



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



Revista de Derecho Procesal del Trabajo

Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de la Nueva
Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial



ISSN: 2708-9274 (En línea) | DOI: 10.47308/rdpt.v5i6
Vol. 5, n.º 6, julio-diciembre, 2022, Lima, Perú

6



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista de Derecho Procesal del Trabajo

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 6, julio-diciembre, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú

DIRECTORA

JESSICA VANESSA MEDINA JIMÉNEZ
Equipo Técnico Institucional de Implementación
de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-4126-7348>
E-mail: jmedinaj@pj.gob.pe

EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA
Fondo Editorial del Poder Judicial, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>
E-mail: gfloreshe@pj.gob.pe

COMITÉ EDITORIAL

ANDRÉS MITZARAEI MEDINA VALENCIA
Equipo Técnico Institucional de Implementación
de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7505-5194>
E-mail: amedinav@pj.gob.pe

ELICEA INÉS ZÚÑIGA HERRERA
Corte Superior de Justicia de Puente Piedra-Ventanilla, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-4088-9855>
E-mail: ezuniga@pj.gob.pe

VÍCTOR ANTONIO CASTILLO LEÓN
Corte Superior de Justicia de La Libertad, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-8226-7283>
E-mail: vcastillo@pj.gob.pe

BRUNO ALBERTO NOVOA CAMPOS
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-9303-3845>
E-mail: bnovoac@pj.gob.pe

BEATRIZ ELENA DÁVILA RAMÓN
Programa Presupuestal por Resultados 0099 «Celeridad en los Procesos
Judiciales Laborales», Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7426-0222>
E-mail: edavila@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-0382-6268>
E-mail: lgamarravilchez@gmail.com

CARLOS JIMÉNEZ SILVA
Universidad de San Martín de Porres, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-8338-8068>
E-mail: cjsabogado@hotmail.com

SANDRO NÚÑEZ PAZ
Universidad de San Martín de Porres, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>
E-mail: snunez@rubio.pe

MÓNICA PIZARRO DÍAZ
Universidad de Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-1676-2996>
E-mail: monicabpizarro@gmail.com

JOSÉ LUIS RAMÍREZ-GASTÓN BALLÓN
Universidad de Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3166-6852>
E-mail: ramirezgastongerman@gmail.com

FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ
Universidad de San Martín de Porres, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-1981-8924>
E-mail: varelafernando@gmail.com

LUIS MANUEL VINATEA RECOBA
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-6724-5115>
E-mail: lvinatea@vinateatoyama.com

LUIGINO PILOTTO CARREÑO
Universidad de Boloña, Italia
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0200-9888>
E-mail: lpilotto@gmail.com

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA
Universidad de Alcalá, España
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7380-5932>
E-mail: eduardo.lopez@uah.es

CARMEN MORENO DE TORO
Universidad de Córdoba, España
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-9977-0827>
E-mail: dt1motoc@uco.es

EQUIPO TÉCNICO

Luis Abraham Garrido Huamán y Ronald Robert Junior
Callapiña Galvez (asistentes), Jayro Jurado Urbina (corrección de textos),
Rodolfo Loyola Mejía (diseño y diagramación), Joel Jonathan Alhuay Quispe
y Erik Almonte Ruiz (gestión electrónica).

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-04364

© Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley
Procesal del Trabajo del Poder Judicial del Perú
Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República
cuadra 2 s/n, segundo piso, Lima 21, Perú.
revistaprocalsdetrabajo@pj.gob.pe

© Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú
Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 421
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260
fondoeditorial@pj.gob.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Palacio Nacional de Justicia,
av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, segundo piso, Lima 21, Perú.
revistaprocalsdetrabajo@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas
por los autores en sus trabajos.

INDIZACIONES

Latindex 2.0

LatinRev

Base

Scilit

Crossref

Google Scholar

LICENCIA



La Revista de Derecho Procesal del Trabajo. Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial se encuentra bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Ilustración en portada: Teodoro Núñez Ureta, *La construcción del Perú* (1954), mural al fresco ubicado en la antigua sede del Ministerio de Economía, hoy Fiscalía de la Nación.



La *Revista de Derecho Procesal del Trabajo. Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial* es una publicación de periodicidad semestral, cuyo objetivo principal es la divulgación de artículos de investigación inéditos relacionados con el derecho procesal laboral para la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, con predominio de la Ley n.º 29497, así como otra documentación relevante en materia laboral. Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que el artículo presentado sea aceptado, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista de Derecho Procesal del Trabajo* recibe las colaboraciones de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los trabajos de jueces nacionales y extranjeros en general, e investigadores sobre el derecho laboral. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, profesores, estudiantes y a un público interesado en las cuestiones propias de la investigación jurídica de temática laboral.

The *Review of Procedural Labor Law. Specialized Publication of the Institutional Technical Team for Implementation of the New Labor Procedural Law of the Judiciary* is a biannual publication whose main objective is the dissemination of unpublished research articles related to labor procedural law for the protection of the rights and interests of citizens, with predominance of Act No. 29497, as well as other relevant documentation in labor matters. The article is then made anonymous and it is reviewed by external referees. It has based on the following evaluation criteria: originality, topicality and relevant contribution to legal knowledge. The journal reserves the right to publish or not an article. After this selection, it can make style corrections and other necessary adjustments required.

The *Review of Procedural Labor Law* receives the collaboration of all the Justices of the Supreme Court of the Republic of Peru, as well as the works of national and foreign judges, lawyers and others legal professional researchers. This publication is aimed at judges, researchers, university teachers, professors, students and a public interested in academic thinking, critical work and issues related to legal matters.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Revista de Derecho Procesal del Trabajo

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

VOL. 5, N.º 6, JULIO-DICIEMBRE, 2022

PUBLICACIÓN SEMESTRAL. LIMA, PERÚ

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN

- 11 JESSICA VANESSA MEDINA JIMÉNEZ

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

- 15 JAVIER ARÉVALO VELA
El despido nulo por causal de embarazo y maternidad
- 33 EVELIN COLOMA CIEZA y ANNA VILELA ESPINOSA
Protección de las mujeres trabajadoras en el Perú
- 87 JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA
La tutela jurisdiccional del accidente de trabajo con respecto a
la prevención de los riesgos profesionales

- 133 CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE
Consideraciones sustantivas y procesales para la adecuada imputación de las infracciones al Código de Ética de la Función Pública desde la perspectiva de la jurisprudencia administrativa del Tribunal del Servicio Civil
- 165 ROSA ISABEL TORRES CADILLO
Mobbing y compliance laboral: un aliado estratégico contra la hostilidad
- 181 GLORIA LUCILA LAIZA ESPINOZA
Breves reflexiones sobre la sentencia en el proceso de reforma laboral peruano



Revista de Derecho Procesal del Trabajo

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

VOL. 5, N.º 6, JULIO-DICIEMBRE, 2022, 11-12

PUBLICACIÓN SEMESTRAL. LIMA, PERÚ

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6.682

Presentación

En esta ocasión presentamos el sexto número de la *Revista de Derecho Procesal del Trabajo. Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial*.

El presente volumen aborda temas de actualidad y analiza la aplicación del derecho laboral desde una perspectiva social, donde los actores comparten una misma cultura e interactúan frente a un mundo que evoluciona constantemente.

Como decía G. K. Chesterton: «A cada época la salva un pequeño puñado de hombres que tienen el coraje de ser inactuales»; es por ello que esta revista permite abrir un espacio académico a los jueces y las juezas del Perú, así como a los profesionales especializados en materia laboral que deseen difundir sus investigaciones sobre la reforma y la modernización de las organizaciones y el Estado, con el propósito de mejorar las relaciones surgidas dentro de una actividad laboral, garantizando una justicia social eficiente y eficaz.

En ese sentido, este número agrupa argumentos álgidos del derecho laboral, como el despido nulo por causal de embarazo y maternidad, la protección de las mujeres trabajadoras en el Perú, la tutela

jurisdiccional del accidente de trabajo en clave de prevención de los riesgos profesionales, las consideraciones sustantivas y procesales para la adecuada imputación de las infracciones al Código de Ética de la Función Pública desde la perspectiva de la jurisprudencia administrativa del Tribunal del Servicio Civil, el *mobbing* y el *compliance* laboral, y las sentencias en el proceso de reforma laboral peruano. Con estas investigaciones se contribuye al conocimiento del derecho laboral con alcance nacional e internacional en los países que conforman Iberoamérica.

Lima, diciembre de 2022

JESSICA VANESSA MEDINA JIMÉNEZ
Presidenta del Equipo Técnico Institucional de Implementación
de la Nueva Ley Procesal del Trabajo

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



Revista de Derecho Procesal del Trabajo

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

VOL. 5, N.º 6, JULIO-DICIEMBRE, 2022

PUBLICACIÓN SEMESTRAL. LIMA, PERÚ

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista de Derecho Procesal del Trabajo

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

VOL. 5, N.º 6, JULIO-DICIEMBRE, 2022, 15-31

PUBLICACIÓN SEMESTRAL. LIMA, PERÚ

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6.672

El despido nulo por causal de embarazo y maternidad

Null and void dismissal due to pregnancy and maternity

JAVIER ARÉVALO VELA

Corte Suprema de Justicia de la República
(Lima, Perú)

Contacto: jarevalo@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-3827-8740>

RESUMEN

En el presente artículo se estudia la nulidad del despido de la trabajadora embarazada o de reciente maternidad dentro del ordenamiento jurídico peruano, teniendo en cuenta la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, así como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Palabras clave: despido; despido nulo; mujer en gestación; maternidad; TUOLPCL.

ABSTRACT

This article explores the nullity of dismissal due to pregnancy or recent maternity within the Peruvian laws, considering the Peruvian legislation, case law and legal doctrine, as well as the International Labor Organization (ILO) Conventions.

Key words: dismissal; null and void dismissal; pregnant woman; maternity; Labor Productivity and Competitiveness Law.

Recibido: 19/11/2022 Aceptado: 01/12/2022

1. Introducción

El embarazo, el nacimiento de un hijo o los beneficios que perciba la mujer como consecuencia de su reciente maternidad no pueden constituir una causal válida para que, en forma directa o encubierta, sufra la pérdida de su empleo o algún perjuicio de orden laboral.

