundamento Jurídico Mediato: Libertad de Empresa.....	19
1.2.1. Concepto de Libertad de Empresa.....	19
1.2.2. Ámbito Constitucional.....	20
1.2.3. El contenido esencial del derecho al Trabajo y la Libertad de Trabajo como Fundamento de la Libertad de Empresa.....	21
a) Contenido esencial del Derecho al Trabajo.....	21
b) La Libertad de Trabajo como Fundamento de la Libertad de Empresa.....	23
1.2.4. Limitaciones de la Libertad de Empresa.....	24
1.3. Fundamento Jurídico Inmediato: Contrato de Trabajo.....	28
1.3.1. Elementos Esenciales y Típicos del Contrato de Trabajo.....	30
a) Prestación Personal de servicios.....	31
b) Remuneración.....	31
c) Subordinación.....	32

II. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DEL PODER DE DIRECCIÓN.....	33
2.1. Contratación.....	33
2.2. Organización.....	34
2.3. Facultad de impartir instrucciones y órdenes.....	35
2.4. Modificar la prestación.....	36
2.5. Facultad de vigilancia y control de la actividad laboral.....	38
a) Deber de Obediencia.....	39
b) Deber de Diligencia.....	39
c) Deber de Buena fe.....	39
d) Deber de Lealtad.....	39
e) Deber de Colaboración y Solidaridad.....	39
2.6. Apreciar conductas privadas.....	40
2.7. Facultad de imponer sanciones o poder disciplinario.....	41
CAPÍTULO II. VINCULACIÓN DEL EMPLEADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR, LA TEORIA DE LA ARMONIZACIÓN.....	44
CUESTIONES PRELIMINARES.....	44
I. VINCULACIÓN DEL EMPLEADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.....	45
1.1. Derechos Humanos, Constitución y Derechos Fundamentales.....	45
1.2. Derechos laborales específicos e inespecíficos.....	48
a) Universalidad.....	50
b) Indisponibilidad.....	50
c) Reconocimiento general.....	50
1.3. Análisis constitucional.....	50

1.3.1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado	50
a) Dignidad y Persona humana, dos caras de la misma moneda.....	51
b) Subordinación de la relación laboral al ejercicio de los Derechos Fundamentales.....	53
1.3.2. Los efectos <i>inter privatos</i> de los derechos constitucionales.....	56
1.4. Derechos laborales específicos e inespecíficos en el Ámbito Internacional.....	57
a) Los promovidos por la Organización Internacional del Trabajo.....	58
b) Las Declaraciones y pactos emanados de la Organización de Naciones Unidas.....	58
c) Declaraciones y pactos a nivel de la Organización de Estados Americanos (OEA)	58
II. CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	61
2.1. Visión Conflictivista de los Derechos Fundamentales.....	61
2.1.1. El método de la Jerarquización de los derechos.....	62
2.1.2. Crítica a la Jerarquización.....	64
2.1.3. El método del <i>Test</i> de Ponderación, <i>Balancing Test</i> o <i>Test</i> de Proporcionalidad.....	65
2.1.4. Crítica al método de la Ponderación.....	67
III. TEORÍA DE LA ARMONIZACIÓN.....	68
3.1. El contenido esencial de los derechos.....	70
3.2. Límites de los derechos fundamentales.....	75

CAPÍTULO III: CONFIGURACION DE LOS PERMISOS Y LICENCIAS COMO DERECHO DEL TRABAJADOR Y PARÁMETROS PARA LA ARMONIZACIÓN ENTRE LA FACULTAD DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y LA OBTENCIÓN DE PERMISOS LABORALES.....77

CUESTIONES PRELIMINARES.....77

I. CONFIGURACION DE LOS PERMISOS Y LICENCIAS COMO DERECHO DEL TRABAJADOR.....78

1.1. Suspensión del Contrato de Trabajo.....78

1.2. Naturaleza jurídica de los Permisos y Licencias laborales.....80

1.3. Diferencias entre Permisos y Licencias.....84

1.4. Permisos Laborales.....85

1.4.1. Origen legal.....89

1.4.2. El previo aviso.....90

1.4.3. Justificación del motivo alegado.....93

1.4.4. Permisos existentes en nuestro ordenamiento jurídico.....95

1.4.4.1. Sector Público y Sector Privado.....95

a) Permiso por lactancia materna.....95

b) El permiso para el desempeño de cargos sindicales.....96

c) Los permisos concedidos por voluntad del empleador.....96

1.4.4.2. Sector Público.....97

a) Permiso para el ejercicio de la docencia.....97

b) Permiso para seguir estudios superiores.....97

c) Permiso para atención médica.....98

d) Permiso para la participación en órganos colegiados.....98

1.5. Licencias Laborales.....98

1.5.1. Origen legal.....100

1.5.2. Cumplimiento de la formalidad.....	101
1.5.2.1 Sector Público y Privado.....	101
a) Licencia por maternidad.....	101
b) Licencia por paternidad.....	103
c) Licencia por adopción.....	103
d) Licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.....	103
e) Licencia para terapias de rehabilitación y asistencia médica de personas con discapacidad.....	104
f) Licencia por invalidez temporal, enfermedad y accidente comprobado.....	104
g) Licencia para el ejercicio de cargos políticos.....	105
<i>Licencia para ejercer como regidor municipal.....</i>	<i>106</i>
<i>Licencia para ejercer como consejero regional.....</i>	<i>106</i>
h) La licencia para cumplir con el Servicio Militar.....	107
1.5.2.2. Sector Privado.....	108
a) La licencia para desempeñar cargo cívico.....	108
1.5.2.3. Sector Público.....	108
a) Licencia por deceso de familiar.....	108
b) Licencia por matrimonio.....	109
c) Licencia por capacitación oficializada.....	109
d) Licencia por capacitación no oficializada.....	109
e) Licencia por motivos particulares.....	109
f) Licencia por cuenta o interés de la entidad.....	110
g) Licencia por citación policial, judicial, militar u administrativa.....	110

II. PARÁMETROS PARA LA ARMONIZACIÓN ENTRE LA FACULTAD DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y LA OBTENCIÓN DE PERMISOS LABORALES.....	111
2.1. Límites al Poder de Dirección relacionados con el otorgamiento de permisos y licencias.....	111
2.1.1. Prohibición de arbitrariedad.....	112
2.1.2. Prohibición de Actuación discriminatoria.....	114
2.2. La Buena Fe.....	116
2.2.1. Buena fe debida por los trabajadores.....	118
2.2.2. Buena fe debida por el empleador.....	119
2.3. Actuación atentatoria a los Derechos Fundamentales.....	121
2.3.1. Derecho fundamental al desarrollo de la personalidad y proyecto de vida.....	123
2.3.2. Derecho fundamental a la conciliación de la vida familiar y laboral.....	125
2.3.3. Derecho a la libertad sindical.....	127
2.3.4. Derecho a la salud.....	129
2.3.5. Deber inexcusable de carácter público.....	130
2.4. La empresa y su función creadora de riqueza.....	132
CONCLUSIONES.....	134
BIBLIOGRAFÍA.....	136
ANEXOS.....	148

INTRODUCCIÓN

La presente investigación surge a raíz del análisis de la STC N° 02168-2008-PA/TC.LIMA (26/11/2009) del Tribunal constitucional la cual afirma que los permisos “no son dádivas ni obsequios que realiza el empleador al trabajador sino que constituyen derechos establecidos en la ley para ser ejercitados por los trabajadores con el cumplimiento de las formalidades pertinentes”.

A partir de ello se sostiene que los permisos y licencias facilitan el ejercicio de derechos fundamentales como el derecho a la salud, el libre desarrollo de la personalidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; al permitir el ejercicio de derechos fundamentales, constituirían un derecho del trabajador.

Sin embargo, hay que tener cuidado en no afectar el poder de dirección del empleador, sustentado en la libertad de empresa y el contrato de trabajo, ya que los derechos de los trabajadores y empleadores tienen la misma relevancia para el ordenamiento jurídico.

Es necesaria esta investigación para delimitar –doctrinalmente- si realmente existe un derecho a las licencias y permisos laborales, y de existir este derecho cuál debe ser el equilibrio entre este y la facultad de dirección del empleador.

El presente trabajo pretende responder y aportar información en relación a la siguiente pregunta: ¿Cómo se armonizan los permisos y licencias concedidas al trabajador con el poder de dirección del empleador? La pregunta de investigación planteada busca la relación entre las variables de los derechos en el trabajo: obtención de permisos y licencias, y la limitación de la facultad de dirección del empleador.

Se establecen como objetivos: definir la facultad de dirección del empleador y así poder conocer su naturaleza, manifestaciones principales, alcances y límites, Identificar la incidencia los derechos fundamentales dentro de la relación laboral para conocer qué derechos son materia de protección en la relación laboral, definir la naturaleza de los permisos y licencias laborales así como el momento de su disfrute, para dilucidar si son exigibles o no por los trabajadores y conocer los requisitos para su obtención. Finalmente establecer

parámetros para armonizar los permisos y licencias concedidas al trabajador con el poder de dirección del empleador.

La presente tesis se realizó en base a una investigación cualitativa. Está dividida en tres capítulos. En el primero de ellos abordaremos el poder de dirección del empleador, se definirá su naturaleza jurídica; su fundamento jurídico mediato que es la libertad de empresa, así como su fundamento jurídico inmediato, el contrato de trabajo; en este capítulo también repasaremos las principales manifestaciones del poder de dirección.

En el segundo capítulo trataremos sobre los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral, haciendo mención tanto de los derechos específicos laborales como de los derechos laborales inespecíficos, siendo importante aquí tratar sobre la persona humana y su dignidad que son el fin supremo de la sociedad y el Estado, luego analizaremos el aparente conflicto de derechos fundamentales, así como la teoría de la armonización.

Por último en el tercer capítulo buscaremos contextualizar la configuración jurídica de los permisos y Licencias, la naturaleza jurídica de ambos que es confusa y desdibujada en nuestro ordenamiento jurídico. Propondremos definir la naturaleza jurídica de los permisos laborales de una forma que ampare efectivamente los derechos fundamentales del trabajador. En la segunda parte del capítulo, plantearemos los parámetros que a nuestro criterio deben ser tenidos en cuenta para la armonización entre la facultad de dirección del empleador y la obtención de permisos y licencias laborales.

El autor

CAPÍTULO I: PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR

CUESTIONES PRELIMINARES

En el presente capítulo abordaremos el poder de dirección del empleador; como primer punto se definirá la naturaleza jurídica del poder de dirección, así como su fundamento jurídico que consideramos es de modo mediato, la libertad de empresa y de modo inmediato el contrato de trabajo.

Como fundamento jurídico mediato del poder dirección, trataremos sobre la libertad de empresa a través de la cual han sido reconocidas al empleador las facultades para regular una relación laboral, siendo importante tratar sobre la libertad de empresa, ya que de ella deriva el poder de dirección, así mismo se tratará sobre la libertad de trabajo que opera como sustento de la libertad de empresa. Estudiaremos también al contrato de trabajo, el cual consideramos es el fundamento jurídico inmediato del poder de dirección.

El análisis que efectuaremos tendrá en cuenta siempre el mandato constitucional y la actuación del Tribunal constitucional como máximo intérprete de la Constitución, debemos recordar a su vez que nos encontramos en un Estado social y democrático de Derecho, con una Economía social de mercado donde se busca el éxito económico y la justicia social, se protege el derecho a generar riqueza y prosperidad pero con respeto a los derechos fundamentales de la persona humana y con respeto a los bienes constitucionales.

Por último, repasaremos las principales manifestaciones del poder de dirección, la cuales son un conjunto de facultades de amplia extensión que inician con la contratación y rigen las relaciones laborales hasta su extinción.

I. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR, LIBERTAD DE EMPRESA Y CONTRATO DE TRABAJO

1.1. Naturaleza jurídica y concepto del poder de dirección

Es importante definir la naturaleza jurídica del poder de dirección, para desarrollar sus implicancias jurídicas y aplicar las limitaciones pertinentes a un régimen jurídico en concreto. Partiendo de un contenido jurídico, es posible otorgar a los supuestos de ejercicio del poder de dirección empresarial una naturaleza jurídica específica, surgiendo las ideas de facultad, poder, derecho subjetivo, etc. Sin embargo, estas definiciones, tienen un contenido jurídico propio y diferente el uno del otro. Del título jurídico de atribución por el cual se es titular del poder de dirección, se desprende la razón por la que el poder de dirección es un auténtico poder, una potestad, un derecho subjetivo¹.

Todas estas ideas como poder o facultad nos llegan a la mente instantáneamente al tratar sobre el poder de dirección, y es así porque lo percibimos constantemente, pues el poder de dirección no es una creación del legislador, de los jueces o de los autores sino que es una característica de la realidad económico-social, sin dirección del trabajo no hay producción posible, y esto así porque en la historia, el eje del sistema productivo ha sido siempre el trabajo dependiente y por cuenta ajena².

El poder de dirección se ejerce personalmente o por medio de representantes y este contiene la facultad de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de prestación del servicio, la facultad de especificar los puestos y atribuciones de éstos, la facultad de ordenar la empresa conforme a sus necesidades específicas y conforme a los requerimientos de la producción³.

Esto en razón de un contrato de trabajo, donde el empleador ha puesto su fuerza laboral en manos del empleador con el fin de cumplir con los

¹ Cfr. POZO MOREIRA, Francisco. *El cambio funcional entre categorías equivalentes. La reasignación de funciones por el empresario*, Tesis para optar el grado de Doctor, Madrid, Universidad de Alcalá, 2008, pp. 55-56.

² Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. "El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas", *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, N° 48, 2004, p. 135.

³ Cfr. HERNANDEZ RUEDA, Lupo. "Poder de Dirección del Empleador", *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social coordinadores Nestor de Buen Lozano, Emilio Morgado Valenzuela. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNAM*, N° 188, Serie G, México, 1997, pp. 405-406.

requerimientos de producción, este contrato tiene como nota característica la relación de la ajenidad, pues el fruto del trabajo será para el empleador es decir el trabajador presta servicios subordinados por cuenta ajena, por lo que el empleador tiene la facultad de dirección en el seno de la empresa sobre la prestación de servicios del trabajador para así se puedan cumplir con los fines de la empresa⁴.

Este poder directivo tiene una doble dimensión: general, como poder de organizar laboralmente la empresa y singular como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales⁵, debido a la dimensión singular del poder de dirección se le permite al empleador ordenar las concretas prestaciones de sus trabajadores todo esto se conduce, a través de las llamadas órdenes de trabajo que consisten en las indicaciones dadas a conocer al trabajador una vez iniciada la relación laboral con tal capacidad coercitiva que modifica la conducta de aquel, conminándolo a hacer algo o a dejar de hacerlo, bajo pena de sanción justamente por efecto de la subordinación o sujeción jurídica de uno hacia otro⁶.

El poder de dirección del empleador se sustenta en las prestaciones de servicios subordinadas propias del Derecho Laboral, la relación jurídica laboral nace a partir del acuerdo celebrado entre una parte que requiere de servicios (empleador) y otra que desea prestar sus servicios a aquella a cambio de una remuneración (trabajador). La capacidad del empleador de dirigir la fuerza laboral encuentra su justificación en la ajenidad, los servicios prestados por el trabajador, se desarrollan para otra persona y no por cuenta propia. Teniendo el empleador facultades para dirigir y fiscalizar las labores del personal, pero estas facultades no son ilimitadas⁷.

El poder de dirección posibilita que el empresario disponga del trabajo que le es prestado, ordenar estas prestaciones laborales y organizar el trabajo en la

⁴ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2011, p. 174.

⁵ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. "El poder de dirección (...) Op. Cit., p. 135.

⁶ Cfr. GARCÍA MANRIQUE, Álvaro citado por DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *El Ius Resistentiae frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal*, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 6.

⁷ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido disciplinario en el Perú", *Ius Et Veritas*, N° 38, 2009, pp. 120-121.

empresa⁸; aunque el contenido del poder de dirección es amplio, debemos tener presente que su extensión e intensidad no pueden ser idénticos para todo tipo de relación laboral, dependiendo del nivel de control necesario en la concreta relación laboral⁹.

Existen tres características generales del poder de dirección del empleador; primero, que el poder de dirección es indelegable, es decir se constituye en *intuitu personae*, el único caso regulado normativamente sobre una delegación sería el previsto para los mecanismos de intermediación laboral, pero este tema se aleja del motivo de esta tesis; en segundo lugar, el poder de dirección es complejo, porque depende de muchos factores relacionados con la empresa y el puesto de trabajo que ocupa el trabajador como la previsibilidad, la razonabilidad, las necesidades de la empresa y otros; es una facultad elástica que supone evaluar las características particulares que se presentan en cada caso; para concluir diremos que es un poder jurídico que no requiere de una especialización o característica adicional al de la prestación de servicios en relación de ajenidad¹⁰.

El poder de dirección sería una facultad jurídica, no siendo necesaria la aparición de otros agentes ni el reconocimiento previo de la legitimidad de su ejercicio, cuando surge en la empresa una necesidad que lo justifique basta con la voluntad del empleador para poner en ejecución una serie de órdenes¹¹.

El poder de dirección tiene una serie de manifestaciones como la contratación, organización, la modificación de la prestación o *Ius Variandi*¹², y otras más, siendo diversas las formas en que puede manifestarse.

Al comienzo de esta tesis, planteamos la necesidad de averiguar la naturaleza jurídica del poder de dirección, y en virtud de lo analizado, podemos decir que la naturaleza jurídica del poder de dirección es la de un “conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empleador dispone del trabajo realizado

⁸ Cfr. GARCIA VIÑA, Jordi. “La organización del trabajo en la empresa. El poder de dirección” en *Derecho del trabajo*, tercera edición, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007, p. 393.

⁹ *Ibidem*, p. 393.

¹⁰ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia”, *Derecho & Sociedad, Asociación Civil*, N° 21, 2003, p. 174.

¹¹ Cfr. POZO MOREIRA, Francisco. *El cambio funcional (...)* Op. Cit., pp. 56-57.

¹² Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual (...)* Op. Cit., pp. 176-178.

por su cuenta y por su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”¹³.

1.2. Fundamento Jurídico Mediato: Libertad de Empresa

El poder de dirección es “un poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva”¹⁴.

El empleador cuenta con este conjunto de facultades porque le han sido otorgadas y reconocidas por la Constitución, a través de la Libertad de empresa, se le han reconocido las facultades para regular, dirigir, reglamentar, modificar, adecuar, complementar, reemplazar y extinguir relaciones laborales, siempre observando determinados límites, no podrá ir en contra de los derechos adquiridos por los trabajadores o contra prohibiciones establecidas en la legislación¹⁵. Es gracias al poder de dirección que “el empleador puede definir en buena medida el modo, la forma y el lugar de la prestación de servicios de los trabajadores”¹⁶.

1.2.1. Concepto de Libertad de Empresa

Existen variadas acepciones del derecho a la libertad de empresa pero debemos decir que está encuadrado en el derecho constitucional económico. “La libertad de empresa consiste en la posibilidad de crear libremente personas jurídicas dedicadas a actividades lucrativas, en las distintas formas que ellas asuman”¹⁷.

La libertad de empresa es un derecho fundamental que nos garantiza a todos los ciudadanos, el poder participar en la economía de nuestra nación, teniendo el poder público no sólo el deber de respetar estas actuaciones, sino que

¹³ MONTOYA MELGAR, Alfredo citado por GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho social y del trabajo: la empresa y el empleador*, primera edición, Lima, Editorial San Marcos, 2004, p. 252.

¹⁴ LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 30.

¹⁵ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual (...)* Op. Cit., p. 174.

¹⁶ *Ibíd*em, p. 174.

¹⁷ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, quinta edición, Lima, Rao Editora Adenauer, 1999, p. 354.

también debe orientarlas, estimularlas y promoverlas; según lo establecido en los artículos 58º y 59º de nuestra Constitución¹⁸.

Es a través del derecho a la libertad de empresa que la Constitución garantiza condiciones de libertad e igualdad, en el inicio y ejercicio de la actividad empresarial. Así según nuestro Tribunal Constitucional “La Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa”¹⁹.

1.2.2. Ámbito Constitucional

Según la Constitución peruana, “el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”²⁰. La Constitución y el Estado garantizan a todo peruano el derecho a generar riqueza y prosperidad, para sí y para su entorno. Es por ello que el Estado no puede sin causa legítima impedir el desarrollo empresarial, por lo cual se tiene la libertad de fundar una empresa, la libertad de acceder al mercado, la libertad de organización empresarial escogiendo alguna de las formas prevista por ley, libertad de dirección empresarial y de escoger sus órganos de gobierno en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, además la libertad de cesación de la actividad económica realizada, así también la libertad de salida del mercado²¹.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 como son la libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada y la libre competencia, contenido esencial que solo

¹⁸ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC. (Caso Corporación Rey S.A contra Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas) del 6 de diciembre de 2010, fundamento jurídico 13.

¹⁹ STC recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC. (Caso Corporación Rey S.A contra Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas) del 6 de diciembre de 2010, fundamento jurídico 16.

²⁰ Constitución Política del Perú 1993, Artículo 59º.

²¹ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC. (Caso Corporación Rey S.A contra Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas) del 6 de diciembre de 2010, fundamento jurídico 15.

puede ser entendido siguiendo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. Las controversias que puedan surgir en base a estas libertades deben enmarcarse sobre la base de una interpretación constitucional en un Estado social y democrático de derecho y dentro de los principios de una economía social de mercado²².

En una economía social de mercado se reconoce que el derecho a la libertad de empresa, a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y competencia, constituyen la base del desarrollo económico y social del país, siendo responsabilidad del Estado remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo que será necesario formular los mecanismos jurídicos necesarios con tal de salvaguardar la libre competencia²³.

1.2.3. El contenido esencial del derecho al Trabajo y la Libertad de Trabajo como Fundamento de la Libertad de Empresa

a) Contenido esencial del Derecho al Trabajo

La Constitución Peruana, reconoce en el apartado de los derechos fundamentales (Artículo 2°, inciso 15), el derecho a trabajar libremente, pero para su real entendimiento, es necesario previamente entender y reconocer la existencia del derecho al trabajo, el cual está enunciado en el artículo 22° de nuestra Constitución.

Es importante determinar el contenido esencial del Derecho al trabajo. Este contiene tres ámbitos. El primer ámbito está referido a la creación de puesto de trabajo. El segundo, trata del acceso a esos puestos de trabajo creados; por

²² Cfr. STC recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC. (Caso Corporación Rey S.A contra Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas) del 6 de diciembre de 2010, fundamento jurídico 12.

²³ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC. (Caso Corporación Rey S.A contra Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas) del 6 de diciembre de 2010, fundamentos jurídicos 12 y 14.

último el tercero tiene que ver con el desenvolvimiento y terminación de la relación laboral²⁴.

Es necesario tener en cuenta tres aspectos para la definición del contenido esencial del derecho al trabajo, primero que el trabajo es un bien escaso, segundo que este que demanda ciertas características de idoneidad y por último que el trabajador es una persona humana, con valor absoluto y dignidad²⁵.

Estas características justifican la existencia de requisitos o condiciones para los tres ámbitos del contenido esencial del derecho al trabajo²⁶. Al ser el trabajo un bien escaso, no se puede imponer al Estado la entrega de un puesto concreto de trabajo a todas las personas solicitantes, bastará para la satisfacción del primer ámbito, con el planteamiento y la ejecución de políticas públicas que efectivamente promuevan la creación de puestos de trabajo. Respecto al segundo ámbito, será parte del contenido esencial, la exigencia de que cada uno de los requisitos aprobados por los poderes públicos o privados, para elegir al ocupante de un puesto de trabajo en específico, no trasgreda la dignidad de la persona humana, específicamente que se respete la condición de libertad y de igualdad de cada persona humana, todas las personas son y deben ser tratadas como iguales. Para el tercer ámbito se exigen dos atribuciones: la entrega de una remuneración digna que esté acorde con el valor y dignidad de la persona humana, y la razonabilidad de las condiciones para la permanencia o salida del puesto de trabajo, dentro de este el derecho o atribución del trabajador de no ser despedido sin justificación²⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano estima que el contenido esencial del derecho al trabajo, 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 justa²⁸.

²⁴ Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, primera edición, Piura, Palestra Editores, 2017, p. 64.

²⁵ *Ibidem*, p. 63.

²⁶ *Ibidem*, p. 63.

²⁷ *Ibidem*, pp. 64-65.

²⁸ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC. (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del

Así también reconoce que la forma de ejercer este derecho debe ser libre, y textualmente expresa el derecho “a trabajar libremente con sujeción a la Ley”²⁹.

b) La Libertad de Trabajo como Fundamento de la Libertad de Empresa

Podemos entender que el contenido de la libertad de trabajo es la facultad de realizar toda actividad que tenga como fin el sustento vital de una persona, pero esta labor debe ejercerse dentro de lo racionalmente moral y con el respeto a la integridad, salud de los otros ciudadanos, así como se debe contar con los permisos correspondientes de los entes designados por la ley para realizar los controles correspondientes³⁰.

Los derechos fundamentales no son ilimitados y todo aquel que ejerza, en este caso específico, su libertad de trabajo no debe obviar el orden público y el bien común con el objeto de lograr una convivencia pacífica o por lo menos estable³¹.

Los derechos fundamentales no pueden ser absolutos sino que deben realizarse y desarrollarse dentro de las limitaciones propias que exige el respeto al derecho ajeno y al bien común. Los derechos fundamentales están sujetos a límites, sean explícitos o no, así como también se encuentran restringidos por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad³².

Respecto a la libertad de trabajo el Tribunal Constitucional ha sostenido que “la libertad de trabajo, en cuanto derecho fundamental, detenta una doble faz. Por un lado, constituye derecho de defensa y, por otro, derecho de protección”³³.

Perú contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding) del 11 de julio de 2002, fundamento jurídico 12.

²⁹ Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 2°, Inciso 15.

³⁰ Cfr. RTC recaída en el Expediente N° 02423-2010- PA/TC (Caso Asociación Central de Comerciantes de Exteriores del Complejo de Mercados de Piura contra Municipalidad Provincial de Piura) del 23 de septiembre de 2010, fundamento jurídico 3.

³¹ Cfr. AGUINAGA SAAVEDRA, Jesús. *La normativa del despido arbitrario y su ineficacia para proteger los derechos del trabajador*, Tesis para optar el grado de Licenciado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2013, p. 103.

³² Cfr. TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, *Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca*, N° 2, Año 8, 2010, p. 168.

³³ RTC recaída en el Expediente N° 02423-2010- PA/TC (Caso Asociación Central de Comerciantes de Exteriores del Complejo de Mercados de Piura contra Municipalidad Provincial de Piura) del 23 de septiembre de 2010, fundamentos jurídicos 4 y 5.

Derecho defensa, porque irradia una vinculatoriedad típica, clásica, oponible al Estado y a particulares, que se constituye en esfera de actuación libre y Derecho de protección, porque se le reconoce al ciudadano el ejercer una acción positiva, donde el Estado queda vinculado a la protección de este bien jurídico fundamental, como es la libertad de trabajo, pero esta protección debe expresarse a través de hechos concretos, para su real y pleno ejercicio, como son la creación de normas, procedimientos e instituciones que permitan concretizar en la realidad el derecho a la libertad de empresa y esto es lo que ha sido denominado, al menos por el Tribunal Constitucional, como deber de protección³⁴.

La libertad de trabajo se irradia a varios sujetos, especialmente dos: empresario o empleador y al trabajador; respecto al empleador, la libertad de trabajo opera como sustento de la libertad de empresa, ya que por su libertad de trabajo, cualquier persona es libre de iniciar una actividad económica para sostenerse y enriquecerse pero siempre dentro del respeto a las normas jurídicas y la procura del bien común; vemos como en este punto la libertad de trabajo actúa como fundamento de la libertad de empresa³⁵. Ya que el derecho a desarrollarse como persona, su derecho a trabajar y hacerlo libremente, es lo que ha propiciado su actuación económica por medio de una empresa.

1.2.4. Limitaciones de la Libertad de Empresa

Anteriormente hemos mencionado que de la libertad de empresa deriva el poder dirección con la finalidad de adecuar los recursos humanos a la empresa y hacerla competitiva³⁶, es por ello importante hacer mención a la libertad de empresa y tratar sobre sus límites para entender de este modo también la limitaciones del poder dirección.

La empresa tiene una función social que implica obligaciones, ya que la empresa, al igual que cualquier organización, debe obtener una legitimidad social sobre la base de su rol en el sistema capitalista y este rol, no es

³⁴ Cfr. RTC recaída en el Expediente N° 02423-2010- PA/TC (Caso Asociación Central de Comerciantes de Exteriores del Complejo de Mercados de Piura contra Municipalidad Provincial de Piura) del 23 de septiembre de 2010, fundamentos jurídicos 4 y 5.

³⁵ Cfr. AGUINAGA SAAVEDRA, Jesús. *La normativa del despido arbitrario* y (...) Op. Cit., pp. 103-104.

³⁶ Cfr. LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes* (...) Op. Cit., p. 30.

solamente la producción de los bienes y servicios que la sociedad demanda, sino también el respeto de las leyes y valores de la sociedad donde la empresa está establecida³⁷.

Los derechos fundamentales, en este caso el derecho a la libertad de empresa, si bien no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio sí están sujetos a límites, sean explícitos o no, siendo que el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad³⁸. Por ello es lícito poner limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa, pero basados en el Interés general o interés público, para así encausar el ejercicio de este derecho evitando el abuso del derecho de la libertad de empresa.

El hecho que los derechos se puedan limitar en atención al interés general, “no significa en ningún caso que este interés sea superior a los derechos humanos o a la dignidad de la persona, sino sólo implica que los derechos sólo podrán limitarse o restringirse ‘excepcionalmente’, en atención a dicho interés general”³⁹.

Además, la libertad de empresa debe enmarcarse dentro de una economía social de mercado, que busca asegurar principalmente dos elementos: el éxito económico y la justicia social; es decir, no busca solamente la protección de intereses económicos individuales, sino que busca una armonía entre el crecimiento económico y la justicia social; teniendo cinco componentes predominantes: la Iniciativa privada, la propiedad privada, la competencia, la responsabilidad del individuo y la libertad de realizar contratos⁴⁰.

Nosotros identificamos esta alusión al interés general con el interés público que puede parecer un concepto vago, pero debemos recordar la doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable, se reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico, conceptos con un contenido y extensión variables según la situación

³⁷ Cfr. CORTINA, Adela citada por GARAVITO MASALIAS, Cecilia, “Responsabilidad social empresarial y mercado de trabajo”, *Economía*, N° 61, Volumen XXXI, Lima, semestre enero-junio, 2008, p. 85.

³⁸ Cfr. TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los derechos (...) Op. Cit., p. 168.

³⁹ *Ibidem*, p. 182.

⁴⁰ Cfr. RIVADENEIRA FRISCH, Juan. *Economía Social de Mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 8-9.

concreta que se analice; uno de estos conceptos jurídicos caracterizados por su indeterminación es el interés público⁴¹.

El interés público tendría entonces que ver con aquello que signifique un beneficio para la sociedad en su conjunto, al referirnos a interés público, nos estamos refiriendo al interés general de la comunidad, la satisfacción de este interés general o público será uno de los fines del Estado y justificará la existencia de la organización administrativa⁴².

En el Perú se garantiza la iniciativa privada, la cual es libre, se limita el accionar del Estado en la actividad económica, pues el Estado solo puede participar en la economía de forma subsidiaria, debiendo el Estado evitar que se altere el mercado, y realizando actividad empresarial subsidiariamente, directamente o indirectamente solo si es autorizado por ley expresa⁴³.

La iniciativa privada y la libertad de empresa en particular, constituyen pilares de nuestro sistema económico, que se configura dentro de la llamada Economía Social de Mercado⁴⁴ y se debe reparar en las limitaciones que se creen, debe tenerse cuidado de no afectar su contenido esencial como es el derecho a fundar empresa, la dirección, organización y el cese de la actividad cuando se considere adecuado⁴⁵.

Creemos que los posibles límites a imponer a la libertad de empresa serían los fines propios de la intervención del Estado, así mismo el poder de dirección que deriva precisamente la libertad de empresa, también debe limitarse por estos fines propios de la intervención del Estado. Los Estados expiden leyes que pueden interferir en el desarrollo de las libres elecciones de las personas respecto del modo en que conducen su vida, pero esta injerencia no puede justificarse en cualquier circunstancia. Siendo la medida de esta interferencia aun tema de debate; sin embargo, diversos sistemas jurídicos con sus

⁴¹ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. (Caso Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa) del 5 de julio de 2004, fundamento jurídico 10.

⁴² Cfr. STC recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. (Caso Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa) del 5 de julio de 2004, fundamento jurídico 11.

⁴³ Cfr. Constitución Política del Perú 1993, Artículo 60°.

⁴⁴ Cfr. Constitución Política del Perú 1993, Artículo 58°.

⁴⁵ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC. (Caso Corporación Rey S.A contra Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas) del 6 de diciembre de 2010, fundamento jurídico 15.

respectivos tribunales constitucionales han intentado establecer parámetros generales para validar esta intervención estatal, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la posibilidad que tiene cada persona de seguir el modelo de vida que se ha trazado, cuenta con un único límite, que es que el desarrollo de esas conductas no genere perjuicios sociales; es decir, no bastará que la intervención se legitime en alguna disposición legal que tutele una finalidad legítima, sino que también deberá evaluarse la viabilidad de la norma, acorde al derecho de cada persona de trazar su proyecto de vida⁴⁶.

Al respecto de la intervención estatal, nuestro Tribunal Constitucional nos dice, que existe un ámbito impenetrable para el Estado, se busca el equilibrio entre la no afectación a las elecciones individuales de la persona y la vida en sociedad, textualmente dice: “la Constitución reconoce el derecho al libre desarrollo (...) que con ello se garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Con ello no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales”⁴⁷.