El despido de una trabajadora por razón de maternidad es un móvil que resulta repudiable tanto en la normatividad internacional como en el derecho interno de la gran mayoría de Estados.

En el plano internacional, encontramos que, desde su fundación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) ha buscado proteger a la trabajadora embarazada, tanto es así que una de sus primeras normas aprobadas fue el Convenio n.º 3, sobre protección a la maternidad, que fue revisado en 1952 y que dio origen al Convenio n.º 103, sobre protección de la maternidad (revisado) y a la Recomendación n.º 95, sobre protección de la maternidad.

Posteriormente, el Convenio n.º 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, en el literal d de su artículo 5, consideró, entre los motivos que no constituyen una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, entre otros, el embarazo.

Asimismo, cabe mencionar que este convenio no ha sido aprobado ni ratificado por el Perú.

Como se puede vislumbrar, la preocupación de la OIT por la situación de la madre trabajadora ha sido constante en el tiempo. Esto se demuestra, por ejemplo, en la 87.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio de 1999, en la que se acordó instituir la Comisión de Protección a la Maternidad. Se acordó también que en la próxima reunión, que se celebraría en junio del 2000, se trataría el asunto titulado «Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (n.º 103) y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (n.º 95)».

Los trabajos mencionados en el párrafo anterior llevaron a que, en la 88.^a reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, celebrada en junio del 2000, se aprobara el Convenio n.º 183 de la OIT, sobre la protección de la maternidad. De hecho, este documento ha sido incorporado a la legislación peruana, aprobado mediante la Resolución Legislativa n.º 30312 y ratificado mediante el Decreto Supremo n.º 012-2016-RE.

En el ordenamiento jurídico peruano, la protección de la mujer trabajadora es de antigua data, remontándose al año 1918. Basta recordar las Leyes n.º 2851 y n.º 4239, de protección de la mujer y madre trabajadora (actualmente derogadas). Así, pues, a lo largo del siglo XX y lo que va del siglo XXI se han continuado dictando numerosas normas legales para la protección de las trabajadoras, la cual ha alcanzado rango constitucional en el artículo 23 de nuestra carta magna de 1993.

No obstante la frondosa legislación a que hemos hecho referencia, en el presente trabajo solo nos ocuparemos de la protección de la madre trabajadora contra el despido, partiendo del análisis del inciso c del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, TUOLPCL), aprobado por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR y modificado por la Ley n.º 31152.

2. Finalidad de la Ley n.º 31152

Aunque en su texto no se señala la finalidad de la modificatoria introducida por la Ley n.º 31152, es evidente que dicha norma busca proteger a la trabajadora embarazada o de reciente maternidad desde que inicia su relación laboral, a efectos de que pueda conservar su puesto de trabajo y gozar de las prestaciones sociales que le correspondan, adecuando de esta manera nuestra legislación al Convenio n.º 183 de la OIT.

La protección introducida por esta ley es tan amplia que se extiende a las trabajadoras sujetas a una jornada laboral de cuatro o menos horas diarias de labores e, inclusive, las que se encuentran en período de prueba.

3. Aspectos sustantivos de la Ley n.º 31152

El texto del inciso e del artículo 29 del TUOLPCL, modificado por la Ley n.º 31152, contempla tres móviles que objetivamente deben presentarse para que el despido a la trabajadora pueda ser calificado como nulo: i) el embarazo; ii) el nacimiento y sus consecuencias; y iii) la lactancia.

3.1. El embarazo

Para efectos de este trabajo, asumiremos operativamente que el embarazo puede definirse como el período que se extiende desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta el parto. Para ello, no resulta relevante si este se origina de manera natural o es producto, en alguna forma, de reproducción asistida. Por tanto, entendemos que si una trabajadora embarazada es despedida sin causa justa, su despido será nulo.

3.2. El nacimiento y sus consecuencias

Cabanellas (2006) define el nacimiento como el «comienzo de la vida humana, contado desde el parto» (p. 313). Para nosotros, es el hecho por el cual termina el embarazo y el niño sale del útero materno.

Consideramos que, al igual que en el caso del embarazo, no resulta relevante, para la protección prevista por la Ley n.º 31152, si el producto de la concepción nace antes de los nueve meses, tiempo que normalmente dura la gestación en la especie humana, o nace al cumplirse el período biológico correspondiente.

En cuanto a las consecuencias del nacimiento de un ser humano, existen diversas en el mundo del derecho; sin embargo, solo nos referiremos a las más importantes relacionadas con la actividad laboral.

3.2.1. La licencia postnatal

La licencia postnatal es el período de descanso laboral a que tiene derecho la madre trabajadora luego del parto. En nuestro medio, según la Ley n.º 30367, toda trabajadora embarazada tiene derecho a gozar de cuarenta y nueve (49) días de descanso prenatal y cuarenta y nueve (49) días de descanso postnatal, pudiendo diferir total o parcialmente el primer tipo de descanso y acumularlo con el segundo, a decisión de la trabajadora.

Asimismo, de acuerdo con la Ley n.º 29992, el descanso postnatal se extenderá por treinta (30) días más si se diese el caso de nacimiento múltiple o de un niño con discapacidad. Por tanto, el período de descanso postnatal, en estas situaciones, se extendería a un total de setenta y nueve (79) días.

Finalmente, los días de descanso prenatal y postnatal se consideran como días efectivamente laborados para la percepción de utilidades conforme lo dispone la Ley n.º 30792.

3.2.2. Subsidio por maternidad

Es el pago en dinero que recibe la madre trabajadora asegurada regular del Seguro Social de Salud (en adelante, EsSalud) para compensar el lucro cesante como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades de cuidado del recién nacido. Se otorga por noventa y ocho (98) días, los cuales se pueden distribuir en el período anterior o posterior al parto, conforme lo decida la madre, y con la condición de que, durante ese período, ella no realice trabajo remunerado. Este subsidio se puede extender hasta treinta (30) días más en casos de nacimiento múltiple o nacimiento de niños con discapacidad, conforme al artículo 16 (modificado por el Decreto Supremo n.º 002-2016-TR) del Reglamento de la Ley n.º 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 009-97-SA. Este artículo, en su segundo párrafo, decreta:

El monto del subsidio equivale al promedio diario de las remuneraciones de los doce últimos meses anteriores al inicio de la prestación, multiplicado por el número de días de goce de prestación. Si el total de meses de afiliación es menor a doce, el promedio se determinará en función del tiempo de aportación del afiliado regular en actividad. No se podrá gozar simultáneamente de subsidio por incapacidad y maternidad.

3.3. La lactancia

De acuerdo con la Ley n.º 28731, la madre trabajadora al concluir su período postnatal tiene derecho a una (1) hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que su hijo cumpla un año de edad. En el caso de partos múltiples, se incrementa en una (1) hora, lo que significa que la madre tendrá dos (2) horas de permiso por lactancia.

La misma ley señala que el permiso por lactancia puede ser fraccionado en dos tiempos iguales durante la jornada laboral, y el horario en que serán tomadas la hora o las horas de lactancia, de ser el caso, debe ser materia de acuerdo entre el empleador y la trabajadora.

Conviene recordar que, por aplicación de la Ley n.º 27403, las horas de permiso por lactancia materna se consideran como efectivamente laboradas para todos los efectos, incluyéndose el goce de las remuneraciones que correspondan.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la Ley n.º 27240, modificada por la Ley n.º 27591, establece que el período de lactancia dura hasta que el recién nacido cumpla un año de edad. Por tanto, se entiende que, durante todo ese tiempo, a la madre trabajadora no se le puede despedir, a no ser que exista causa justa, como detallaremos más adelante; y si se diese el despido, este se consideraría nulo.

3.3.1. Subsidio por lactancia

Es una prestación económica que EsSalud paga por única vez a la madre trabajadora por el nacimiento de un hijo, conforme lo establece la Ley n.º 26790, modificada por la Ley n.º 28791. Asimismo, si se tratase de casos de parto múltiple, EsSalud otorga a la madre trabajadora un subsidio adicional por cada hijo, ello según lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto Supremo n.º 009-97-SA, modificado por el artículo 4 del Decreto Supremo n.º 020-2006-TR.

4. Aspectos procesales de la Ley n.º 31152

El texto del inciso e del artículo 29 del TUOLPCL, modificado por la Ley n.º 31152, no solo regula las causas sustantivas por las que el despido injustificado de una trabajadora embarazada o de reciente maternidad puede ser declarado nulo, sino también algunas disposiciones procesales, las que, además, deben ser concordadas con la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT).

4.1. Presunción de la causa del despido

Una presunción es una forma de razonamiento lógico en el cual, a partir de un hecho que se conoce, se llega a una certeza sobre otro hecho desconocido. En el proceso laboral, el artículo 29 de la NLPT admite la utilización de las presunciones como medio probatorio.

En el caso del despido de una trabajadora embarazada o de reciente maternidad, la modificatoria introducida por la Ley n.º 31152 dispone que si el empleador no acredita que exista una causa justa que haya motivado el despido, entonces se presume que este tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia.

Como se puede apreciar, la modificatoria tantas veces mencionada mantiene la presunción *juris tantum* —que ya estaba presente en anteriores modificatorias del inciso e del artículo 29 del TUOLPCL—, en el sentido de que presume que el despido está motivado por el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia. Por tanto, la madre trabajadora no tendría por qué asumir carga probatoria alguna respecto del móvil de su despido, sino que solo deberá probar su estado de gestación o reciente maternidad; y al empleador, por su parte, le corresponderá probar que el despido se realizó por una causa justa.

La presunción establecida por la ley peruana es concordante con el artículo 8 del Convenio n.º 183 de la OIT, el cual establece que le compete al empleador la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Al respecto, el Tribunal Constitucional (2009), en el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 03190-2008-PA/TC, ha señalado que la demandante (trabajadora embarazada) no está obligada a acreditar que el despido que sufrió fue consecuencia de su estado de gestación si se produjo durante dicho estado.

Debemos resaltar que, en todos los demás casos de nulidad del despido, la NLPT asigna la carga de la prueba del motivo de nulidad del despido al trabajador, y no admite presunciones.

En esa misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la República (2022) ha indicado que si el despido se realizó durante el período de gestación de la trabajadora, o dentro de los noventa (90) días después del parto, se presume entonces que el móvil de este ha sido el embarazo de la trabajadora.

4.2. Requisito de procedibilidad de la protección

Respecto a la protección de la trabajadora embarazada, la modificatoria introducida por la Ley n.º 31152 señala como requisito que el empleador tiene que haber sido notificado documentalmente del embarazo antes de que se efectúe el despido. El texto de esta ley señala expresamente que será efectiva la nulidad del despido de una trabajadora embarazada siempre y cuando se cumpla con la condición indispensable de que se haya cursado una comunicación escrita al empleador, en la que se manifieste el estado de gravidez de la trabajadora.

No obstante el texto legal, creemos que, incluso cuando la trabajadora no haya cumplido con comunicar a su empleador su situación de embarazo, el despido deberá ser nulo si con la simple apreciación visual de la trabajadora bastase para reconocer su condición de gestante, o también si existieran peticiones de permisos por parte de la trabajadora a su empleador para someterse a controles de embarazo o pruebas de cualquier naturaleza que demuestren que se encontraba en estado de gestación y que el empleador tuvo conocimiento de este.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional (2022), en el fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 02748-2021-PA/TC, ha resuelto que no es indefectible que se le haya comunicado al empleador sobre el embarazo de la trabajadora para que a ella se le proporcione la protección constitucional, en tanto que el Perú ha

ratificado el Convenio n.º 183 de la OIT, sobre la protección de la maternidad, y que, por lo tanto, es aplicable como norma de derecho nacional. En el mismo fundamento, se recuerda que el artículo 8 del convenio mencionado prohíbe despedir a una mujer embarazada, y que no es necesaria una comunicación, sino que basta con que la trabajadora demuestre que está en estado de gestación, generándose así un «fuero maternal»; esto se aplica tanto para el despido como para la no renovación de contrato temporal.

También somos de la opinión de que si el móvil de nulidad de despido fuera el nacimiento del hijo o el período de lactancia, así la trabajadora no hubiese comunicado por escrito su estado al empleador, dicha exigencia no será relevante, ya que existen otras situaciones que permiten probar que este tenía conocimiento de la situación de maternidad de la trabajadora. Tal como sucede cuando existe un formulario que solicita subsidio por maternidad o por lactancia a EsSalud, pues, como sabemos, en estos casos los formularios correspondientes son sellados y firmados por el empleador o sus representantes y la trabajadora asegurada. Al igual que en este caso, solo es necesario que la trabajadora aporte algún medio de prueba que demuestre que su empleador conocía su estado postnatal o de lactancia.

5. Despido de la madre trabajadora por causa justa

Se debe advertir que la protección que otorga la Ley n.º 31152 a la madre trabajadora no puede considerarse, de ninguna manera, como un incentivo a la indisciplina y a la reducción de rendimiento de su trabajo. Esto debido a que dicha normativa no afecta la facultad que tiene el empleador de despedir por causa justa, pues señala expresamente que su aplicación «no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa».

Sobre la posibilidad de despido a que se refiere el párrafo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República (2014), en el considerando décimo primero de la Casación Laboral n.º 2016-2014 Lima, ha señalado que el empleador podrá despedir, sin responsabilidad alguna, a las trabajadoras embarazadas o que recientemente han tenido un hijo, siempre que estas incumplan con sus obligaciones en el trabajo o cuando cometan faltas graves de manera intencional, las cuales están estipuladas en el artículo 25 del TUOLPCL.

6. Despido de la madre trabajadora durante el período de prueba

El período de prueba es aquel que transcurre desde el inicio del contrato laboral hasta un determinado momento previsto por la ley, durante el cual el empleador tiene derecho a evaluar si el trabajador reúne las condiciones para las cuales lo contrató, de modo que puede, si así lo considerase, dar por terminada la relación laboral sin responsabilidad de ningún tipo.

El artículo 10 del TUOLPCL reconoce la existencia del período de prueba, al término del cual el trabajador adquiere la protección contra el despido arbitrario. Según esta norma, la duración ordinaria de este período es de tres (3) meses; asimismo, previo pacto por escrito entre las partes, este tiempo no podrá exceder, en conjunto, los seis (6) meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza, y un (1) año en el caso de personal de dirección.

En la doctrina argentina, respecto al despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba, González (2000) expone una posición interesante. Él menciona que, en la situación del despido de una mujer embarazada que está en un período de prueba, no es válida solo la voluntad del empleador por dar por terminada la

relación laboral, ya que existen diferentes jerarquías entre los valores en juego y los bienes jurídicos tutelados. Asimismo, el autor señala que en este caso la mujer es afectada no solo por su sexo, sino por su condición de mujer gestante; y que el empleador deberá acreditar que el despido que realizó en la etapa probatoria no tiene nada que ver con la maternidad de la trabajadora.

En el pasado, el Tribunal Constitucional (2012) interpretó que mientras la trabajadora gestante se encontraba sujeta a período de prueba legal o convencional, no gozaba de protección contra el despido arbitrario, por lo cual podía ser despedida sin responsabilidad alguna para el empleador. No obstante, el nuevo texto establecido por la Ley n.º 31152 ha considerado la protección de las trabajadoras embarazadas en período de prueba; en consecuencia, cualquier despido injustificado que las afecte se encontrará viciado de nulidad.

En esa misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la República (2022) ha precisado que los casos de despido de trabajadoras gestantes durante el período de prueba, y sin que exista causa justa, son motivados justamente por el embarazo de dichas trabajadoras.

7. Efectos de la demanda de nulidad de despido declarada fundada

Si la demanda de nulidad de despido interpuesta por la madre trabajadora resulta fundada, de conformidad con el artículo 40 del TUOLPCL, se le tendrá que readmitir en el empleo, y se le abonarán las remuneraciones que no percibió desde la fecha de su despido hasta su real reincorporación. Asimismo, tendrá derecho a que se le efectúen los correspondientes depósitos de compensación por tiempo de servicios (CTS) y el pago de los intereses respectivos.

8. Conclusiones

- La modificatoria del inciso e del artículo 29 del TUOLPCL, introducida por la Ley n.º 31152, busca proteger a la mujer trabajadora o de reciente maternidad contra el despido injustificado, adecuando de esta manera nuestra legislación al Convenio n.º 183 de la OIT, ratificado por el Perú.
- De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de julio de 2022, recaída en el Expediente n.º 02748-2021-PA/TC, y la Casación Laboral n.º 30535-2019 Lima, del 6 de septiembre de 2022, ya no es necesario que la trabajadora comunique por escrito al empleador su condición de gestante para gozar de la protección contra el despido nulo introducida por la Ley n.º 31152.
- Según la Ley n.º 31152 y la Casación Laboral n.º 30535-2019 Lima, las trabajadoras embarazadas que sean despedidas injustificadamente durante el período de prueba gozan de protección contra el despido nulo.
- La protección establecida por la Ley n.º 31152 es tan amplia que alcanza a las trabajadoras que laboran en jornadas a tiempo parcial de cuatro o menos horas.

Referencias

- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*. Heliasta.
- Congreso de la República (1999). Ley n.º 27240, Ley que Otorga Permiso por Lactancia Materna. Lima: 22 de diciembre de 1999. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F4B44C4B0060F3C405257E28006ED20A/\\$FILE/3_LEY_27240_23_12_1999.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F4B44C4B0060F3C405257E28006ED20A/$FILE/3_LEY_27240_23_12_1999.pdf)
- Congreso de la República (2006a). Ley n.º 28731, Ley que Amplía la Duración del Permiso por Lactancia Materna. Lima: 12 de mayo de 2006. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/28731-may-12-2006.pdf>
- Congreso de la República (2006b). Ley n.º 28791, Ley que Establece Modificaciones a la Ley n.º 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Lima: 17 de julio de 2006. http://www.essalud.gob.pe/normativa_prestaciones_economicas/pdf/Ley28791.pdf
- Congreso de la República (2010). Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Lima: 13 de enero de 2010. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf9d4d0043eacd588837db829214c4f0/C.+LEGISLACION++Ley+N%C2%BA+29497+Nueva+Ley+Procesal+del+Trabajo.pdf?MOD=AJPERES>
- Congreso de la República (2013). Ley n.º 29992, Ley que modifica la Ley 26644, estableciendo la extensión del descanso postnatal para los casos de nacimiento de niños con discapacidad. Lima: 6 de febrero de 2013. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-la-ley-26644-estableciendo-la-extension-de-ley-n-29992-899065-1/>
- Congreso de la República (2015). Ley n.º 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su

período de descanso. Lima: 24 de noviembre de 2015. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-protege-a-la-madre-trabajadora-contral-despido-arb-ley-n-30367-1315977-1/>

Congreso de la República (2018). Ley n.º 30792, Ley de Utilidades Justas para las Madres. Lima: 14 de junio de 2018. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-de-utilidades-justas-para-las-madres-ley-n-30792-1660129-1/#:~:text=El%20Peruano,-Descargar%20Contenido%20en&text=La%20presente%20ley%20tiene%20por,han%20tenido%20descanso%20por%20maternidad>

Congreso de la República (2021). Ley n.º 31152, Ley que modifica el inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR. Lima: 31 de marzo de 2021. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-inciso-e-del-articulo-29-del-texto-unic-ley-n-31152-1940365-1/>

Corte Suprema de Justicia de la República (2014). Casación Laboral n.º 2016-2014 Lima. Lima: 27 de octubre de 2014. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Cas.-Lab.-2016-2014-Lima-Legis.pe_.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República (2022). Casación Laboral n.º 30535-2019 Lima. Lima: 6 de septiembre de 2022. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/09/Casacion-Laboral-30535-2019-Lima-LPDerecho.pdf>

González, R. O. (2000). Despido de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba. En *Revista de Derecho Laboral, 2000-2. Extinción del contrato de trabajo-II* (pp. 341-353). Rubinzal-Culzoni Editores.