De ello se deriva la prohibición del Estado de intervenir en estas esferas o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que se dan en ese ámbito impenetrable, constituyéndose las conductas bajo este ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento en ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sea razonable ni proporcional para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores constitucionales⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. PAZO PINEDA, Oscar Andrés. “Los límites de la intervención estatal: elementos para un análisis constitucional de la Ley de Alimentación Saludable”, *RAE Jurisprudencia*, N° 59, Año 5, Lima, Mayo, 2013, p. 10.

⁴⁷ STC recaída en el Expediente N° 02098-2010-PA/TC. (Caso Eladio Óscar Iván Guzmán Hurtado contra Comandante General del Ejército) del 22 de junio de 2011, fundamento jurídico 29.

⁴⁸ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02098-2010-PA/TC. (Caso Eladio Óscar Iván Guzmán Hurtado contra Comandante General del Ejército) del 22 de junio de 2011, fundamento jurídico 30.

Los derechos fundamentales y libertades públicas son reconocidos como instrumento de garantía de la libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos. Eran esencialmente los poderes públicos las instancias que se consideraban como posibles vulneradores de los derechos constitucionales de los ciudadanos, es a partir de mediados del siglo pasado que se afianza la idea que también ciertos poderes privados sobre todo lo más influyentes en las relaciones sociales, podían limitar el pleno disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas, comienza a construirse una doctrina donde los derechos fundamentales y libertades públicas poseen igual eficacia directa en las relaciones entre particulares; es decir, los poderes privados se encuentran sujetos al respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito de la contratación privada⁴⁹.

1.3. Fundamento Jurídico Inmediato: Contrato de Trabajo

Es a raíz del contrato de trabajo que nace la sujeción del trabajador respecto al empleador, y es aquí donde tienen su origen en última instancia, todas las facultades jurídicas que tiene el empleador, es aquí donde nace el poder de dirección. Es por eso que consideramos el contrato de trabajo es el fundamento jurídico último o inmediato del poder de dirección.

El contrato no es otra cosa que el revestimiento jurídico que adoptan ciertas relaciones sociales de cambio que debido a su especial importancia son noticiadas y ordenadas por el legislador. Se advierte que en todo contrato existe una contradicción o paradoja, ya que las partes de este se hallan en una situación mixta de concordancia y contraposición, de intereses divergentes y de ánimo de conciliación de esos intereses. El legislador algunas veces pone más atención en las concordancias y otras en las divergencias; en el caso del contrato de trabajo, este suele llevar tras de sí una trasposición microscópica de dos figuras pertenecientes a dos grupos sociales diferentes como podrían ser los trabajadores de las grandes empresas de producción y las compañías dueñas de estas⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*, séptima edición, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 204 - 205.

⁵⁰ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*, vigésimoctava edición, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 263-264.

El poder de dirección nace del contrato de trabajo suscrito entre ambos sujetos y a partir de este el trabajador entra en una esfera sometida a este poder, cuyo titular es la persona para la que se trabaja, pues el trabajador se ha obligado a un servicio subordinado. Se le reconoce al empleador un haz de facultades de diversa índole que buscan garantizar la organización y eficiencia de la empresa y así que esta cumpla su fin económico⁵¹.

Las normas laborales no desarrollan una definición exacta del contrato de trabajo, no obstante, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala la presunción de este contrato a plazo indeterminado, cuando la prestación de servicios se realiza en forma remunerada y subordinada. El contrato de trabajo es el acuerdo entre trabajador y empleador, por el cual el primero se compromete unitariamente a prestar sus servicios bajo la subordinación al segundo, a cambio de una remuneración⁵².

El contrato de trabajo es consensual, porque basta con el consentimiento de las partes para que el contrato de trabajo se perfeccione; es decir, no requiere ninguna formalidad para su validez, con las excepciones propias de ciertos contratos especiales. Oneroso, dado que la contraprestación del trabajador genera como contraprestación, una remuneración. Sinalagmático, por cuanto las prestaciones son recíprocas e interdependientes. Es personal o "intuitu personae", dado que el trabajador debe realizar personalmente la labor encomendada. Es subordinado, pues el trabajador presta sus servicios bajo la dirección de su empleador, es conmutativo dado que las partes conocen las prestaciones a realizar desde el inicio del contrato. Bilateral, de tracto sucesivo por su vocación de permanencia en el tiempo y principal pues no depende de otros contratos⁵³.

Debemos decir que el contrato de trabajo ha experimentado una evolución constante, que responde a los cambios vividos por nuestras sociedades que se traduce a su vez en la evolución de las instituciones vivas del Derecho. El Derecho Laboral fue adquiriendo una fisonomía propia, alejada de criterios

⁵¹ Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, primera edición, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, pp. 98-99.

⁵² Cfr. INFANTES, Gisela; MUCHA, Raúl y EGÚSQUIZA, Beatty. *Manual de obligaciones del empleador y beneficios del trabajador*, primera edición, Lima, Pacífico Editores, 2012, p. 11.

⁵³ *Ibidem*, pp.11-12.

civilistas o, en casos extremos, de criterios penales, siendo así que el contrato de trabajo adquiere una forma propia en el ámbito del Derecho Laboral, desligándose de sus orígenes civilistas, el derecho laboral se constituye en la especialidad que se ocupa de la protección del trabajador en un marco de justicia; el contrato de trabajo debe ser visto con ese enfoque conceptual, además de cumplir con los requisitos tradicionales (objeto lícito, forma prescrita por la ley, capacidad de los contratantes, etc.). El Contrato de Trabajo tiene una fisonomía propia y se desenvuelve en el ámbito del Derecho Laboral por las características que tiene, y sus efectos se traducen en la relación de trabajo⁵⁴.

Respecto a la forma de celebración, tenemos que el contrato de trabajo puede darse en forma verbal o escrita, no existiendo formalidades para su celebración, salvo en los contratos sujetos a modalidad que solo admiten la forma escrita, conforme establece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, además los contratos de trabajo se pueden celebrar a plazo indeterminado, a plazo determinado o sujeto a modalidad, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial⁵⁵.

1.3.1. Elementos Esenciales y Típicos del Contrato de Trabajo

El trabajo puede darse por cuenta ajena o por cuenta propia; sin embargo, lo que interesa al tema de tesis y al derecho laboral por excelencia, es el trabajo por cuenta ajena, y como vimos anteriormente, no es necesario una forma escrita para evidenciar la existencia de un contrato de trabajo, pero sí debe evidenciarse la existencia de ciertos requisitos esenciales.

Estos elementos esenciales deben reflejarse en la realidad, si estos elementos están ausentes, entonces no existirá un contrato de trabajo en sentido material⁵⁶.

Los elementos esenciales son aquellos elementos indispensables para que exista un contrato laboral, como la prestación personal de servicios, la

⁵⁴ Cfr. DE RIVERO SANTANA, Eduardo. "Naturaleza jurídica del Contrato de trabajo y la Formulación de la Relación de trabajo", *Themis revista de Derecho PUCP*, N° 3, Año 1, Segunda Época, Lima, 1985, p. 74.

⁵⁵ Cfr. INFANTES, Gisela; MUCHA, Raúl y EGÚSQUIZA, Beatty. *Manual de obligaciones del empleador (...)* Op. Cit., p. 11.

⁵⁶ Cfr. LAPOINT QUIÑONES, Linda Melody. *El contrato de trabajo como consecuencia de la aplicación del principio de primacía de la realidad*, Tesis para optar el título profesional de abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2010, p. 16.

remuneración y la subordinación; también existen otro tipo de elementos que si bien no son indispensables para su determinación permiten lograr de forma idónea la identificación de si estamos antes un contrato laboral, estos son los llamados elementos típicos⁵⁷. “Toda relación laboral se caracteriza por la existencia de tres elementos esenciales que la definen como tal: (i) prestación personal de servicios, (ii) subordinación y (iii) remuneración”⁵⁸.

a) Prestación Personal de servicios

Es una característica del contrato de trabajo, el ser personal, “*intuito personae*” dado que el trabajador debe realizar personalmente la labor encomendada, aunque no es inválida la posibilidad que el trabajador sea ayudado por familiares directos que dependan de él, dado el caso esto sea usual según la naturaleza de las labores encomendadas⁵⁹. Ello está establecido en el artículo 5° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

b) Remuneración

Es el pago recibido por el trabajador de parte de su empleador, pero solo será una remuneración, si es que es de libre disposición del trabajador, puede darse en dinero o especie, no hay inconveniente en que el pago sea dado una sola vez durante el contrato o en forma periódica⁶⁰, “son pagos periódicos las cantidades abonadas al trabajador al terminar determinados periodos de tiempo, que pueden ser semanales, quincenales, mensuales, semestrales o anuales”⁶¹.

Creemos que atención al contenido esencial del derecho al trabajo, el trabajador debe recibir una remuneración digna, que le permita atender sus necesidades mínimas, en especial las necesidades materiales como el

⁵⁷ Cfr. INFANTES, Gisela; MUCHA, Raúl y EGÚSQUIZA, Beatty. *Manual de obligaciones del empleador* (...) Op. Cit., p. 12.

⁵⁸ STC recaída en el Expediente N° 04840-2007-PA/TC. (Caso Robert Espinoza Mesa contra Municipalidad Distrital de Pillco Marca) del 16 de junio de 2009, fundamento jurídico 4.

⁵⁹ Cfr. INFANTES, Gisela; MUCHA, Raúl y EGÚSQUIZA, Beatty. *Manual de obligaciones del empleador* (...) Op. Cit., p. 11.

⁶⁰ Cfr. HARO CARRANZA, Julio Enrique. *Derecho individual del trabajo: Ley general del trabajo*, segunda edición, Lima, Editora RAO, 2005, p. 240.

⁶¹ *Ibidem*, p. 240.

alimento, vestimenta, vivienda, salud, y otras; es decir que se condiga con la dignidad de la Persona Humana⁶².

Son características de la remuneración: El ser una contraprestación, ya que es dada en virtud de la realización de una prestación o trabajo dependiente. Debe ser de libre disposición, ya que el trabajador debe poder usarla a su libre albedrío, sin consultar a su empleador, a excepción del concepto de alimentación y sumas que por este concepto se le abonen. Debe ser pagada en dinero, aunque por excepción también pueden ser percibidas en especie. Intangible, no puede ser tocada por nadie, ni por el empleador, y solo puede ser cobrada por el trabajador o excepcionalmente por un familiar cercano previa carta firmada solemnemente. Es inembargable, las deudas ordinarias del trabajador, no pueden originar el embargo de la remuneración, salvo la pensión alimenticia autorizada judicialmente. Tiene carácter preferencial o prevalencia, en caso de quiebra o liquidación de la empresa, la remuneración tendrá preferencia en su pago frente a otras obligaciones⁶³.

c) Subordinación

La subordinación trata del poder de mando del empleador y el correspondiente deber de obediencia de sus subordinados o trabajadores, este poder se concretiza en tres específicas atribuciones, las cuales son: el dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador de ser el caso⁶⁴.

Es por la subordinación que sin contratiempos ni reparos son dadas las órdenes al trabajador, las cuales están ligadas al objeto social o propio de su actividad, que está asociada al contrato dependiente, de modo que el trabajador debe cumplir y ejecutar estas órdenes obedientemente, por constituir esta la razón del contrato⁶⁵.

Además es importante enfatizar que “la subordinación constituye el elemento fundamental y exclusivo del contrato de trabajo, puesto que los otros contratos

⁶² Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *Derecho al trabajo y (...) Op. Cit.*, p. 64.

⁶³ Cfr. HARO CARRANZA, Julio Enrique. *Derecho individual del (...) Op. Cit.*, p. 240-241.

⁶⁴ Cfr. SALDAÑA TABOADA, Humberto José. *Efectos de la contratación laboral a plazo determinado, en las organizaciones sindicales en el Perú*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Trujillo, Universidad Nacional de Trujillo, 2016, p. 40.

⁶⁵ Cfr. GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *El Contrato de Trabajo*, Tomo I, primera edición, Lima, Editorial Adrus D&L, 2016, p. 368.

de servicios por cuenta ajena, como la de locación de servicios y contrato de obra, son cumplidos con autonomía”⁶⁶.

Al comienzo de este punto, mencionamos también la existencia de elementos típicos que, aunque no sean esenciales para la configuración del contrato de trabajo, sí suelen observarse repetidamente cuando nos encontramos con un contrato de trabajo. Dentro de los elementos típicos podemos mencionar: i) que el trabajo sea realizado en un local o centro determinado por el empleador ii) que el servicio se dé dentro de la jornada legal o habitual de trabajo iii) un contrato de trabajo celebrado de manera indeterminada y iv) que se labore para un solo empleador⁶⁷.

II. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DEL PODER DE DIRECCIÓN

Hemos dejado sentado que la naturaleza del poder de dirección, es la de un conjunto de facultades jurídicas dentro de la esfera de control del empleador. Estas facultades son parte de la actuación del empresario, la cual es muy amplia dentro del concepto de poder de dirección, aunque creemos estas facultades deben provenir del ordenamiento jurídico, en caso de duda de su contenido y alcance, serán los tribunales los llamados a esclarecerlo⁶⁸. Existen múltiples manifestaciones, las cuales se derivan de las diferentes facultades otorgadas por los ordenamientos jurídicos. Entre estas manifestaciones podemos nombrar:

2.1. Contratación

Como hemos visto, la relación laboral se inicia con la contratación, aunque esta pueda ser o no bajo forma escrita⁶⁹, con las limitaciones propias de los contratos de trabajo.

Estas limitaciones deben ir acordes con el interés general, si bien el trabajo a realizarse puede pactarse de antemano por un contrato, este contrato debe respetar las limitaciones legales, como el sueldo mínimo y demás derechos del

⁶⁶ SALDAÑA TABOADA, Humberto José. *Efectos de la contratación laboral a plazo determinado*, en (...) Op. Cit., p. 41.

⁶⁷ Cfr. INFANTES, Gisela; MUCHA, Raúl y EGÚSQUIZA, Beatty. *Manual de obligaciones del empleador* (...) Op. Cit., p. 12.

⁶⁸ Cfr. GARCIA VIÑA, Jordi. "La organización del trabajo en la (...) Op. Cit., p. 394.

⁶⁹ Cfr. INFANTES, Gisela; MUCHA, Raúl y EGÚSQUIZA, Beatty. *Manual de obligaciones del empleador* (...) Op. Cit., p.11.

trabajador.

Además la propia naturaleza del contrato laboral limita en parte la autonomía de la voluntad expresada en estos contratos, ya que aunque existe la libertad contractual, y la autonomía de la voluntad para establecer los contratos, en el campo de las relaciones laborales y específicamente el contrato de trabajo, esta autonomía de la voluntad se encuentra sometida, por razones de orden público, también favorables al empleador y al cumplimiento del fin económico de la empresa, que necesita el sometimiento de la autonomía de la voluntad del trabajador ante el poder patronal, el cual será más amplio conforme lo indeterminado de la prestación laboral⁷⁰.

El empleador puede contratar la cantidad de trabajadores que estime conveniente, elegir a los que considere adecuados y clasificarlos según trabajadores de confianza, trabajadores de dirección, empleados u obreros, etc. El límite es el impedimento del empleador de actuar en forma discriminatoria⁷¹.

2.2. Organización

El empleador puede organizar la prestación de servicios del trabajador y regularla, pudiendo establecer la forma, el modo y el lugar de la prestación de servicios del trabajador⁷².

En nuestro país la ordenación del poder de organización suele manifestarse mediante la emisión del Reglamento Interno de Trabajo (RIT), que es una norma unilateral, pues es creado por el empleador sin intervención de los trabajadores. Según el Decreto Supremo N° 039-91-TR, el RIT es obligatorio para aquellas empresas que tienen a su cargo más de cien trabajadores. Quedando excluidas de esta obligación la mediana y micro empresa⁷³.

Así pues un Reglamento Interno de Trabajo, deberá comprender la normativa básica que regule las relaciones laborales dentro de una empresa u organización, como: “a) admisión o ingreso de los trabajadores; b) las jornadas

⁷⁰ Cfr. LASTRA LASTRA, Jose Manuel. “Paradojas de la Autonomía de la Voluntad en las Relaciones de Trabajo”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, N° 5, Año 2, mayo-agosto de 2003, p. 110.

⁷¹ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 241.

⁷² *Ibíd*em, p. 241.

⁷³ *Ibíd*em, p. 241.

y horarios de trabajo; tiempo de la alimentación principal; c) normas de control de asistencia al trabajo; d) normas de permanencia en el puesto conteniendo: permisos, licencias e inasistencias; e) modalidad de los descansos semanales; f) derechos y obligaciones del empleador g) derechos y obligaciones del trabajador; h) normas tendientes al fomento y mantenimiento de la armonía entre trabajadores y empleadores; i) medidas disciplinarias; j) persona o dependencia encargada de atender los asuntos laborales y la tramitación de los mismos; k) normas elementales que se deben observar dentro del desarrollo de la actividad laboral, con la finalidad de cautelar la higiene y seguridad en el trabajo, e indicaciones para evitar accidentes u otros riesgos profesionales, así como las instrucciones respectivas para prestar los primeros auxilios; l) las demás disposiciones que se consideren convenientes de acuerdo a la actividad de la empresa”⁷⁴.

Este reglamento Interno es de aprobación automática por la Autoridad Administrativa de Trabajo tras su sola presentación⁷⁵ y los trabajadores, que consideren que el reglamento atenta contra sus derechos podrán accionar judicialmente⁷⁶.

2.3. Facultad de impartir instrucciones y órdenes

Algunos autores⁷⁷ hacen distinción entre la organización genérica del trabajo, a la que llaman facultad de impartir de instrucciones, y los mandatos referentes a la dificultad de la labor a realizar.

Siendo para estos autores: las instrucciones referidas a “la organización genérica del trabajo (número de trabajadores y organización de los mismos por categorías y funciones; imagen exterior de la empresa, normas sobre calidad y

⁷⁴ Decreto Supremo N° 039-91-TR, Establecen el Reglamento Interno de Trabajo, que determine las condiciones que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones, Artículo 2°.

⁷⁵ Cfr. Decreto Supremo N° 039-91-TR, Establecen el Reglamento Interno de Trabajo, que determine las condiciones que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones, Artículo 4°.

⁷⁶ Cfr. Decreto Supremo N° 039-91-TR, Establecen el Reglamento Interno de Trabajo, que determine las condiciones que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones, Artículo 5°.

⁷⁷ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel citados por VERGARA CEBALLOS, Fabiola. “Poder Directivo y Nuevas Tecnologías de la Información y la comunicación. Una acentuación de la facultad de control”, *revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 1, Volumen 1, 2010, p. 33.

presentación de los bienes y servicios, entre otras), en tanto que las segundas van en relación directa con la dificultad de la labor a realizar”⁷⁸.

Órdenes e Instrucciones, son ambas instrumentos del poder de dirección del empleador, a través de ellas se exige una diligencia de los trabajadores al realizar sus labores, así como la obediencia respecto a la actividad a realizar, y la disciplina con que deben conducirse las personas en sus puestos de trabajo⁷⁹.

No obstante, se reconoce el *ius resistentiae*, o derecho del trabajador a oponerse a aquellas órdenes o instrucciones que sean lesivas de su dignidad humana, así como contra aquellas que atenten contra sus derechos irrenunciables, configurándose así situaciones que justificarán una desobediencia⁸⁰.

2.4. Modificar la prestación

Consiste en la adaptación o la adecuación en el tiempo de las condiciones de trabajo. Debido a la vocación de permanencia, el empleador puede ir adaptando la prestación de trabajo. Existiendo modificaciones no sustanciales o no esenciales de las condiciones de trabajo, que se encuentran en lo que se ha denominado *ius variandi*, refiriéndose a modificaciones de aspectos no trascendentales de la relación laboral⁸¹. Así como las modificaciones sustanciales o radicales de las condiciones de trabajo que algunos autores suelen denominar alteraciones⁸².

Las modificaciones no sustanciales o *ius variandi*, se refieren a cambios por lo general temporales, sin carácter trascendental; a estas modificaciones no sustanciales, también suele denominárseles como movilidad funcional⁸³.

⁷⁸ VERGARA CEBALLOS, Fabiola. “Poder Directivo y Nuevas Tecnologías de la Información y la comunicación. Una acentuación de la facultad de control”, *revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 1, Volumen 1, 2010, p. 33.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque* (...) Op. Cit., p. 242.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Cfr. SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio; DEL VALLE VILLAR, José Manuel y GIL Y GIL, José Luis. *Prontuario de derecho del trabajo*, séptima edición, Madrid, Thomson Civitas, 2005. p. 222.

El *ius variandi* sería entonces un medio técnico que busca llevar a cabo la vocación de permanencia de la relación laboral, ante el conjunto de situaciones que se presentan en la cotidianidad, donde las empresas muchas veces se ven obligadas a modificar sus estructuras y esquemas productivos por razones económicas o técnicas que les permitan seguir en competencia⁸⁴.

Podemos considerarlo también una facultad y expresión del poder de dirección del empleador⁸⁵. Recordemos que hemos definido la naturaleza del poder de dirección, como un conjunto de facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico, el *ius variandi* sería una facultad más, también reconocido por el ordenamiento jurídico.

Respecto a las condiciones sustanciales, algunos autores consideran que serían también expresión del *Ius Variandi*, pero es importante precisar que la diferencia principal es que lo denominado tradicionalmente como *Ius Variandi*, puede ser ejercido por el empleador libremente; sin embargo, para las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, se necesitaría de ciertos controles cautelares⁸⁶.

Las modificaciones sustanciales son aquellas que, de modo notorio y evidente, alterarán los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otra distinta. No es fácil o incluso posible la elaboración de una lista que diferencie de forma indubitable qué modificaciones son esenciales o sustanciales y cuales no⁸⁷.

Hoy en día, no existe a excepción de la “modificación de la jornada y horario de trabajo (...) un procedimiento o norma alguna que permita al empleador modificar, sustancialmente, cualquier condición de trabajo”⁸⁸.

La respuesta a cuáles son las condiciones sustanciales, al menos en nuestro caso vendría dada por el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral D.S. N° 003-97-TR (LPCL) que señala: “el empleador

⁸⁴ Cfr. POSE, Carlos. *Manual Práctico del ius variandi*, primera edición, Buenos Aires, David Grinberg Libros Jurídicos, 1995, p. 18.

⁸⁵ Cfr. CARRO IGELMO, Alberto José. *Curso de derecho del trabajo*, segunda edición, Barcelona Bosch, 1991, p. 418

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 420-421.

⁸⁷ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque (...) Op. Cit.*, p. 236.

⁸⁸ *Ibidem*.

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”.

Lo que representaría una abdicación del Estado en favor del poder de dirección del empleador, pues posibilita de manera general la modificación de elementos sustanciales de las condiciones de trabajo, siendo los límites, la razonabilidad y la necesidad de la empresa de variar la prestación de servicios del trabajador, sin ningún tipo de mecanismos previos de control al ejercicio de estas facultades, quedando solo la posibilidad de los trabajadores de cuestionar judicialmente cualquier modificación y haciéndose patente la necesidad de legislar sobre este tema en nuestro ordenamiento⁸⁹.

2.5. Facultad de vigilancia y control de la actividad laboral

El empleador en mérito a sus facultades, verifica la labor que sus trabajadores realizan para él, y por esta verificación “el trabajo mal ejecutado y la inobservancia de las obligaciones laborales, colocaran al trabajador faltoso frente a las responsabilidades contractuales y legales” pertinentes⁹⁰.

Es menester a su vez que el empleador pueda “utilizar los medios necesarios para la valoración de la ejecución de la prestación laboral y comprobación de que los trabajadores han cumplido sus obligaciones laborales” lo que “comprende una observancia de la conducta de estos en relación con la prestación de servicios en sí misma y sus circunstancias de tiempo y lugar, y con los aspectos laterales o conexos a aquella como, por ejemplo, actividades particulares del trabajador que puedan implicar una competencia desleal para con su empresario”⁹¹.

⁸⁹ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque (...)* Op. Cit., p. 237.

⁹⁰ GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *El Contrato de (...)* Op. Cit., p. 681.

⁹¹ VERGARA CEBALLOS, Fabiola. “Poder Directivo y Nuevas Tecnologías de la Información y (...)” Op. Cit., pp. 35-36.

La doctrina esgrime una serie de deberes del trabajador, vinculados con el deber de verificación, tenemos por ejemplo la nomenclatura dada por Francisco Gómez Valdez⁹²:

- a) Deber de Obediencia: Lazos de subordinación, pero siempre ligados a la razonabilidad, no existiendo desobediencia frente a órdenes arbitrarias, abusivas o injustas.
- b) Deber de Diligencia: Se trata del aprestamiento del trabajador frente a la misión a cumplir, se asocia con el rendimiento, el trabajo estándar del resto de personal en trabajos similares. Asociada a veces al comportamiento, modo de actuar, atención y cuidado requeridos en la ejecución del trabajo y otras veces asociada al cumplimiento de leyes, reglamentos y otras órdenes.
- c) Deber de Buena fe: Que la labor del trabajador sea honesta, fiel, honrada en pro de la empresa, que se contribuya al sostenimiento de la empresa, se “acentúa siempre la parte moral de la prestación para justificar este predicado”.
- d) Deber de Lealtad: La prestación debe ser leal por la ajenidad de la prestación, el trabajador puede ser desleal para favorecerse a sí mismo o para favorecer a terceros. La prestación laboral no puede ir contra de lo que el empleador ha reclutado.
- e) Deber de Colaboración y Solidaridad: Se trata que ante un infortunio o problema, el trabajador de la voz de alerta de la situación dañosa sin importar la jerarquía o pericia, se debe dar aviso de un potencial problema. Por la solidaridad, ya que la empresa unifica capital y trabajo, ambos deben unificarse para que se obtenga el beneficio, no pudiendo descuidar la misión de la empresa en ningún supuesto, por ejemplo incluso cuando hay huelga se debe destinar el personal adecuado para la no conmoción o daño de la empresa.

⁹² Cfr. GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *El Contrato de (...) Op. Cit.*, p. 628.

2.6. Apremiar conductas privadas

Es una manifestación singularizada del poder de vigilancia y control que corresponde al empresario, se le reconoce mediante esta, la posibilidad de tener registros sobre sus trabajadores y sus efectos particulares, lo que debe efectuarse respetando sus derechos fundamentales; en este caso, la dignidad e intimidad del trabajador, pero no puede descuidarse el interés legítimo del empleador en la defensa de su patrimonio. Esta facultad empresarial aparece inexcusablemente ligada a la concurrencia de un motivo o causa que legitime la actuación empresarial para la protección del patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores⁹³.

Creemos que aquí entra en juego también el concepto de buena fe, que debe guiar la relación de trabajo, en cuanto característica que debe ser apreciada en la conducta del trabajador.

Se puede imaginar cierto tipo de incumplimientos que sólo serán controlables por vía de registros como conductas contrarias a la prohibición de concurrencia desleal impuesta al trabajador, etc⁹⁴.

Un caso concreto y de singular concurrencia, de esta manifestación, sería el uso del correo electrónico proporcionado por la empresa, la determinación del alcance que tendría el poder de vigilancia y control empleador, al apreciar esta conducta privada. Al respecto tenemos dos posturas: “La primera postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea, al ser proporcionadas por el empleador, son herramientas de trabajo que pueden ser supervisadas, intervenidas, interceptadas y registradas por el empleador, sin la existencia de una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice” y “en cambio, la segunda postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea proporcionados por el empleador son medios de comunicación incluidos dentro del ámbito de protección del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las

⁹³ Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de derecho del (...)* Op. Cit., p. 225.

⁹⁴ *Ibíd*em, p. 226.

comunicaciones”⁹⁵.

Siguiendo a Mesía Ramírez, nos decantamos por la segunda postura, pues consideramos al igual que él, que la privacidad en las comunicaciones vía correo electrónico, o por otro programa de mensajería está amparada por nuestra Constitución, específicamente en el artículo 2º, inciso 10 que reconoce el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, y que por lo tanto toda información que se obtenga violando este enunciado, se constituirá en prueba prohibida, no plausible de uso en un procedimiento disciplinario de despido, ni utilizable como prueba para sancionar al trabajador⁹⁶.

Debemos decir que “el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que brinda a sus trabajadores(...), la única forma de acreditar que el trabajador utiliza su correo electrónico para fines opuestos a los impuestos por sus obligaciones laborales, es iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la impone, para estos casos, la propia Constitución”⁹⁷.

2.7. Facultad de imponer sanciones o poder disciplinario

Si sabemos que el poder de dirección es la potestad para organizar y ordenar el trabajo, durante toda la relación laboral, entonces lo lógico es que esta potestad esté acompañada de la facultad de imponer sanciones por parte de los empleadores, cuando sus trabajadores incurran en falta o no cumplan sus obligaciones labores, lo que constituiría el poder disciplinario del empleador, aunque claro está, este poder no es ilimitado⁹⁸.

Debemos tener en cuenta que “la valoración de las faltas y los castigos

⁹⁵ STC recaída en el Expediente N° 03599-2010-PA/TC. (Caso María Espinoza Chumo contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos) del 10 de enero de 2012, voto del magistrado Mesía Ramírez, fundamento jurídico 4.

⁹⁶ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 03599-2010-PA/TC. (Caso María Espinoza Chumo contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos) del 10 de enero de 2012, voto del magistrado Mesía Ramírez, fundamento jurídico 7.

⁹⁷ STC recaída en el Expediente N° 03599-2010-PA/TC. (Caso María Espinoza Chumo contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos) del 10 de enero de 2012, voto del magistrado Mesía Ramírez, fundamento jurídico 7.

⁹⁸ Cfr. VERGARA CEBALLOS, Fabiola. “Poder Directivo y Nuevas Tecnologías de la Información y (...) Op. Cit., pp. 33-34.

impuestos son siempre revisables ante la jurisdicción competente. Ahora bien, el empleador puede determinar de forma individualizada conductas de diferente trascendencia disciplinaria e imponer distintas sanciones -desde una amonestación verbal hasta la extinción del contrato- sin que ello implique la vulneración del principio de igualdad ni un trato discriminatorio respecto de determinados trabajadores”⁹⁹.

En nuestra opinión, se debe tener especial cuidado, al momento de ejercer esta facultad, para evitar caer en un trato discriminatorio, el cual se hará patente siempre y cuando se dé a una misma situación o tomando de referencia el término jurídico supuesto de hecho, un trato diferenciado. Creemos que ante la misma situación y mismas causas debe aplicarse la misma amonestación o castigo; sin embargo, si las causas o situaciones varían, entonces lo discriminatorio sería el no aplicar una valoración o sanción distinta.

Las empresas están facultadas para determinar "de forma individualizada conductas de diferente trascendencia disciplinaria" y al hacerlo, tal circunstancia impedirá "apreciar tratamiento desigual, pues... es posible atribuir aquella calificación cuando la empresa aprecia indiciariamente en virtud de su propia depuración de los hechos, como titular del poder disciplinario, que no ha sido la misma la actitud de los trabajadores despedidos y la de los restantes”¹⁰⁰.

A modo de ejemplo tomamos la Sentencia N° 9382/2000 de TSJ Cataluña, Barcelona, España, Sala de lo Social, del 14 de noviembre de 2000. En esta el accionante (a quien se le había despedido por haber utilizado el correo electrónico para enviar mensajes humorísticos, sexistas e incluso algunos obscenos a sus compañeros de trabajo y amistades, estos ajenos por supuesto a su prestación laboral y durante el horario de trabajo, usando el ordenador de la empresa) aduce un trato discriminatorio y diferenciado, respecto de su dos compañeros de trabajo que a su juicio incurrieron en la misma falta que él, aunque ellos lo hicieran solo en una o dos ocasiones, a diferencia de él y no

⁹⁹ VERGARA CEBALLOS, Fabiola. “Poder Directivo y Nuevas Tecnologías de la Información y (...) Op. Cit., p. 34.

¹⁰⁰ SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, Sala de lo Social, recaída en el Expediente N° 9382/2000. (Caso Deutsche Bank, S.A.E contra D. Jaime) del 14 de noviembre de 2000, fundamento de derecho 4.

conste el contenido de estos mensajes¹⁰¹.

La Sala de lo Social Española, responde que “en el supuesto litigioso, los compañeros del actor (a quienes se les impuso una sanción inferior a la de despido) también remitieron mensajes por correo electrónico -ajenos a la prestación laboral y durante su jornada de trabajo- a través del ordenador de la empresa y sin consentimiento de ésta; aunque, y a diferencia de aquél (además de no constar el contenido de los mismos), este sancionado incumplimiento se manifestó en sólo una (Sres. Tomás ., Luis Enrique . y Maite .) o dos ocasiones (Sr. Lorenzo), lo que revela la justificación del diferente trato recibido por uno y otros. Por lo que se refiere al Sr. Carlos. (Hp 18 en su alternativa redacción) la improcedencia de su despido está motivada por la "duda razonable" sobre la "autoría de los hechos imputados"¹⁰².

Permitiéndonos observar que a hechos y circunstancia iguales, corresponde un trato o sanción similar, sin embargo cuando los hechos materia de análisis presentan diferencias, o atienden a naturalezas diferentes, lo no discriminatorio y justo, será un trato o sanción diferente.

¹⁰¹ Cfr. SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, Sala de lo Social, recaída en el Expediente N° 9382/2000. (Caso Deutsche Bank, S.A.E contra D. Jaime) del 14 de noviembre de 2000, fundamento de hecho 2.

¹⁰² SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, Sala de lo Social, recaída en el Expediente N° 9382/2000. (Caso Deutsche Bank, S.A.E contra D. Jaime) del 14 de noviembre de 2000, fundamento de derecho 4.

CAPÍTULO II. VINCULACIÓN DEL EMPLEADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR, LA TEORIA DE LA ARMONIZACIÓN

CUESTIONES PRELIMINARES

En el presente capítulo buscamos enfatizar que las relaciones entre privados y en particular las relaciones laborales, están sujetas también al respeto de los Derechos Fundamentales, planteamos que la relación que debe existir entre los derechos fundamentales debe ser armónica buscando el pleno ejercicio de cada uno de ellos.