Ministerio de Salud (1997). Decreto Supremo n.º 009-97-SA, que aprueba el Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Lima: 8 de septiembre de 1997. <https://www.agrorural.gob.pe/wp-content/uploads/transparencia/leyes/ds-n-009-97-sa.pdf>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2006). Decreto Supremo n.º 020-2006-TR, que aprueba normas reglamentarias de la Ley n.º 28791, que establece modificaciones a la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Lima: 27 de diciembre de 2006. http://www.essalud.gob.pe/normativa_prescripciones_economicas/pdf/DS-020-2006-TR.pdf

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2016). Decreto Supremo n.º 002-2016-TR, que adecúa las normas reglamentarias que regulan el descanso por maternidad y el pago del subsidio por maternidad a las disposiciones de la Ley n.º 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su período de descanso. Lima: 8 de marzo de 2016. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-adecua-las-normas-reglamentarias-que-reg-decreto-supremo-n-002-2016-tr-1353886-1/>

Ministerio de Trabajo y Promoción Social (1997). Decreto Supremo n.º 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Lima: 21 de marzo de 1997. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/\\$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf)

Organización Internacional del Trabajo (1982). Convenio n.º 158, sobre la terminación de la relación de trabajo. Ginebra: 2 de junio de 1982. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158

- Organización Internacional del Trabajo (2000). Convenio n.º 183, sobre la protección de la maternidad. Ginebra: 30 de mayo de 2000. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente n.º 03190-2008-PA/TC Cajamarca. Lima: 2 de julio de 2009. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03190-2008-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional (2012). Expediente n.º 02456-2012-AA/TC Piura. Lima: 22 de octubre de 2012. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02456-2012-AA.html>
- Tribunal Constitucional (2022). Expediente n.º 02748-2021-PA/TC Madre de Dios. Lima: 22 de julio de 2022. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02748-2021-AA.pdf>



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista de Derecho Procesal del Trabajo

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

VOL. 5, N.º 6, JULIO-DICIEMBRE, 2022, 33-86

PUBLICACIÓN SEMESTRAL. LIMA, PERÚ

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6.679

Protección de las mujeres trabajadoras en el Perú

Protection of working women in Peru

EVELIN COLOMA CIEZA

Universidad de Lima

(Lima, Perú)

Contacto: ecoloma@ulima.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7687-6437>

ANNA VILELA ESPINOSA

Universidad de Lima

(Lima, Perú)

Contacto: avilela@ulima.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-6025-6364>

RESUMEN

Si bien es cierto a nivel mundial se visualiza un incremento en la regulación legislativa en materia de protección de las mujeres trabajadoras en los últimos años, en nuestro país esta aún es insuficiente para

mejorar cuantitativa y cualitativamente sus derechos laborales, ya que algunas de las formas más flagrantes de discriminación y violencia en el trabajo pueden haber disminuido, pero muchas se mantienen y otras han tomado nuevas formas o manifestaciones menos visibles. En atención a lo señalado, en el presente artículo haremos una revisión sobre las normas internacionales ratificadas por nuestro país, así como de las nacionales en materia de empleo femenino a fin de determinar los avances y las cuestiones pendientes en esta materia.

Palabras clave: mujeres trabajadoras; protección de la mujer; derechos laborales; discriminación laboral; violencia en el trabajo.

ABSTRACT

Although in recent years there has been a worldwide increase in the legislative regulation on the protection of working women, in our country those are still insufficient to improve quantitatively and qualitatively women's labor rights, since some of the most flagrant forms of labor discrimination and violence may have decreased, however many remain, and others have transformed or have become less visible. In view of the foregoing, in this article we review the international standards ratified by our country, as well as national regulations on women's employment, in order to determine the progress and outstanding issues in this matter.

Key words: working women; protection of women; labor rights; labor discrimination; violence at work.

Recibido: 05/12/2022 Aceptado: 18/12/2022

1. Introducción

En el año 2016, José Manuel Salazar, exdirector de la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2016a) para América Latina y el Caribe, indicó que «En la mayoría de países las mujeres tienen mejores niveles educativos que los hombres. Sin embargo, enfrentan mayores tasas de desempleo, subempleo e informalidad, así como brechas salariales» (párr. 2). Según la OIT (2016b), en el marco del informe mundial *Mujeres en el trabajo: tendencias de 2016*:

dos de los factores a enfrentar para avanzar en la igualdad son la carga desproporcionada de las tareas de cuidado que asumen las mujeres, y los estereotipos de género que favorecen su incorporación a unas pocas ocupaciones tradicionales poco vinculadas a los sectores más dinámicos de la economía.

Conforme se precisa en diferentes informes (OIT, 2016b), antes de la pandemia generada por la COVID-19, uno de estos factores, el número de horas al día de trabajo de las mujeres, que es mayor al de los hombres, tanto en el trabajo remunerado como en el no remunerado, era uno de los grandes desafíos que se enfrentaba a nivel mundial. Este problema se agudizó en nuestro país durante la pandemia, pues conforme al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP, 2020), las tareas familiares se habrían distribuido de forma desigual entre la población femenina y la masculina, situación que a la fecha sigue significando un obstáculo para que las mujeres se puedan desarrollar en igualdad de condiciones, toda vez que la asignación desproporcionada de la labor doméstica no remunerada impide que estas se incorporen al mercado laboral formal; perjudica sus horarios de trabajo y, por ende, sus remuneraciones; y limita sus oportunidades de crecer profesionalmente. Además, la carga excesiva del cuidado del hogar afecta la distribución del tiempo disponible para otras actividades necesarias como son el descanso y el ocio (Coloma, 2021).

Como se puede apreciar, y pese a que nos encontramos en el siglo XXI, la mayor parte de las tareas domésticas al interior de las familias sigue siendo desarrollada por las mujeres, lo que constituye un factor determinante en sus posibilidades de acceso y mantenimiento en el mercado laboral.

En materia de empleo, los Estados suscriben constantemente convenios internacionales e implementan y mejoran sus legislaciones internas, pero estadísticas relacionadas con aspectos tales como desigualdad salarial, discriminación en el acceso a un puesto de trabajo y durante la relación laboral indican predominancia de varones en los altos mandos de las empresas, entre otros, con lo cual demuestran que la discriminación sigue siendo un problema común en el lugar de trabajo.

Es preciso recordar que la Constitución de 1993 establece que el trabajo debe recibir atención prioritaria del Estado y reconoce una especial protección a la madre que trabaja, atención que se debe plasmar en políticas nacionales que busquen dar solución integral a problemas como la discriminación, la informalidad, el desempleo, el subempleo y la desigualdad.

En ese contexto, con relación al empleo femenino, en Perú encontramos una doble protección normativa: por un lado, existen normas que protegen a la mujer que labora en una empresa, las cuales contemplan la prohibición de discriminación remunerativa, le brindan protección en materia de acceso a las ofertas de empleo y no discriminación, también en caso de ser víctima de violencia u hostigamiento sexual; y, por otro lado, a la madre trabajadora, regulándose en este caso el otorgamiento de descansos en caso de maternidad y durante el período de lactancia; implementación de lactarios; subsidios a cargo de la seguridad social y protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; en las ofertas de empleo; en caso de ser víctima de violencia; así como en caso de extinción de la relación laboral o no

renovación de contratos de trabajo cuando el motivo es el embarazo o la lactancia (Vilela, 2022, p. 57).

Sin perjuicio de los avances normativos alcanzados, es necesario tener en cuenta, como señaló el director de OIT para América Latina y el Caribe, Vinicius Pinheiro, el 8 de marzo de 2022:

en el Día Internacional de la Mujer debemos tener muy en cuenta que enfrentamos un retroceso preocupante en la igualdad de género en el trabajo, y por lo tanto la región necesita redoblar esfuerzos para recuperar el terreno perdido y generar más y mejores oportunidades laborales para las mujeres.

Nuestro país no es ajeno a esta realidad, por lo que resulta necesario hacer una revisión de nuestra normativa a fin de impulsar una política nacional, actualizar la legislación y las prácticas en el ámbito de las relaciones laborales para que nos permitan erradicar toda forma de discriminación, desigualdad y violencia y de esta manera crear condiciones para que los trabajadores y las trabajadoras puedan desarrollar sus potencialidades y sus cualidades sean reconocidas en igualdad de condiciones.

En atención a lo señalado, efectuaremos una revisión sobre las normas internacionales ratificadas por nuestro país, así como de las nacionales en materia de empleo femenino con la finalidad de determinar los avances y las cuestiones pendientes en esta materia.

2. Nivel constitucional

En nuestra Constitución Política del año 1993 encontramos en diversos artículos una regulación hacia la mujer, enfocada, en primer lugar, en su condición de tal, en donde predomina la referencia a su no discriminación; a la madre, es objeto de protección especial; y a la madre trabajadora y su atención prioritaria por parte del Estado.

Así, en su título I De la Persona y de la Sociedad, capítulo I sobre los Derechos Fundamentales de la Persona, se precisa, en el artículo 1, que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

En concordancia con lo antes señalado, en su artículo 2, numeral 2, y sobre la base del principio de igualdad de derechos, que contempla que ninguna persona puede ser objeto de discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo, se considera que toda persona tiene derecho «2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, **sexo** [énfasis añadido], idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole».

Por otro lado, en su artículo 4 se establece:

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, **a la madre** [énfasis añadido] y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Ya en el ámbito específico laboral, en el capítulo II sobre los Derechos Económicos y Sociales, la protección reseñada está dirigida de manera más concreta al caso de las madres trabajadoras, al señalarse en su artículo 23: «El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan».

Se reafirma así la protección especial del Estado peruano hacia la madre que labora, ya sea de forma independiente o subordinada, y en este último caso a través de un contrato a plazo indefinido, sujeto a modalidad o a jornada parcial. En este contexto, se precisa que la prestación de servicios de las trabajadoras es objeto de atención prioritaria por parte del gobierno de nuestro país, por lo que debe

elaborar, ejecutar y fiscalizar las políticas, la normativa legal y los planes que resulten necesarios para su adecuado desarrollo.

Finalmente, en el artículo 26 se hace referencia al principio de igualdad de oportunidades sin discriminación que debe regir en toda relación laboral. Sobre la base de este principio las personas que se encuentren en igualdad de condiciones deben tener las mismas oportunidades en el acceso y el mantenimiento de su empleo, se encuentra prohibido cualquier supuesto de discriminación basado, entre otros, en su sexo.