Se iniciará con una alusión a los derechos humanos y su conversión en Derechos Fundamentales al positivizarse, luego trataremos sobre los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral, haciendo mención tanto de los derechos específicos laborales como de los derechos laborales inespecíficos, es decir de aquellos que no se han pensado específicamente para la relación laboral pero que se ejercitan dentro de ella. Se erige inmediatamente aquí como importante, tratar sobre la persona humana y su dignidad que son el fin supremo de la sociedad y el Estado, pues constituyen el fundamento de la existencia de los derechos fundamentales.

Luego analizaremos el aparente conflicto de Derechos Fundamentales, los métodos de jerarquización y test de ponderación, teorías que tienen una serie de inconvenientes y que creemos debido a la subjetividad que presentan, no permitirían lograr el respeto efectivo de los Derechos Fundamentales, pasaremos luego a estudiar una teoría que parece superar a estas tesis, hablamos de la teoría de la armonización con sus pautas características, como la cláusula del contenido esencial y la autolimitación de los Derechos Fundamentales.

I. VINCULACIÓN DEL EMPLEADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

1.1. Derechos Humanos, Constitución y Derechos Fundamentales

Debemos decir que el término derechos humanos, es un término confuso para muchos sectores de la Doctrina y que hay varias definiciones ya sea de tipo, tautológico, es decir que no aportan elementos nuevos para caracterizar a estos derechos como por ejemplo sería decir “los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre”; definiciones formales, que no especifican el contenido de los derechos como por ejemplo “los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres y de los que ningún hombre puede ser privado” o las teleológicas donde se apela a valores últimos donde caben muchas interpretaciones “los derechos del hombre son aquellos que son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización”¹⁰³.

Nosotros nos adherimos a que los derechos humanos, son los derechos fundamentales o básicos de la persona humana, con lo que se quiere manifestar que “toda persona posee derechos por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual”¹⁰⁴. Es decir, proceden de la dignidad humana y son las exigencias necesarias para el desarrollo de esa dignidad, una tesis podemos decir apegada al lusnaturalismo.

Los derechos humanos poseen una serie de características en común como son: “imprescriptibilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, inviolabilidad, universalidad, efectividad, interdependencia y complementariedad”, es importante realzar la “universalidad, en cuanto trascienden a los individuos; pero también trascienden a los ordenamientos jurídicos nacionales, esto es,

¹⁰³ Cfr. SANTAGATI, Claudio Jesús. *Manual de derechos humanos*, primera edición, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2006, pp. 47- 49.

¹⁰⁴ PACHECO, Máximo. *Los Derechos Fundamentales de la persona humana. Serie Estudios de Derechos Humanos*, tomo II, primera edición, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, p. 67.

son internacionales. Por consiguiente, no obsta a su pleno reconocimiento y eficacia cualquiera soberanía nacional que pretenda enervarlos”¹⁰⁵.

Tradicionalmente, se usa el término Derechos humanos para referir a los derechos de la persona no positivizados en el ordenamiento constitucional interno de un determinado Estado, mientras que cuando sí se encuentran positivizados se les conoce como Derechos fundamentales o Derechos constitucionales¹⁰⁶.

Hemos hecho referencia a las Constituciones, pues ahora veremos que usualmente en las constituciones podemos encontrar un doble contenido, por un lado está la organización del poder del Estado que es lo que se conoce como parte orgánica y, por el otro, los criterios fundamentales de esa organización y su funcionamiento, conocidos también como parte dogmática. La parte esencial de la parte dogmática es la declaración de derechos, donde se definen los límites materiales impuesto por la dignidad humana, al poder público, así como los fines básicos que este poder debe perseguir¹⁰⁷.

La parte dogmática en su relación con la parte orgánica, se puede percibir como supraordinante, coordinante o subordinada. Supraordinante cuando se percibe a la persona humana como el centro y fin supremo de la sociedad y Estado y su consecuente remisión al cumplimiento de este enunciado, como en el caso peruano; coordinante si se limita a formula prerrogativas, privilegios o intereses a favor de la persona donde los órganos del Estado queden impedidos de afectarlos y obligados a conciliar sus políticas con estos intereses; subordinada es cuando no se presenta una limitación al poder del Estado, y la parte dogmática solo expresa declaraciones programáticas o se remite a la interpretación del legislador ordinario¹⁰⁸.

Son los derechos declarados en la parte dogmática, lo que conocemos como derechos fundamentales, la expresión derechos fundamentales, alude a los

¹⁰⁵ PACHECO, Máximo. *Los Derechos Fundamentales de la persona (...)* Op. Cit, p. 72.

¹⁰⁶ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*, tercera edición, Madrid, Tecnos, 1988, p. 44.

¹⁰⁷ Cfr. PÉREZ TREMP, Pablo. “Los derechos fundamentales” en *Derecho Constitucional. El ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos*, sexta edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, p. 139.

¹⁰⁸ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y derecho constitucional*, cuarta edición, Lima, Editorial Adrus, 2014, p. 477

derechos del hombre reconocidos por un ordenamiento jurídico interno, generalmente la Constitución y que al estar en esta, que es la norma con mayor jerarquía, goza de una tutela jurídica reforzada¹⁰⁹.

Todos estos derechos del hombre o derechos humanos, que están reconocidos por las Constituciones u ordenamientos internos serían los derechos fundamentales.

Vemos que se dan diferentes denominaciones para referirse a los derechos fundamentales o básicos del hombre, y que se suele identificar derechos fundamentales con derechos constitucionales; esto es así al menos en el Perú donde denominamos derechos fundamentales a todos aquellos derechos humanos expresados en la Constitución; sin embargo, debemos tener presente, que existen ordenamientos constitucionales, como el español por ejemplo, donde no todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales¹¹⁰.

Ahora debemos decir que los derechos fundamentales son “un elemento estructural del Estado de Derecho de manera que difícilmente pueden concebirse ambos como realidades separadas: sólo allí donde se reconocen y garantizan los derechos fundamentales existe Estado de Derecho y sólo donde está establecido el Estado de Derecho puede hablarse de auténtica efectividad de los derechos fundamentales”¹¹¹.

Se suele discutir sobre la naturaleza de los derechos fundamentales. Para las tesis iusnaturalistas, estos son anteriores a los ordenamientos jurídicos y derivan de la propia naturaleza humana; para los positivistas estos solo existen en cuanto constan expresamente en los ordenamientos jurídicos; y las tesis mixtas o eclécticas, para las que los derechos fundamentales provienen de un

¹⁰⁹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico*, Piura, Repositorio institucional Pirhua de la Universidad de Piura, 2005, pp. 8-9.

¹¹⁰ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? México, enero - junio 2005*, Piura, Repositorio institucional Pirhua de la Universidad de Piura, 2005, p. 3.

¹¹¹ PÉREZ TREMPES, Pablo. “Los derechos (...) Op. Cit., p. 139.

orden de valores anteriores a los ordenamientos jurídicos pero que solo adquieren su naturaleza de derechos en cuanto se encuentren positivizados¹¹².

1.2. Derechos laborales específicos e inespecíficos

Ahora bien, ya que hemos estudiado los derechos fundamentales, en los ordenamientos jurídicos, usualmente presentes en las cartas magnas y por ende pertenecientes a la mayor jerarquía normativa, debemos decir que estos irradian lógicamente también sus alcances a las relaciones laborales y los contratos de trabajo.

Hay derechos fundamentales específicamente laborales y otros que se irradian a la generalidad de sujetos en un ordenamiento jurídico, por lo que existirán Derechos laborales específicos e inespecíficos. “Debemos diferenciar entre los denominados derechos específicos laborales y los derechos inespecíficos laborales. En principio, parecería únicamente una diferencia pedagógica, ya que ambos pertenecen al patrimonio del ciudadano trabajador, sin embargo su desarrollo ha sido diferente y su reconocimiento ha tenido y tiene resistencias diferenciadas”¹¹³.

No resulta difícil para los empleadores admitir la existencia de límites intrínsecos al poder de dirección del empleador, los cuales se insertan dentro del contrato de trabajo, no sucede lo mismo con los límites impuestos por los derechos inespecíficos del trabajador, a las directivas del empleador, aquellos derechos fundamentales que el trabajador posee como persona y ciudadano, y a los cuales por su contenido extra laboral y su carácter general se les niega eficacia; o, en todo caso, se subordina esta eficacia a las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, o a las exigencias de la organización y eficiencia de la empresa¹¹⁴.

Por derechos laborales inespecíficos debemos entender a los derechos constitucionales de carácter general, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, por los sujetos de las relaciones de trabajo en el ámbito de las

¹¹² Cfr. PÉREZ TREMP, Pablo. “Los derechos (...) Op. Cit., p. 139.

¹¹³ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “Los derechos inespecíficos laborales. Análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional” en *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima, Academia de la Magistratura, 2004, p. 58.

¹¹⁴ Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, segunda edición, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2016, p. 106.

mismas, y, por lo tanto, tienen un contenido o dimensión laboral sobrevenida, dándose una impregnación laboral de los derechos de titularidad general debido a que quienes ejercen la titularidad en el caso concreto son los trabajadores, en el ámbito de una relación laboral¹¹⁵.

Podemos decir que los derechos específicos laborales están consolidados, pero los derechos inespecíficos laborales aún son fuente de discusión, especialmente en lo referido al límite al poder de dirección del empleador¹¹⁶. Pero debemos tener presente que los derechos inespecíficos laborales, siempre estarán presentes también dentro de la relación laboral, siendo estos los derechos fundamentales que ejercitan los trabajadores dentro de una relación laboral.

Los derechos constitucionales laborales inespecíficos serían para Alonso Olea, la versión laboral de los derechos fundamentales y libertades públicas. Para Valdés Dal Ré, el marco normativo de las relaciones de trabajo comprende tanto a los derechos laborales específicos como a los inespecíficos, y son ambos tipos de derechos límites para los empleadores, además pone énfasis en que muchas veces la subordinación establecida por el contrato de trabajo, corre el riesgo de convertirse en un peligro para las libertades del trabajador, siendo ante ello la Constitución como norma fundamental y la legislación laboral las llamadas a evitar este peligro¹¹⁷.

Es necesario un equilibrio entre el poder de dirección del empresario y las libertades y derechos que la Constitución reconoce al trabajador, y dada la preeminencia de los derechos fundamentales, la modulación entre estos dos conceptos deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible¹¹⁸.

¹¹⁵ Cfr. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*, décima edición, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, pp. 149-150.

¹¹⁶ Cfr. CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. "Los derechos inespecíficos laborales. Análisis de (...) Op. Cit., p. 58.

¹¹⁷ Cfr. ALONSO OLEA y VALDÉS DALRÉ citados por PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los Derechos Laborales Inespecíficos", revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 5, Volumen 3, 2012, p. 21.

¹¹⁸ Cfr. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del (...) Op. Cit., p. 150.*

Entre las características de estos derechos inespecíficos tenemos:

a) Universalidad: Se pregonan respecto de todos los trabajadores y su rango de protección alcanza “a todas las personas físicas a las que se les confiere esa situación jurídica, no importando la forma como sea reconocida legalmente la misma en la normativa”¹¹⁹.

b) Indisponibilidad: Al tratarse de derechos fundamentales, serán también derechos fueran del alcance de la disponibilidad del trabajador, son derechos indisponibles¹²⁰.

c) Reconocimiento general: Hace referencia a que su reconocimiento debe ser desde el más alto nivel jerárquico, es decir la Constitución, ya que deben ser reconocidos “mediante reglas generales y abstractas, contenidas en la norma al más alto nivel de la jerarquía”¹²¹.

Para un mayor conocimiento de la vinculación del empleador a los derechos fundamentales del trabajador, debemos analizar esta disyuntiva desde un punto de vista constitucional y remitiéndonos también a la normativa internacional.

1.3. Análisis constitucional

1.3.1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado

Nos parece necesario iniciar este análisis con el artículo 1° de la Constitución, pues nuestra carta magna desde su primer artículo deja en claro que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Este enunciado se puede analizar desde diferentes teorías de los derechos fundamentales y de los métodos de interpretación constitucional. Tenemos así que desde una concepción liberal, esta defensa de la persona humana necesitará de un *status* negativo, de actuación del Estado y de los agentes de la sociedad, considerándose que la persona humana cuenta por sí sola con las

¹¹⁹ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “Los derechos inespecíficos laborales. Análisis de (...) Op. Cit., p. 60.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

capacidades y potencialidades para ejercer sus derechos fundamentales; sin embargo, este *status* negativo de actuación se queda corto en la búsqueda del efectivo ejercicio de los derechos humanos, se necesita un *status* positivo de la libertad, propio de una perspectiva constitucionalista social, encuadrada en una concepción humanista, donde no solo se le reconozca a la persona, las capacidades y posibilidades sociales de realizarse humanamente, sino donde se reconozca que para este desarrollo humano, es necesario también la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados¹²².

Ya hemos visto a lo largo del capítulo precedente, menciones a la defensa de la persona humana y su dignidad, y esto es así, porque cuando hablamos de derechos fundamentales, la primera norma que debemos comprender es la estipulada en el artículo 1° de la Constitución, pues le da sentido a las demás normas. Todas las normas deben estar encaminadas al desarrollo de las personas en comunidad, ya que es la propia Constitución, máxima norma, la que ha instaurado la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fines supremos de la sociedad y del Estado.

La dignidad de la persona humana y el respeto de su dignidad, que constituyen fines, también constituyen fuentes, pues sirven como fuentes de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dado que “la dignidad de la persona humana se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre, razón por la que sólo puede ser entendida a cabalidad en el marco de una teoría institucional”¹²³.

a) Dignidad y Persona humana, dos caras de la misma moneda

Cuando hablamos de derechos fundamentales es siempre importante tratar sobre la persona humana y su dignidad, que es la razón de la existencia de los derechos fundamentales, por eso creemos importante tener este apartado, ya que si lo obviamos podemos perder la perspectiva de lo que estamos realmente defendiendo con los derechos fundamentales.

¹²² Cfr. LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona humana”, *Revista Ius et veritas*, N° 21, Lima, Noviembre 2000, pp. 10-11.

¹²³ *Ibidem*, p. 11.

En nuestra legislación, la dignidad está configurada como un concepto jurídico de contenido abierto; es decir, que su contenido debe analizarse y verificarse en cada caso en concreto, claro está mediante patrones sustantivos e instrumentales de interpretación, lo que resulta una ventaja para la dogmática pero a veces un problema para la jurisprudencia al poderse considerar un acto digno o no, dependiendo de quién lo analice, por lo cual la interpretación constitucional de un caso en concreto sobre la afectación de la dignidad humana, será constitutiva tanto del concepto de dignidad como del ejercicio legítimo de esta¹²⁴.

Se dice que es más fácil comprender el concepto de dignidad humana cuando se analiza su afectación en un caso en concreto pero aunque la dignidad es una cláusula interpretativa, esta también es comprensible por sí misma porque también constituye un principio constitucional y un derecho fundamental justiciable, se puede decir que la cláusula de la dignidad opera como un principio de fusión de los derechos humanos positivos y los derechos humanos morales o *iusnaturales*¹²⁵.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que “la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos”¹²⁶.

A modo de opinión, creemos que el concepto de dignidad humana, requiere la protección jurídica de todas aquellas actuaciones que conlleven a la realización

¹²⁴ Cfr. LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona (...) Op. Cit., p. 14.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 14-15.

¹²⁶ STC recaída en el Expediente N° 10087-2005-PA/TC. (Caso Alipio Landa Herrera contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros) del 18 de diciembre de 2007, fundamento jurídico 5.

del ser humano, en todos los ámbitos, haciendo hincapié en los actos que le permitan llevar a cabo su proyecto de vida, dentro de la comunidad.

Es posible apoyar esta opinión, con un análisis del artículo 3° de la Constitución, por cuanto aquí está estipulada la cláusula de los derechos implícitos o *numerus apertus*, así como del artículo 55° y cuarta disposición final y transitoria sobre incorporación de los tratados internacionales en el derecho nacional, pues en estos se “reconoce que la dignidad humana abarca bienes jurídicos más allá de lo que positivamente se haya consagrado en el texto político. Por ello, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales también debemos encontrarlos en los valores propios de la dignidad del hombre, que no deben estar al libre arbitrio”¹²⁷.

El Tribunal Constitucional dice que la realización de la dignidad es una obligación jurídica que no se puede colocar únicamente en el plano pre jurídico o filosófico, pero que también requiere más que la sola positivización jurídica, requiere el real goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio, ya que solo con una correcta definición de la garantía en cuestión será protegible la dignidad¹²⁸.

Así mismo el Tribunal Constitucional aduce que el valor normativo de la dignidad humana atraviesa por reconocer que en la fundamentación de los derechos fundamentales hay una afirmación de multifuncionalidad que atiende a los diversos objetivos perseguibles por estos derechos en un sistema axiológico pluralista¹²⁹.

b) Subordinación de la relación laboral al ejercicio de los Derechos Fundamentales

El artículo 23° de la Constitución peruana dice textualmente que: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

¹²⁷ LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona (...) Op. Cit., p. 15.

¹²⁸ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 2273-2005-PHC/TC. (Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) del 20 de abril de 2006, fundamento jurídico 8.

¹²⁹ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 2273-2005-PHC/TC. (Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) del 20 de abril de 2006, fundamento jurídico 9.

Tanto los derechos específicos como los derechos inespecíficos laborales, tienen la calidad de derechos constitucionales, sí se encuentran en la carta magna, por lo cual existe la obligación impuesta por nuestra Constitución, de respeto a su contenido y alcance.

Parece una obviedad el deber del empleador de respetar los derechos fundamentales y la sinalagmática obligación del trabajador. El empleador tiene la obligación de respetar los derechos específicos e inespecíficos del trabajador sin que le esté permitido, intervenir o coartar su libre ejercicio¹³⁰.

El máximo intérprete de la Constitución da clara muestra del reconocimiento existente de los derechos fundamentales llamados inespecíficos, dentro la relación laboral, por ejemplo al defender la dignidad y derechos constitucionales de la mujer embarazada, ha expresado así que: “la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, (...) sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja”¹³¹. “Por ello, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo”¹³².

Pero no podemos limitar el enunciado del artículo 23° de la Constitución a un solo deber del empleador de abstenerse a intervenir en el ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, lo cual dejaría al artículo enunciado sin un contenido útil. También existe un deber hacer por parte del empleador para la satisfacción de estos derechos laborales inespecíficos; de lo contrario

¹³⁰ Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y (...) Op. Cit.*, p. 107.

¹³¹ STC recaída en el Expediente N° 05652-2007-PA/TC. (Caso Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social) del 6 de noviembre de 2008, fundamento jurídico 51.

¹³² STC recaída en el Expediente N° 05652-2007-PA/TC. (Caso Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social) del 6 de noviembre de 2008, fundamento jurídico 52.

solo estaría repitiendo lo enunciado en el artículo 38° de la Constitución, esto es el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación; sin embargo, se deduce del propio texto de la Constitución el carácter operativo y no solo de abstención del empleador, sobre todo el artículo 1°, según el cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo no solo del Estado sino también de la sociedad, obligándolos a una actuación para la realización de esta defensa de la dignidad y de la persona humana, se hace pues una distinción entre Estado y sociedad, dejándose en claro la opción de la Constitución por la irradiación de estos valores fundamentales al conjunto de relaciones *inter privatos* que se desarrollan en la sociedad¹³³.

Por último, debemos decir que el Tribunal Constitucional ha expuesto que los derechos fundamentales y derechos laborales constitucionales son efectivamente irrenunciables pero que existen ciertas restricciones a su exigencia. Así según el Tribunal Constitucional “una cosa es la irrenunciabilidad de los derechos, esto es, su naturaleza inalienable en su condición de bienes fuera de la disposición, incluso llegado el caso de sus propios titulares (...), y otra cosa distinta es la ‘sanción’ legal que se impone al titular de un derecho que tras su agresión no ejercita el medio de defensa en un lapso previsto normalmente en la ley, circunstancia que obviamente también incluye a la prescripción de la acción nacida de una sentencia”¹³⁴.

Siendo que para el caso expresado en el párrafo precedente, la figura de la prescripción, no significa la negación de un derecho, sino una denegatoria del medio procesal para su exigencia, esto en salvaguarda de otro bien constitucional como es la Seguridad Jurídica, la prescripción sería la sanción a una negligencia en salvaguarda de la Seguridad Jurídica¹³⁵.

¹³³ Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y (...)* Op. Cit., p. 107.

¹³⁴ STC recaída en el Expediente N° 05328-2008-PA/TC. (Caso Víctor Raúl Garrido Peña contra Autoridad Autónoma del Proyecto Especial Chira Piura) del 9 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 5.

¹³⁵ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 05328-2008-PA/TC. (Caso Víctor Raúl Garrido Peña contra Autoridad Autónoma del Proyecto Especial Chira Piura) del 9 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 5.

1.3.2. Los efectos *inter privados* de los derechos constitucionales

Como sabemos la carta magna o Constitución es la norma de mayor jerarquía en un ordenamiento jurídico por lo que el Estado y la sociedad en su totalidad, están sujetos a ella. El artículo 38º de la Constitución no dice que: "todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación".

No existe duda que en este tiempo, los derechos fundamentales son derechos públicos subjetivos oponibles al Estado pero extienden su eficacia también a las relaciones jurídico-privadas, aunque estas últimas estén regidas a su vez por la libertad de contratación y el principio de la autonomía de la voluntad. Se debe proteger a la persona individual de cualquier amenaza o agravio a sus derechos fundamentales, sin importar la fuente de estos peligros¹³⁶.

La vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, así como también a aquéllas establecidas entre particulares, la fuerza normativa de la Constitución, tanto activa como pasiva, como regulatoria de relaciones jurídicas, será también irradiada a las relaciones que establecen los particulares entre sí, lo que será llamado la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros o eficacia *inter privados*¹³⁷.

Por lo que todo acto, provenga este de personan natural o jurídica de derecho privado, que transgreda o desconozca los derecho fundamentales reconocidos constitucionalmente, será calificado como inconstitucional¹³⁸.

Un ejemplo de aplicación de este principio lo encontramos cuando el Tribunal Constitucional ante un litigio entre Telefónica del Perú y algunos de sus empleados, dice: "si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas

¹³⁶ Cfr. ESPINOZA ESCOBAR, Javier. "La construcción jurisprudencial del derecho a la libertad sindical", *Gaceta Constitucional*, tomo 12, abril 2017, p.171

¹³⁷ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC. (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding) del 11 de julio de 2002, fundamento jurídico 6.

¹³⁸ Cfr. ESPINOZA ESCOBAR, Javier. "La construcción jurisprudencial del (...) Op. Cit., p. 172.

deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador (...) Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable”¹³⁹.

El Tribunal Constitucional cita el artículo 23° de la Constitución para dejar en claro que las relaciones laborales no están exentas del obligatorio respeto a los derechos fundamentales, que las relaciones laborales no pueden significar un obstáculo o limitar el ejercicio de estos derechos, así como tampoco pueden disminuir o degradar la dignidad del trabajador. Nos dice así el Tribunal Constitucional que partir del citado artículo 23° de una nuestra Constitución es que debe ser abordada cualquier controversia o conflicto que surja en cada momento de la relación laboral, desde que esta relación nace hasta la conclusión del vínculo laboral¹⁴⁰.

En esta misma línea Espinoza afirma que “las disposiciones constitucionales no van solo dirigidas al Estado sino también a la sociedad en su conjunto y a todos los que la conforman quienes –sin excepción alguna– quedan obligados a respetar y defenderla. Así, desde el ámbito de las relaciones privadas se contribuye también con la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, más aún, si ninguna relación laboral –según establece el artículo 23, tercer párrafo de la Constitución– puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”¹⁴¹.

1.4. Derechos laborales específicos e inespecíficos en el Ámbito Internacional

No utilizamos aquí la expresión Derechos fundamentales, por que como hemos dicho, esta se utiliza cuando estos derechos básicos del hombre se encuentran positivizados por algún ordenamiento jurídico interno.

¹³⁹ STC recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC. (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding) del 11 de julio de 2002, fundamento jurídico 7.

¹⁴⁰ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC. (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding) del 11 de julio de 2002, fundamento jurídico 7.

¹⁴¹ ESPINOZA ESCOBAR, Javier. “La construcción jurisprudencial del (...) Op. Cit., p. 172

Sobre los Derechos Humanos Laborales encontramos en el ámbito internacional importantes aportes y documentos, como los detallados a continuación:

a) Los promovidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT): como el Preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919, que se considera como la primera carta internacional sobre los derechos de los trabajadores; La Declaración de Filadelfia de 1944, donde se actualizan y definen los objetivos y principios de la OIT; y la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998¹⁴².

b) Las Declaraciones y pactos emanados de la Organización de Naciones Unidas: como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁴³.

c) Declaraciones y pactos a nivel de la Organización de Estados Americanos (OEA): como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948; la Carta Interamericana de Garantías Sociales de 1948; la Carta de la OEA de 1948, su actualización de 1967 por el Protocolo de Buenos Aires; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969; y el Protocolo de San Salvador de 1988¹⁴⁴.

Dentro de este abanico de pronunciamientos, es importante resaltar la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo aprobada el 19 de junio de 1998, por la Conferencia Internacional del Trabajo que trata lógicamente de los derechos fundamentales, que según la OIT, son las bases indispensables para lograr objetivos como el crecimiento económico con progreso social, para los que la garantía de los derechos fundamentales es esencial¹⁴⁵.

¹⁴² Cfr. COLMENARES BASTIDAS, Ana María. "Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el derecho venezolano", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, N° 13, julio-diciembre 2011, p. 85.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 85.

¹⁴⁴ Cfr. COLMENARES BASTIDAS, Ana María. "Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en (...) Op. Cit., pp. 85-86.

¹⁴⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *Derechos fundamentales y relaciones laborales: incidencia en las relaciones individuales y colectivas, derechos específicos, inespecíficos y*

Debemos tener en claro que las normas en el ámbito internacional no provienen de un poder legislativo en sentido estricto, sino que son fruto del consenso de los propios obligados, los Estados, esta es una característica del derecho internacional. Así pues, los convenios internacionales del trabajo que son los principales instrumentos con que cuenta el derecho laboral internacional, obligan porque los Estados partes han decidido voluntariamente formar parte de la Organización Internacional del Trabajo.

Además, la Conferencia Internacional del Trabajo, recuerda a los países miembros, que al haberse incorporado libremente a la Organización Internacional del trabajo, han incorporado también a sus ordenamientos nacionales, los principios y derechos enunciados en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia, así como han efectuado con esta adhesión un compromiso de esfuerzo por el logro de los objetivos generales de la OIT, claro está en la medida de sus posibilidades y condiciones específicas¹⁴⁶.

La OIT deja claro que incluso cuando no se haya ratificado los convenios de la misma, por el solo hecho de pertenecer a la organización, todos los miembros tienen el compromiso de “respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) La abolición efectiva del trabajo infantil; y d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”¹⁴⁷.

La lucha por el respeto de estos derechos ha quedado puntualizada en una serie de convenios: por ejemplo, la libertad de asociación y libertad sindical están comprendidas en el convenio 87 de la OIT; el derecho de negociación colectiva y su reconocimiento efectivo en el convenio 98 OIT; así como su

laboralizados, discriminación, tratados internacionales, convenios de la OIT, normas del Mercosur, primera edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, p. 299.

¹⁴⁶ Cfr. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

¹⁴⁷ Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

fomento en el convenio 154 de la OIT; lo relacionado a la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio lo encontramos en el convenio 105; la abolición del trabajo infantil en el convenio 138, y, por último, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación se encuentra en el convenio 111 de la OIT¹⁴⁸.

Estos se refieren a la totalidad de derechos humanos de los trabajadores, pero si nos centramos en los derechos humanos o fundamentales inespecíficos del trabajador tenemos que la Conferencia Internacional del Trabajo en su resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, adoptada el 25 de junio de 1970, declara que "los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles"¹⁴⁹.

Aunque en el texto citado se refiere con especificidad a las libertades sindicales, consideramos que lo mismo se puede predicar de los distintos derechos o libertades laborales, pues también carecerían de sentido sino se respetasen las libertades civiles.

Así mismo, la Conferencia Internacional del Trabajo hace hincapié en las libertades que se definen en la Declaración Universal de Derechos Humanos y que guardan relación con los derechos sindicales como son "a) el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y a la protección contra la detención y la prisión arbitrarias; b) la libertad de opinión y de expresión y, en particular, de sostener opiniones sin ser molestado y de investigar y recibir información y opiniones, y difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión; c) el derecho de reunión; d) el derecho a proceso regular por tribunales independientes e imparciales; e) el derecho a la protección de la

¹⁴⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *Derechos fundamentales y relaciones laborales: incidencia en (...)* Op. Cit., p. 301.

¹⁴⁹ Resolución de 1970 sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, del 25 de junio de 1970. [Ubicado el 2.XI.2016]. Obtenido en: http://bdspublico.lim.ilo.org/Normas_inter/Resoluci_n_sobre_los_derechos_sindicales_y_su_relacion%20con%20las%20libertades%20civiles%201970.pdf

propiedad de las organizaciones sindicales”; además, se realiza la competencia específica de la OIT, dentro del sistema de las Naciones Unidas, en la esfera de la libertad sindical y de las libertades civiles que guardan relación con ellos, lo que podemos considerar como derechos fundamentales inespecíficos que convergen en la relación laboral¹⁵⁰.

II. CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Hemos visto que se conoce como Derechos Fundamentales, al conjunto de derechos que tiene toda persona por el sólo hecho de ser persona, aunque este concepto recibe varias denominaciones, como por ejemplo Derechos Humanos¹⁵¹.

Ahora bien en el panorama actual constitucional, se tiene la idea de que los derechos fundamentales suelen entrar en conflicto, cuando se aprecia su vigencia o ejercicio; esta concepción contradice la posibilidad de un Estado de Derecho con la potestad para ser reconocido como democrático, donde debería existir plena y efectiva vigencia de los Derechos Fundamentales, que son la base para la convivencia humana¹⁵².

2.1. Visión Conflictivista de los Derechos Fundamentales

Está muy extendida la idea de conflicto entre los derechos fundamentales cuando revisamos su vigencia práctica, lo que aunque parece un principio admitido en el ambiente jurídico, supone una serie de deficiencias e inconvenientes, por lo que es necesario el análisis de esta idea a fin de lograr una concreta, plena y efectiva vigencia de los derechos fundamentales¹⁵³.

Así por ejemplo Peces-Barba citado Burga advierte que “al ejercerse un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme al ejercicio del titular de otro derecho fundamental que en igualdad

¹⁵⁰ Cfr. Resolución de 1970 sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, del 25 de junio de 1970. [Ubicado el 2.XI.2016]. Obtenido en: http://bdspublico.lim.ilo.org/Normas_inter/Resoluci_n_sobre_los_derechos_sindicales_y_su_relacion%20con%20las%20libertades%20civiles%201970.pdf

¹⁵¹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos (...)* Op. Cit., p. 3.

¹⁵² Cfr. BURGA CORONEL, Angélica. “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Gaceta Constitucional*, N° 47, noviembre 2011, p. 253.

¹⁵³ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos (...)* Op. Cit., p. 3.

pretende ejercerlo”¹⁵⁴ y se dice que “como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos”¹⁵⁵.

Creemos que llegar a la conclusión de la existencia de conflicto entre derechos fundamentales, sería una solución no del todo congruente con la afirmación de limitación de los derechos fundamentales. Pues efectivamente la jurisprudencia y la doctrina, afirman que no existen derechos ilimitados, siendo obvio que al amparo de la titularidad de derechos, no se puede hacer lo que se nos venga en gana; sin embargo, debemos recordar que estas limitaciones a los derechos fundamentales no pueden ser dadas por el legislador ordinario sino que vienen ya dada por la Constitución de cada Estado¹⁵⁶.

Pensamos que es fácil observar que los derechos fundamentales tienen un límite, pero la existencia de una limitación en sus alcances, no requiere necesariamente de un conflicto entre ellos; sin embargo, para aquellos que postulan tesis conflictivas de derechos fundamentales, existen métodos a aplicar cuando nos encontremos frente a estas aparentes colisiones de derechos fundamentales, como por ejemplo: la jerarquización y la ponderación.

2.1.1. El método de la Jerarquización de los derechos

Una jerarquización supone una creencia previa en que unos derechos son más importantes que otros, supone aceptar la supremacía de un derecho o bien jurídico sobre otro, y tal determinación de la mayor o menor valía de un derecho dependerá de la medida empleada, en cada caso en particular, quienes defienden la jerarquización, consideran que los criterios para definir cuál derecho prevalece serán observables siempre, en mayor o menor medida dependiendo del caso en concreto¹⁵⁷. Se basa en la creación de “jerarquías o categorías previas y rígidas”, donde exista un litigio entre derechos fundamentales, en consecuencia deberá aplicarse una nomenclatura

¹⁵⁴ PECES-BARBA, Gregorio citado por BURGA CORONEL, Angélica. “El test de ponderación o proporcionalidad de los (...) Op. Cit., p. 254.

¹⁵⁵ GARCÍA-PABLOS, Antonio citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos (...)* Op. Cit., p. 5.

¹⁵⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 45–47.

¹⁵⁷ Cfr. BURGA CORONEL, Angélica. “El test de ponderación o proporcionalidad de los (...) Op. Cit., p. 254.

preestablecida de importancia “según diversos baremos, que permitirá establecer la primacía del jerárquicamente superior”¹⁵⁸.

Para Ekmekdjian, los derechos son proyecciones de los valores, y cada teoría de los valores supone un orden jerárquico por lo que los derechos se encontrarían jerárquicamente organizados. Para establecer la importancia y jerarquía de cada valor debemos tener ciertas pautas: un derecho será menos restringible si el valor que protege tiene mayor jerarquía; así también debemos hacer una “sustracción hipotética”, imaginando un mundo donde una categoría de derechos son negados, luego imaginar un mundo donde estos derechos son aceptados pero se niegan otros para comprobar cuál es la peor pérdida; por último, debemos verificar la posibilidad de la renuncia de un derecho, su “sacrificio voluntario”, “existen valores que la moral social considera tan esenciales que no permite al titular de los mismos el sacrificio voluntario de ellos”; entonces, según Ekmekdjian estos derechos irrenunciables tendrán la máxima jerarquía¹⁵⁹.

Es propicio recordar la teoría de los principios y valores de Robert Alexy, según la cual los principios y valores están estrechamente relacionados, existiendo una identidad entre ciertos principios y ciertos valores; enunciados sobre los valores podrían reformularse en enunciados sobre los principios, así como enunciados sobre los principios pueden reformularse en enunciados sobre los valores¹⁶⁰. La jerarquización creemos da primacía o no a ciertos derechos fundamentales en virtud de la primacía que tendrían ciertos valores que se identificarían con determinados derechos fundamentales.

Existen diversas tablas de jerarquía, por ejemplo, Ekmekdjian propone una clasificación jerárquica de los derechos, donde la cima es el derecho a la dignidad humana y sus derivados como el derecho a la libertad de conciencia, a la intimidad, a la defensa, y otros; le seguirían el derecho a la vida y dentro de este el derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, y otros; en tercer

¹⁵⁸ Cfr. SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*, primera edición, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 7.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 8-9.

¹⁶⁰ Cfr. ROBERT, Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido*, segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 117–118.

lugar vendría el derecho a la libertad física; en cuarto lugar estarían los restantes derechos de la personalidad (identidad, nombre, imagen, y otros); quinto estaría el derecho a la información; sexto el derecho de asociación; séptimos serían los restantes derechos individuales; y octavos los derechos patrimoniales¹⁶¹.

Otra escala jerárquica, sería la realizada por Ruiz (1983), para quien efectivamente hay libertades superiores en jerarquía a otras, así nos dice que: “si por democracia liberal se entiende el sistema político de toma de ciertas decisiones por representantes en competencia entre sí y elegidos libre y temporalmente por todos los ciudadanos, este sistema exige la preeminencia de algunas Libertades que, (...), deben estar incluso por encima de la propia decisión popular. La libertad de expresión y crítica, la libertad de asociación y de reunión, la libertad de sufragio activo y pasivo en elecciones periódicas, están entre esas Libertades esenciales mínimas”¹⁶².

2.1.2. Crítica a la Jerarquización

Según esta postura de jerarquización de valores fundamentales, existirían efectivamente los conflictos entre derechos fundamentales, siendo necesario cuando nos encontremos en estas situaciones de conflicto, la aplicación de una tabla preestablecida que nos aleccione sobre la preferencia o preponderancia de un derecho fundamental sobre otro.

El principal problema es que sería posible encontrar tantas tablas jerárquicas, como autores, pues cada autor podría poner diferentes consideraciones al elaborar su escala de valores, cayéndose en el temido relativismo. Este tipo de tablas jerárquicas de derechos fundamentales, consideramos serían arbitrarias, ya que el peso jerárquico es dado por cada uno según nuestras propias convicciones, a decir de García Amado “ni los principios pesan en sí ni las

¹⁶¹ Cfr. SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de (...) Op. Cit.*, p. 9.

¹⁶² RUIZ, Miguel Alfonso citado por PARRA DE PARRAGA, Eleonora. “Los Caminos de la Libertad ¡Libertad vs. Ponderación!”, *Advocatus edición especial, Universidad libre seccional*, N° 20 , Barraquilla, 2013, pp. 160-161.

circunstancias del caso pesan en sí; el respectivo peso se lo damos nosotros”¹⁶³.

En el peso que le damos a determinado valores, es muy posible coincidir en los casos muy evidentes como consecuencia de los valores compartidos, pero en los casos más complicados que requerirían una “balanza de más precisión”, lo más probable será que discrepemos¹⁶⁴.

2.1.3. El método del *Test* de Ponderación, *Balancing Test* o *Test* de Proporcionalidad

En el ámbito jurídico, la acepción más conveniente de ponderar es la referente al acto de “considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre dos cosas”; cuando hablamos de ponderación existirán siempre razones, intereses o bienes en conflicto o pugna, una serie de justificaciones, o argumentos en pro de una toma de posición o de otra, donde el resultado de la ponderación no será siempre un milimétrico equilibrio, sino que lo habitual será la imposición de alguno de los elementos a ponderar, mas donde si es necesario el equilibrio, es en el plano abstracto, puesto que los bienes a ponderar deben tener el mismo valor, sino no habría razón para ponderar, ya que si ambas premisas o elementos no tienen el mismo valor solo se aplicaría o se optaría por el de más valor, la razón de la ponderación es el equilibrio o igualdad abstracta de dos premisas, bienes o posturas¹⁶⁵.

Se dice que es un método menos traumático que el de la jerarquización, consiste en contrapesar los bienes jurídicos, ya sean intereses públicos o derechos individuales, de acuerdo a las circunstancias para conocer cuál pesa más en el supuesto y cuál debe rendirse, no se trata de la existencia en abstracto de un derecho superior, sino que partiendo de una colisión de derechos, para decidir se contrapesan los distintos elementos, ponderar viene del latín *pondus* que quiere decir peso¹⁶⁶.

¹⁶³ GARCÍA AMADO Juan Antonio. “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza” en *Un debate sobre la ponderación*, primera edición, Lima, Palestra, 2016, p. 52.

¹⁶⁴ Cfr. GARCÍA AMADO Juan Antonio. “Sobre ponderaciones. Debatiendo (...) Op. Cit., p. 53.

¹⁶⁵ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo* (...) Op. Cit., pp. 128–129.

¹⁶⁶ Cfr. SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de (...) Op. Cit., p. 10.*

La ponderación es una comparación entre derechos en conflicto, teniendo en cuenta las características especiales de cada caso en concreto, buscando con esto determinar el derecho o libertad más importante, o de peso superior, un principio muy ligado a este criterio, es el principio de proporcionalidad, ya que para conocer cual derecho tiene preeminencia o pesa más, será necesario instaurar una relación de proporcionalidad entre los derechos en pugna¹⁶⁷.

Serán susceptibles de ponderación no solo los derechos fundamentales entre sí, sino todo tipo de conflictos constitucionales, provenientes distintos principios constitucionales, llamamos principios a “las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con los derechos fundamentales”, así como son principios también las directrices o mandatos de optimización del derecho, caracterizadas por la “fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir cierta conducta que puede ser realizada en distinta medida”, ejemplo de estas directrices de optimización o deberes genéricos sería el deber de la policía de tráfico de procurar la fluidez en el tránsito de vehículos¹⁶⁸.

La ponderación conlleva tres pasos: el primero es la adecuación, donde se busca delimitar los mecanismos que serán aptos o idóneos para la efectiva promoción y protección del derecho; luego la necesidad, una vez delimitados llega el momento de elegir entre estos medios o mecanismos, cuál será el que mejor protegerá el fin buscado; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, donde se busca determinar que el medio necesario elegido tenga coherencia y que vaya acorde con el ordenamiento jurídico¹⁶⁹.

En la ponderación o técnica del balance están comprendidos tanto el *balancing amplio* o ponderación en abstracto de los valores en pugna, como el *balancing*

¹⁶⁷ Cfr. BURGA CORONEL, Angélica. “El test de ponderación o proporcionalidad de los (...) Op. Cit., p. 255.

¹⁶⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo (...)* Op. Cit., pp. 130–131.

¹⁶⁹ Cfr. ESTRADA-VÉLEZ, Sergio. “Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo”, *Opinión Jurídica*, N° 19, Volumen 10, Medellín, 2011, p. 24.

estricto o examen dentro del caso concreto, conocido también como *ad hoc balancing* en el ámbito jurídico estadounidense¹⁷⁰.

2.1.4. Crítica al método de la Ponderación

Según García Amado, los tribunales o magistrados al aplicar los pasos de método de ponderación de Robert Alexy, como son el *test* de idoneidad, el *test* de necesidad y la ponderación en sentido estricto, llegan a resultados contrapuestos, además nos dice que si no hay una balanza lo suficiente precisa, la discrepancia no tendrá solución objetiva y que no es posible el acuerdo a no ser que la solución sea evidente para cualquier persona mínimamente razonable¹⁷¹.

Se objeta a la ponderación aduciéndose que es un método que no permite un control racional, pues los valores y principios no se auto aplican, sino que son realizados por alguien y se acusa la posibilidad de arbitrariedad del juzgador, lo cual es válido en la medida que la ponderación no es un método que nos lleve siempre al mismo resultado pero se debe dejar claro que la ponderación no es un procedimiento irracional¹⁷², sin embargo, no se puede negar el margen de discreción y valoración de la ponderación, donde existiría una “jerarquía móvil” que necesita de juicios de valor, aunque a decir de Prieto Sanchís, no es un subjetivismo desbocado, ni un método vacío que “conduzca a cualquier consecuencia”, aunque no garantice siempre un mismo resultado, sí indica que hay que fundamentar para la resolución de un conflicto constitucional¹⁷³.

Aunque no estemos ante un subjetivismo desbocado, si debemos tener en cuenta que ponderar se parece más a sopesar que a pesar, y solo se sopesa algo cuando no se tiene la báscula que permita pesarlo, es decir a falta del conocimiento objetivo se emite un juicio de valor lo más aproximado posible pero sin garantía de exactitud o precisión¹⁷⁴. Todo se reduce a una impresión

¹⁷⁰ Cfr. SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de (...) Op. Cit.*, p. 11.

¹⁷¹ Cfr. GARCÍA AMADO Juan Antonio. “Sobre ponderaciones. Debatando (...) Op. Cit.”, p. 56.

¹⁷² Cfr. ROBERT, Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales, traducción y estudio (...) Op. Cit.*, p. 135.

¹⁷³ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo (...) Op. Cit.*, pp. 147–148.

¹⁷⁴ Cfr. GARCÍA AMADO Juan Antonio. “Sobre ponderaciones. Debatando (...) Op. Cit.”, pp. 39-40.

subjetiva, que no es susceptible de ser justificada con más que razones personales¹⁷⁵.

Creemos que tanto al método de la ponderación como al método de la jerarquización, se puede hacer la misma crítica, como es la arbitrariedad y subjetivismo que tiene una escala jerárquica de valores hecha en abstracto, ya que estamos ante supuestos donde el juez será el encargado de llenar el contenido de cada valor, para así tener la escala o tabla jerárquica, que le permita determinar el peso e importancia de cada derecho, para poder definir cuál derecho es más importante y cual debe postergarse¹⁷⁶. Por lo que creemos método de la ponderación o el de jerarquización no serían el camino idóneo para la efectiva defensa de los derechos fundamentales.

III. TEORÍA DE LA ARMONIZACIÓN

A diferencia de las anteriores teorías, aquí no se establecen jerarquías ni se suponen prevalencias entre los derechos, según esta teoría sería incorrecto e incluso podría ser perjudicial, el análisis de la relación entre dos derechos en aparente conflicto; la armonización nos dice que los derechos constitucionales no están en conflicto, y que este pugna o contraposición de derechos es solo un mito, pues se puede plantear una diferente interpretación para lo cual debemos partir de la unidad de los derechos fundamentales, donde estos no entran en colisión sino que se orientan en la búsqueda de su armonización¹⁷⁷.

Es posible hacer un parangón entre la naturaleza de los derechos fundamentales y la naturaleza de la persona humana, así como la persona humana, titular de los derechos fundamentales, es una unidad y el concepto de persona humana para el derecho debe siempre ser un concepto completo que abarque todas sus dimensiones (la persona humana es cuerpo, espíritu, individuo y sociedad), no pudiéndose desligar una dimensión de la otra, sino que se encuentran en armonioso complemento, una armonía de la cual “no

¹⁷⁵ Cfr. GARCÍA AMADO Juan Antonio. “Sobre ponderaciones. Debatiendo (...) Op. Cit., p. 41.

¹⁷⁶ Cfr. BERTELSEN SIMONETTI, Soledad. “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales” en *Cuadernos del tribunal constitucional*, Núm. 42, Chile, 2010, p. 41.

¹⁷⁷ Cfr. SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de (...) Op. Cit., p. 37.*

pueden brotar necesidades ni exigencias que sean contradictorias entre sí”¹⁷⁸; así también creemos los derechos fundamentales no pueden contradecirse unos con otros, si no que todos confluyen a la realización de la persona humana y su dignidad.

Además, no podría existir un conflicto entre derechos fundamentales, pues los derechos fundamentales tutelan distintos bienes humanos básicos y en caso de conflicto no se trata de sacrificar derechos sino de determinar cuál es el derecho, quién es el titular y la proporción en el caso en concreto¹⁷⁹.

Esta teoría dice que si bien no existen derechos enfrentados, si pueden existir casos donde los derechos tengan puntos de contacto, como por ejemplo la seguridad de un testigo protegido y la libertad de prensa, también podríamos encontrar derechos en los que su formulación abstracta carece de mecanismos para su armonización, y se podría decir son tendencialmente opuestos, el ejemplo más representativo sería el dado entre el derecho al honor y la libertad de prensa; por último, encontramos también derechos que no guardan relación aparente entre sí como lo que sucede entre derecho de autor y el derecho de huelga; sin embargo, aun dentro de derechos que se nos presentan como no armonizables, existe un punto de armonización, y este punto es la dignidad humana, a la que buscan resguardar¹⁸⁰.

Para el entendimiento y operación del sistema armónico de los derechos fundamentales, la clave será la garantía del contenido esencial de cada derecho, esta garantía establece que la regulación de este, no puede violentar lo que realmente es, el contenido esencial trata de lo que es un derecho, que abarca así como la forma de regularlo sin desnaturalizarlo, para evitar cualquier norma ilegítima¹⁸¹.

¹⁷⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La interpretación iusfundamental en el marco de la Persona como inicio y fin del Derecho*, Piura, Repositorio institucional PIRHUA de la Universidad de Piura, 2012, p. 8.

¹⁷⁹ Cfr. TOLLER, Fernando; FERNANDEZ, Adriel; D'ELÍA, Daniel. “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”, *Persona y Derecho*, Volumen 66, 2012, p. 116.

¹⁸⁰ Cfr. AGUINAGA SAAVEDRA, Jesús. *La normativa del despido arbitrario y (...) Op. Cit.*, pp. 109-110.

¹⁸¹ Cfr. TOLLER, Fernando; FERNANDEZ, Adriel; D'ELÍA, Daniel. “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal La armonización de derechos y (...) Op. Cit., p. 117.

La garantía del contenido esencial, creemos, hace referencia a la no desnaturalización del derecho, por cuanto vemos los derechos fundamentales están expresados muchas veces en forma programática, pero cuando se regulan para su ejercicio práctico, esa regulación no puede privarlos de su naturaleza, pues hacerlo sería lo mismo que extinguirlos.

3.1. El contenido esencial de los derechos

Esta teoría nace a partir de la doctrina alemana, después de la segunda guerra mundial, se vio la necesidad de instaurar bases y valores que permitieran reconstruir la vida social y política del país, alejándose de totalitarismos, por lo que los constituyentes de Alemania occidental en 1949 buscaron técnicas constitucionales para lograr una cierta independencia de la Constitución respecto de la voluntad del legislador ordinario; se decía que la constitucionalización de Derechos Fundamentales que tenían un general previo reconocimiento, hacía que estos pierdan gran parte de su alcance, porque quedaban atados al destino de la Constitución, convirtiéndose en modificables incluso por el legislador ordinario¹⁸².

Así tenemos legislaciones donde hay un refuerzo de garantías frente a eventuales lesiones originadas por la actuación de los poderes públicos y en especial del legislador; por ejemplo, tanto la Constitución española como la alemana tienen cláusulas que remiten al contenido esencial¹⁸³. El artículo 53º, inciso 1 de la Constitución de España dice: “los derechos y libertades reconocidos (...) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”¹⁸⁴ mientras el artículo 19º, inciso 2 de la Ley Fundamental Alemana, explica que: “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”¹⁸⁵.

¹⁸² Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 3, Volumen I, Madrid, septiembre -diciembre 1981, p. 169.

¹⁸³ Cfr. PRIETO SANCHIS, Luis. "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Pensamiento Constitucional*, N° 8, Año 8, Madrid, 2002, p. 70.

¹⁸⁴ Constitución Española, Artículo 53º, Inciso 1.

¹⁸⁵ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Artículo 19º, Inciso 2.

Otras legislaciones vía jurisprudencia también reconocen el contenido esencial de los derechos fundamentales, así respecto a este núcleo esencial, la Corte Constitucional de Colombia por ejemplo dice que hay un núcleo básico de los derechos fundamentales, de los cuales no cabe interpretación, y que repele toda subjetividad, pues “existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste (...) El concepto de contenido esencial es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan”¹⁸⁶.

Determinar ese contenido esencial es buscar en los límites de cada derecho en litigio, analizar su naturaleza, su razón de ser y el fin que el derecho específico persigue, el bien jurídico protegido y su ejercicio funcional, es en fin atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable¹⁸⁷.

Encontrar el contenido esencial es encontrar el verdadero derecho en un caso, es descubrir la verdadera naturaleza, finalidad y ejercicio funcional de cada derecho en un caso en concreto, y sobre todo cuando este entra en conflicto con otro, se trata de buscar la compatibilidad para que se respete el núcleo determinante de cada uno de los derechos en pugna, se busca una esfera de funcionamiento razonable, y que ninguno de los dos quede frustrado¹⁸⁸.

Existe una pugna entre dos teorías sobre el contenido de la parte esencial de los derechos fundamentales por un lado la teoría absoluta, de la que podemos dar la analogía de dos círculos concéntricos donde uno es mayor que el otro, el círculo de menor tamaño representaría el ámbito esencial de los derechos fundamentales y no sería posible de modificar o restringir su contenido, la parte

¹⁸⁶ SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, recaída en el Expediente N° T-406/92. (Caso José Manuel Rodríguez Rangel contra Enrique Chartuny González, gerente de las Empresas Públicas de Cartagena) del 5 de junio de 1992. [Ubicado el 7.I.2017]. Obtenido en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

¹⁸⁷ Cfr. SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de (...)* Op. Cit., p. 42.

¹⁸⁸ Cfr. TOLLER, Fernando; FERNANDEZ, Adriel; D'ELÍA, Daniel. “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal La armonización de derechos y (...) Op. Cit., pp. 116-117.

externa del círculo menor que aun forma parte del círculo mayor sería lo no esencial y respecto de lo cual se pueden establecer limitaciones al derecho siempre y cuando exista una justificación adecuada; la teoría relativa nos dice que no existe ese núcleo prestablecido y fijo, sino que ese núcleo sería determinable según las circunstancias específicas, luego de hacer un análisis de beneficio para cada uno de los bienes jurídicos en análisis¹⁸⁹.

La teoría relativa identificaría el contenido esencial con la exigencia de justificación de la medida limitadora, el contenido esencial sería lo que resta del derecho una vez que ha operado una limitación justificada, lo que incluso podría sugerir el sacrificio completo de un derecho, vaciándose así de contenido¹⁹⁰. La teoría absoluta nos dice en cambio que existe un núcleo duro, irreductible, incluso si existieran limitaciones razonables, el riesgo aquí es que esto puede propiciar una disminución del nivel de garantías ya que si con solo respetar el contenido esencial, la ley operara válidamente en lo no esencial, toda ley que afectara el contenido no esencial sería legítima aun cuando fuese arbitraria¹⁹¹

Según Toller, el contenido esencial no es un núcleo mínimo e inalterable por parte del Estado o de terceros, no es una última valla para que aún pueda decirse que existe el derecho, “sino que implica el ámbito de ejercicio razonable de un derecho que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas es absoluto, inexcusable no puede ser dejado de lado por razones utilitarias”; no es, por lo tanto, correcto conceptuar al contenido esencial de un derecho como un núcleo duro en contraposición a una parte accidental del derecho¹⁹².

Para Prieto Sanchis “solo la versión absoluta ofrece las bases para una interpretación satisfactoria del contenido esencial como garantía autónoma de

¹⁸⁹ Cfr. SANCHEZ GIL, Rubén. *El principio de Proporcionalidad*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2007. pp. 111-112.

¹⁹⁰ Cfr. PRIETO SANCHIS, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la (...) Op. Cit., pp. 70-71

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 71.

¹⁹² Cfr. SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de (...) Op. Cit.*, p. 47

los derechos. Lo que ocurre es que, para no resultar perturbadora, ha de entenderse como la última y no como la única garantía”¹⁹³.

Ambas afirmaciones aunque parezcan contradictorias, no lo son, tenemos así que según el mismo Prieto Sanchis, el problema es que más que un concepto indeterminable el contenido esencial, sería un concepto impredecible, pues no parece fácil dar criterios mínimamente orientadores que permitan definir en abstracto el contenido esencial de un derecho fundamental, quedando al análisis del juez definir ese contenido esencial en cada caso concreto, en última instancia serán los tribunales supremos o constitucionales los encargados de definir en cada caso concreto ese contenido¹⁹⁴. Esto no es del todo reconfortante porque deja al arbitrio de los magistrados de turno de determinado tribunal máximo, la definición de este cometido esencial.

No sería correcto tener una definición en abstracto del contenido esencial, porque hay infinidad de circunstancias que podrían modificar esa parte esencial según el caso en concreto, para delimitarla además de las circunstancias de cada caso, deberíamos acudir también al “principio de proporcionalidad, como una realización de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional”¹⁹⁵.

El principio de proporcionalidad, para hacerse operativo podemos incluirlo a través del test de proporcionalidad, que como hemos visto antes, tiene tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto¹⁹⁶.

Para los jueces, un control de proporcionalidad o razonabilidad permitirá determinar la afectación al contenido esencial de un derecho fundamental; el control constitucional de razonabilidad será un “criterio sustancial de control en la aplicación e interpretación del derecho”, pero es necesario que los jueces analicen las normas de modo que tengan “una relación razonable entre los

¹⁹³ PRIETO SANCHIS, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la (...) Op. Cit., p. 71.

¹⁹⁴ *Ibíd*em, p. 72.

¹⁹⁵ SANCHEZ GIL, Rubén. *El principio de Proporcionalidad (...) Op. Cit.*, p. 115.

¹⁹⁶ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 579-2008-PA/TC LAMBAYEQUE. (Caso César Augusto Becerra Leiva contra Juez del Primer Juzgado Civil de Chiclayo y contra los Vocales de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lambayeque) del 5 de junio de 2008, fundamento jurídico 25.

medios y los fines legítimos” y que la norma “y con esto, la finalidad o finalidades propuestas y los medios empleados para conseguirlas-esté de acuerdo con el resto de las finalidades constitucionales y sus principios”, siempre un control constitucional de razonabilidad debe tener un examen sobre la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial¹⁹⁷.

Algunos podrían llegar a pensar que el concepto de contenido esencial se hace tan impreciso que desemboca en innecesario o superfluo; sin embargo aún para ellos este concepto tendría utilidad, si se le tiene en cuenta como la forma de cumplir dos funciones, primero serviría como un recordatorio, tienen la función de recordar a los jueces que cuando se limita un derecho, existe algo por lo que se tienen que pronunciar, además de esta tendría una función fiduciaria, que sería una exigencia de mayor justificación¹⁹⁸. Hay que ponderar, cuanto más se sacrifique un derecho, nos acercamos más a su núcleo esencial y cualquier limitación necesitará una mayor justificación; que los derechos gocen de un contenido esencial significa que las razones a favor de la limitación deben ser más poderosas en cuanto más lesionen el contenido esencial¹⁹⁹.

Los derechos tienden a un fin, siendo este fin lo que les imprime valía y dignidad, los derechos serían el “medio técnico-jurídico para que la persona y la comunidad logren determinado bien fundamental”; siendo, por lo tanto, los derechos posibles de delimitarse o determinarse, a través de la interpretación y decisión constitucional, por lo que sería posible “trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos –el cual debe ser razonablemente establecido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina–, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo”²⁰⁰.

¹⁹⁷ Cfr. SAPAG, Mariano. “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder de Estado. Un estudio Comparado”, *Revista Díkaion*, N° 17, Año 22, Cundinamarca, 2008, pp. 183-184.

¹⁹⁸ Cfr. PRIETO SANCHIS, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la (...) Op. Cit., p. 73.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 74.

²⁰⁰ Toller, Fernando citado por SAPAG, Mariano. “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder de Estado. Un estudio Comparado”, *Revista Díkaion*, N° 17, Año 22, Cundinamarca, 2008, p. 161 (pie de página).

3.2. Límites de los derechos fundamentales

Lo propio de las tesis conflictivistas es la concepción de derechos ilimitados, pero los diferentes derechos cuentan con rasgos propios que limitan sus alcances e invocar el ejercicio de dichos derechos sobrepasando abiertamente los parámetros dentro de los cuales los mismos deben desarrollarse nos pone dentro de los supuestos de un uso ilegítimo o un abuso del derecho cuya titularidad se reclama²⁰¹.

Una teoría armonizadora supera el problema del aparente choque o conflicto entre derechos, busca encontrar la naturaleza de los derechos en este aparente conflicto, al descubrir su naturaleza veremos que dentro de ellos se encuentran los citados rasgos propios, que limitan su alcance.

Es así que dentro de la teoría armonizadora es conveniente tratar sobre los llamados límites a los derechos fundamentales. Debemos partir del hecho que el hombre no es un ser exclusivamente individual por lo cual sus derechos no pueden ser ilimitados y absolutos, decir lo contrario implica desconocer la naturaleza humana y su vertiente social, así como implica también negar la existencia y desarrollo en sociedad del hombre²⁰². Además, como dice Castillo, los derechos del hombre “deben ser expresados normativamente para tener relevancia jurídica, de modo que terminan insertándose en un ordenamiento jurídico constitucional que es el fundamento de las reglas o regulación que hace posible la convivencia humana”²⁰³.

Por lo que es lógico que los derechos fundamentales no pueden ser absolutos o ilimitados y que además los derechos de un ser humano individual existen al mismo tiempo que los derechos de sus congéneres, teniendo cada uno de nosotros la obligación de respetar los derechos de los otros, así como también debemos respetar los bienes jurídicos expresados en la Constitución, que son los principios de la organización social²⁰⁴.

²⁰¹ Cfr. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Intimidad, libertades informativas y algunas técnicas para poder hacer frente a una disputa aparentemente inacabable. Revista Peruana de Derecho Constitucional 2, Lima, 2000, p. 407.

²⁰² Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos (...)* Op. Cit., p. 20.

²⁰³ *Ibíd*em

²⁰⁴ *Ibíd*em

Podemos concluir diciendo que el contenido de los derechos recogidos en la norma constitucional es un contenido limitado, cuyos contornos vienen definidos por elementos tanto intrínsecos como extrínsecos, los primeros derivados del propio sentido o función que tiene en sí mismo el derecho y los segundos derivados de la sociedad y demás sujetos de derecho que en ella coexisten; definiendo tales contornos o fronteras podremos determinar lo que está dentro de lo que está fuera del ámbito de protección de un derecho; en consecuencia, el deber preponderante de los legisladores, órganos judiciales y Tribunales Constitucionales, será la de definir los contornos del contenido de los derechos fundamentales más que una labor de limitación desde fuera de cada derecho en concreto, es preciso así recordar que los derechos fundamentales como contenido irreductible de toda Constitución, son el instrumento jurídico más importantes que tienen las constituciones para lograr una de sus funciones como es limitar el poder político²⁰⁵.

²⁰⁵ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos (...)* Op. Cit., pp. 22-23.

CAPÍTULO III: CONFIGURACION DE LOS PERMISOS Y LICENCIAS COMO DERECHO DEL TRABAJADOR Y PARÁMETROS PARA LA ARMONIZACIÓN ENTRE LA FACULTAD DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y LA OBTENCIÓN DE PERMISOS LABORALES

CUESTIONES PRELIMINARES

Lo que buscamos aquí es contextualizar la configuración jurídica de los permisos y Licencias, la naturaleza jurídica de ambos que es confusa y desdibujada en nuestro ordenamiento jurídico, haremos aquí un listado de los permisos y licencias presentes en leyes generales, es decir que afectan tanto al sector privado como al sector público, y los presentes en los regímenes generales del sector público (Régimen del Servicio Civil y Régimen de la Carrera Administrativa). Además, propondremos definir la naturaleza jurídica de los permisos laborales de una forma que ampare efectivamente los derechos fundamentales del trabajador.

En la segunda parte del capítulo, plantearemos los parámetros que a nuestro criterio deben ser tenidos en cuenta para para la armonización entre la facultad de dirección del empleador y la obtención de permisos y licencias laborales, los cuales hemos analizado a lo largo del desarrollo de la presente investigación como son los límites al poder de dirección, la buena fe que debe regir tanto el comportamiento de los trabajadores como del empleador, y la actuación acorde a los derechos fundamentales en atención a la vinculatoriedad de la constitución que se proyecta *erga omnes*, a las relaciones establecidas entre particulares.

I. CONFIGURACION DE LOS PERMISOS Y LICENCIAS COMO DERECHO DEL TRABAJADOR

1.1. Suspensión del Contrato de Trabajo

Los permisos y licencias aparecen configurados en nuestra legislación como causales de suspensión del contrato de trabajo, así se conceptualizan por ejemplo en el artículo 12° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728²⁰⁶. De igual forma, en el artículo 47° de la ley del Servicio Civil Ley N° 30057 se les considera supuestos de suspensión del servicio civil²⁰⁷.

Es necesario aclarar que la expresión servidor civil, incluye a todos los trabajadores que prestan servicios para el Estado, tanto los que están bajo el régimen de la actividad privada²⁰⁸, el de contratación administrativa de servicios²⁰⁹ y el régimen de la carrera administrativa²¹⁰, estando estos comprendidos en normas específicas, que otorgan más o menos derechos dependiendo del régimen en específico.

La obligación de trabajar es la primera que se compromete a realizar el trabajador en virtud del contrato de trabajo, esta evaluación es lógicamente desde el punto de vista del empresario²¹¹ pero la naturaleza de las cosas hace imposible una prestación laboral ininterrumpida, se dan momentos de naturaleza transitoria en los cuales se exonera a los sujetos de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, o incluso donde solo se exime al trabajador de la prestación laboral, manteniéndose la prestación retributiva, no

²⁰⁶ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°.

²⁰⁷ Se considera servidor civil “a los servidores de todas las entidades, independientemente de su nivel de gobierno, cuyos derechos se regulan por los Decretos Legislativos N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de carreras especiales de acuerdo con la Ley, a los contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, así como bajo la modalidad de contratación directa”. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo IV.

²⁰⁸ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

²⁰⁹ Cfr. Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

²¹⁰ Cfr. Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

²¹¹ Cfr. MARTINEZ, Jesús; ARUFE, Alberto y CARRIL, Xosé. *Derecho del Trabajo*, segunda edición, La Coruña, Netbiblo Gesbiblo S.L., 2006, p. 185.

pudiendo operar la resolución del contrato a instancias del empresario ante el incumplimiento del trabajador, debiendo el empresario continuar con el abono de la remuneración al estar frente a una circunstancia tipificada en la ley, en el caso que la ley especifique que debe existir la remuneración²¹².

Las necesidades humanas aconsejan postergar la obligación de trabajar en favor de otra obligación, se aprecia que existen obligaciones por atender, que son incluso más importantes que la profesional²¹³, siendo disculpada la obligación de trabajar con el fin de salvaguardar otra obligación, de distinta naturaleza a la profesional, pero que debe estar sustentada y protegida también por el ordenamiento jurídico; solo puede darse esta suspensión por algún motivo presente en las normas²¹⁴.

La suspensión puede ser perfecta o imperfecta, siendo perfecta cuando cesan temporalmente ambas obligaciones, tanto la obligación del trabajador de prestar servicios como la del empleador de remunerarlo, será imperfecta cuando solo persista la obligación del empleador de otorgar la remuneración sin una contraprestación del trabajador; es decir, cuando cesa solo la obligación de una de las partes²¹⁵. Siendo imposible que solo cese la obligación de remuneración y no la prestación laboral, pues no hay forma de obligar a alguien a trabajar sin que reciba una remuneración por ello, tal como lo prescribe el artículo 23° de la Constitución Peruana.

La suspensión tiene carácter temporal y de acuerdo a lo que hemos visto, debe existir una causa justificada prevista. De las causales del artículo 12° de la LPCL podemos inferir que a través de esta figura se persigue, entre otros fines, la protección de derechos fundamentales y bienes jurídicos como el libre desarrollo de la personalidad, la conciliación de la vida familiar y laboral, la salud del trabajador, la libertad sindical, etc.

En el sector público, encontramos el reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa, Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que en su artículo 110°

²¹² Cfr. SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos retribuidos al trabajador*, primera edición, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 25-26.

²¹³ *Ibidem*, p. 30.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

²¹⁵ Cfr. CASTILLO GUZMAN, Jorge; ABAL ABARCA, Jaime y SÁNCHEZ EDWARDS, Susana. *Compendio de derecho individual del trabajo*, cuarta edición, Lima, Estudio Caballero Bustamante, 2007, pp. 63-64.

detalla las licencias a las que tienen derechos los servidores públicos, las cuales según la definición aquí esgrimida, constituyen causas de suspensión del contrato laboral.

Además existe una serie de normativa laboral dispersa, donde se estipulan permisos y licencias laborales tanto para el sector público como para el sector privado, aunque confundiendo muchas veces ambos términos, como por ejemplo: Ley N° 26644 que otorga licencia por maternidad, modificada por la Ley N° 30367, la Ley N° 29409 que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada o la Ley N° 27409 que otorga licencia laboral por adopción, así como otras normativas que resumiremos más adelante.

Creemos necesario hacer una precisión sobre la naturaleza de ambos términos, para ello tomaremos como base de nuestra investigación, la doctrina y en particular la doctrina española que hace una diferenciación más nítida de permisos y licencias, aunque debemos tener claro que la concepción de la doctrina sobre la naturaleza de permisos y licencias, difiere de la configurada por nuestra legislación.