3. Normas internacionales ratificadas por nuestro país

A nivel internacional encontramos también una protección hacia la mujer, así como a la mujer y madre que laboran. Esta protección no es nueva, data de hace muchos años, y se ha venido incrementando en la actualidad al adquirir mayor relevancia temas tales como la igualdad de género, la no discriminación, la necesidad de la conciliación de la vida familiar y laboral, entre otros importantes tópicos.

3.1. Convenio n.º 100 de la Organización Internacional del Trabajo, 1951 (ratificado por Perú el 1 de febrero de 1960)

Como hemos precisado previamente, la OIT ha establecido diversos instrumentos que aportan herramientas con el objetivo de eliminar la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, tales como el Convenio n.º 100, sobre la igualdad de remuneración, ratificado por el Perú en el año 1960.

Diversos estudios internacionales señalan que las mujeres trabajadoras son discriminadas por el solo hecho de ser mujeres (OIT, 2006, p. 13). Existen muchas situaciones en las cuales este tipo de conductas lesivas se manifiestan, y las mujeres se encuentran en condiciones de desigualdad en el centro de trabajo respecto de los hombres, un

ejemplo de estas situaciones es el relacionado con la remuneración que perciben, ya que es muy común que pese a realizar el mismo trabajo uno de ellos perciba un salario menor.

La igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor es una cuestión de derechos humanos, porque si el trabajo de una mujer se valora menos solamente porque es una mujer, su dignidad individual se ve lesionada.

También es una cuestión de desarrollo económico, ya que promover un trato igual equivale a promover el potencial productivo de la nación. Finalmente, es una cuestión de recursos humanos, porque incrementar los salarios de los trabajos infravalorados puede resultar más rentable por incrementar la productividad y reducir la rotación de personal. (OIT, 2006, p. 17)

El Convenio n.º 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración, ratificado por nuestro país el 1 de febrero de 1960, garantiza la aplicación por parte de los Estados miembros del principio de igualdad de remuneraciones entre varones y mujeres en la medida que lleven a cabo un trabajo de igual valor. Así, se precisa:

Artículo 2.-

1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.
2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de:
 - (a) la legislación nacional;
 - (b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación;
 - (c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o
 - (d) la acción conjunta de estos diversos medios.

Como se puede apreciar, el Convenio reconoce que pueden existir diferencias de salario entre las personas que realizan un mismo tipo de labor, pero estas nunca deben estar basadas en la diferencia de sexo. En ese sentido, las mujeres que lleven a cabo un trabajo de igual valor que un hombre tienen derecho a percibir la misma remuneración.

3.2. Convenio n.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo, 1958

Según la OIT (2006), se entiende por discriminación en el empleo y la ocupación a la aplicación de un trato diferenciado (una exclusión, una referencia o una distinción), basado en características personales que no son relevantes para el desempeño de un determinado trabajo, tales como el sexo (p. 17).

El Convenio n.º 111 de la OIT sobre Discriminación, Empleo y Ocupación, de 1958, ratificado por el Estado peruano el 10 de agosto de 1970, fue elaborado teniendo en consideración que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, asimismo, que en la Declaración de Filadelfia se precisa que «todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades».

En ese orden de ideas, la finalidad de este Convenio es promover la igualdad de oportunidades y de trato con respecto al empleo y la ocupación sin discriminación alguna por motivos, entre otros, fundados en el sexo de las personas, protección que abarca tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

En este contexto, en el artículo primero del Convenio se señalan los alcances de lo que comprende el término discriminación:

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:
 - a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
 - b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Además, en su artículo 2 se precisa que todo Estado miembro se obliga a

formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacional, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

3.3. Declaración de la OIT sobre la igualdad de género, 1975

La declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1975 con ocasión del Año Internacional de la Mujer.

En ella se contempla la igualdad de oportunidades y de trato de trabajadores y trabajadoras y se hace un llamado a los gobiernos a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres que niegue o limite esta igualdad.

3.4. Convenio n.º 183 OIT sobre la Protección de la Maternidad, 2000

Al ratificar nuestro país, mediante Decreto Supremo n.º 012-2016-RE, el Convenio n.º 183 de la OIT reconoce la importancia de la

protección de los derechos de las trabajadoras vinculados con la maternidad y se compromete a adoptar las medidas que resulten necesarias para garantizar que esta no constituya una causa de discriminación en el acceso al empleo y durante su desarrollo. Para tales efectos este convenio contempla una serie de medidas, entre las que figuran la prohibición de exigir a una mujer que está postulando a un empleo su sometimiento a un examen médico para verificar si está o no embarazada o que presente un certificado del mismo, salvo en aquellos casos contemplados en la legislación interna de cada país respecto de trabajos que estén prohibidos para embarazadas o lactantes o puedan implicar un riesgo para su salud o la de su hijo.

El convenio aborda, además, diversos temas relacionados con la maternidad, como la protección de la salud de la madre y del hijo o de la hija; la licencia de maternidad, enfermedad o por complicaciones en el embarazo; subsidios y protección de empleo y no discriminación.

3.5. Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Esta convención fue adoptada en el año 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y entró en vigor en 1981. Constituye una declaración internacional de derechos para las mujeres que a criterio de la Organización de las Naciones Unidas:

Provee un marco obligatorio de cumplimiento para los países que la han ratificado para lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas y estipula que los Estados Parte deben incorporar la perspectiva de género en todas sus instituciones, políticas y acciones con el fin de garantizar la igualdad de trato, es decir, que no exista discriminación directa ni indirecta de la mujer, así como mejorar la situación de facto de la mujer, promoviendo la igualdad sustantiva o la igualdad de resultados. (ONU Mujeres, 2011)

En el artículo 1 de esta convención encontramos una referencia específica a lo que implica el término discriminación contra la mujer, al precisarse que este

denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Asimismo, en su artículo 11 se señala que los Estados partes deben adoptar las medidas que sean necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito del empleo a efectos de garantizar, en igualdad de condiciones con relación a los trabajadores varones, que tengan los mismos derechos que estos. En este contexto se hace referencia al derecho al trabajo, la seguridad social y la seguridad y salud en el trabajo; a las mismas oportunidades de empleo; a percibir igual remuneración en igualdad de condiciones; entre otros.

3.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado en nuestro país por Resolución Legislativa n.º 26448)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) fue suscrita el 22 de noviembre de 1969, entró en vigencia el 18 de julio de 1978 y fue ratificada por nuestro país el 12 de julio de 1978. También se le conoce como Pacto de San José de Costa Rica.

En ella se contempla, en su artículo 1, el compromiso de los Estados partes de respetar los derechos y las libertades consagrados en su texto

y a garantizar su libre y completo ejercicio sin discriminación alguna por motivos, entre otros, vinculados al sexo de las personas.

El Pacto de San José fue complementado posteriormente con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988, ratificado por Perú el 17 de mayo de 1995.

En este protocolo encontramos también el reconocimiento al derecho al trabajo que tienen las personas en condiciones adecuadas, con especial referencia al tema de la equidad salarial.

Artículo 7.- Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

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

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción [...]

3.7. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con fecha 9 de junio de 1994, aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como «Convención de Belém do Pará». Este instrumento fue aprobado por nuestro país por Resolución Legislativa n.º 26583, el 22 de marzo de 1996¹, y entró en vigor a partir del 4 de julio de 1996.

En el artículo 1 de su texto se define a la violencia contra la mujer como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause

1 Ratificada por Perú el 4 de abril de 1996 e hizo el depósito el 4 de junio de 1996.

muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado».

Mientras que en su artículo 2 se establecen los alcances del término violencia contra la mujer, y se precisa que este incluye a la violencia física, sexual y psicológica y que puede darse dentro de la familia o en cualquier otra relación interpersonal, así como en la comunidad, en este último caso se encuentra comprendido el acoso sexual en el lugar de trabajo.

Artículo 2.- Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

3.8. Convenio n.º 190 de OIT, sobre la violencia y el acoso, 2019

Para la OIT el hostigamiento sexual y el acoso laboral siguen siendo un problema mundial que puede afectar a todo tipo de actividad económica, ocupaciones y modalidades de trabajo, por lo que con el objetivo de contribuir a la erradicación de estas conductas, en junio del año 2019, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó el Convenio n.º 190 sobre la violencia y el acoso, que entró en vigencia en junio de 2021, y la Recomendación 206 (2019), que tienen como objetivo acabar con este tipo de conductas vejatorias en el mundo del trabajo, otorgando una protección universal frente a estas,

reafirmando que nadie debe verse obligado a elegir entre su derecho a trabajar y su integridad y dignidad física, mental y sexual.

El Convenio n.º 190 de la OIT, con énfasis en derechos fundamentales, es el primer tratado internacional que aborda la violencia y el acoso en el trabajo, y concibe un concepto integrado de dichas conductas, definiéndolas como

un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen, o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género. (art. 1)

Así también, el Convenio n.º 190 establece que la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa a la violencia y el acoso «dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual» (art. 1).

Cabe precisar que la mayor inclusión de mujeres en el mundo del trabajo, considerando que son las más expuestas a la violencia y al acoso laboral, ha sido uno de los focos de principal atención que sustentan la creación de este instrumento internacional. Así también, la OIT ha tenido presente la necesidad de abordar el problema de la violencia doméstica —que conforme a la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2021) debe ser considerada inaceptable y tratada como un problema de salud pública—, y las consecuencias que esta genera para las mujeres trabajadoras, por lo que exhorta a los «Estados Miembros a reconocer los efectos de la violencia doméstica y tomar medidas para mitigar su impacto», así como el rol de los empleadores, quienes «pueden convertirse en aliados frente a esta forma de violencia, aunque no sean responsables de la misma» (OIT, 2017, p. 39).

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que el Convenio n.º 190 no limita su aplicación a los trabajadores asalariados, sino que la extiende a todas las personas que trabajan, independientemente de su situación contractual, así como a todo aquel que está en riesgo de sufrir esa violencia o acoso en el trabajo, por ejemplo, las personas en formación o los solicitantes de empleo. De igual manera, la protección de esta norma alcanza a las situaciones que ocurren durante el trabajo, en relación con este o como resultado de él.