1.2. Naturaleza jurídica de los Permisos y Licencias laborales

Nuestra normativa nos dice que “se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral. Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores”²¹⁶; además, nos da un listado de causas de suspensión del contrato de trabajo, entre las que se encuentran las licencias y permisos laborales²¹⁷.

Los contratos de trabajo se suspenden, cuando hay una pausa o cese de la obligación del trabajador de prestar su fuerza laboral, esta pausa tiene naturaleza temporal, las causales están “previamente estipuladas en la ley, convenio, reglamento interno de trabajo, o cuando las partes lo decidan,

²¹⁶ Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 11°.

²¹⁷ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°.

pudiendo o no mantenerse el pago de la retribución, sin que desaparezca el vínculo laboral”²¹⁸.

Desafortunadamente no contamos con una legislación laboral codificada o con una ley general del trabajo, pero buscando entre la dispersa normativa del Derecho del Trabajo, encontramos que: la mencionada Ley de Productividad y Competitividad Laboral, regula de forma escueta a los permisos y licencias mencionándolos solo en el artículo 12°, como causas de suspensión del contrato de trabajo, pero sin hacer una distinción entre ambos; mientras la *Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público* del Decreto Legislativo N° 276, menciona a los permisos y licencias como derechos de los servidores públicos de carrera; y en su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, estipula una serie de licencias a las que tienen derecho los funcionarios y servidores públicos; la ley del Servicio Civil Ley N° 30057 en su artículo 47° los considera supuestos de suspensión del servicio civil y menciona que tanto permisos como licencias son derechos del servidor público en su artículo 35°, literal g); por su parte el Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios Decreto Legislativo N° 1057 ni siquiera los regula.

Al analizar las diferentes normas específicas sobre permisos y licencias, como: la Ley N° 30012 que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedades en estado grave o terminal o sufran accidente grave; la Ley N° 26644, modificada por la Ley N° 30367, sobre la licencia por maternidad (descanso pre y post natal de la trabajadora gestante), la Ley N° 29409 que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada o la licencia por adopción Ley N° 27409, así como la Ley N° 27240 que otorga permiso por lactancia materna; encontraremos que se refieren a licencias cuando hablamos de ausencia del puesto laboral por más de un día, en cambio hablamos de permiso cuando la ausencia es dentro de un día. En el mismo sentido, el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Decreto Supremo N° 005-90-PCM, hace alusión a los

²¹⁸ Cfr. CASTILLO GUZMAN, Jorge; ABAL ABARCA, Jaime y SÁNCHEZ EDWARDS, Susana. *Compendio de derecho individual del (...)* Op. Cit., p. 63.

permisos laborales como aquellas ausencias por horas del trabajo²¹⁹, en cambio por licencias se refiere a las ausencias por uno o más días del centro de trabajo²²⁰.

Hemos apuntado que La ley del Servicio Civil Ley N° 30057 en su artículo 35°, literal g), menciona que tanto permisos como licencias son derechos; en el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional afirma que: “dichos permisos no son dádivas ni obsequios que realiza el empleador al trabajador sino que constituyen derechos establecidos en la ley para ser ejercitados por los trabajadores con el cumplimiento de las formalidades pertinentes”, dejando en claro que al menos los permisos tienen la naturaleza de auténticos derechos, aunque luego dice: “no se trata pues de validar una suerte de autopermisos del propio trabajador, que se limite a informar de su decisión al empleador, lo que sería inaceptable, sino de ponderar entre los fines que persigue la norma y los hechos realmente ocurridos”²²¹. En el caso materia del pronunciamiento la demandante hace alusión a la existencia de un permiso por tres días²²², además se trata indistintamente los términos permisos o licencias, como si no existiera diferencia entre ellos²²³.

Nuestro Tribunal Constitucional les asigna a ambos, permisos y licencias, la naturaleza de auténticos derechos, establecidos por norma y que requieren el cumplimiento de formalidades pero que en ningún caso constituyen dádivas u obsequios²²⁴.

²¹⁹ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 106°, 107° y 108°.

²²⁰ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 109°.

²²¹ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 12.

²²² Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 8.

²²³ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009, voto en discordia del magistrado Mesía Ramírez, fundamento jurídico 12, voto dirimente del magistrado Calle Hayen, fundamentos jurídicos 2 y 5.

²²⁴ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 12.

En nuestra normativa, los permisos y licencias tendrían la misma naturaleza jurídica, siendo la única distinción lo concerniente al tiempo de duración del permiso respecto a la licencia²²⁵, incluso se les ha tratado de forma indistinta en el Tribunal Constitucional, aunque se ha dejado claro que constituyen auténticos derechos.

En otros ordenamientos se hace una mayor diferenciación, así por ejemplo Sánchez Trigueros analizando la normativa española, dice que: “los permisos surgen para circunstancias o causas distintas de las suspensivas (...) La naturaleza de las situaciones contempladas en los casos de suspensión emparenta con casos de imposibilidad sobrevenida (además del posible pacto) mientras que en las interrupciones suele existir una necesidad ligada a aspectos personales del trabajador”²²⁶. La diferencia sería que mientras las licencias constituirían en estricto causas de suspensión del contrato, los permisos surgirían para circunstancias distintas de las suspensivas, constituyéndose como interrupciones de la relación laboral, ligadas a aspectos personales del trabajador²²⁷.

Hemos hablado en los capítulos precedentes sobre el poder de dirección, la libertad de empresa y cómo toda relación jurídica incluida la laboral debe respetar el ejercicio de los derechos fundamentales, en atención a esto consideramos que sería más conveniente si permisos y licencias tuvieran una configuración y naturaleza jurídica distinta, teniendo por lo tanto un tratamiento distinto.

Tenemos así que, por ejemplo: “en el Derecho español la naturaleza jurídica del permiso es la de interrupción del contrato de trabajo y se diferencia de la suspensión. La primera afecta únicamente a la prestación del trabajador, pero mantiene el deber retributivo del empresario; en cambio, la segunda permite la cesación de ambas prestaciones sin que se extinga el vínculo jurídico”²²⁸. En el Perú solo existe la figura de la suspensión, que puede ser perfecta o imperfecta; sin embargo, a pesar de la diferente terminología, la naturaleza

²²⁵ Cfr. PACHECO, Luz. “El derecho a los permisos laborales. El progreso en el respeto a la dignidad humana del trabajador”, *Gaceta constitucional*, tomo XXVI, febrero, 2010, pp. 219-220.

²²⁶ SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos* (...) Op. Cit., p. 27.

²²⁷ *Ibidem*

²²⁸ PACHECO, Luz. “El derecho a los permisos laborales. El (...) Op. Cit., p. 216.

jurídica es similar y persigue el mismo fin, el cual es impedir que al cesar la prestación de trabajo, el empleador pueda resolver el contrato²²⁹.

1.3. Diferencias entre Permisos y Licencias

En nuestra investigación hemos observado que ambos términos suelen usarse indistintamente para referirse a una sola realidad, incluso textos informativos tienen el título de permisos, pero en su desarrollo observamos que se deja de usar esta palabra y se sustituye por la palabra licencia²³⁰, por ello cabe preguntarnos si permisos y licencias poseen el mismo contenido semántico o si por el contrario son conceptos diferentes.

Según la RAE, permiso viene del latín *permissum* que es el período durante el cual, alguien está autorizado para dejar su trabajo u otras obligaciones²³¹. Licencia viene del latín *licentia* y significa permiso para hacer algo²³².

En el lenguaje común permisos y licencias se consideran palabras sinónimas, lo cual explica la extendida confusión terminológica pero no la disculpa. Respecto al uso del lenguaje en las profesiones, se dice que muchas veces algunos errores ya no son meramente fallos individuales y, por tanto, no significativos sino que se cometen o reproducen por muchos y parecieran formar parte de la jerga profesional²³³.

Como punto de partida de esta investigación, sostenemos que permisos y licencias son conceptos diferentes, lo cual está instaurado por diferentes normas como por ejemplo el artículo 12° del Texto Único Ordenado del decreto legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que si bien define a ambos como causas de suspensión del contrato de trabajo, hace uso de ambos términos como diferentes, así tenemos el literal k), donde dice que el permiso o licencia concedidos por el empleador, son causas de suspensión

²²⁹ Cfr. PACHECO, Luz. “El derecho a los permisos laborales. El (...) Op. Cit., p. 216.

²³⁰ Así por ejemplo en la nota periodística de OBREGON, Tulio. “Ley de permisos laborales de los trabajadores. El trabajo Infantil y el rol del estado”, *RPP virtual*, 2013. [Ubicado el 7.III.2018]. Obtenido en: <http://rpp.pe/lima/actualidad/ley-de-permisos-laborales-de-los-trabajadores-noticia-601142>

²³¹ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, Tomo II, vigésimo segunda edición 2001 (séptima tirada), Madrid, Editorial Espasa, 2007, p. 1734.

²³² *Ibidem*, p. 1375.

²³³ Cfr. LÁZARO, Fernando. “El idioma del Periodismo ¿lengua especial?”, *El idioma español en las agencias de prensa*, Fundación German Sánchez Ruipérez, Madrid, 1990, p. 42.

laboral. Sin embargo, a pesar de nombrarlos como si fueran conceptos diferentes, no precisa cuál es la diferencia entre ambos términos.

Aunque en nuestra normativa, los permisos y licencias tienen la misma naturaleza jurídica, consideramos que al igual que en el ordenamiento español, las diferencias entre ambos conceptos deberían ser más que lingüísticas y que para lograr el efectivo respeto de los derechos fundamentales sería conveniente establecer una regulación que los diferencie.

A continuación, desarrollaremos cada uno de estos conceptos y explicaremos porqué consideramos que deberían tener una naturaleza diferente entre sí.

1.4. Permisos Laborales

Respecto a permisos, del reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM podemos recoger el significado que tienen en nuestro ordenamiento jurídico, así según el artículo 106°: “los servidores, en casos excepcionales debidamente fundamentados, pueden solicitar permiso a la autoridad respectiva para ausentarse por horas del centro laboral durante la jornada de trabajo. Los permisos acumulados durante un mes debidamente justificados, no podrán exceder del equivalente a un día de trabajo” y según el artículo 107° del mismo reglamento “los servidores tendrán derecho a gozar de permisos para ejercer la docencia universitaria hasta por un máximo de seis horas semanales, el mismo que deberá ser compensado por el servidor”²³⁴; y el reglamento de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, en su artículo 151° “califica como permiso la ausencia por horas del servidor civil”, definiéndose expresamente como permiso a la autorización para ausentarse por algunas horas del centro de trabajo, siendo el tiempo de ausencia menor al de una jornada laboral, y reconociéndoles como diferentes a las licencias laborales.

Otra alusión a la diferencia entre permisos y licencias laborales, la encontramos en situaciones administrativas por ejemplo las referidas a la docencia, así la licencia se encuentra definida por el Artículo 180° del Decreto Supremo N° 004-

²³⁴ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 106° y 107°.

2013-ED, como “el derecho del profesor para no asistir al centro de trabajo por uno o más días. Se formaliza mediante resolución administrativa por la Instancia de Gestión Educativa Descentralizada. Su tramitación se inicia en su centro laboral y culmina en la instancia superior correspondiente. Puede ser con goce o sin goce de remuneraciones” y los permisos conceptualizados en el artículo 198° del mismo decreto como “la autorización del jefe inmediato, previa solicitud de parte del profesor, para ausentarse por horas del centro laboral durante la jornada laboral. Se concede por los mismos motivos que las Licencias, así como otras normas específicas y se formaliza con la papeleta de permiso”²³⁵, haciéndose hincapié en la diferencia temporal entre ambos, y que se conceden por los mismos motivos, así como refiere la mayor facilidad en el trámite de los permisos, al interponerse el mismo ante el jefe inmediato.

En el sector público, el reglamento de la Ley del Servicio Civil expone una serie de supuestos en que aplicarían los permisos laborales, como el permiso por lactancia materna, el permiso para el ejercicio de la docencia, el permiso para la participación en órganos colegiados, el permiso para el desempeño de cargos sindicales, siendo la novedad que vemos incorporado también en estos supuestos, el permiso para atenciones médicas hasta tres veces al año sin perjuicio de los días de libre disponibilidad²³⁶.

Otros supuestos de permisos o licencias recogidos en nuestra legislación son los casos señalados en el artículo 12° de la LPCL respecto de la actividad privada; y en el reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones (Decreto Supremo N° 005-90-PCM), supuestos de permisos y licencias en el sector público, así como otros supuestos establecidos por norma expresa, todo lo que esté fuera de estos supuestos, queda sujeto a las políticas de la empresa, su reglamento interno de trabajo, las directivas o convenios colectivos así como a la facultad discrecional del empleador, en caso de no existir normativa interna en el centro de trabajo, no

²³⁵ Cfr. Decreto Supremo N° 004-2013-ED, Reglamento de la Ley de Reforma Magisterial, Artículos 180° y 198°.

²³⁶ Cfr. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°.

habrá obligación de dar permisos o licencias, salvo los casos en los casos señalados en el artículo 12° la LPCL y los establecidos por norma expresa²³⁷.

Aunque los reglamentos internos de trabajo son variados y dependen de la voluntad del empleador, porque con la sola presentación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo son aprobados²³⁸, encontramos que por lo general concuerdan en que se necesitará para los permisos una autorización previa, siendo más flexibles en cuanto al otorgamiento de los permisos respecto a las licencias, por ejemplo al no exigir dar conocimiento a una oficina de recursos humanos²³⁹, dependiendo muchas veces solo de la voluntad del jefe inmediato superior²⁴⁰, teniendo menos formalidad para su obtención, pudiendo incluso ser concedidos dentro del día en que se tomará el permiso²⁴¹.

Observamos que en los empleadores, subsiste la idea de mayor flexibilidad en el trámite, respecto a los permisos laborales, lo cual creemos es por el hecho de ser dado por tiempo inferior a una jornada laboral, afectando la prestación laboral en menor proporción que las licencias.

Recordamos además que para nuestro Tribunal Constitucional los permisos no son dádivas sino que tienen naturaleza de auténticos derechos²⁴², lo cual va en el orden de lo expuesto por Sánchez Trigueros en su análisis de la normativa española, donde afirma que los permisos son “facultades jurídicamente exigibles por el trabajador, sin que su concesión sea discrecional o graciable para la empresa, al margen de los problemas que puedan presentarse en orden a la fijación del momento de disfrute”²⁴³. Para Sánchez Trigueros además, cuando se habla de permisos se está ante supuestos de exoneración

²³⁷ Cfr. CASTILLO GUZMAN, Jorge; ABAL ABARCA, Jaime y SÁNCHEZ EDWARDS, Susana. *Compendio de derecho individual del (...)* Op. Cit., pp. 66-67.

²³⁸ Cfr. DECRETO SUPREMO N° 039-91-TR, Establecen el Reglamento Interno de Trabajo, que determine las condiciones que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones, Artículo 4°.

²³⁹ Cfr. Resolución de Secretaria General N° 042-2017-MIDIS/SG, Reglamento interno de los servidores civiles del ministerio de desarrollo e inclusión social del 27 de diciembre de 2017, Artículos 31° y 32°.

²⁴⁰ Cfr. Reglamento interno de trabajo del poder judicial, Artículo 20°. [Ubicado el 26.II.2018]. Obtenido en: http://ocma.pj.gob.pe/contenido/normas/Reglamento_de_Trabajo.pdf

²⁴¹ Cfr. Reglamento interno de trabajo del poder judicial, Capítulo V, Artículo 22°. [Ubicado el 26.II.2018]. Obtenido en: http://ocma.pj.gob.pe/contenido/normas/Reglamento_de_Trabajo.pdf

²⁴² Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 12.

²⁴³ SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos (...)* Op. Cit., p. 33.

del deber de trabajar por existir otro deber predominante, los permisos laborales solo tienen razón de ser cuando aquel otro deber predominante se superpone con el horario de trabajo²⁴⁴.

Recordemos que en el ordenamiento español, los permisos no son causas suspensivas de la relación de trabajo, sino que se consideran como interrupciones, las cuales suelen ligarse a aspectos personales del trabajador²⁴⁵.

Regresando a nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que en el ámbito del sector privado la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es insuficiente para regular la relación jurídica de trabajo subordinado, la norma está orientada fundamentalmente a “fortalecer el poder de dirección del empleador y a señalar las causas de suspensión y extinción del contrato, con especial referencia al régimen del despido”; sin embargo, se hace necesario un texto que consolide los derechos del trabajador, para que la subordinación debida por este al empleador no se equipare a una servidumbre que afecte la dignidad humana²⁴⁶. Respecto a la actividad pública la Ley de Bases de la Carrera administrativa y de remuneraciones, su reglamento así como la Ley del Servicio Civil y su reglamento hacen una mayor defensa de los derechos del trabajador.

Existen también normas dispersas que instauran permisos y licencias a favor de ambos sectores, pero se nota una diferencia en el respeto a los derechos del trabajador de la actividad pública respecto al de la actividad privada, el trabajador público disfruta de un mayor abanico de derechos, lo que se configura como una clara discriminación. Además, creemos necesario mencionar la necesidad de una codificación de las normas laborales, que facilitaría el conocimiento de la totalidad de derechos que gozan los trabajadores en nuestro país.

Observamos varios supuestos de permisos laborales, sobre todo en el sector público, pero como mencionamos líneas arriba existe diferencia en la normativa aplicable a los trabajadores del sector privado, donde estos últimos cuentan

²⁴⁴ Cfr. SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos* (...) Op. Cit., p. 50.

²⁴⁵ *Ibíd*em, p. 27.

²⁴⁶ Cfr. PACHECO, Luz. “El derecho a los permisos laborales. El (...) Op. Cit., p. 214.

con menor normativa a su favor, como la Ley de Productividad y Competitividad Laboral D.S. N° 003-97-TR, que apenas si hace mención a los permisos laborales como causas de suspensión del contrato laboral y pareciera dejar todo al arbitrio del empleador.

Consideramos que para tener derecho a estos permisos los requisitos generales serían:

1.4.1. Origen legal

La legalidad es una forma de manifestarse del Derecho, por la que se reconoce su existencia, consiste en la positivización del derecho, la legalidad sumada a la legitimidad o justicia hacen válida una norma²⁴⁷. Es decir, para que se configure el derecho primero ha de existir, lo cual suele ir ligado a su positivación.

Los permisos deben fundamentarse en un dispositivo normativo; sin embargo, tanto en el régimen público²⁴⁸ como en el privado²⁴⁹ se deja abierta la posibilidad de otorgamiento del permiso por otros motivos según el libre parecer y aceptación del empleador.

Creemos que se deja demasiado margen de discrecionalidad al empleador y que como hemos dicho la naturaleza de las cosas hace imposible una prestación laboral ininterrumpida²⁵⁰, existen situaciones no siempre previsibles que en cuanto no vayan en contra de la buena fe, deberían constituirse como permisos laborales.

El desarrollo normativo tanto de los permisos como de las licencias laborales en nuestro país es escueto aún más en el sector privado, es injusto que esa falta de desarrollo normativo y por tanto falta de origen legal, afecte los derechos fundamentales de los trabajadores, por lo que siguiendo a Pacheco, creemos que una forma de concatenar los permisos y licencias con la dignidad humana y el respeto de los derechos fundamentales, sería tomando como

²⁴⁷ Cfr. DEL HIERRO, José Luis. "Legitimidad y legalidad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 4, Madrid, Agosto, 2013, p. 184

²⁴⁸ Cfr. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, Literal f.

²⁴⁹ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal K.

²⁵⁰ Cfr. SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos (...)* Op. Cit., p. 25.

ejemplo el artículo 37º, inciso 3 del estatuto de los trabajadores (ET) de España, donde se exige el previo aviso y la justificación²⁵¹.

Pensamos que la actual configuración de los permisos en el derecho peruano, no está en armonía con la protección de la persona humana y su dignidad, puesto que se desconoce la existencia de obligaciones exigibles en mayor grado que la de cumplir el contrato laboral, obligaciones que son expresión de los derechos fundamentales y de la dignidad humana y que muchas veces quedarían frustradas si pese a pre avisar al empleador y existir una justificación, este último deniega el permiso.

1.4.2. El previo aviso

Haciendo referencia nuevamente al estatuto de los trabajadores español, el previo aviso se constituiría como una concreción típica e implícita del deber de buena fe, que se desprende de diversos preceptos de la citada norma, el trabajador tiene la obligación de pre avisar su ausencia, ya sea de carácter temporal como en el ejemplo dado del artículo 37º.3²⁵² del ET o de carácter definitivo como en el artículo 49º.1²⁵³ del ET, lo que resulta incuestionable en

²⁵¹ Cfr. PACHECO, Luz. "El derecho a los permisos laborales. El (...) Op. Cit., p. 217.

²⁵² "El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: a) Quince días naturales en caso de matrimonio. b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves (...) c) Un día por traslado del domicilio habitual. d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica (...). e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente. f) Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo". Estatuto de los trabajadores español, Artículo 37º.3.

²⁵³ "El contrato de trabajo se extinguirá: a) Por mutuo acuerdo de las partes. b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato (...). d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar. e) Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (...). f) Por jubilación del trabajador. g) Por muerte, jubilación (...) o por extinción de la personalidad jurídica del contratante (...). h) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el artículo 51.7. i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. j) Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario. k) Por despido del trabajador. l) Por causas objetivas legalmente procedentes.

estos casos, por lo que la falta de preaviso justificaría un despido por inasistencia conforme al artículo 54°.2.a²⁵⁴ del ET²⁵⁵.

Creemos lógico que esta concreción típica sea aplicable también a nuestra legislación, puesto que “como cualquier otra obligación contractual, la obligación de trabajar debe cumplirla el trabajador ajustándose a las reglas de la diligencia y la buena fe”²⁵⁶.

El previo aviso es una consecuencia del principio de buena fe y de la necesidad de la empresa de reorganizar el trabajo para no afectar su productividad; pero se debe tener en cuenta la razonabilidad, para el previo aviso se debe atender a las circunstancias del caso y ponderarlas de buena fe, pues no es posible exigir igual preaviso cuando la causa es el matrimonio que la muerte súbita de un familiar, la omisión del previo aviso aun cuando exista la causa que sustenta y legitima el permiso, convertirá la ausencia en técnicamente injustificable y por ello sancionable²⁵⁷.

Proponemos que ante una legislación que en nuestra opinión promueve y defiende el poder dirección olvidándose en cierta forma del respeto a los derechos fundamentales, sería conveniente tomar de ejemplo el Estatuto de los Trabajadores español, e instaurar el previo aviso y justificación como suficientes para que un trabajador se tome un permiso laboral, en determinadas situaciones en los que el tiempo del trámite o conducto regular conviertan en inservible el permiso laboral por extemporáneo²⁵⁸, lo cual aplica también en caso de negativa irrazonable del empleador, incluso si se le ha presentado el previo aviso y una justificación válida, así tenemos que por ejemplo, en España atendiendo a “la índole y características de la mayoría de situaciones respecto de las que se contempla el permiso, los Tribunales vienen defendiendo el carácter directamente operativo: el trabajador puede ausentarse

m) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”. Estatuto de los trabajadores español, Artículo 49°.1

²⁵⁴ “Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”. Estatuto de los trabajadores español, Artículo 54°.2.a

²⁵⁵ Cfr. MARTINEZ, Jesús; ARUFE, Alberto y CARRIL, Xosé. *Derecho del (...)* Op. Cit., p. 275.

²⁵⁶ *Ibíd*em, p. 190.

²⁵⁷ Cfr. PACHECO, Luz. “El derecho a los permisos laborales. El (...) Op. Cit., p. 217.

²⁵⁸ *Ibíd*em, p. 219.

sin necesidad de previa autorización empresarial o, desde luego, judicial pues lo contrario frustraría su finalidad”²⁵⁹.

Si luego de un análisis más exhaustivo se descubre que se ha hecho un mal uso del permiso, tanto si no ha existido el previo aviso o la justificación es inválida, se deberán seguir las medidas pertinentes ante el incumplimiento contractual²⁶⁰.

En el caso concreto, creemos se constituiría una falta contra la buena fe y cabría en todo caso un despido por afectación a este principio laboral, lo cual está acorde a lo estipulado por el Tribunal Constitucional que ha instaurado el quebrantamiento de la buena fe laboral como falta grave²⁶¹, en concordancia con el literal a) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Es de vital importancia el previo aviso pues así “el empresario o empresaria podrá adoptar las medidas convenientes para la cobertura de la ausencia. Tal condición de ejercicio para el disfrute del permiso es calificable de una manifestación del deber genuino de buena fe”²⁶². Así como creemos que el trabajador solo necesita preavisar y tener un motivo válido para hacer uso del permiso, creemos también que como forma de proteger y armonizar este permiso con la facultad de dirección del empleador, en caso de un mal uso del permiso, debería ser posible la sanción máxima contra el trabajador; es decir, el despido no solo por faltar al trabajo sino por atentar contra la buena fe laboral.

Por último, creemos que solo cuando se trate de permisos laborales, ausencia por horas o incluso una licencia por solo una jornada laboral, bastará con el previo aviso y la posterior justificación, ya que estos a diferencia de las licencias, se dan ante circunstancias apremiantes y de difícil previsión, que además serán situaciones no frecuentes.

²⁵⁹ SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos (...)* Op. Cit., p. 37.

²⁶⁰ *Ibíd*em

²⁶¹ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 03749-2012-PA/TC. (Caso Óscar Ángel Rojas Alania contra Provias Nacional) del 5 de setiembre de 2013, fundamentos jurídicos 3.3.3 y 3.3.6.

²⁶² LOUSADA AROCHENA, José F. “El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto”, *Aequalitas: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 19, Aragón, 2006, p. 30.

1.4.3. Justificación del motivo alegado

Es razonable que se deba acreditar la justificación del motivo por el que surge el permiso, la empresa puede dispensar de tal justificación o tenerla por realizada a partir de hechos notorios, manteniendo el derecho a pedir la justificación en un momento posterior, en el caso de que no se justifique el motivo estaríamos ante ausencia injustificada²⁶³.

El motivo de la discusión doctrinaria, creemos radica en torno al momento en que debe darse el previo aviso y justificación de manera formal²⁶⁴, creemos que los permisos al constituir un derecho²⁶⁵, posibilitan al trabajador a ausentarse sin necesidad de una previa justificación del motivo de su permiso, aunque como hemos dicho sí será necesario el previo aviso, con la consiguiente obligación de justificar esta inasistencia tan pronto le sea posible.

Reciente jurisprudencia (casación laboral) plantea la necesidad de autorización, para el goce del permiso laboral²⁶⁶; sin embargo, en el caso materia de análisis no existió ni siquiera la justificación posterior de la ausencia, la cual creemos indispensable, así se haga después de tomarse el permiso²⁶⁷ la citada casación nos dice que no resulta suficiente comunicar la inasistencia, sino que debe ser autorizada, de lo contrario se incurre en causal de sanción disciplinaria²⁶⁸. Nosotros como ya hemos dejado claro, somos partidarios de la posibilidad de presentar la justificación en un momento posterior al previo aviso.

La negativa del empleador no puede desembocar en la imposibilidad de la ausencia, pues carecería de sentido si tuviera que esperar a que se le

²⁶³ Cfr. SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos (...)* Op. Cit., pp. 43-44.

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 44-45.

²⁶⁵ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009, fundamentos jurídicos 12 y 25.

²⁶⁶ Cfr. Casación Laboral N° 12034-2014. (Caso Impugnación de sanción disciplinaria contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A. - HIDRANDINA S.A) del 2 de agosto de 2016, fundamento jurídico 17.

²⁶⁷ Cfr. Casación Laboral N° 12034-2014. (Caso Impugnación de sanción disciplinaria contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A. - HIDRANDINA S.A) del 2 de agosto de 2016, fundamento jurídico 18.

²⁶⁸ Cfr. Casación Laboral N° 12034-2014. (Caso Impugnación de sanción disciplinaria contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A. - HIDRANDINA S.A) del 2 de agosto de 2016, fundamento jurídico 17.

reconociera como derecho por el juez, su finalidad perdería el sentido, pues se tomaría de forma extemporánea además no debemos olvidar que, si el trabajador hace uso indebido de cualquier permiso laboral, quedará privado de justificación y se seguirán las medidas pertinentes ante el incumplimiento contractual²⁶⁹.

Dado que permisos no son dádivas ni obsequios sino derechos establecidos en la ley para ser ejercitados, se asevera la posibilidad que, de existir causa suficiente para dicho permiso, el trabajador podría tomarlo, incluso si éste le hubiese sido denegado²⁷⁰. En la misma línea, PACHECO afirma que el trabajador tiene derecho a la concesión de permisos laborales, siempre que cumpla con ciertos requisitos formales, dejando abierta la posibilidad de que, en casos que lo ameriten, se pueda tomar el permiso sin mediar autorización, siempre que exista una causa justa, se haya solicitado previamente el permiso, y este hubiere sido negado arbitrariamente, pues los permisos y licencias laborales no son una dádiva sino un derecho²⁷¹.

Respecto a lo que se puede considerar como justificación válida, consideramos que serán todos los medios de prueba que permitan corroborar, que el suceso que motivó la ausencia es verdadero, que sea expresión de un derecho fundamental y, por tanto, proteja la dignidad humana (conciliación de la vida familiar y laboral, salud y otros).

Consideramos vital que la justificación dada sea real, en el capítulo I de la presente tesis, hicimos mención a los deberes del trabajador vinculados con el deber de verificación, según Gómez Valdez, quien hace mención al deber de Buena fe, para él la labor del trabajador debe ser honesta, fiel, honrada en pro de la empresa y debe contribuir al sostenimiento de la empresa²⁷², es obvio que él no trabajar sin una razón o con una razón falsa va en contra del sostenimiento de la empresa.

²⁶⁹ Cfr. SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos (...)* Op. Cit., pp. 36-37.

²⁷⁰ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009, fundamentos jurídicos 12 y 25.

²⁷¹ Cfr. PACHECO, Luz. "El derecho a los permisos laborales. El (...)" Op. Cit., p. 214.

²⁷² Cfr. GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *El Contrato de (...)* Op. Cit., p. 628.

1.4.4. Permisos existentes en nuestro ordenamiento jurídico

A continuación exponemos los permisos presentes en leyes generales; es decir, tanto para el sector privado como para el sector público, y los presentes en los regímenes generales del sector público (régimen del Servicio Civil y régimen de la Carrera Administrativa).

1.4.4.1. Sector Público y Sector Privado

Los supuestos de permisos regulados a favor del sector privado son reducidos en comparación con los del sector público, a continuación tratamos los permisos laborales existentes tanto en el sector público y sector privado.

a) Permiso por lactancia materna

Regulada por la Ley N° 27240 modificada por la Ley N° 28731 en cuanto al periodo del permiso, que será de “una hora diaria, al término del período postnatal, hasta el año de edad del hijo(a), más una hora adicional al día en caso de parto múltiple”²⁷³. Este permiso al estar configurado en una Ley, y por lo tanto es de alcance general, es decir afecta tanto al sector público²⁷⁴ como al sector privado²⁷⁵. Respecto al requisito para su consecución la Ley solo hace mención a que la trabajadora se encuentre al término del período post natal²⁷⁶. No se especifica que documentación presentar, lo cual se debe a que la trabajadora debería ya haber presentado la documentación respectiva ante su empleador para el goce de su licencia por maternidad, para la cual si se especifica la documentación necesaria: “Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT) por maternidad, expedido por ESSALUD, o en su defecto un Certificado Médico en el que conste la fecha probable del parto, pudiendo éste encontrarse contenido en el formato regulado por el Colegio

²⁷³ Ley N° 28731, Ley que amplía la duración del permiso por lactancia materna, Artículo 1°, Inciso 1.1.

²⁷⁴ Cfr. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°.

Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 108°.

²⁷⁵ Cfr. Ley N° 27240, Ley que otorga permiso por lactancia materna.

²⁷⁶ Cfr. Ley N° 27240, Ley que otorga permiso por lactancia materna, Artículo 1° modificado por la Ley N° 28731, Ley que amplía la duración del permiso por lactancia materna.

Médico del Perú o en el recetario de uso regular del profesional médico que emite la certificación”²⁷⁷,

b) El permiso para el desempeño de cargos sindicales

El empleador está obligado a conceder permiso a los dirigentes sindicales para actos de concurrencia obligatoria hasta un límite 30 días naturales al año, siendo el tiempo ocupado para estos permisos dentro de la jornada ordinaria considerado como trabajado para todos los efectos legales²⁷⁸, lo cual aplica tanto para la actividad privada como pública²⁷⁹.

Según SUNAFIL los empleadores estarían obligados a otorgar las licencias o permisos sindicales, siempre que estén referidos a asistir a reuniones, cursos de formación, congresos y conferencias sindicales, sin afectación de salarios ni otros beneficios²⁸⁰. El empleador no puede negar las licencias sindicales, pero sí puede solicitar a la organización sindical, en manifestación de su poder de dirección, que acredite que la licencia solicitada está destinada a cumplir los fines propios de la organización sindical²⁸¹.

c) Los permisos concedidos por voluntad del empleador

Estipulado tanto para el sector público en la Ley Servir²⁸² como en el ámbito del sector privado²⁸³, donde se deja a la voluntad del empleador la concesión o no del permiso. Estos permisos no presentan un supuesto concreto sobre el cual recaer, serían el *numerus apertus* de los permisos laborales, pudiendo recaer

²⁷⁷ Decreto Supremo N° 005-2011-TR, Reglamento de la Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre natal y post natal de la trabajadora gestante, artículo 4° modificado por el Decreto Supremo N° 002-2016-TR, Decreto Supremo que adecua las normas reglamentarias que regulan el descanso por maternidad y el pago del subsidio por maternidad a las disposiciones de la Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.

²⁷⁸ Cfr. Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Artículo 32°.

²⁷⁹ Cfr. Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Título I, Artículo 1°.

²⁸⁰ Cfr. Resolución de Intendencia N° 17-2014-SUNAFIL/ILM, recaída en el expediente N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1. (Caso Alicorp S.A.A. contra Resolución de sub Intendencia N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1) del 10 de septiembre de 2014, considerando 8.