El Convenio n.º 190 ha sido ratificado por el Perú², lo cual hace impostergable el compromiso del Estado de impulsar una política nacional en diálogo con los actores del mundo del trabajo, actualizar la legislación y las prácticas a nivel de las relaciones laborales, con el objetivo de erradicar este tipo de conductas, liberar al trabajo del acoso y la violencia y dignificar el trabajo, para lo cual también será necesario fortalecer la acción de la inspección en el trabajo.

A tales efectos, se deberá tener en cuenta además que la utilización de la tecnología y la digitalización en las relaciones laborales abre nuevos espacios, donde se pueden presentar otras manifestaciones de violencia y acoso, lo que genera la necesidad de evaluar y cambiar prácticas culturales, establecer nuevos protocolos, nuevas formas de expresarnos, cuáles son las conductas no aceptables desde el punto de vista normativo y cultural, entre otros aspectos.

4. Legislación nacional

Nuestra legislación interna recoge varios principios y postulados de las normas internacionales reseñadas en los numerales anteriores y los desarrolla adecuándolos en algunos casos a la realidad de nuestro país.

2 El 4 de abril de 1996 y se hizo el depósito el 4 de junio de 1996. El 8 de junio de 2022, Perú depositó el instrumento de ratificación del Convenio n.º 190 ante el director general de la OIT. Perú es el 17.º Estado en ratificar el Convenio n.º 190, el 6.º en la región de América Latina y el Caribe.

Es así que el tratamiento legislativo de la protección a la mujer lo encontramos disgregado en dos aristas:

- a) Una relacionada con su calidad de tal, es decir, con el hecho de ser mujer, y que contempla la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y, por otro lado, la protección contra cualquier forma de violencia.
- b) La otra relacionada con su protección en el empleo, desde el acceso al mismo y la no discriminación; el hostigamiento sexual y acoso laboral; la no discriminación remunerativa; y el tratamiento especial de gestantes y lactantes (que les otorga una serie de derechos y beneficios laborales y la prohibición de la no renovación de sus contratos o de su despido si el motivo del cese es el embarazo o el hecho de que la trabajadora esté en período de lactancia).

En ese orden de ideas, a continuación, reseñamos las normas y las medidas dictadas en el Perú con el objetivo de erradicar la discriminación que se presenta en las relaciones laborales.

4.1. Protección a la mujer por su calidad de tal

4.1.1. Ley n.º 28983, Ley de Igualdad de oportunidades entre Mujeres y Hombres

Esta norma reafirma el derecho de las mujeres de participar en la vida económica, social y política de nuestro país en igualdad de condiciones que los hombres, garantizándose su derecho a un trabajo productivo realizado de manera libre, equitativa, segura, respetando su dignidad humana.

Para tales efectos se contemplan una serie de lineamientos que debe cumplir el gobierno de nuestro país, y que comprenden la incorporación de medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre varones y mujeres, tanto en la etapa previa a su incorporación al mercado laboral (acceso al empleo), como en el desarrollo de

la relación laboral, esto es, en la capacitación, la promoción, el otorgamiento de condiciones de trabajo adecuadas y el derecho a gozar de remuneración idéntica por trabajo de igual valor.

Cabe precisar, con relación a este tema que, en abril de 2019, por Decreto Supremo n.º 008-2019-MIMP, se aprobó la Política Nacional de Igualdad de Género (PNIG), que tiene entre sus objetivos principales mejorar la eficiencia y la condición adecuada del accionar de las entidades de la Administración pública, en todos los niveles de gobierno, con el objeto de garantizar a nivel igualitario y sin discriminación los derechos humanos de las mujeres.

En el punto 1.4 de la indicada política, que versa sobre el diagnóstico, se señala que la discriminación contra las mujeres se basa en una serie de patrones socioculturales discriminatorios —que privilegian lo masculino sobre lo femenino— reforzándose así la asignación desigual de roles (MIMP, 2019).

Lamentablemente en nuestro país aún no existe igualdad plena de oportunidades entre hombres y mujeres. Si bien es cierto las empresas aplican políticas de igualdad de género, estas no son suficientes. Un claro ejemplo de esto se visualiza en la inferior participación de estas últimas en los cargos directivos, el tan conocido «techo cristal», entendido como la limitación oculta que existe en las empresas y que impide el ascenso de las trabajadoras mujeres a cargos de nivel jerárquico. El problema va más allá, ya que incluso cuando se desplazan a algún cargo directivo la brecha sigue manifestándose en temas como el salario que perciben, que es inferior al de los trabajadores varones.

4.1.2. Protección frente a cualquier forma de violencia contra las mujeres

En nuestro país el tema de la violencia contra la mujer es habitual y de gran prevalencia. Al respecto, cabe señalar que el confinamiento por la pandemia derivada de la COVID-19 coadyuvó a empeorar esta situación.

Perú registra una de las tasas más elevadas de violencia a nivel mundial. Reportes oficiales apuntan que 7 de cada 10 mujeres adultas han sido víctimas de violencia psicológica, física y/o sexual en algún momento de su vida (Contreras-Urbina et al., 2021).

Este es un problema que consideramos tiene, por un lado, un origen social, ya que afecta a grandes sectores de nuestra población y está relacionado con condiciones de la vida en sociedad y, por otro lado, cultural, pues los patrones de crianza basados en estereotipos machistas existentes en nuestro país, que consideran a la mujer como el sexo débil, dan lugar también a este tipo de violencia.

A nivel legislativo, en el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado por Decreto Supremo n.º 004-2020-MIMP, de fecha 4 de septiembre de 2020, se contempla una protección especial para las mujeres en nuestro país frente a cualquier forma de violencia producida en el ámbito público o privado, a efectos de garantizarles una vida libre de violencia asegurándoles el pleno ejercicio de sus derechos.

En la norma bajo comentario se define a la violencia contra las mujeres como

cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, pudiendo darse dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, así como en la comunidad comprendiendo en este último caso, entre otros, el tema del acoso sexual en el lugar de trabajo.

Asimismo, en su artículo 11 se precisa, ya de manera específica, en el caso de mujeres u hombres que trabajan y que son víctimas de violencia en los términos contemplados en la ley bajo comentario, que tienen los siguientes derechos:

- a) A no sufrir despido por causas relacionadas con dichos actos de violencia.
- b) Al cambio de lugar de trabajo en tanto sea posible y sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría. Lo mismo se aplica para el horario de trabajo, en lo pertinente.
- c) A la justificación de las inasistencias (que no pueden exceder de cinco días laborables en un período de treinta días calendario o más de quince días laborables en un período de ciento ochenta días calendario) y tardanzas al centro de trabajo derivadas de dichos actos de violencia.
- d) A la suspensión de la relación laboral sin goce de haber hasta un máximo de cinco meses consecutivos, que puede ser determinada a pedido de la víctima por el juez a cargo del proceso y atendiendo a la gravedad de la situación.

Por su parte, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) es la entidad gubernamental encargada del diseño y la ejecución de políticas publicadas destinadas a prevenir y erradicar, entre otros, la violencia de género contra la mujer en nuestro país. Sin embargo, pese a las acciones que viene realizando la cartera, estas aún resultan insuficientes para detener o disminuir este tipo de violencia.

4.2. Protección de la mujer en el empleo

4.2.1. Protección en el acceso al empleo y no discriminación

Uno de los principales problemas que se evidenciaba desde hace muchos años en el mercado laboral peruano es el hecho de que los empleadores, al momento de ofrecer sus puestos de empleos disponibles, hacían la precisión de que estos debían ser ocupados por trabajadores varones. Con ello se les negaba a aquellas la oportunidad de demostrar sus capacidades, habilidades y, en algunos casos, experiencia para desempeñarse laboralmente.

Y es que desde siempre ha existido la creencia de que las mujeres no pueden desempeñar labores en determinados puestos, sobre la base del desfasado estereotipo de ser el sexo débil.

Es en este contexto, y ante la existencia de una evidente discriminación, que se promulga la Ley n.º 26772³, en donde se precisa que las ofertas de empleo en nuestro país no pueden contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, basado, entre otros, en el sexo de los postulantes.

Con la dación de esta norma se reguló dicho tema y las empresas de acuerdo a ley están prohibidas de efectuar convocatorias de empleo discriminatorias. Tal como se precisa en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo aprobado por Decreto Supremo n.º 019-2006-TR, es considerada una infracción muy grave en materia de empleo y colocación:

La publicidad y realización, por cualquier medio de difusión, de ofertas de empleo discriminatorias, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus HIV o de cualquiera otra índole. (art. 31.3)

Al respecto, cabe señalar que lamentablemente en algunos casos se evidencia que las ofertas de empleo solo buscarían cumplir formalmente con el mandato normativo antes reseñado, ya que, pasada la etapa del proceso de selección de postulantes, la discriminación al momento de la elección del trabajador que va a ser contratado continúa, lo que resulta difícil de fiscalizar.

3 Disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato.

La Ley n.º 26772 considera también una práctica discriminatoria el hecho de que una empresa otorgue un trato salarial diferente a hombres y mujeres que cumplan los mismos requisitos de acceso al empleo y que desarrollen las mismas labores, lo que guarda relación con los alcances que se desarrollan en el numeral siguiente.

4.2.2. Prohibición de discriminación remunerativa

En concordancia con el mandato establecido en nuestra Constitución Política, de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, así como del lineamiento de idéntico ingreso por trabajo de igual valor consagrado en la Ley n.º 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, se promulgó la Ley n.º 30709 la cual en su artículo 1 «prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, mediante la determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo».

En este contexto se señalan como facultades del empleador las siguientes, siempre que no incurra en discriminación directa o indirecta por motivo de sexo (salvo que los puestos no sean iguales o no tengan el mismo valor):

- a) Establecer sus políticas remunerativas.
- b) Fijar los requisitos para la percepción de la remuneración o beneficios de cualquier otra índole.
- c) Determinar sus montos.

En la norma bajo comentario se precisa, asimismo, que el empleador debe asegurarse de que en los planes de formación profesional y de desarrollo de capacidades laborales de sus trabajadores se garantice la igualdad entre mujeres y hombres.

Encontramos, también, otra referencia respecto a este tema en el artículo 2 de la Ley n.º 26772, ya reseñada, en donde se señala que se considera una práctica discriminatoria dar un trato salarial distinto

entre hombres y mujeres que cumplan los mismos requisitos de acceso al empleo y que realicen las mismas labores.