²⁸¹ Cfr. Resolución de Intendencia N° 17-2014-SUNAFIL/ILM, recaída en el expediente N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1. (Caso Alicorp S.A.A. contra Resolución de sub Intendencia N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1) del 10 de septiembre de 2014, considerando 12.

²⁸² Cfr. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, Literal f.

²⁸³ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal k.

sobre un sin fin de situaciones, dependiendo únicamente de la voluntad del empleador.

En la LPCL no se hace mayor análisis y solo remite a la voluntad del empleador, respecto a los trabajadores públicos bajo la Ley de Bases de la Carrera Administrativa se especifica que se darán estos permisos, solo en caso excepcionales y necesitan una debida fundamentación, además que “los permisos acumulados durante un mes, debidamente justificados, no podrán exceder del equivalente a un día de trabajo”²⁸⁴.

1.4.4.2. Sector público

a) Permiso para el ejercicio de la docencia

El servidor civil tiene el derecho de ejercer la docencia²⁸⁵, que a su vez se expresa en el correspondiente permiso señalado en el reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, literal b) y desarrollado en Artículo 152° del mismo reglamento. Se especifica que el “El servidor civil tiene derecho a gozar de permisos hasta por un máximo de seis (6) horas a la semana para ejercer la docencia (...) Las horas utilizadas en permisos de docencia son compensadas por el servidor de común acuerdo con la entidad”²⁸⁶.

b) Permiso para seguir estudios superiores

El reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa también concede el ejercicio de la docencia e incluso va más allá, extendiendo el derecho a “los servidores que sigan estudios superiores con éxito”²⁸⁷. Como hemos aclarado antes la expresión servidor civil, incluye a todos los trabajadores que prestan servicios para el Estado, pero la Ley de Bases de la Carrera Administrativa alude específicamente aquellos bajo el régimen de la carrera administrativa regida por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

²⁸⁴ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 106°.

²⁸⁵ Cfr. Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 35°, literal k.

²⁸⁶ Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 152°.

²⁸⁷ Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 107°.

c) Permiso para atención médica

El servidor civil tendrá derecho también al “permiso para atenciones médicas hasta tres veces al año sin perjuicio de los días de libre disponibilidad”²⁸⁸; sin embargo, no existe una norma expresa que indique este permiso será remunerado, incluso no se le incluye en el listado de casos de suspensión imperfecta de la relación laboral presente la Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 47.2º.

No existe una norma similar en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a favor del trabajador de la actividad privada; sin embargo, consideramos que incluso es inadecuado limitar a solo tres veces al año este tipo de permisos, pues se afecta directamente el derecho a la salud, el cual desarrollaremos más adelante, pero debemos recordar estamos en supuesto diferente a la invalidez temporal, o a la enfermedad o accidente comprobado que sí están incluidos en la lista a la que hemos hecho mención en el párrafo precedente²⁸⁹.

d) Permiso para la participación en órganos colegiados

La Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, artículo 35º, literal k) señala como derecho del servidor civil el participar en órganos colegiados percibiendo dietas, en virtud de esto, en el reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151º, literal c) se reconoce el permiso para concretizar esta participación en los órganos colegiados²⁹⁰.

1.5. Licencias Laborales

Tanto el Reglamento de la Ley del Servicio Civil, como el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, conceptualizan a La licencia laboral como la autorización para no asistir al centro de trabajo uno o más días²⁹¹. En el régimen de la actividad privada, el desarrollo normativo es mucho más escueto y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral D.S. N°

²⁸⁸ Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151º.

²⁸⁹ Cfr. Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 47.2º.

²⁹⁰ Cfr. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151º, Literal c.

²⁹¹ Cfr. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153º. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 109º.

003-97-TR, no da una definición de la misma, solo nos dice que las licencias laborales constituyen causas de suspensión laboral²⁹².

Sin embargo entre las demás causales de suspensión laboral, algunas de ellas aunque no se menciona expresamente son licencias laborales también, así tenemos²⁹³: la enfermedad y el accidente comprobados; la maternidad durante el descanso pre y postnatal; la licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el servicio militar obligatorio; el permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales; el permiso o licencia concedidos por el empleador.

Según Pacheco, la licencia tiene en el Derecho Laboral, una connotación distinta a la del permiso, esto en concordancia a la terminología predominante en el país, heredera de las normas del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, las licencias laborales son la ausencia al centro de trabajo por un lapso de tiempo correspondiente a la totalidad de una jornada laboral o más²⁹⁴. Pacheco también pone atención en el laconismo presente en el sector privado, y menciona que es tarea pendiente del Gobierno desaparecer la desigualdad existente respecto al sector público²⁹⁵.

Las licencias al igual que los permisos son auténticos derechos del trabajador, no son dádivas ni obsequios del empleador al trabajador, sino que son derechos establecidos en la ley para ser ejercidos con el cumplimiento de las formalidades pertinentes²⁹⁶, lo cual aplica tanto para el sector público como para el sector privado.

Según el régimen de la Administración Pública, las licencias son de tres tipos: con goce de remuneraciones, sin goce de remuneraciones y a cuenta del período vacacional²⁹⁷.

²⁹² Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°.

²⁹³ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°.

²⁹⁴ Cfr. PACHECO, Luz. "El derecho a los permisos laborales. El (...) Op. Cit., p. 219.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 220.

²⁹⁶ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009, fundamentos jurídicos 12 y 25.

²⁹⁷ Cfr. Clasificación hecha por OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. "Las Licencias y Permisos", *Actualidad Gubernamental*, N° 19, Lima, Mayo, 2010, p. 1.

Creemos que hay dos características que deben tener las licencias laborales para ser ejercidas, la primera es el origen legal y la segunda es el cumplimiento de la formalidad específica de cada licencia.

1.5.1. Origen legal

Creemos que además de la duración del permiso respecto de la licencia, otra diferencia entre ellos radica en la posibilidad de conocer anticipadamente la necesidad de ausentarse del centro laboral, siendo que según la conceptualización de permisos, estos se corresponden más con circunstancias de difícil previsión²⁹⁸, en cambio las licencias se refieren a situaciones posibles de conocer con cierta anticipación; estas últimas afectan en mayor medida la prestación laboral, al corresponder a una jornada laboral o más, por lo que para evitar ir en contra de la libertad de empresa y su fin que es la consecución de riqueza, consideramos deben estar siempre estipuladas previamente en cuerpos normativos como leyes o convenios colectivos, etc.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02168-2008-PA/TC que tanto hemos mencionado, además de establecer que los permisos y licencias son auténticos derechos del trabajador, también hace alusión a que estos deben estar establecidos en la Ley²⁹⁹.

Las licencias no admitirían causas fortuitas, deben provenir de una norma, pues de asimilarlos a nuestro planteamiento de los permisos laborales y la sola exigencia de previo aviso y posterior justificación, afectarían de forma grave el poder de dirección y la libertad de empresa del empleador, por lo que creemos debe exigirse el que estén previamente estipuladas en la legislación, a no ser que se solicite la licencia por solo una jornada laboral.

Creemos que la naturaleza jurídica actual que poseen las licencias laborales en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los permisos laborales, si se concatena con el respeto a los derechos fundamentales tanto del trabajador como del empleador (libertad de empresa), pues son ausencias que implican más de un día de ausencia laboral, y que difícilmente corresponderían a

²⁹⁸ Cfr. SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos (...)* Op. Cit., p. 29.

²⁹⁹ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009, fundamentos jurídicos 12 y 25.

situaciones de difícil previsión, por lo que su concesión debe estar prevista por Ley.

1.5.2. Cumplimiento de la formalidad

En el derecho español al igual que en el nuestro, la licencia conlleva el ejercicio de un derecho reconocido, lo cual no quiere decir que se exima de la exigencia de la verificación de las circunstancias que lo generan³⁰⁰. La probanza de esas circunstancias es lo que consideramos el cumplimiento de la formalidad.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02168-2008-PA/TC menciona que para ejercer los permisos y licencias se debe cumplir con las formalidades pertinentes³⁰¹.

La formalidad exigida lógicamente variará según la licencia de la que se trate, así ahora exponemos las licencias presentes en leyes generales; es decir, tanto para el sector privado como para el sector público, y las licencias presentes en los regímenes generales del sector público (régimen del Servicio Civil y régimen de la Carrera Administrativa).

1.5.2.1 Sector Público y Privado

a) Licencia por maternidad

Instaurado inicialmente por la Ley N° 26644, que fue modificada por la Ley N° 27402 y la Ley 30367, complementada por la Ley N° 27606, que otorgan a trabajadora gestante licencia por cuarenta y nueve días naturales de descanso prenatal y cuarenta y nueve días naturales de descanso postnatal, para lo cual debe comunicar a su empleador con una antelación no menor de dos meses de la fecha probable del parto³⁰². Esta licencia se ha reglamentado por el Decreto

³⁰⁰ Cfr. Decreto 185/2010, de 6 de julio, por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario Docente no Universitario de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV 16-07-2010). Anexo aclaraciones sobre las licencias y permisos y su tratamiento en los partes mensuales de ausencias del profesorado, p. 1. [Ubicado el 7.III.2018].
Obtenido en: http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.eus/contenidos/informacion/comunicaciones_centros/es_ins pec/adjuntos/DK_0202_5302_C_Aclarac_LICEN-PERM.doc

³⁰¹ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009, fundamentos jurídicos 12 y 25.

³⁰² Cfr. Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso, Artículo 2°.

Supremo N° 005-2011-TR donde se indica que es de aplicación en el sector público y privado³⁰³.

El requisito en el caso del descanso prenatal es presentar al empleador el “Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT) por maternidad, expedido por ESSALUD, o en su defecto un Certificado Médico en el que conste la fecha probable del parto, pudiendo éste encontrarse contenido en el formato regulado por el Colegio Médico del Perú o en el recetario de uso regular del profesional médico que emite la certificación”³⁰⁴, la trabajadora podrá diferir parcial o totalmente su descanso prenatal³⁰⁵.

Respecto a la licencia post natal, esta se iniciará el día del parto y durará cuarenta y nueve días naturales, más los días diferidos de la licencia pre natal más los días de adelanto del parto y en casos de parto múltiple o nacimiento de niños con discapacidad, se agregarán treinta días naturales³⁰⁶.

No es remunerado por el empleador pero si subvencionado por el Estado mediante Essalud, por noventa días pudiendo distribuirse en los períodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, según decisión de la madre pero no debe realizar trabajo remunerado³⁰⁷.

³⁰³ Cfr. Decreto Supremo N° 005-2011-TR, Reglamento de la Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre natal y post natal de la trabajadora gestante, artículo 1° modificado por el Decreto Supremo N° 002-2016-TR, Decreto Supremo que adecua las normas reglamentarias que regulan el descanso por maternidad y el pago del subsidio por maternidad a las disposiciones de la Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.

³⁰⁴ Decreto Supremo N° 005-2011-TR, Reglamento de la Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre natal y post natal de la trabajadora gestante, artículo 4° modificado por el Decreto Supremo N° 002-2016-TR, Decreto Supremo que adecua las normas reglamentarias que regulan el descanso por maternidad y el pago del subsidio por maternidad a las disposiciones de la Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.

³⁰⁵ Cfr. Decreto Supremo N° 005-2011-TR, Reglamento de la Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre natal y post natal de la trabajadora gestante, artículo 5° modificado por el Decreto Supremo N° 002-2016-TR, Decreto Supremo que adecua las normas reglamentarias que regulan el descanso por maternidad y el pago del subsidio por maternidad a las disposiciones de la Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.

³⁰⁶ Cfr. Decreto Supremo N° 005-2011-TR, Reglamento de la Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre natal y post natal de la trabajadora gestante, artículo 7° modificado por el Decreto Supremo N° 002-2016-TR, Decreto Supremo que adecua las normas reglamentarias que regulan el descanso por maternidad y el pago del subsidio por maternidad a las disposiciones de la Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.

³⁰⁷ Cfr. Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Artículo 12°, Literal b, Sub literal b.2

b) Licencia por paternidad

Es concedida a los trabajadores de la actividad pública y privada, incluyéndose las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú³⁰⁸, reglamentada por el Decreto Supremo N° 014-2010-TR, reglamento de la Ley N° 29409.

Se otorga por cuatro días hábiles consecutivos, en fecha elegida por el trabajador, dentro de la fecha de nacimiento del nuevo hijo(a) y la fecha de dada de alta de la madre o el hijo(a)³⁰⁹. No se otorgará cuando el trabajador se encuentre en su descanso vacacional u otro supuesto de suspensión temporal del contrato de trabajo³¹⁰. Será remunerada con el equivalente a la que se hubiera percibido de continuar trabajando³¹¹.

c) Licencia por adopción

La Ley N° 27409 otorga licencia laboral al trabajador peticionario de adopción, la cual será con goce de haber y corresponderá a treinta días naturales, desde “el día siguiente de expedida la Resolución Administrativa de Colocación Familiar y suscrita la respectiva Acta de Entrega del niño, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 26981, siempre que el niño a ser adoptado no tenga más de doce años de edad”³¹². Al estar esta licencia expresada en una ley será de alcance general, es decir afecta tanto al sector público como al sector privado.

d) Licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave

La ley N° 30012 especifica que los familiares tenidos en consideración para esta licencia son: hijos, padres y el cónyuge o conviviente; amparando tanto a los trabajadores de la actividad pública y privada³¹³, La licencia se otorga por

³⁰⁸ Cfr. Ley N° 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada, Artículo 1°.

³⁰⁹ Cfr. Ley N° 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada, Artículo 2°.

³¹⁰ Cfr. Decreto Supremo N° 014-2010-TR, Reglamento de la Ley N° 29409, Artículo 6°.

³¹¹ Cfr. Decreto Supremo N° 014-2010-TR, Reglamento de la Ley N° 29409, Artículo 4°.

³¹² Ley N° 27409, Ley que otorga licencia laboral por adopción, Artículo 1°.

³¹³ Cfr. Ley N° 30012, Ley que concede licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave, Artículo 1°.

siete días calendario y se da con goce de haber, a los que se pueden adicionar treinta días pero a cuenta de las vacaciones³¹⁴.

e) Licencia para terapias de rehabilitación y asistencia médica de personas con discapacidad

Estipulada en la Ley N° 30119, afecta tanto a la actividad pública como a la actividad privada, las personas con discapacidad a las que hace referencia serán los hijos menores, los menores sujetos a tutela y los mayores de edad en condición de dependencia o sujetos a la curatela del trabajador³¹⁵. Se dará hasta por cincuenta y seis horas alternas o consecutivas anualmente, concedidas a cuenta del período vacacional o compensables con horas extraordinarias de labores, si es necesario se darán horas adicionales, pero serán también a cuenta del período vacacional o compensables con horas extraordinarias de labores³¹⁶.

Se deberá comunicar al empleador con una antelación de siete días naturales antes de las terapias o atención médica, se adjuntara la cita médica más el documento que acredite la relación y condición de la persona con discapacidad como la partida de nacimiento o el documento nacional de identidad, el certificado de discapacidad o la resolución de inscripción expedida por el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) y en caso de mayores declarados interdictos, se requerirá la sentencia judicial o resolución judicial que designa curador al solicitante³¹⁷.

f) Licencia por invalidez temporal, enfermedad y accidente comprobado

En el sector privado La Ley de Productividad y Competitividad Laboral ve a la invalidez temporal³¹⁸; a la enfermedad y el accidente comprobados como

³¹⁴ Cfr. Ley N° 30012, Ley que concede licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave, Artículo 2°.

³¹⁵ Cfr. Ley N° 30119, Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad, Artículo 1°.

³¹⁶ Cfr. Ley N° 30119, Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad, Artículo 2°.

³¹⁷ Cfr. Ley N° 30119, Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad, Artículo 3°.

³¹⁸ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal a.

supuestos de suspensión del contrato laboral³¹⁹, en el caso del sector público, en el Régimen de la Carrera Administrativa se hace mención a la licencia por enfermedad y/o accidente comprobados³²⁰ que será otorgada conforme a la Ley N° 22482 derogada por la ley N° 26790³²¹, y respecto al servidor civil en general el reglamento del servicio civil, nos dirige a consultar la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud³²².

La Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (Ley N° 26790), es de alcance general, es decir atañe tanto al sector público como al privado³²³, y en ella se trata el subsidio por incapacidad temporal que es el “monto en dinero que otorga Essalud al asegurado regular en actividad, con el objetivo de resarcir las pérdidas económicas, derivadas de la incapacidad para el trabajo debido al deterioro de su salud”³²⁴. “La invalidez debe ser declarada por el Seguro Social en Salud o el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador”³²⁵.

La Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud expresa que los empleadores están obligados a remunerar a sus trabajadores durante los veinte primeros días de incapacidad, siendo que en el día veintiuno se adquirirá el derecho a un subsidio de Essalud, para lo cual se sumarán los días de incapacidad remunerados durante el año³²⁶.

g) Licencia para el ejercicio de cargos políticos

En el sector público se concede Licencia para el ejercicio de cargos políticos de elección popular o por nombramiento como funcionario público de libre

³¹⁹ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal b.

³²⁰ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 110°, Literal a.

³²¹ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 111°.

³²² Cfr. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literales e y f.

³²³ Cfr. Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Artículo 3°.

³²⁴ Subsidio para el trabajador por Incapacidad Temporal. [Ubicado el 28.IV.2018]. Obtenido en: <https://www.gob.pe/415-subsidio-para-el-trabajador-por-incapacidad-temporal>

³²⁵ OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. “Área Laboral VI: La suspensión del contrato de Trabajo”, *Actualidad Empresarial*, N° 120, Lima, primera quincena octubre, 2006, p. 1. [Ubicado el 29.IV.2018]. Obtenido en: http://aempresarial.com/web/revitem/4_2042_97708.pdf

³²⁶ Cfr. Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Artículo 12°, Literal a, Sub Literal a.3.

designación y remoción³²⁷ en este caso la suspensión será perfecta³²⁸. Entraría aquí la licencia para el ejercicio de la función de alcaldía, como de la función parlamentaria donde tenemos que “los trabajadores que resulten elegidos miembros del Poder Legislativo disfrutarán de licencia sin goce de remuneración por todo el tiempo de su mandato, pero sin pérdida de ninguno de sus derechos sociales y laborales, siempre que lo soliciten”³²⁹.

En específico respecto al régimen de la carrera administrativa, el reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones hace referencia a la licencia por función edil, de Ley N° 23853 derogada por la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972³³⁰.

Aquí encontramos leyes especiales que tratan sobre cargos políticos en específico, así tenemos la Licencia para ejercer como Consejero Regional en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales o la Licencia para ejercer como regidor municipal en la Ley Orgánica de Municipalidades.

Licencia para ejercer como regidor municipal

La Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 afecta tanto al Sector público como al privado y trata sobre la licencia que gozarán los regidores, para dedicarse exclusivamente a sus las labores municipales, que será hasta por veinte horas semanales, con goce de haber³³¹, teniendo en cuenta que en el caso de los regidores es factible realizar sus funciones en paralelo con un trabajo dependiente.

Licencia para ejercer como consejero regional

Similar licencia a la prevista para los regidores municipales, es la contemplada para los consejeros regionales, así en la Ley N° 27867, Ley Orgánica de

³²⁷ Cfr. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literal d.

³²⁸ Cfr. Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 47.1°.

³²⁹ Cfr. OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. “Área Gestión de Recursos Humanos y Legislación Pública VIII: Las Licencias y Permisos”, Actualidad Gubernamental, N° 19, Lima, Mayo, 2010, pp. 2-3. [Ubicado el 29.IV.2018]. Obtenido en: <http://aempresarial.com/asesor/adjuntos/Licencias.pdf>

³³⁰ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 110°.

³³¹ Cfr. Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Título I, subcapítulo I, Artículo 11°.

Gobiernos Regionales, se otorga licencia con goce de haber hasta por ochenta horas mensuales, para cumplir con la labor de consejero regional³³².

Respecto al poder ejecutivo, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo no dice nada respecto a permisos y licencias laborales. El reglamento del congreso que tiene naturaleza de ley orgánica³³³, tampoco trata sobre la licencia para ejercer como parlamentario, solo trata sobre la licencia que se puede pedir respecto de la actividad parlamentaria, en su artículo 22°, literal i.

h) La licencia para cumplir con el Servicio Militar

Como sabemos el servicio militar dejó de ser obligatorio hace muchos años sin embargo se mantiene la licencia para “todos aquellos que estando en la Reserva sean llamados a cumplir períodos de instrucción y entrenamiento o sean requeridos en casos de movilización o de grave amenaza o peligro inminente para la Seguridad y Defensa Nacional”³³⁴.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dentro de los supuestos de suspensión laboral, señala a la licencia para cumplir con el Servicio Militar³³⁵ el cual también es mencionado por el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones al decir que “los servidores de carrera obligados a cumplir servicio militar, mantienen sus derechos; el tiempo que dure el servicio es computable como permanencia en el nivel”³³⁶.

La Ley del Servicio Militar (Ley N° 29248) establece la licencia con goce de haber para el sector público durante el servicio militar para lo cual se debe presentar la constancia respectiva³³⁷ y para el sector privado la licencia con goce de haber hasta por treinta días, después de los cuales el pago de las

³³² Cfr. Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Artículo 19°, Literal b.

³³³ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC. (Caso Gobierno Regional de San Martín contra la Ley N° 27971, Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público) del 24 de abril de 2006, fundamento jurídico 24.

³³⁴ Cfr. Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar, Artículo 75°.

³³⁵ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal e.

³³⁶ Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 123°.

³³⁷ Cfr. Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar, Artículo 75°, Inciso 2.

remuneraciones y bonificaciones será asumido por la Fuerza Armada respectiva³³⁸.

1.5.2.2. Sector Privado

a) La licencia para desempeñar cargo cívico

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dentro de los supuestos de suspensión laboral, señala junto a la licencias para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio a la licencia para desempeñar cargo cívico³³⁹ pero al hacer mención a cargo cívico se refiere a licencias que ya hemos tratado como la licencia para el ejercicio de cargos políticos ya sea como parlamentario, alcalde, regidor, consejero regional u otro.

1.5.2.3. Sector Público

Las siguientes licencias, están reguladas en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, específicamente en el artículo 110°, por lo que solo corresponderán a aquellos trabajadores del sector público dentro del régimen de la carrera administrativa.

a) Licencia por deceso de familiar

Los trabajadores dentro del régimen de la Carrera Administrativa, tendrán derecho a licencia laboral, en caso del fallecimiento del cónyuge, de los padres, de los hijos o hermanos; la cual se otorgará por cinco días, más tres días en caso que el fallecimiento se diera en lugar geográfico diferente al lugar de la prestación laboral³⁴⁰. Esta licencia se encuentra dentro de los supuestos de suspensión laboral imperfecta, es decir donde se mantiene la remuneración³⁴¹.

³³⁸ Cfr. Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar, Artículo 75°, Inciso 3.

³³⁹ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal e.

³⁴⁰ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 112°.

³⁴¹ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 110°.

b) Licencia por matrimonio

Esta licencia se da a cuenta del periodo vacacional³⁴², no pudiendo exceder los treinta días, siendo deducida del período vacacional inmediato siguiente del funcionario o servidor³⁴³.

c) Licencia por capacitación oficializada

Se otorga hasta por dos años, con motivo de capacitación oficializada, en el país o el extranjero³⁴⁴ y será con goce de remuneraciones³⁴⁵.

d) Licencia por capacitación no oficializada

Es aquella capacitación que no cuenta con el auspicio institucional, la cual podrá durar hasta doce meses³⁴⁶ y se dará sin goce de remuneraciones³⁴⁷.

e) Licencia por motivos particulares

Al igual que respecto a los permisos laborales, también se ha previsto la licencia por motivos particulares, el reglamento del servicio civil expresa la existencia de “otras licencias que la entidad decida otorgarle por interés de ella o del propio servidor civil”³⁴⁸ pero no hace mención a la duración de estas, en el caso de las licencias por interés del trabajador serán no remuneradas³⁴⁹. En el régimen de la carrera administrativa la duración será de hasta noventa días en un período no mayor de un año, dependiendo de las necesidades del servicio y

³⁴² Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 110°. Literal c.

³⁴³ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 118°.

³⁴⁴ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 113°.

³⁴⁵ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 110°, Literal a.

³⁴⁶ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 116°.

³⁴⁷ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 110°, Literal b.

³⁴⁸ Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literal h.

³⁴⁹ Cfr. Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 47.1°, Literal c.

de la justificación adecuada dada por el trabajador³⁵⁰, está se dará sin goce de remuneración³⁵¹.

f) Licencia por cuenta o interés de la entidad

Observamos que el reglamento del servicio civil también menciona “otras licencias que la entidad decida otorgarle por interés de ella”³⁵², las cuales al no ser en interés del trabajador sino de la entidad serán remuneradas³⁵³.

g) Licencia por citación policial, judicial, militar u administrativa

La Ley del Servicio Civil nos dice que la relación laboral se suspende de manera imperfecta (lo cual es lo mismo que decir que se mantiene la retribución al trabajador sin que este preste el trabajo debido) también cuando exista una “citación expresa, militar, policial u otras citaciones derivadas de actos de administración interna de las entidades públicas”³⁵⁴; sin embargo, no hay un mayor desarrollo de esta licencia en el reglamento de la Ley del Servicio Civil.

Por su parte el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Régimen de la Carrera Administrativa, dice expresamente que se dará licencia por citación expresa ya sea judicial, militar o policial con goce de remuneraciones a los trabajadores dentro de este régimen³⁵⁵ y también especifica que esta licencia “abarca el tiempo de concurrencia más los términos de la distancia”³⁵⁶.

La LPCL no hace mención a este tipo de licencia, pero al existir un deber inexcusable de origen público, consideramos deberá otorgarse, explicaremos más adelante a que nos referimos por deber inexcusable de origen público.

³⁵⁰ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 115°.

³⁵¹ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 110°, Literal b.

³⁵² Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literal h.

³⁵³ Cfr. Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 47.2°, Literal e.

³⁵⁴ Cfr. Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 47.2°, Literal g.

³⁵⁵ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 110°, Literal a.

³⁵⁶ Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 114°.

II. PARÁMETROS PARA LA ARMONIZACIÓN ENTRE LA FACULTAD DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y LA OBTENCIÓN DE PERMISOS LABORALES

Una vez definida la naturaleza de los permisos y licencia así como habiendo tratado sobre el poder de dirección y los derechos fundamentales, creemos que es hora de esgrimir parámetros para la armonización entre la facultad de dirección del empleador y la obtención de permisos laborales, de forma que se logre el respeto a los derechos fundamentales de ambas partes, cuando los trabajadores pretendan ejercer sus derechos a los permisos y licencias laborales y el empleador deba evaluar su concesión.

En base a lo analizado en los capítulos precedentes, creemos que estos parámetros giran en torno a los límites del poder dirección, el respeto a los derechos fundamentales y la buena fe como principio general del derecho, el cual ha estado presente a lo largo del análisis de los temas tratados en esta tesis.

2.1. Límites al Poder de Dirección relacionados con el otorgamiento de Permisos y Licencias

Toyama plantea que ninguna facultad o derecho es absoluto, así el poder de dirección está limitado también por una serie de criterios³⁵⁷. Pozo Moreira nos dice que la facultad de dirección está circunscrita al trabajo convenido, y que es una facultad con límites generales y negativos³⁵⁸, pero aunque el poder de dirección no es absoluto, ello no significa que se pueda impedir al empresario la defensa de sus intereses propios siempre que sean legítimos, por los medios legales lícitos aun a costa del trabajador³⁵⁹.

Dentro de los límites del poder dirección relacionados con los permisos y licencias, encontramos lo siguientes:

³⁵⁷ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido disciplinario en el (...) Op. Cit., p. 123.

³⁵⁸ POZO MOREIRA, Francisco. *El Cambio Funcional entre (...) Op. Cit., p. 75.*

³⁵⁹ Cfr. GARCIA VIÑA, Jordi. "La organización del trabajo en la (...) Op. Cit., p. 397.

2.1.1. Prohibición de arbitrariedad

Aunque la prohibición de la arbitrariedad es tratada por Pozo Moreira como relativo a los parámetros comunes al cambio funcional del ejercicio del poder de dirección³⁶⁰; sin embargo, pensamos que podemos analogarlo al otorgamiento de permisos y licencias.

Aunque no tratamos ahora en específico sobre el *Ius Variandi*, creemos que también el otorgamiento de permisos y licencias debe enmarcarse dentro de la razonabilidad o no arbitrariedad, la funcionalidad u obediencia a un motivo atendible y la indemnidad del trabajador³⁶¹. Las facultades organizativas se conceden para la defensa y consecución de los intereses propios del empleador, pudiendo este elegir el contenido para la consecución de determinado fines, pero aunque se le reconozca discrecionalidad, en ningún caso se admitirá la arbitrariedad³⁶².

Los poderes de organización y dirección son atribuciones exclusivas del empleador por el riesgo personal que adopta al emprender en un proceso productivo, pero a este derecho se le opondrá el respeto de la legalidad existente, comprendiéndose aquí la protección social del dependiente que es objeto del derecho del trabajo, el empleador deberá ejercer sus poderes de organización y dirección, basado en el principio de razonabilidad³⁶³, así la concesión de permisos y licencias debe atender en primer lugar a la legalidad existente y a la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores, condenándose cualquier arbitrariedad.

Tanto en la jurisprudencia española como la peruana encontramos referencias a esta prohibición de la arbitrariedad. Así, el Tribunal Constitucional español para limitar este derecho del empresario, ha utilizado la teoría del principio de proporcionalidad, según la cual para determinar si una medida supera el juicio de proporcionalidad se deberá constatar tres requisitos: primero, el juicio de idoneidad que busca establecer si la medida es susceptible de conseguir el

³⁶⁰ Cfr. POZO MOREIRA, Francisco. *El Cambio Funcional entre (...)* Op. Cit., pp. 79-80.

³⁶¹ Cfr. JARA BAUTISTA, José Luis. *El periodo de prueba laboral en el Perú*, primera edición, Lima, Editorial Lex & Iuris, 2017, pp. 43-44.

³⁶² Cfr. POZO MOREIRA, Francisco. *El Cambio Funcional entre (...)* Op. Cit., p. 80.

³⁶³ GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo. Las relaciones individuales de trabajo*, segunda edición, Lima, Editorial San Marcos, p. 250.

objetivo querido; luego el juicio de necesidad, es decir, si es que no existe otra medida más moderada con igual eficacia; y el juicio de proporcionalidad, si la medida es equilibrada por tener más beneficios que desventajas para el interés general³⁶⁴.

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia N° 01059-2009-PA/TC, señala: “no obstante que la sanción disciplinaria constituye una facultad exclusiva del empleador que se deriva de su poder de dirección y de la libertad de empresa, ello no impide el control constitucional de la razonabilidad de la medida adoptada”³⁶⁵ así como en la misma sentencia nos dice que “resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos”³⁶⁶, demostrándonos así la importancia de ajustar el poder de dirección a la razonabilidad y proporcionalidad.

Todos estos apuntes sobre la prohibición de la arbitrariedad del empleador, son para nosotros también aplicables al otorgamiento de permisos y Licencias, pues aunque los poderes de organización y dirección son atribuciones exclusivas del empleador por el riesgo personal de emprender, debe siempre haber un respeto a la legalidad existente y a la dignidad del trabajador cuando pretende ejercer su derecho a los permisos y licencias, pues estos le permiten desarrollar aspectos de su dignidad humana a través del ejercicio de sus derechos fundamentales, por lo que será importante siempre tener presente el principio de razonabilidad.

³⁶⁴ Cfr. GARCIA VIÑA, Jordi. “La organización del trabajo en la (...) Op. Cit., p. 398.

³⁶⁵ STC recaída en el Expediente N° 01059-2009-PA/TC. (Caso Amalie Marie Francoise Chabaneix Cunza contra American Airlines Inc., Sucursal del Perú) del 30 de noviembre de 2011, voto del magistrado Eto Cruz, fundamento jurídico19.

³⁶⁶ STC recaída en el Expediente N° 01059-2009-PA/TC. (Caso Amalie Marie Francoise Chabaneix Cunza contra American Airlines Inc., Sucursal del Perú) del 30 de noviembre de 2011, voto del magistrado Eto Cruz, fundamento jurídico16.

2.1.2. Prohibición de Actuación discriminatoria

Otro de los límites al poder de dirección que consideramos pertinente tratar es el referido a la prohibición de actuación discriminatoria, aunque existen supuestos de discriminación positiva, nos estamos refiriendo a la prohibición de actuación discriminatoria en perjuicio de alguien. La discriminación en este sentido provoca que en cualquier ámbito la persona discriminada no pueda ejercer una actividad en igualdad de condiciones que el resto de individuos³⁶⁷.

La discriminación en todos los ámbitos de la vida social es un acto arbitrario no tolerado por el ordenamiento jurídico, y su rechazo es exigencia de la dignidad humana³⁶⁸, en nuestro caso, la Constitución peruana establece expresamente la prohibición de la discriminación “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”³⁶⁹.

La discriminación negativa es el trato desigual a una persona, motivado por prejuicios de diversa índole (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc.) considerándole inferior y negándole el acceso a una serie de oportunidades así como obstaculizando el ejercicio de su derechos, lo cual como es evidente constituye un ataque a la dignidad del sujeto discriminado, así como un atentado contra la normal convivencia social³⁷⁰.

Los permisos y licencias tampoco puede ser otorgados o dejar de serlo en función de la persona que los solicita, sino que deben otorgarse en función a los hechos objetivos de la realidad, no debiendo importar el origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, u otra condición del solicitante; sin embargo, hay situaciones en los que en una mirada superficial alguien podría decir que un trato desigual constituyó una discriminación negativa, no obstante se estuvo frente a una discriminación positiva que permitió el efectivo

³⁶⁷ Cfr. JORDI AMORÓS, Catalina. “La discriminación labioral y la conciliación” en *Entre la familia y el trabajo: Realidades y soluciones para la sociedad actual*, primera edición, Madrid, Narcea S.A. de Ediciones, 2007, p. 131.