Sin perjuicio de las regulaciones citadas, en el mercado laboral peruano, la diferencia remunerativa entre hombres y mujeres persiste. Así, de acuerdo con el Informe Técnico n.º 3 del Instituto de Estadística e Informática (INEI, 2022), *Estadísticas con enfoque de género. Trimestre: abril-mayo-junio 2022*, en materia de empleo y género, en dicho trimestre, la tasa de actividad de los hombres se ubicó en 80 % y de las mujeres en 64.8 %.

Por otra parte, con relación a los ingresos promedio y género, en el año móvil julio 2021-junio 2022, el ingreso promedio de las mujeres se ubicó en 1227.2 soles y el de los hombres en 1753.4 soles.

De acuerdo con lo anterior, el ingreso promedio femenino representó el 70 % del ingreso de los hombres, es decir, existía una brecha de género en los ingresos de S/526.20.

Así también se aprecia que, en todos los grupos de edad, el ingreso promedio de los hombres fue mayor al de las mujeres. Como, por ejemplo, en el grupo de 14 a 24 años, el ingreso de los hombres fue de S/1111.3 y el de las mujeres de S/870.1. Respecto al grupo de 25 a 44 años, se establece que el ingreso de los hombres alcanzó los S/1855 y el de las mujeres un valor inferior ascendiente a S/1332.5; y en el grupo de 45 y más años, el ingreso de los hombres fue de S/1864.2 y el de las mujeres de S/1222.9.

De otro lado, según los cálculos del Instituto Peruano de Economía (IPE) efectuados a partir de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG), la brecha de ingresos laborales entre hombres y mujeres de todo el país se incrementó de 19 % en 2020 a 25 % en 2021. Agregan que al ajustar las remuneraciones por características como edad, nivel educativo y actividad económica, la brecha salarial se habría ampliado de 24 % en 2020 a 35 % en el 2021, el nivel más alto en una década.

Ello significa que si bien la paridad económica o eliminación de la brecha salarial es un objetivo, considerando el ritmo promedio de crecimiento de los ingresos de hombres y mujeres en los últimos quince años (2004-2019), eliminar la brecha salarial de género tomaría por lo menos cincuenta años más.

4.2.3. Hostigamiento sexual laboral y acoso laboral (*mobbing*)

Nuestro país, por mandato constitucional, reconoce la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado, estableciendo que toda persona tiene derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, como parte de sus derechos fundamentales.

La dignidad del ser humano, y como tal del trabajador, sirve para entroncar y cautelar sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad, a la igualdad, ante la ley y entre las partes, que en el sentido dinámico y protector es entendido como el derecho a desarrollarse en igualdad de oportunidades, por lo que resulta indispensable establecer los mecanismos necesarios para eliminar todo acto que pueda significar una amenaza para estos.

Conforme hemos precisado, en el numeral 2.5, a lo largo de los años se ha reconocido que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, así como una amenaza para la igualdad de oportunidades, por lo que son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente. En ese contexto, el Convenio n.º 190 de la OIT, ratificado por el Perú, concibe un concepto integrado de violencia y acoso en el trabajo, y lo define como

un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género. (art. 1)

4.2.3.1 Hostigamiento sexual laboral

El hostigamiento sexual es una forma de violencia que se puede presentar en el mundo del trabajo, considerada como una transgresión a los derechos fundamentales de las personas, y como tal se encuentra prohibida, pues todo ser humano tiene derecho de ejercer sus actividades laborales, formativas o de similar naturaleza en un ambiente sano y seguro, de tal forma que pueda preservar su salud, física y mental, y su desarrollo y desempeño profesional, y personal.

En esa línea, nos encontramos obligados a garantizar el respeto de la integridad física, psíquica y moral, la igualdad entre las personas, y considerar que todo tipo de distinción, exclusión o restricción, que tenga por finalidad o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos es discriminación y se encuentra prohibida.

De acuerdo con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, las estadísticas del Sistema «Trabaja sin acoso» y Línea 1819 señalan que el «94.4% de los casos de hostigamiento sexual en el trabajo en el Perú han sido reportados por mujeres, y el 99% de denunciados son hombres», con lo cual se reafirma que en el ámbito laboral, si bien tanto hombres como mujeres pueden ser víctimas de hostigamiento sexual, esta forma de violencia afecta de manera particular y mayoritariamente a las mujeres (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2017, pp. 23-24), por lo que se considera una manifestación de la discriminación en razón del género.

En nuestro país, la Ley n.º 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual (27 de febrero de 2003) modificada por la Ley n.º 29430 (8 de noviembre de 2009), y el Decreto Legislativo n.º 1410 (12 de septiembre de 2018) tienen por objeto prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autarquía o dependencia, cualquiera sea la forma jurídica de esta relación.

Lo antes señalado se aplica a las relaciones públicas o privadas, militares o policiales, o a cualquier otro tipo de relación de sujeción, sin importar el régimen contractual, fórmula legal o lugar de ocurrencia de los hechos.

Del mismo modo, y en concordancia con el Decreto Supremo n.º 014-2019-MIMP (22 de julio de 2019), reglamento de la Ley n.º 27942, se buscará prevenir y sancionar el hostigamiento sexual cuando se presente entre personas con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, es decir, en las relaciones laborales horizontales o frente al denominado hostigamiento sexual atípico.

El ámbito de esta regulación, en lo que respecta a las relaciones de trabajo, comprende:

- Centros de trabajo públicos y privados: a los trabajadores o empleadores, al personal de dirección o de confianza, al titular, asociado, director, accionista o socio de la empresa o institución; asimismo, a los funcionarios o servidores públicos cualquiera sea su régimen laboral.
- A las demás personas intervinientes en las relaciones de sujeción no reguladas por el derecho laboral, tales como la prestación de servicios sujetos a las normas del Código Civil, la formación de aprendices del Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (Senati), los programas de capacitación para el trabajo, el acceso a centros de educación superior y otras modalidades similares.

Con relación a las conductas que califican como hostigamiento sexual, y como tal se encuentran proscritas, la Ley n.º 27942 establece que el hostigamiento sexual es una forma de violencia que se configura a través de una **conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista** no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede

crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole, de la víctima, aunque no necesariamente se requiere de dichas consecuencias. La indicada norma precisa que en estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta, la cual puede ser considerada como un elemento indiciario.

Como ya mencionamos, el hostigamiento sexual se configura independientemente de si existen grados de jerarquía entre la persona hostigada y la hostigadora o si el acto de hostigamiento sexual se produce durante o fuera de la jornada formativa, de trabajo o similar; o si este ocurre o no en el lugar o ambientes formativos, de trabajo o similares.

A tales efectos se considera conducta de naturaleza sexual a

todo comportamiento o actos físicos, verbales, gestuales u otros de connotación sexual, tales como comentarios e insinuaciones; observaciones o miradas lascivas; exhibición o exposición de material pornográfico; tocamientos, roces o acercamientos corporales; exigencias o proposiciones sexuales; contacto virtual; entre otras de similar naturaleza.

De otro lado, se definen como conducta sexista «los comportamientos o actos que promueven o refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o género respecto del otro».

Con relación a las normas internacionales, para la OIT, el hostigamiento sexual es un comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre. Para que se trate de acoso sexual es necesaria la confluencia de ambos aspectos negativos: no deseado y ofensivo.

Por su parte, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las Mujeres (CEDAW). Recomendación General núm. 19, establece que se trata de un comportamiento de

tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil.

Se debe tener presente que el hostigamiento sexual es un riesgo psicosocial que amenaza la dignidad e integridad de las personas en tanto puede generar un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o afectar la actividad o situación laboral de la persona hostigada, por lo que los empleadores deben garantizar a quienes denuncien este tipo de conductas, el acceso a las medidas de protección que resulten idóneas para la protección de sus derechos, así como otras medidas que permitan evitar nuevos casos de hostigamiento, con independencia del tipo de vínculo que tales instituciones tengan con las víctimas, respetando las reglas establecidas en la normativa.

Considerando que es un deber esencial de los empleadores erradicar la violencia en el mundo del trabajo, y como tal el hostigamiento sexual, deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

OBLIGACIONES	
Genéricas	<ul style="list-style-type: none"> ● Deber de prevención ● Deber de confidencialidad-reserva ● Debido proceso
De valuación y diagnóstico	<ul style="list-style-type: none"> ● Evaluaciones anuales: cuestionarios u otras herramientas de evaluación

De capacitación	<ul style="list-style-type: none"> ● Una capacitación en materia de hostigamiento sexual al inicio de la relación laboral ● Una capacitación anual especializada para el área de Recursos Humanos o la que haga sus veces, el Comité de Intervención Frente al Hostigamiento Sexual o el que haga sus veces y los demás involucrados en la investigación y sanción del hostigamiento sexual. No exigible a mypes
De comunicación	<ul style="list-style-type: none"> ● Difusión periódica de información ● Ante la AAT: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Queja: 6 días hábiles de recibida ▪ Sanción: 6 días hábiles de emitida ● Plataforma de Registro de Casos de Hostigamiento Sexual Laboral: https://www.gob.pe/institucion/mtppe/campa%C3%B1as/539-plataforma-de-registro-de-casos-de-hostigamiento-sexual-laboral
De difusión	<ul style="list-style-type: none"> ● Canales de atención de quejas ● Formatos para quejas o denuncias
En el procedimiento	<ul style="list-style-type: none"> ● Recibir la queja ● Dictar medidas de protección a denunciante y testigos ● Atención médica (propia o pública) ● Investigar ● Sancionar ● Medidas adicionales: identificar factores de riesgo ● De no despedir o no renovar contrato al denunciante o al testigo (despido nulo) ● Comunicar a la AAT
Entes	<ul style="list-style-type: none"> ● Comité de Intervención Frente al Hostigamiento Sexual (20 o más trabajadores) ● Delegado: menos de 20 trabajadores
Documentación	<ul style="list-style-type: none"> ● Políticas contra el hostigamiento sexual: 20 o más trabajadores ● Adecuación de protocolos y formatos internos

4.2.3.2. Acoso laboral (*mobbing*)

El acoso laboral, psicológico o moral en el trabajo, conocido también con el término inglés *mobbing* es un conjunto de comportamientos, por el cual una persona o un grupo de personas ejercen violencia psicológica externa (agresión psicológica), de forma sistemática, y prolongada en el tiempo, sobre otra persona o personas en el trabajo.