³⁶⁸ Cfr. MASCARO NASCIMENTO, Amaury citado por ZAVALETA CRUZADO, Róger. *Temas selectos de derecho laboral*, primera edición, Trujillo, Marsol Perú Editores, 2000, p. 47.

³⁶⁹ Constitución Política del Perú, Artículo 2°, Inciso 2.

³⁷⁰ Cfr. AMAYA AYALA, Leoni Raúl. “Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del INDECOPI”, Lima, 2005. p. 19. [Ubicado el 27.III.2018]. Obtenido en: <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3n+en+el+Per%C3%BA/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

disfrute de los derechos fundamentales de alguien en concreto. No es acertado decir que todo trato desigual es un acto discriminatorio, la discriminación negativa es la vulneración agravada del derecho a la igualdad³⁷¹, plasmado también en el artículo 2°, inciso 2 de nuestra Constitución “a la igualdad ante la ley”.

El principio de igualdad “no significa igualdad de trato en todo caso y ocasión sino que un Estado democrático y social de derecho el principio de igualdad garantiza que supuestos de hecho iguales serán tratados de la misma forma y que las medidas, disposiciones o actuaciones diferenciadoras no puedan calificarse de arbitrarias o carentes de una justificación razonable”³⁷².

El empresario debe tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador cada vez que deba valorar las razones, ponderar intereses, o justificar sus decisiones y más cuando ejercita facultades como el poder de dirección³⁷³.

Así por ejemplo una empleada que esté atravesando un embarazo probablemente deba solicitar permisos laborales en mayor medida que una que no esté embarazada, corresponderá al empresario evaluar cada caso en particular, respetando los derechos fundamentales.

Se debe tener cuidado en la protección del principio de igualdad de trato, lo cual exige poner en comparación la conducta de dos trabajadores semejantes y dar un trato similar a situaciones semejantes y desigual a situaciones desiguales, lo que en el ámbito laboral presenta ciertas dificultades, ya que no existe obligación del empresario de tratar a todos de forma semejante, incluso puede darse una condición más beneficiosa nacida del contrato, pero debemos recordar que desigualdad no siempre es sinónimo de discriminación, y mucho menos si existe una causa objetiva de esa desigualdad³⁷⁴.

³⁷¹ Cfr. AMAYA AYALA, Leoni Raúl. “Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del INDECOPI”, Lima, 2005. p. 18. [Ubicado el 27.III.2018]. Obtenido en: <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3n+en+el+Per%C3%BA/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

³⁷² ALEGRET BURGÚES, María Eugenia. “La discriminación positiva” en *Manuales de Formación Continuada*, primera edición, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 17.

³⁷³ Cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y BRAVO FERRER, María citados por POZO MOREIRA, Francisco. *El Cambio Funcional entre (...) Op. Cit.*, p. 93.

³⁷⁴ Cfr. POZO MOREIRA, Francisco. *El Cambio Funcional entre (...) Op. Cit.*, pp. 89-90.

Como plasmamos en el capítulo I, a hechos y circunstancia iguales, corresponde un trato o sanción semejante; sin embargo, cuando los hechos materia de análisis presentan diferencias, o atienden a naturalezas diferentes, lo no discriminatorio y justo, será un trato diferente.

2.2. La Buena Fe

Dentro de los parámetros para el otorgamiento de permisos y licencias, identificamos nosotros como el más importante, a la buena fe laboral, y por eso aunque formalmente pertenecería a los límites al poder de dirección, debido a la importancia que le reconocemos y a que la buena fe se irradia a la totalidad del ordenamiento jurídico e instituciones del derecho laboral, hemos decidido tratarla en un apartado propio.

Se dice que la buena fe es uno de los conceptos más difíciles de precisar en el ámbito jurídico, pues ha adquirido mucha amplitud y alcance desde su concepción; sin embargo, su importancia en el actual acontecer jurídico es tal, que es la base de un principio general de derecho, que es calificado por la doctrina como supremo y absoluto³⁷⁵.

El concepto de buena fe no está forjado en el Derecho, sino que ha sido asumido y recibido de la conciencia social y ética de la sociedad³⁷⁶. La buena fe es la obligación de las partes de un contrato de actuar con rectitud, honradamente, sin la intención de dañar o causar perjuicio al otro, obligándose a una actitud de respeto y lealtad, tanto si se tiene la condición de acreedor o deudor de un derecho u obligación³⁷⁷, la buena fe “hace referencia a los valores de honestidad, honorabilidad, fidelidad, lealtad y al respeto a la confianza que una determinada relación hace surgir entre las partes”³⁷⁸.

³⁷⁵ Cfr. YAIPÉN TORRES, Jorge José. “Los actos jurídicos electrónicos y la era digital”, *IUS - Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, N° 10, Año 5, Chiclayo, agosto – Diciembre, 2015, p. 19.

³⁷⁶ Cfr. BETTI, Emilio citado por CANDELA ROSAS, Martín. “La aplicación del principio de buena fe como criterio de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores” en *Los Principios Laborales en la Jurisprudencia Constitucional*, primera edición, Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2010, p. 28.

³⁷⁷ Cfr. IRURETA URIARTE, Pedro. “Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”, *Revista Ius et Praxis*, N° 2, Año 17, Talca, 2011, p. 135

³⁷⁸ NARANJO DE LA CRUZ citado por CANDELA ROSAS, Martín. “La aplicación del principio de buena fe como (...) Op. Cit., p. 28.

La idea de buena fe pertenece al pensamiento jurídico en general, tiene significado válido tanto para el derecho público como para el derecho privado, siendo la buena fe un principio general del derecho, pero su significado sufre mutaciones cuando se incorpora a textos en concreto, teniendo la buena fe una existencia ideal como principio general del derecho y una existencia conceptual concreta cuando se concretiza en normas escritas³⁷⁹.

El deber de buena fe, como principio supremo y absoluto que informa la totalidad del Derecho de las Obligaciones, se irradia también a la relación laboral, instaurando en ella obligaciones particulares³⁸⁰. La buena fe aparece en el artículo 25° de la LPCL, donde su ausencia o “el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral” suponen una falta grave, haciéndose expresa la importancia y el respeto a la buena fe en las relaciones laborales.

La buena fe exige una actitud de cooperación recíproca, donde tanto acreedor como deudor deben actuar resguardando el interés ajeno, así la buena fe impone tres obligaciones a las partes contratantes: primero, la capacidad de sacrificio de ambas partes para evitar un sacrificio excesivo de los intereses de alguna de ellas; segundo, la buena fe contiene un deber de equidad, que supone la facultad de adecuación a las circunstancias concretas; y por último implica que la parte titular de un poder jurídico debe ejercer este sin significar un mayor sacrificio o carga para la parte deudora³⁸¹.

El deber de buena fe es una exigencia tanto para el empleador como para los trabajadores, ambas partes tienen un deber genérico y recíproco de conducirse conforme a los postulados de la buena fe, y esta exigencia de buena fe no admite grados, no siendo objeto de graduación cuantitativa, en términos simples se actúa o no se actúa con buena fe³⁸². Debiendo la buena estar

³⁷⁹ Cfr. SAINZ MORENO, Fernando. “La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados”, *Revista de administración pública*, N° 89, Madrid, 1979, p. 294.

³⁸⁰ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo citado por CANDELA ROSAS, Martín. “La aplicación del principio de buena fe como (...) Op. Cit., p. 32.

³⁸¹ Cfr. CANDELA ROSAS, Martín. “La aplicación del principio de buena fe como (...) Op. Cit., p. 31.

³⁸² Cfr. IRURETA URIARTE, Pedro. “Vigencia del principio de la buena fe en (...) Op. Cit., p. 158.

presente también al momento de analizar el otorgamiento de un permiso, así como también en el momento que un trabajador solicita un permiso.

2.2.1. Buena fe debida por los trabajadores

El tiempo de trabajo es de los factores más importantes de la relación de trabajo, pues sirve de determinante y límite de la prestación laboral, pero no se trata solo de un número de horas o días, no es una cuestión solamente cuantitativa, sino que en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato de trabajo, el trabajador debe actuar con diligencia y colaboración, lo debido por el trabajador es tanto el tiempo de trabajo como el trabajo ejecutado o a ejecutar en ese tiempo³⁸³.

Pero en atención a que la buena fe es un principio general del derecho, que informa todas las relaciones obligatoria y que los trabajadores respecto de sus empleadores, tienen la obligación de cumplir el trabajo debido “no sólo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente”³⁸⁴, creemos será también exigible la buena fe durante el tiempo de suspensión de la relación laboral. Antes y durante los permisos y licencias laborales, será exigible la buena fe.

Nosotros Identificamos dos exigencias concretas del trabajador respecto a la petición de permisos y licencias: el previo aviso y la justificación válida o cierta.

El previo aviso como ya hemos tratado es una consecuencia del principio de buena fe y de la necesidad de la empresa de reorganizar el trabajo para no afectar su productividad; para lo cual es necesario tener en cuenta la razonabilidad y las circunstancias del caso, pues no es lo mismo el preaviso exigible cuando la causa es el matrimonio del trabajador que cuando la causa es la muerte súbita de uno de sus familiares³⁸⁵.

Respecto a la justificación, que hemos tratado páginas atrás, creemos que es exigible al trabajador como consecuencia de la buena fe, y no solo la existencia formal de esta, sino que es también importante la veracidad de la justificación.

³⁸³ Cfr. GARCIA NINET, José Ignacio “El tiempo de la prestación laboral (I)” en *Derecho del trabajo*, tercera edición, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 469.

³⁸⁴ IRURETA URIARTE, Pedro. “Vigencia del principio de la buena fe en (...) Op. Cit., pp. 155-156.

³⁸⁵ Cfr. PACHECO, Luz. “El derecho a los permisos laborales. El (...) Op. Cit., p. 217.

La labor del trabajador debe ser honesta, fiel, honrada en pro de la empresa y debe contribuir al sostenimiento de la empresa³⁸⁶, siendo obvio que él no trabajar sin una razón o con una razón falsa va en contra del sostenimiento de la empresa.

2.2.2. Buena fe debida por el empleador

La buena fe es en el campo laboral un límite general al poder de dirección del empleador, así tenemos que los límites generales del poder directivo serán la equidad y buena fe que presiden la ordenación de las relaciones entre privados, junto a limitaciones objetivas del propio contrato de trabajo y del sistema de encuadramiento profesional, debemos tener presente que la función de estos límites generales es la tutela jurídica del contenido del contrato través de la regulación equitativa de los interés de las partes³⁸⁷.

La buena fe exigida en el contrato de trabajo, consiste en un actuar leal de ambas partes, a fin que las prestaciones de una parte sean cumplidas de forma que resulten más beneficiosas para la contraparte³⁸⁸, siendo el deber de buena fe no exclusivo del trabajador, sino que es una exigencia contractual general para todas las partes del contrato³⁸⁹. Tenemos así que “en la relación laboral se puede observar, en realidad, una contraposición de los intereses propios de los trabajadores y de los empresarios, sin que ninguno de ellos sea objeto, *a priori*, de una mayor protección por parte del ordenamiento que el otro”³⁹⁰.

Al empleador que actúa como acreedor en el contrato de trabajo, la buena fe le exige ejercer sus derechos, respetando la confianza que ha sido depositada en él por la otra parte, la buena fe debe modalizar el ejercicio de los derechos subjetivos y nivelar los intereses de las partes, lo cual se hace especialmente

³⁸⁶ Cfr. GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *El Contrato de (...) Op. Cit.*, p. 628.

³⁸⁷ Cfr. POZO MOREIRA, Francisco. *El cambio funcional entre categorías equivalentes. La reasignación de funciones por el empresario*, Tesis para optar el grado de Doctor Madrid, Alcalá de Henares, 2008, p. 86.

³⁸⁸ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel citado CANDELA ROSAS, Martín. “La aplicación del principio de buena fe como (...) Op. Cit.”, p. 29.

³⁸⁹ Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ LA ROSA, Manuel citados CANDELA ROSAS, Martín. “La aplicación del principio de buena fe como (...) Op. Cit.”, p. 32.

³⁹⁰ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael citado por CANDELA ROSAS, Martín. “La aplicación del principio de buena fe como (...) Op. Cit.”, p. 33.

apremiante en la ejecución del contrato, donde las partes deben realizar el programa negocial de forma coherente, leal y correcta³⁹¹.

La buena fe laboral también es aplicable a los periodos de vinculación contractual, aun cuando estén suspendidas las obligaciones principales de las partes³⁹²; es decir, aun en periodos de suspensión del contrato de trabajo, dentro de los cuales están los periodos en que se disfruta de un permiso o licencia laboral.

Cuando hablamos de permisos y licencias, debemos hablar necesariamente del poder de dirección del empleador, siendo así “es tal la fuerza que la doctrina jurídica reconoce al principio de la buena fe laboral, que se ha llegado a defender que habría que reconducir los conflictos sobre el poder de dirección del empresario respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores, hacia el deber de buena fe, que obliga al empresario, ´incluso más allá de lo constitucionalmente exigible ´”³⁹³.

Creemos la forma del empleador de mostrar esta buena fe seria, haciendo un ejercicio de ponderación por parte del empleador ante la solicitud de un permiso o licencia.

Como tratamos en el capítulo precedente, la ponderación conlleva tres pasos: el primero es la adecuación, donde se busca delimitar los mecanismos que serán aptos o idóneos para la efectiva promoción y protección del derecho; luego la necesidad, una vez delimitados llega el momento de elegir entre estos medios o mecanismos, cuál será el que mejor protegerá el fin buscado; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, donde se busca determinar que el medio necesario elegido tenga coherencia y que vaya acorde con el ordenamiento jurídico³⁹⁴.

Por lo que para cumplir con su deber de buena fe, al momento de analizar un permiso, el empleador deberá considerar las medidas pertinentes para no

³⁹¹ Cfr. IRURETA URIARTE, Pedro. “Vigencia del principio de la buena fe en (...) Op. Cit., p. 156.

³⁹² *Ibidem*, p. 156.

³⁹³ PACHECO, Luz. “El derecho a los permisos laborales. El (...) Op. Cit., p. 212.

³⁹⁴ Cfr. ESTRADA-VÉLEZ, Sergio. “Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo”, *Opinión Jurídica*, N° 19, Volumen 10, Medellín, 2011, p. 24.

afectar los derechos del empleador ni perjudicar el sostenimiento de la empresa, creemos que ante determinadas circunstancias imprevisibles y que no requieran más de una jornada laboral; es decir, los permisos laborales, el empleador estaría obligado a otorgarlos si existe una justificación válida, pero ante situaciones que requieran más de una jornada laboral y que no estén estipuladas previamente en imperativo legal o acuerdo entre las partes se deberá analizar las posibilidades de reasignar personal, quedando al arbitrio del empleador otorgarlas o no, ya que al ser por más de una jornada laboral tendrán un mayor impacto económico y podrían causar gran perjuicio en la empresa. El empleador luego de elegir la medida que mejor proteja los derechos del trabajador sin causar un daño irreparable en la empresa, deberá determinar que el medio necesario elegido tenga coherencia y que vaya acorde con el ordenamiento jurídico.

2.3. Actuación atentatoria a los Derechos Fundamentales

Como advertimos en el capítulo II, de la presente tesis la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, así como también a aquéllas establecidas entre particulares, lo que será llamado la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros o eficacia *inter privatos*³⁹⁵; es decir, la relación laboral deberá respetar los derechos enunciados constitucionalmente o derecho fundamentales, constituyéndose la observancia de estos como un parámetro para el otorgamiento de un permiso o licencia.

Se ha superado la visión tradicional de los derechos fundamentales como solo oponibles ante las atribuciones del Estado pero no ante particulares³⁹⁶. Así el Tribunal Constitucional cita el artículo 23° de la Constitución para dejar en claro que las relaciones laborales no están exentas del obligatorio respeto a los

³⁹⁵ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC. (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding) del 11 de julio de 2002, fundamento jurídico 6.

³⁹⁶ Cfr. CANDELA ROSAS, Martín. "La aplicación del principio de buena fe como (...) Op. Cit., p. 25.

derechos fundamentales, las relaciones laborales no pueden significar un obstáculo o limitar el ejercicio de estos derechos³⁹⁷.

El Tribunal Constitucional ha señalado “que los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada”³⁹⁸.

Los Permisos y Licencias permiten el ejercicio de derechos fundamentales como el derecho a la salud, el libre desarrollo de la personalidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; estos entran en colisión con la facultad de dirección del empleador y el derecho a la libertad de empresa, los cuales en atención a lo señalado por el Tribunal Constitucional constituirían límites a la actuación de los empleadores en cuanto al otorgamiento de permisos y licencias, debiendo tomarse como medios para su armonización a los derechos fundamentales.

El empresario debe tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador cada vez que deba valorar las razones, ponderar intereses, o justificar sus decisiones y más cuando ejercita facultades como el poder de dirección³⁹⁹.

Ante la crítica de sí se podría considerar como derechos fundamentales a la conciliación de la vida familiar y otros derechos que no aparecen expresamente en la Constitución, diremos que sí en virtud del artículo 3° de nuestra Constitución, la famosa cláusula de los derechos implícitos, *numerus apertus* de los derechos fundamentales.

Nosotros creemos que la actual configuración legal de los permisos y licencias, gira en torno a cinco ejes de los derechos fundamentales, los cuales

³⁹⁷ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC. (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding) del 11 de julio de 2002, fundamento jurídico 7.

³⁹⁸ STC recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC. (Caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.) del 13 de marzo de 2003, fundamento jurídico 5.

³⁹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y BRAVO FERRER, María citados por POZO MOREIRA, Francisco. *El Cambio Funcional entre (...) Op. Cit.*, p. 93.

desarrollaremos a continuación.

2.3.1. Derecho fundamental al desarrollo de la personalidad y proyecto de vida

Por libre desarrollo de la personalidad, podemos entender “aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a su propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones”⁴⁰⁰.

El libre desarrollo de la personalidad supone que cada individuo es dueño de su propio proyecto vital, hablamos de la autonomía o autodeterminación del individuo, donde la libertad constituye la esencia y punto de partida, pero esta libertad solo podrá tener como contenido, aquello que efectivamente conduzca al desarrollo de la personalidad moral que el ser humano, como ser libre se propone⁴⁰¹.

Consideramos que ciertos permisos y licencias de nuestro ordenamiento jurídico, buscan proteger el derecho al desarrollo de la personalidad y proyecto de vida. Así en la ley de bases de la carrera administrativa, aparecen estipuladas la licencia por capacitación oficializada⁴⁰², la licencia por capacitación no oficializada⁴⁰³, así como la licencia por matrimonio⁴⁰⁴ que podemos decir obedecería a un proyecto de vida en común; luego tenemos la licencia⁴⁰⁵ y permiso⁴⁰⁶ por motivos particulares que aparecen expresados tanto en el reglamento de la Ley del Servicio Civil, Ley de bases de la carrera

⁴⁰⁰ VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan. *El Derecho Humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, San Ramón, Universidad de Costa Rica, 2012, p. 64.

⁴⁰¹ Cfr. ALVARADO TAPIA, Katherinee. “El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España”, *IUS - Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, N° 10, Año 5, Chiclayo, agosto – Diciembre, 2015, p. 5.

⁴⁰² Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 113°

⁴⁰³ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 116°.

⁴⁰⁴ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 118°.

⁴⁰⁵ Cfr. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literal h.

⁴⁰⁶ Cfr. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, Literal f.

administrativa⁴⁰⁷ así como en la Ley de productividad y competitividad laboral⁴⁰⁸.

El libre desarrollo de la personalidad supone que cada individuo es dueño su propio proyecto de vida, establece un derecho de libertad individual de carácter general⁴⁰⁹, apareciendo la idea del derecho al proyecto de vida, concepto atribuido a Fernández Sessarego⁴¹⁰, según el cual todos los seres humanos en tanto somos libres, tenemos proyectos de vida, queremos realizarnos o vivir de determinada manera, hacer aquello que está acorde a nuestra vocación personal, el proyecto de vida se decide en el presente, condiciona al pasado y apunta al futuro⁴¹¹. Siendo el proyecto de vida una nueva dimensión del ejercicio del derecho a la vida, ya que no se debe ahora solo concebir la violación a este derecho, solo el ámbito de un homicidio, sino que también cuando se mermen las posibilidades de llevar una vida digna, donde se tengan las posibilidades de realizarse donde no existen obstáculos que anulen nuestro desenvolvimiento⁴¹².

Para la concesión de permisos y licencias, el empleador también debería considerar el no afectar el libre desarrollo de la personalidad y proyecto de vida de los trabajadores, ejemplos de posibles afectaciones serían aquellas situaciones relacionadas con los estudios, así por ejemplo cuando un trabajador es estudiante y necesita dar un examen⁴¹³, será en ese caso

⁴⁰⁷ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, artículos 110° y 115°.

⁴⁰⁸ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal k.

⁴⁰⁹ Cfr. GARCÍA, Clemente citado por VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan. *El Derecho Humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, San Ramón, Universidad de Costa Rica, 2012, pp. 67-68.

⁴¹⁰ Cfr. DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto. "Fernández Sessarego: un proyecto de vida realizado" en *Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, primera edición, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009, p. 82.

⁴¹¹ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos citado por DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto. "Fernández Sessarego: un proyecto de (...) Op. Cit., pp. 82-83.

⁴¹² Cfr. DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto. "Fernández Sessarego: un proyecto de (...) Op. Cit., p. 83.

⁴¹³ El proyecto de vida suele estar muy ligado a la educación, así el Tribunal Constitucional ha dicho que "el ejercicio cabal del derecho a la educación permite, en buena cuenta, el cumplimiento de lo establecido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, relativo al libre desarrollo de la persona humana. Ello presupone un proceso de transmisión del saber y la afirmación de valores que ayuden a la persona en su desarrollo integral y en la realización de sus proyectos de vida en comunidad". STC recaída en el Expediente N° 00853-2015-PATC.

importante contrapesar la afectación de los bienes jurídicos en juego en el caso concreto (importancia del examen, perjuicio de la empresa, etc.).

Aunque reconocemos la trascendencia del derecho al desarrollo de la personalidad y al proyecto de vida, estos no pueden avasallar la protección a la libertad de empresa y mucho menos cuando nos hemos obligado mediante el contrato de trabajo a ceder parte de nuestro tiempo; sin embargo, creemos que el libre desarrollo de la personalidad y proyecto de vida deben ser tenidos en cuenta por el empleador, claro está buscando la armonía para no causar perjuicio a la empresa.

2.3.2. Derecho fundamental a la conciliación de la vida familiar y laboral

En el ordenamiento jurídico peruano existen diversas medidas que intentan conciliar la vida familiar y el trabajo, podemos decir que están divididas en dos grupos, por un lado “las medidas de protección directamente vinculadas con la situación biológica del embarazo y puerperio y con la salud y atención del recién nacido; y, por otro, las medidas que buscan fomentar la corresponsabilidad de los padres trabajadores”⁴¹⁴.

En atención al carácter tuitivo del Derecho del Trabajo ha sido posible que se incluyan circunstancias personales y familiares del trabajador en las normas laborales⁴¹⁵. Así por ejemplo, tenemos en nuestra nuestro ordenamiento, normativa de alcance general como la licencia por maternidad⁴¹⁶, la licencia por paternidad⁴¹⁷, la licencia por adopción⁴¹⁸, el permiso por lactancia materna⁴¹⁹, licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con

(Caso Marleni Cieza Fernández y Elita Cieza Fernández contra director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Utcubamba) del 14 de marzo de 2017, fundamento jurídico 12.

⁴¹⁴ ESPINOZA ESCOBAR, Javier H. “La conciliación de la vida familiar y laboral en el Perú” en *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Un estudio desde las dos orillas*, Madrid, Dykinson. 2014, p.194.

⁴¹⁵ *Ibíd*em, pp. 188-189.

⁴¹⁶ Cfr. Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante modificada por la N° Ley 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.

⁴¹⁷ Cfr. Ley N° 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada.

⁴¹⁸ Cfr. Ley N° 27409, Ley que otorga licencia laboral por adopción.

⁴¹⁹ Cfr. Ley N° 27240, Ley que otorga permiso por lactancia materna modificada por la Ley N° 28731, Ley que amplía la duración del permiso por lactancia materna.

enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave⁴²⁰, así como la licencia para terapias de rehabilitación y asistencia médica de personas con discapacidad⁴²¹.

Aunque vemos que existen múltiples supuestos donde se intenta conciliar con normas de carácter general (aplicables al sector público y privado) la vida laboral y familiar, es claro que estos supuestos no son los únicos que ameritarían un permiso o licencia, por lo que esta conciliación de la vida familiar y laboral debería ser tomada en cuenta también, cuando se analice la concesión de un permiso o licencia a mérito de la aceptación del empleador.

En este punto es importante tener en cuenta, que no solo el sexo femenino tiene responsabilidades para con la familia, como se pensó al legislar los derechos de maternidad, en la segunda mitad del siglo XX⁴²², sino que tanto hombre como mujeres están obligados en la misma proporción con el sostenimiento familiar. Así es importante reconocer la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la conciliación de la vida familiar, laboral y personal instaurada en nuestra sociedad hace referencia y es garantía de igualdad, no discriminación y bienestar de trabajadores y trabajadoras⁴²³.

Usualmente, se ha dado una exclusión del disfrute ciertos derechos a los trabajadores hombres relacionados a la conciliación de su vida familiar y laboral; sin embargo, ambos progenitores se encuentran igualmente obligados a la protección de los hijos, siendo el objetivo a alcanzar la corresponsabilidad, donde las medidas de conciliación vayan dirigidas tanto a mujeres como a hombres, y que sean solicitadas y empleadas en igual medida por ambos, se

⁴²⁰ Cfr. Ley N° 30012, Ley que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.

⁴²¹ Cfr. Ley N° 30119, Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad.

⁴²² Cfr. LOUSADA AROCHENA, José Fernando. "Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales", en *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Wolters Kluwer, 2010, p. 77.

⁴²³ Cfr. ROMERO RODENAS, María José. "Las Políticas de Conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha" en *La conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la negociación colectiva de Castilla-La Mancha*, primera edición, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 9.

busca un reparto de tareas entre el hombre y la mujer de manera equitativa e independiente al sexo⁴²⁴.

Además es necesario mencionar que la mayoría de personas nacen en una familia, lo que conlleva ciertas obligaciones, de las cuales algunas están estipuladas en nuestra normativa como causales de permisos o licencias, así tenemos la licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave⁴²⁵, o la licencia para terapias de rehabilitación y asistencia médica de personas con discapacidad⁴²⁶; sin embargo, las situaciones que ameritarían una licencia para cumplir con nuestros deberes con la familia no se agotan allí, lo cual debe ser tenido en cuenta también por el empleador al conceder o no un permiso o licencia. Por otro lado, hay una mayor protección al trabajador del sector público pues a diferencia del sector privado existen supuestos normativos que le otorgan licencia por deceso de familiar⁴²⁷ o licencia por matrimonio⁴²⁸, lo cual sin embargo queda a la voluntad del empleador en el sector privado, al no hacer mención de ello la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

2.3.3. Derecho a la libertad sindical

Otro de los ejes en torno a los que giran los permisos y licencias, es la libertad sindical que es el derecho fundamental de los trabajadores a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a ejercer libremente sus funciones que son atribuidas constitucionalmente para la defensa de los trabajadores⁴²⁹.

⁴²⁴ Cfr. PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel. "La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea", *Anuario jurídico y económico escurialense*, N° 47, Madrid, 2014, p. 185.

⁴²⁵ Cfr. Ley N° 30012, Ley que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.

⁴²⁶ Cfr. Ley N° 30119, Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad.

⁴²⁷ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 112°.

⁴²⁸ Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 118°.

⁴²⁹ Cfr. OJEDA A. citado por JARA BAUTISTA, José Luis. *El periodo de prueba laboral en (...)* Op. Cit., p. 171.

El Estado garantiza la libertad sindical⁴³⁰. El Tribunal Constitucional la define como “la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical”⁴³¹ y en atención a este derecho es que existen las licencias y permisos sindicales, que derivan del derecho fundamental a la libertad sindical, por lo que un acto proveniente del empleador como por ejemplo el reglamento interno de trabajo no podrá ser aplicado si no es coherente con la libertad sindical⁴³².

El empleador está obligado a conceder permiso a los dirigentes sindicales para actos de concurrencia obligatoria hasta un límite 30 días naturales al año, siendo el tiempo ocupado para estos permisos dentro de la jornada ordinaria considerado como trabajado para todos los efectos legales⁴³³, lo cual aplica tanto para la actividad privada como pública⁴³⁴.

El empleador no puede negar las licencias sindicales, pero sí puede solicitar a la organización sindical, en manifestación de su poder de dirección, que acredite que la licencia solicitada está destinada a cumplir los fines propios de la organización sindical⁴³⁵.

Consideramos que estos permisos y licencias laborales cuentan con adecuada protección, ya que SUNAFIL ha advertido que al no estar señalados en la legislación los actos que constituirían de concurrencia obligatoria, los empleadores estarían obligados a otorgar las licencias o permisos sindicales, siempre que estén referidos a asistir a reuniones, cursos de formación, congresos y conferencias sindicales, sin afectación de salarios ni otros beneficios; esto último de conformidad con la Recomendación de la Organización Internacional de Trabajo, Recomendación N° 142 respecto a la

⁴³⁰ Cfr. Constitución Política del Perú, Artículo 28°, Inciso 1.

⁴³¹ STC recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC. (Caso Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra Congreso de la República peruano) del 12 de agosto de 2005, fundamento jurídico 26.

⁴³² Cfr. Resolución de Intendencia N° 17-2014-SUNAFIL/ILM, recaída en el expediente N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1. (Caso Alicorp S.A.A. contra Resolución de sub Intendencia N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1) del 10 de septiembre de 2014, considerandos 8,9 y 10.

⁴³³ Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Artículo 32°.

⁴³⁴ Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Título I, Artículo 1°.

⁴³⁵ Cfr. Resolución de Intendencia N° 17-2014-SUNAFIL/ILM, recaída en el expediente N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1. (Caso Alicorp S.A.A. contra Resolución de sub Intendencia N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1) del 10 de septiembre de 2014, considerando 8 y 12.

protección y facilidades que deben concederse a los representantes de los trabajadores de la empresa de 1971⁴³⁶.

2.3.4. Derecho a la salud

El derecho a la salud supone potenciar a la personas para que tengan el máximo nivel posible de bienestar físico, mental y social, en el marco de los derechos humanos consiste en el derecho a los cuidados de salud así como gozar de condiciones de salubridad, lo que significa que la salud es inseparable del medio en que se vive⁴³⁷. No se puede entender a la salud como sinónimo de bienestar físico, sino que involucra una triple dimensión: física, social y mental, se habla hoy en día de la salud de comunidad, de la salud pública, la salud es una tarea esencial encomendada a los poderes públicos⁴³⁸.

El derecho a la salud es también uno de los ejes para la concesión de permisos y licencias, así tenemos que en el sector público se concede “permiso para atenciones médicas hasta tres veces al año sin perjuicio de los días de libre disponibilidad”⁴³⁹, así como “licencia por enfermedad y/o accidente comprobados, de acuerdo con el plazo establecido en la normativa sobre seguridad social en salud”⁴⁴⁰. En cuanto al sector privado se consideran a la enfermedad y el accidente comprobados, como causas de suspensión del contrato de trabajo⁴⁴¹, en ambos sectores se debe complementar la normativa con la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, según la cual los veinte primeros días serán una licencia remunerada, luego de ello se puede solicitar una subvención a Essalud⁴⁴².

⁴³⁶ Cfr. Resolución de Intendencia N° 17-2014-SUNAFIL/ILM, recaída en el expediente N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1. (Caso Alicorp S.A.A. contra Resolución de sub Intendencia N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1) del 10 de septiembre de 2014, considerandos 7 y 8.

⁴³⁷ Cfr. YAMIN, Alicia; RIOS, Mario y Hurtado, Raquel. “Conceptos básicos: derechos humanos y salud pública” en *Derechos humanos y Salud*, Lima, Fundación Ford, Julio, 2002, p.17.

⁴³⁸ Cfr. GHERSI, Carlos A; WEINGARTEN, Celia. *Derecho médico 2: Responsabilidad del Estado y Hospital público*, primera edición, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2005, p. 19.

⁴³⁹ Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, Literal e.

⁴⁴⁰ Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literal e.

⁴⁴¹ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal b.

⁴⁴² Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Artículo 12°, Literal a, Sub Literal a.3.

Debemos resaltar que en el sector público están considerados los permisos⁴⁴³ por motivo de atención médica pero en el sector privado hay una cierta desprotección pues no existe el supuesto normativo específico para este tipo de permisos, existe la suspensión del contrato por enfermedad o accidente comprobados⁴⁴⁴ que hemos tratado líneas arriba, pero estos son supuestos distintos al de los permisos en razón de atención médica, los cuales terminan dependiendo de la voluntad y aceptación del empleador.

Para culminar, diremos que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí por lo que el no reconocimiento del derecho a la salud obstaculiza el ejercicio de otros derechos humanos⁴⁴⁵.

2.3.5. Deber inexcusable de carácter público

Recurriendo a la jurisprudencia española diremos que un deber inexcusable es la obligación personal, cuyo incumplimiento generaría una responsabilidad de tipo civil, penal o administrativo⁴⁴⁶, por obligación desde un punto de vista etimológico, tenemos la idea de sujeción o ligamen, nace la idea de algo que liga o ata al deudor exigiéndole realizar una actividad en favor de su acreedor⁴⁴⁷. Debemos hacer énfasis en la idea de responsabilidad o sanción, siendo que el permiso sería exigible en virtud del perjuicio futuro del trabajador.

Existen en nuestra legislación supuestos de licencias y permisos que son expresión de una obligación de naturaleza pública, en el sector público tenemos: la “licencia para el ejercicio de cargos políticos de elección popular o por haber sido designado funcionario público de libre designación y remoción”⁴⁴⁸ y el permiso o licencia remunerados por citación expresa ya sea

⁴⁴³ Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, Literal e.

⁴⁴⁴ Cfr. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal b.

⁴⁴⁵ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. “El derecho a la salud”, *Derechos Humanos, Folleto Informativo*, N° 31, Geneva, Junio, 2008, p. 7.

⁴⁴⁶ Cfr. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, Sala de lo contencioso recaída en el Expediente N° 238/2005. (Caso Don Carlos José contra Gobierno de Soria) del 18 de enero de 2005, fundamento jurídico 2.

⁴⁴⁷ Cfr. GIORGI, Giorgio citado por CASTILLO FREYRE, Mario. “Sobre las obligaciones y su clasificación”, *Themis, Revista de Derecho*, N° 66, Lima, 2014, p. 210.

⁴⁴⁸ Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literal d.

judicial, militar o policial⁴⁴⁹; en el caso de sector privado, la LPCL solo a hace mención a “la licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio”⁴⁵⁰

Se deja una vez más este tipo de permisos o licencias a la voluntad del empleador, salvo por la Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar, que otorga como derecho a los reservistas en casos de movilización o de grave amenaza o peligro inminente para la Seguridad y Defensa Nacional: la licencia remunerada durante el período de requerimiento en el caso del sector público⁴⁵¹ y la licencia con goce de haber hasta por un máximo de treinta días en el sector privado, después el Estado asumirá el pago de las remuneraciones y bonificaciones respectivas⁴⁵².

Otras situaciones donde estamos frente a un deber inexcusable es el de la designación como miembros de mesa en algún proceso electoral, así en las pasadas elecciones generales se les reconoció a los miembros de mesa, el día como no laborable aunque compensable⁴⁵³, también se dio tolerancia para ejercer el derecho al voto, lo cual en sentido material constituiría un permiso laboral⁴⁵⁴. En ambos casos creemos estaríamos frente a un deber inexcusable, donde existe una sanción administrativa (multa), además de estar frente al ejercicio de un derecho.

Consideramos que dado que estamos frente a una obligación que conlleva una responsabilidad respecto del interés general, respecto a la colectividad y que los derechos pueden limitarse excepcionalmente, en atención a dicho interés general⁴⁵⁵, además del perjuicio que se causaría al trabajador al recaer en él una responsabilidad de tipo civil, penal o administrativo; se deberá conceder el

⁴⁴⁹ Se menciona la palabra licencia pero por de la duración en algunos casos menor a una jornada laboral podría corresponderse con un permiso Cfr. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 110°, Literal a.

⁴⁵⁰ Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal e.

⁴⁵¹ Cfr. Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar, Artículo 75°, Inciso 2.

⁴⁵² Cfr. Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar, Artículo 75°, Inciso 3.

⁴⁵³ Cfr. Decreto Supremo N° 007-2016-TR, Decreto Supremo que otorga facilidades a miembros de mesa y electores en el marco de la Segunda Elección de las Elecciones Generales 2016, Artículo 1.

⁴⁵⁴ Cfr. Decreto Supremo N° 007-2016-TR, Decreto Supremo que otorga facilidades a miembros de mesa y electores en el marco de la Segunda Elección de las Elecciones Generales 2016, Artículo 4.

⁴⁵⁵ Cfr. TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los derechos (...) Op. Cit., p. 182.

permiso o licencia, en casi la totalidad de peticiones cuando exista un deber inexcusable, analizando una vez más cada caso en concreto.

2.4. La empresa y su función creadora de riqueza

Al tratar sobre la libertad de empresa en el capítulo I de la presente tesis, estudiamos que según nuestra Constitución, “el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa”⁴⁵⁶, se protege el derecho a generar riqueza y prosperidad, para sí y para su entorno, siendo que el poder de dirección del que tanto hemos hablado tiene la finalidad de adecuar recursos humanos a las necesidades de la empresa para lograr mayor competitividad⁴⁵⁷ y con ello más ingresos y riqueza.

Es claro que lo que persigue toda actividad empresarial es la consecución de riqueza, pero no podemos olvidar que estamos dentro de una economía social de mercado, que busca asegurar principalmente dos elementos: el éxito económico y la justicia social⁴⁵⁸. Ambos elementos son importantes, y si bien hemos hecho un amplio listado de los derechos fundamentales a favor de la concesión de permisos y licencias, también habrá situaciones donde ante el perjuicio económico posible de causarse a la empresa y la poca afectación a los derechos fundamentales del trabajador, se deberá optar por la no concesión del permiso en pro de la protección de la libertad de empresa y la consecución de su fin económico.

En la relación laboral existe una contraposición de los intereses propios de los trabajadores y de los empresarios, pero ninguno de ellos es *a priori*, merecedor de una mayor protección por parte del ordenamiento jurídico que el otro⁴⁵⁹, los derechos fundamentales detrás de estos intereses deben protegerse, pero estos derechos fundamentales se encuentran restringidos por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Constitución Política del Perú 1993, Artículo 59°.

⁴⁵⁷ Cfr. LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes (...)* Op. Cit., p. 30.

⁴⁵⁸ Cfr. RIVADENEIRA FRISCH, Juan. *Economía Social de Mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 8.

⁴⁵⁹ Cfr. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael citado por CANDELA ROSAS, Martín. “La aplicación del principio de buena fe como (...)” Op. Cit., p. 33.

⁴⁶⁰ Cfr. TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los derechos (...)” Op. Cit., p. 168.

Por lo que al lado de los derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta también el posible perjuicio causado a la empresa por la inasistencia del trabajador, el cual será mayor cuanto mayor sea el grado de responsabilidad del trabajador respecto a las actividades de la empresa.

CONCLUSIONES

1. En nuestro ordenamiento jurídico los permisos y licencias tendrían la naturaleza de auténticos derechos, exigibles por el trabajador pero se debe cumplir ciertos requisitos para su ejercicio. Los permisos son aquellos que duran menos de una jornada laboral, se otorgan frente a circunstancias apremiantes y de difícil previsión que, además, serán situaciones no frecuentes; tienen como requisito para su ejercicio, el origen legal, el previo aviso y la justificación del motivo alegado; de allí que se admita que el trabajador se ausente sin necesidad de una previa justificación, aunque sí será necesario el previo aviso, debiendo justificar su inasistencia tan pronto le sea posible; sin embargo, si se hace un uso indebido del permiso laboral o la justificación es inexistente, se estaría yendo en contra de la buena fe laboral y cabría un despido por afectación a este principio laboral. Las licencias laborales durarán una jornada laboral o más, por lo que afectan en mayor medida la prestación laboral, sería posible en ellas una mayor previsibilidad respecto del momento de la ausencia laboral, por lo que el trabajador no podrá ausentarse sin previa justificación, pues de lo contrario se afectaría de forma grave el poder de dirección y la libertad de empresa del empleador.
2. La libertad de empresa, fundamento mediato del poder de dirección y derecho fundamental del empleador debe armonizarse, con los derechos fundamentales del trabajador en atención a que los derechos fundamentales no entran en conflicto, sino que se armonizan, su contenido es limitado y todos confluyen a la realización de la persona humana y su dignidad en sus diferentes ámbitos. En el caso de los permisos y licencias las medidas que sirven para cautelar su otorgamiento giran en torno a cinco ejes: el derecho a la salud, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la conciliación de la vida familiar y laboral, la libertad sindical, y el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público.

3. Los límites al poder de dirección relacionados con el otorgamiento de permisos y licencias como la prohibición de la arbitrariedad o la prohibición de actuación discriminatoria; la buena fe que debe regir tanto el comportamiento de los trabajadores como del empleador; y la actuación acorde a los derechos fundamentales en atención a que estos se irradian a la totalidad del sistema jurídico y vinculan también a las relaciones laborales, sean estas entre el estado y particulares o exclusivamente entre particulares; constituyen los parámetros para la armonización entre la facultad de dirección del empleador y la obtención de permisos y licencias laborales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

ALEGRET BURGÚÉS, María Eugenia. “La discriminación positiva” en *Manuales de Formación Continuada*, primera edición, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, quinta edición, Lima, Rao Editora Adenauer, 1999.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, primera edición, Lima, Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú, 2007.

CANDELA ROSAS, Martín. “La aplicación del principio de buena fe como criterio de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores” en *Los Principios Laborales en la Jurisprudencia Constitucional*, primera edición, Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2010.

CARRO IGELMO, Alberto José. *Curso de derecho del trabajo*, segunda edición, Barcelona Bosch, 1991.

CASTILLO CORDOVA, Luis. *Derecho al trabajo y proceso de amparo*, primera edición, Piura, Palestra Editores, 2017.

CASTILLO GUZMAN, Jorge; ABAL ABARCA, Jaime y SÁNCHEZ EDWARDS, Susana. *Compendio de derecho individual del trabajo*, cuarta edición, Lima, Estudio Caballero Bustamante, 2007.

CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “Los derechos inespecíficos laborales. Análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional” en *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima, Academia de la Magistratura, 2004.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*, séptima edición, Madrid, Tecnos, 2014.

DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto. “Fernández Sessarego: un proyecto de vida realizado” en *Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, primera edición, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Intimidación, libertades informativas y algunas técnicas para poder hacer frente a una disputa aparentemente inacabable. *Revista Peruana de Derecho Constitucional* 2, Lima, 2000.

ESPINOZA ESCOBAR, Javier H. “La conciliación de la vida familiar y laboral en el Perú” en *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Un estudio desde las dos orillas*, Madrid, Dykinson. 2014.

GARCÍA AMADO Juan Antonio. “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza” en *Un debate sobre la ponderación*, primera edición, Lima, Palestra, 2016.

GARCIA NINET, José Ignacio “El tiempo de la prestación laboral (I)” en *Derecho del trabajo*, tercera edición, Navarra, Aranzadi, 2007.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y derecho constitucional*, cuarta edición, Lima, Editorial Adrus, 2014.

GARCIA VIÑA, Jordi. “La organización del trabajo en la empresa. El poder de dirección” en *Derecho del trabajo*, tercera edición, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.

GHERSI, Carlos A; WEINGARTEN, Celia. *Derecho médico 2: Responsabilidad del Estado y Hospital público*, primera edición, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2005,.

GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *El Contrato de Trabajo*, Tomo I, primera edición, Lima, Editorial Adrus D&L, 2016.

GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo. Las relaciones individuales de trabajo*, segunda edición, Lima, Editorial San Marcos.

GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho social y del trabajo: la empresa y el empleador*, primera edición, Lima, Editorial San Marcos, 2004.

HARO CARRANZA, Julio Enrique. *Derecho individual del trabajo: Ley general del trabajo*, segunda edición, Lima, Editora RAO, 2005.

INFANTES, Gisela; MUCHA, Raúl y EGÚSQUIZA, Beatty. *Manual de obligaciones del empleador y beneficios del trabajador*, primera edición, Lima, Pacífico Editores, 2012.

JARA BAUTISTA, José Luis. *El periodo de prueba laboral en el Perú*, primera edición, Lima, Editorial Lex & Iuris, 2017.

JORDI AMORÓS, Catalina. “La discriminación labioral y la conciliación” en *Entre la familia y el trabajo: Realidades y soluciones para la sociedad actual*, primera edición, Madrid, Narcea S.A. de Ediciones, 2007.

LÁZARO, Fernando. “El idioma del Periodismo ¿lengua especial?”, *El idioma español en las agencias de prensa*, Fundación German Sánchez Ruipérez, Madrid, 1990.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales”, en *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Wolters Kluwer, 2010.

LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Barcelona, Bosch, 1999.

MARTINEZ, Jesús; ARUFE, Alberto y CARRIL, Xosé. *Derecho del Trabajo*, segunda edición, La Coruña, Netbiblo Gesbiblo S.L., 2006.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*, vigésimoctava edición, Madrid, Tecnos, 2007.

PACHECO, Luz. "El derecho a los permisos laborales. El progreso en el respeto a la dignidad humana del trabajador", *Gaceta constitucional*, tomo XXVI, febrero, 2010.

PACHECO, Máximo. *Los Derechos Fundamentales de la persona humana. Serie Estudios de Derechos Humanos*, tomo II, primera edición, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*, décima edición, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*, tercera edición, Madrid, Tecnos, 1988.

PÉREZ TREMPES, Pablo. "Los derechos fundamentales" en *Derecho Constitucional. El ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos*, sexta edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003.

POSE, Carlos. *Manual Práctico del ius variandi*, primera edición, Buenos Aires, David Grinberg Libros Jurídicos, 1995.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2007.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, Tomo II, vigésimo segunda edición 2001 (séptima tirada), Madrid, Editorial Espasa, 2007.

RIVADENEIRA FRISCH, Juan. *Economía Social de Mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 2009.

ROBERT, Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido*, segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *Derechos fundamentales y relaciones laborales : incidencia en las relaciones individuales y colectivas, derechos específicos, inespecíficos y laboralizados, discriminación, tratados internacionales, convenios de la OIT, normas del Mercosur*, primera edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.

ROMERO RODENAS, María José. "Las Políticas de Conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha" en *La conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la negociación colectiva de Castilla-La Mancha*, primera edición, Albacete, Bomarzo, 2009.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio; DEL VALLE VILLAR, José Manuel y GIL Y GIL, José Luis. *Prontuario de derecho del trabajo*, séptima edición, Madrid, Thomson Civitas, 2005. p. 222.

SANCHEZ GIL, Rubén. *El principio de Proporcionalidad*, primera edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2007.

SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos retribuidos al trabajador*, primera edición, Pamplona, Aranzadi, 1999.

SANTAGATI, Claudio Jesús. *Manual de derechos humanos*, primera edición, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2006.

SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*, primera edición, Buenos Aires, La Ley, 2000.

TOLLER, Fernando; FERNANDEZ, Adriel; D'ELÍA, Daniel. "Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria", *Persona y Derecho*, Volumen 66, 2012.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2011.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2015.

YAMIN, Alicia; RIOS, Mario y Hurtado, Raquel. "Conceptos básicos: derechos humanos y salud pública" en *Derechos humanos y Salud*, Lima, Fundación Ford, Julio, 2002.

ZAVALETA CRUZADO, Róger. *Temas selectos de derecho laboral*, primera edición, Trujillo, Marsol Perú Editores, 2000.

REVISTAS

ALONSO OLEA y VALDÉS DALRÉ citados por PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los Derechos Laborales Inespecíficos", revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 5, Volumen 3, 2012.

ALVARADO TAPIA, Katherinee. "El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España", *IUS - Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, N° 10, Año 5, Chiclayo, agosto – Diciembre, 2015.

BERTELSEN SIMONETTI, Soledad. "Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales" en *Cuadernos del tribunal constitucional*, Núm. 42, Chile, 2010.

BURGA CORONEL, Angélica. "El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano", *Gaceta Constitucional*, N° 47, noviembre 2011.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? México, enero - junio 2005*, Piura, Repositorio institucional PIRHUA de la Universidad de Piura, 2005.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La interpretación lufundamental en el marco de la Persona como inicio y fin del Derecho*, Piura, Repositorio institucional PIRHUA de la Universidad de Piura, 2012.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico*, Piura, Repositorio institucional Pirhua de la Universidad de Piura, 2005.

COLMENARES BASTIDAS, Ana María. “Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el derecho venezolano”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, N° 13, julio-diciembre 2011.

CORTINA, Adela citada por GARAVITO MASALIAS, Cecilia, “Responsabilidad social empresarial y mercado de trabajo”, *Economía*, N° 61, Volumen XXXI, Lima, semestre enero-junio, 2008.

DE RIVERO SANTANA, Eduardo. “Naturaleza jurídica del Contrato de trabajo y la Formulación de la Relación de trabajo”, *Themis revista de Derecho PUCP*, N° 3, Año 1, Segunda Época, Lima, 1985.

DEL HIERRO, José Luis. “Legitimidad y legalidad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 4, Madrid, Agosto, 2013.

ESPINOZA ESCOBAR, Javier. “La construcción jurisprudencial del derecho a la libertad sindical”, *Gaceta Constitucional*, tomo 12, abril 2017.

ESTRADA-VÉLEZ, Sergio. “Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo”, *Opinión Jurídica*, N° 19, Volumen 10, Medellín, 2011.

GIORGI, Giorgio citado por CASTILLO FREYRE, Mario. “Sobre las obligaciones y su clasificación”, *Themis, Revista de Derecho*, N° 66, Lima, 2014.

HERNANDEZ RUEDA, Lupo. “Poder de Dirección del Empleador”, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social coordinadores Nestor de Buen Lozano, Emilio Morgado Valenzuela. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNAM*, N° 188, Serie G, México, 1997.

IRURETA URIARTE, Pedro. “Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”, *Revista Ius et Praxis*, N° 2, Año 17, Talca, 2011.

LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona humana”, *Revista Ius et Veritas*, N° 21, Lima, Noviembre 2000.

LASTRA LASTRA, Jose Manuel. “Paradojas de la Autonomía de la Voluntad en las Relaciones de Trabajo”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, N° 5, Año 2, mayo-agosto de 2003.

LOUSADA AROCHENA, José F. “El permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto”, *Aequalitas: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 19, Aragón, 2006.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, N° 48, 2004.

OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. "Las Licencias y Permisos", *Actualidad Gubernamental*, N° 19, Lima, Mayo, 2010.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. "El derecho a la salud", *Derechos Humanos, Folleto Informativo*, N° 31, Geneva, Junio, 2008.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel citados por VERGARA CEBALLOS, Fabiola. "Poder Directivo y Nuevas Tecnologías de la Información y la comunicación. Una acentuación de la facultad de control", *revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 1, Volumen 1, 2010.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 3, Volumen I, Madrid, septiembre -diciembre 1981.

PARRA DE PARRAGA, Eleonora. "Los Caminos de la Libertad ¡Libertad vs. Ponderación!", *Advocatus edición especial, Universidad libre seccional*, N° 20, Barraquilla, 2013.

PAZO PINEDA, Oscar Andrés. "Los límites de la intervención estatal: elementos para un análisis constitucional de la Ley de Alimentación Saludable", *RAE Jurisprudencia*, N° 59, Año 5, Lima, Mayo, 2013.

PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel. "La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea", *Anuario jurídico y económico escurialense*, N° 47, Madrid, 2014.

PRIETO SANCHIS, Luis. "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Pensamiento Constitucional*, N° 8, Año 8, Madrid, 2002.

SAINZ MORENO, Fernando. "La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados", *Revista de administración pública*, N° 89, Madrid, 1979.

SAPAG, Mariano. "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder de Estado. Un estudio Comparado", *Revista Díkaion*, N° 17, Año 22, Cundinamarca, 2008.

TÓRTORA ARAVENA, Hugo. "Las limitaciones a los derechos fundamentales", *Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca*, N° 2, Año 8, 2010.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia", *Derecho & Sociedad, Asociación Civil*, N° 21, 2003.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido disciplinario en el Perú", *Ius Et Veritas*, N° 38, 2009.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola. "Poder Directivo y Nuevas Tecnologías de la Información y la comunicación. Una acentuación de la facultad de control",

revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 1, Volumen 1, 2010.

YAIPIÉN TORRES, Jorge José. “Los actos jurídicos electrónicos y la era digital”, *IUS - Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, N° 10, Año 5, Chiclayo, agosto –Diciembre, 2015.

JURISPRUDENCIA:

Casación Laboral N° 12034-2014. (Caso Impugnación de sanción disciplinaria contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A. - HIDRANDINA S.A) del 2 de agosto de 2016.

Resolución de Intendencia N° 17-2014-SUNAFIL/ILM, recaída en el expediente N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1. (Caso Alicorp S.A.A. contra Resolución de sub Intendencia N° 023-2014-SUNAFIL/ILM/SIR1) del 10 de septiembre de 2014.

Resolución de Secretaria General N° 042-2017-MIDIS/SG, Reglamento interno de los servidores civiles del ministerio de desarrollo e inclusión social del 27 de diciembre de 2017.

RTC recaída en el Expediente N° 02423-2010- PA/TC (Caso Asociación Central de Comerciantes de Exteriores del Complejo de Mercados de Piura contra Municipalidad Provincial de Piura) del 23 de septiembre de 2010.

STC recaída en el Expediente N° 01059-2009-PA/TC. (Caso Amalie Marie Francoise Chabaneix Cunza contra American Airlines Inc., Sucursal del Perú) del 30 de noviembre de 2011, voto del magistrado Eto Cruz.

STC recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC. (Caso Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra Congreso de la República peruano) del 12 de agosto de 2005.

STC recaída en el Expediente N° 00853-2015-PA/TC. (Caso Marleni Cieza Fernández y Elita Cieza Fernández contra director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Utcubamba) del 14 de marzo de 2017.

STC recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. (Caso Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa) del 5 de julio de 2004.

STC recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC. (Caso Corporación Rey S.A contra Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas) del 6 de diciembre de 2010.

STC recaída en el Expediente N° 02098-2010-PA/TC. (Caso Eladio Óscar Iván Guzmán Hurtado contra Comandante General del Ejército) del 22 de junio de 2011.

STC recaída en el Expediente N° 02168-2008-PA/TC. (Caso María Rosa Montalvo Pimentel de Colina contra Colegio de Abogados de Lima) del 26 de noviembre de 2009.

STC recaída en el Expediente N° 03599-2010-PA/TC. (Caso María Espinoza Chumo contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos) del 10 de enero de 2012, voto del magistrado Mesía Ramírez.

STC recaída en el Expediente N° 03749-2012-PA/TC. (Caso Óscar Ángel Rojas Alania contra Provias Nacional) del 5 de setiembre de 2013.

STC recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC. (Caso Gobierno Regional de San Martín contra la Ley N° 27971, Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público) del 24 de abril de 2006.

STC recaída en el Expediente N° 04840-2007-PA/TC. (Caso Robert Espinoza Mesa contra Municipalidad Distrital de Pillco Marca) del 16 de junio de 2009.

STC recaída en el Expediente N° 05328-2008-PA/TC. (Caso Víctor Raúl Garrido Peña contra Autoridad Autónoma del Proyecto Especial Chira Piura) del 9 de noviembre de 2009.

STC recaída en el Expediente N° 05652-2007-PA/TC. (Caso Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social) del 6 de noviembre de 2008.

STC recaída en el Expediente N° 10087-2005-PA/TC. (Caso Alipio Landa Herrera contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros) del 18 de diciembre de 2007.

STC recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC. (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding) del 11 de julio de 2002.

STC recaída en el Expediente N° 2273-2005-PHC/TC. (Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) del 20 de abril de 2006.

STC recaída en el Expediente N° 579-2008-PA/TC LAMBAYEQUE. (Caso César Augusto Becerra Leiva contra Juez del Primer Juzgado Civil de Chiclayo y contra los Vocales de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lambayeque) del 5 de junio de 2008.

STC recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC. (Caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.) del 13 de marzo de 2003.

SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, recaída en el Expediente N° T-406/92. (Caso José Manuel Rodríguez Rangel contra Enrique Chartuny González, gerente de las Empresas Públicas de Cartagena) del 5 de junio de 1992. [Ubicado el 7.I.2017]. Obtenido en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, Sala de lo contencioso recaída en el Expediente N° 238/2005. (Caso Don Carlos José contra Gobierno de Soria) del 18 de enero de 2005.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, Sala de lo Social, recaída en el Expediente N° 9382/2000. (Caso Deutsche Bank, S.A.E contra D. Jaime) del 14 de noviembre de 2000.

TESIS

AGUINAGA SAAVEDRA, Jesús. *La normativa del despido arbitrario y su ineficacia para proteger los derechos del trabajador*, Tesis para optar el grado de Licenciado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2013.

DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. *El Ius Resistentiae frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal*, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

LAPPOINT QUIÑONES, Linda Melody. *El contrato de trabajo como consecuencia de la aplicación del principio de primacía de la realidad*, Tesis para optar el título profesional de abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2010.

POZO MOREIRA, Francisco. *El cambio funcional entre categorías equivalentes. La reasignación de funciones por el empresario*, Tesis para optar el grado de Doctor, Madrid, Universidad de Alcalá, 2008.

SALDAÑA TABOADA, Humberto José. *Efectos de la contratación laboral a plazo determinado, en las organizaciones sindicales en el Perú*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Trujillo, Universidad Nacional de Trujillo, 2016.

VILLALOBOS BADILLA, Kevin Johan. *El Derecho Humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, San Ramón, Universidad de Costa Rica, 2012.

NORMATIVA

Constitución Política del Perú 1993.

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

Decreto Supremo N° 002-2016-TR, Decreto Supremo que adecua las normas reglamentarias que regulan el descanso por maternidad y el pago del subsidio por maternidad a las disposiciones de la Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.

Decreto Supremo N° 004-2013-ED, Reglamento de la Ley de Reforma Magisterial.

Decreto Supremo N° 005-2011-TR, Reglamento de la Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre natal y post natal de la trabajadora gestante.

Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones.

Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Decreto Supremo N° 014-2010-TR, Reglamento de la Ley N° 29409.

Decreto Supremo N° 039-91-TR, Establecen el Reglamento Interno de Trabajo, que determine las condiciones que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones.

Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Decreto Supremo N° 007-2016-TR, Decreto Supremo que otorga facilidades a miembros de mesa y electores en el marco de la Segunda Elección de las Elecciones Generales 2016.

Decreto Supremo N° 039-91-TR, Establecen el Reglamento Interno de Trabajo, que determine las condiciones que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones.

Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil.

Ley N° 27240, Ley que otorga permiso por lactancia materna.

Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Ley N° 28731, Ley que amplía la duración del permiso por lactancia materna.

Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar.

Ley N° 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada.

Ley N° 30012, Ley que concede licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.

Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

Ley N° 30119, Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad.

Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.

Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante modificada por la N° Ley 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.

Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

Ley N° 30012, Ley que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.

Constitución Española.

Estatuto de los trabajadores español.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

AMAYA AYALA, Leoni Raúl. “Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del INDECOPI”, Lima, 2005. p. 19. [Ubicado el 27.III.2018]. Obtenido en: <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3n+en+el+Per%C3%BA/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

Decreto 185/2010, de 6 de julio, por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario Docente no Universitario de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV 16-07-2010). Anexo aclaraciones sobre las licencias y permisos y su tratamiento en los partes mensuales de ausencias del profesorado, p. 1. [Ubicado el 7.III.2018]. Obtenido en:

http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.eus/contenidos/informacion/comunicaciones_centros/es_inspec/adjuntos/DK_0202_5302_C_Aclarac_LICEN-PERM.doc

OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. “Área Gestión de Recursos Humanos y Legislación Pública VIII: Las Licencias y Permisos “, Actualidad Gubernamental, N° 19, Lima, Mayo, 2010, pp. 2-3. [Ubicado el 29.IV.2018]. Obtenido en: <http://aempresarial.com/asesor/adjuntos/Licencias.pdf>

OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. “Área Laboral VI: La suspensión del contrato de Trabajo”, *Actualidad Empresarial*, N° 120, Lima, primera quincena octubre, 2006, p. 1. [Ubicado el 29.IV.2018]. Obtenido en: http://aempresarial.com/web/revitem/4_2042_97708.pdf

OBREGON, Tulio. “Ley de permisos laborales de los trabajadores. El trabajo Infantil y el rol del estado”, *RPP virtual*, 2013. [Ubicado el 7.III.2018]. Obtenido en: <http://rpp.pe/lima/actualidad/ley-de-permisos-laborales-de-los-trabajadores-noticia-601142>

Reglamento interno de trabajo del poder judicial, Artículo 20°. [Ubicado el 26.II.2018].
Obtenido en:
http://ocma.pj.gob.pe/contenido/normas/Reglamento_de_Trabajo.pdf

Resolución de 1970 sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, del 25 de junio de 1970. [Ubicado el 2.XI.2016].
Obtenido en:
http://bdspublico.lim.ilo.org/Normas_inter/Resoluci_n_sobre_los_derechos_sindicales_y_su_relacion%20con%20las%20libertades%20civiles%201970.pdf

Subsidio para el trabajador por Incapacidad Temporal. [Ubicado el 28.IV.2018].
Obtenido en: <https://www.gob.pe/415-subsidio-para-el-trabajador-por-incapacidad-temporal>

ANEXOS

Permisos	Normativa	Derecho Fundamental	Sector	Con Goce/ Sin Goce
Permiso por lactancia materna	Ley N° 27240 modificada por la Ley N° 28731 en cuanto al periodo del permiso. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 108°.	Conciliación de la vida familiar y laboral	Sector público y privado	Con goce
El permiso para el desempeño de cargos sindicales	Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Título I, Artículo 1°. Decreto Supremo N° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal f. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, Literal d.	Libertad Sindical	Sector público y privado	Con goce
Los permisos concedidos por voluntad del empleador	Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, Literal f. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal k.		Sector público y privado	A voluntad del Empleador

Fuente: creación propia

Permisos	Normativa	Derecho Fundamental	Sector	Con Goce/ Sin Goce
Permiso para el ejercicio de la docencia	Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 35°, literal k. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, Literal b. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 152°.	Desarrollo de la personalidad y proyecto de vida	Sector público (Servidor Civil)	Compensado por el servidor de común acuerdo con la entidad
Permiso para seguir estudios superiores	Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 107°.	Desarrollo de la personalidad y proyecto de vida	Sector Público, específicamente trabajadores bajo el régimen de la carrera administrativa	Compensado por el servidor
Permiso para atención médica	Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, Literal e.	Derecho a la Salud	Sector público (Servidor Civil)	No se especifica
Permiso para la participación en órganos colegiados	Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 35°, Literal k Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 151°, Literal c.	Deber inexcusable de carácter público	Sector público (Servidor Civil)	No se especifica

Fuente: creación propia

Licencias	Normativa	Derecho Fundamental	Sector	Con Goce/ Sin Goce
Licencia por maternidad	<p>Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre natal y post natal de la trabajadora gestante</p> <p>Ley N° 27402, Ley que modifica el artículo 3° de la ley N° 26644</p> <p>Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso</p> <p>Ley N° 27606, Ley que modifica la ley N° 26644, estableciendo la extensión del descanso postnatal en los casos de nacimiento múltiple</p> <p>D.S. N° 005-2011-TR, Reglamento de la Ley N° 26644</p> <p>Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Artículo 12°, Literal b, Sub Literal b.2</p>	Conciliación de la vida familiar y laboral	Sector público y privado	No remunerado por el empleador pero si subvencionado por el estado (ESSALUD)
Licencia por paternidad	<p>Ley N° 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada</p> <p>Decreto Supremo N° 014-2010-TR, Reglamento de la Ley N° 29409.</p>	Conciliación de la vida familiar y laboral	Sector público y privado	Con goce
Licencia por adopción	Ley N° 27409, Ley que otorga licencia laboral por adopción.	Conciliación de la vida familiar y laboral	Sector público y privado	Con goce

Fuente: creación propia

Licencias	Normativa	Derecho Fundamental	Sector	Con Goce/ Sin Goce
Licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave	Ley N° 30012, Ley que concede licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave,	Conciliación de la vida familiar y laboral	Sector público y privado	Con goce de haber los siete primeros días, luego compensable con el periodo vacacional(hasta treinta días)
Licencia para terapias de rehabilitación y asistencia médica de personas con discapacidad	Ley N° 30119, Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad	Conciliación de la vida familiar y laboral	Sector público y privado	A cuenta del periodo vacacional o compensables con horas extraordinarias de labores
Licencia por invalidez temporal, enfermedad y accidente comprobado	Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal a. Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literal e. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 111°. Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud,	Derecho a la Salud	Sector público y privado	Remunerado por el empleador los veinte primeros días, luego derecho a subsidio de Essalud

Fuente: creación propia

Licencias	Normativa	Derecho Fundamental	Sector	Con Goce/ Sin Goce
Licencia para el ejercicio de cargos políticos	Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literal d. Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 47.1°. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 110°.	Deber inexcusable de carácter público	Público y privado	Sin goce
Licencia para ejercer como regidor municipal	Ley N° 27972, Ley Orgánica de municipalidades, Título I, subcapítulo I, Artículo 11°.	Deber inexcusable de carácter público	Público y privado	Con goce
Licencia para ejercer como consejero regional	Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Artículo 19°, Literal b.	Deber inexcusable de carácter público	Público y privado	Con goce
La licencia para cumplir con el Servicio Militar	Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Artículo 12°, Literal e. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículo 123°. Ley N° 29248, Ley del Servicio Militar.	Deber inexcusable de carácter público	Público y privado	Con goce
La licencia para desempeñar cargo cívico	Referida a licencias que ya hemos tratado y que están reguladas por normas especiales, como la licencia para el ejercicio de cargos políticos, ya sea como parlamentario, alcalde, regidor u otro.			

Fuente: creación propia

Licencias	Normativa	Derecho Fundamental	Sector	Con Goce/ Sin Goce
Licencia por deceso de familiar	Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 112°.	Conciliación de la vida familiar y laboral	Sector Público, específicamente trabajadores bajo el régimen de la carrera administrativa	Con goce
Licencia por matrimonio	Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 118°.	Conciliación de la vida familiar y laboral Desarrollo de la personalidad y proyecto de vida	Sector Público, específicamente trabajadores bajo el régimen de la carrera administrativa	A cuenta del periodo vacacional
Licencia por capacitación oficializada	Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 113°.	Desarrollo de la personalidad y proyecto de vida	Sector Público, específicamente trabajadores bajo el régimen de la carrera administrativa	Con goce

Fuente: creación propia

Licencias	Normativa	Derecho Fundamental	Sector	Con Goce/ Sin Goce
Licencia por capacitación no oficializada	Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 116°.	Desarrollo de la personalidad y proyecto de vida	Sector Público, específicamente trabajadores bajo el régimen de la carrera administrativa	Sin goce
Licencia por motivos particulares	Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literal h. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 115°.		Sector Público	Sin goce
Licencia por cuenta o interés de la entidad	Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Artículo 153°, Literal h.		Sector Público	Con goce
Licencia por citación policial, judicial, militar u administrativa	Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, Artículo 47.2°, Literal g. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Artículos 110° y 114°.	Deber inexcusable de carácter público	Sector Público	Con goce

Fuente: creación propia