La presencia de conductas que configuran acoso laboral o *mobbing* se presenta en todo tipo de actividad económica, ocupaciones y modalidades de trabajo. En ese sentido, el *Diccionario de la lengua española*, de la RAE, define al acoso laboral como aquella «Práctica ejercida en el ámbito del trabajo y consistente en someter a un empleado a presión psicológica para provocar su marginación». Por otra parte, el *Diccionario panhispánico de dudas*, publicado en el año 2005, considera al término *mobbing* como la «voz inglesa con que se designa el hostigamiento al que, de forma sistemática, se ve sometida una persona en el ámbito laboral, y que suele provocarle serios trastornos psicológicos».

Esta forma de violencia se manifiesta por un trato o comunicación hostil y desprovista de ética, a base de acciones de hostigamiento frecuentes, por uno o unos pocos individuos, principalmente contra un único individuo. Dicha conducta está encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral o la incapacidad del trabajador, sea esta temporal o permanente, generar desmotivación en el trabajo o inducir a la renuncia de aquel (Coloma, 2012).

Como consecuencia de esta forma de violencia el trabajador es arrojado a una situación de soledad e indefensión prolongada, situación que puede determinar, como en muchos casos, la incapacidad del trabajador. Sin embargo, entendemos que para que se configure el acoso laboral no será necesario que el trabajador presente daños psicológicos o la gravedad de estos, sino que bastará con probar (lo cual no constituye tarea fácil) la intención del agresor y sus actos.

El acoso laboral puede tener implicancias en la salud del trabajador (sean estas psicológicas o físicas), así como laborales, entre las que tenemos:

a) Para el trabajador

- Se presenta un sentimiento de culpabilidad en la víctima, cree que todo lo que sucede es en realidad su culpa. Esta situación se da a raíz de que todos los errores, fallos o incumplimientos en el ambiente laboral le son atribuibles.
- Deterioro en la confianza en sí mismo y duda en cuanto a las capacidades profesionales que tiene.
- Baja autoestima personal y profesional.
- Existencia de duda o inseguridad emocional, torpeza, conflictos, indecisión para cosas ligadas a su entorno laboral, personal y social.
- Por lo general, presenta un cuadro de estrés agudo.
- Trastornos psicopatológicos y psicosomáticos (la gravedad de estos dependerá de la frecuencia e intensidad de la agresión).
- Presencia de depresión, fatiga, irritabilidad, ansiedad, angustia.
- Deteriora su capacidad para interactuar en el ámbito laboral, familiar e incluso sentimental.
- Retraimiento de la víctima con la familia y los amigos.
- Aislamiento social. La víctima se aleja de los amigos, los compañeros y los colegas debido a una aparente ineptitud e incapacidad.
- Estigmatización social en los sectores de la actividad laboral próximos.

b) Para la empresa

- Rendimiento o productividad del trabajador. Trabajar bajo situaciones que generan estrés, amenazas, malos tratos, gritos y otras manifestaciones de acoso deteriorará el nivel productivo del trabajador.
- En cuanto al clima laboral, este se verá afectado ante el surgimiento de este tipo de situaciones, pues los trabajadores advierten que no se cuenta con un ambiente de trabajo sano y seguro.

Toda vez que el acoso laboral o *mobbing* se presenta en las relaciones de trabajo, es indudable el papel del empleador frente a la prevención de estas conductas, para lo cual resulta recomendable adoptar, entre otras, las siguientes medidas:

- Otorgar información y educación sobre estas formas de violencia a los trabajadores.
- Brindar capacitaciones.
- Establecer en los reglamentos internos de trabajo mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral.
- Elaborar y difundir políticas contra el acoso en el trabajo.
- Regular un procedimiento interno, a efectos de atender las denuncias de acoso laboral que se presenten, de forma celeré, la calificación del acoso laboral como falta y las sanciones aplicables a los responsables.

De acuerdo con el literal g del artículo 30 del TUO del Decreto Legislativo n.º 728, aprobado por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, LPCL, son actos de hostilidad equiparables al despido «g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador».

En ese sentido, en caso el acoso laboral sea realizado por el empleador, la víctima puede optar entre las medidas previstas para los actos de hostilidad en el artículo 35 de la LPCL:

- Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada, se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta.
- La terminación del contrato de trabajo, previa solicitud al empleador del cese de actos de hostilidad y otorgar el plazo establecido por ley para tal efecto, luego de lo cual demandará el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 de la LPCL, por despido indirecto, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días (30) naturales de producido el hecho.

El empleo de los mecanismos señalados no excluye la posibilidad de que la víctima solicite la actuación de la Autoridad Inspectiva de Trabajo competente.

Si el acoso laboral es ejecutado por una persona diferente al empleador, la víctima tiene derecho a denunciar a los presuntos agresores ante el empleador a fin de que este ejecute las acciones correspondientes. En ese orden de ideas, de advertirse (luego de cumplir con el procedimiento de investigación) la presencia de acoso laboral, el empleador deberá sancionar al agresor. Cabe precisar que, atendiendo a la gravedad de los actos cometidos, la conducta del agresor podría ser considerada hasta como una falta grave, en tal caso el responsable podría ser sancionado incluso con el despido.

Sobre el particular, conforme con el inciso f del artículo 25 de la LPCL, se considera falta grave

Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral.

Para tal efecto, resulta necesario que el procedimiento y las sanciones frente al acoso laboral se encuentren debidamente regulados en las normas internas del empleador.

Cabe precisar que actualmente el Anteproyecto del Código de Trabajo, en el marco de la ratificación del Convenio n.º 190 de la OIT, incluye en el subcapítulo IV la regulación del «Hostigamiento laboral o acoso laboral». Así, define en el artículo 345 el concepto de este tipo de violencia laboral:

El hostigamiento laboral o acoso laboral es una forma de violencia que se configura a través de una conducta no deseada por la persona contra la que se dirige, en el trabajo o con ocasión del trabajo, que afecta su dignidad y/o su integridad psíquica, moral o física.

Esta conducta puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; así como afectar su rendimiento o situación laboral, formativa, familiar, social o de cualquier otra índole, aunque no necesariamente se requiere de dichas consecuencias. La configuración del hostigamiento laboral o acoso laboral no requiere acreditar que la conducta de quien hostiga sea reiterada o el rechazo de la víctima sea expreso.

La reiterancia puede ser considerada como un elemento indiciario. El hostigamiento laboral o acoso laboral se configura independientemente de si existen grados de jerarquía entre la persona hostigada y la hostigadora o si el acto de hostigamiento o acoso laboral se produce durante o fuera de la jornada de trabajo, formativa o similar; o si este ocurre o no en el lugar o en ambientes; formativos, de trabajo o similares.

De aprobarse esta propuesta normativa, el acoso laboral estaría por primera vez regulado de manera específica en nuestro país, adecuándose así a lo regulado en el Convenio n.º 190 de la OIT, así como en otras legislaciones.

4.2.4. Protección a gestantes y madres trabajadoras

En nuestro país, en los últimos años se ha incrementado la protección a las gestantes, así como a las madres trabajadoras en dicho estado. Es así que estas gozan de una serie de derechos no solo relacionados con normas de seguridad social y que contemplan el acceso a su atención en salud, prestaciones económicas y subsidio por lactancia materna, sino también normas laborales que, adicionalmente a la licencia por maternidad a la que tienen derecho desde hace muchos años, así como a la hora de lactancia, y la implementación y utilización de lactarios en los centros de trabajo, ahora versan sobre su protección frente a un despido o la renovación de sus contratos de trabajo a plazo fijo en la medida que el motivo del cese sea el embarazo o el período de lactancia. Este resguardo llega incluso a aplicarse incluso durante la etapa de prueba, así como en el caso de trabajadoras que ostentan un contrato de trabajo a jornada parcial inferior a cuatro (4) horas diarias en promedio a la semana. Veamos estos alcances.

4.2.5. Licencia y subsidio por maternidad

La protección a la madre trabajadora y el otorgamiento de la licencia por maternidad son elementos esenciales de las políticas integrales de los Estados para generar un buen desempeño laboral y del ambiente familiar.

De acuerdo con Berrocal Durán y Reales Vega (2016) «es un derecho que se le reconoce a toda mujer gestante, por el cual debe de descansar de su trabajo, pero recibiendo una cantidad dineraria [...] Se suscribe por un período de tiempo prenatal y post natal» (p. 104).

A pesar de que no se menciona en nuestra Constitución Política el nivel de protección que se debe garantizar a las madres, se admite que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional (2020), en el Expediente n.º 04154-2016-PA/TC, señala que el derecho a gozar de licencia por maternidad, a pesar de no estar nominado en la Constitución, se encuentra vinculado a otros derechos reconocidos en su texto, como el derecho a la salud, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que implica la decisión de las mujeres de ser madres. Por ello, a su criterio «el descanso por maternidad es un derecho que les asiste a todas las mujeres trabajadoras, independientemente de su régimen y condición laboral».

En este contexto, en aplicación de lo establecido en la Ley n.º 26644, las trabajadoras gestantes tienen derecho a gozar de cuarenta y nueve (49) días de licencia prenatal y cuarenta y nueve días de licencia posnatal. Dicho plazo se extenderá por un (1) mes adicional en caso la trabajadora dé a luz un hijo con discapacidad o tenga un parto múltiple.

En la medida que el goce del descanso prenatal no afecte al concebido o a la trabajadora gestante, a decisión de esta última puede ser diferido, de manera parcial o total y acumulado al posnatal, siempre que cumpla con comunicar su decisión a su empleador con una anticipación no menor a dos meses a la fecha probable de parto.

La trabajadora gestante tiene también derecho a que el goce de su descanso vacacional por récord ya cumplido y aún pendiente de goce se inicie a partir del día siguiente del vencimiento del descanso posnatal, siempre que cumpla con la formalidad de comunicar este hecho a su empleador con una anticipación no menor de 15 días calendario al inicio del goce de las vacaciones.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en la Ley n.º 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 009-97-SA, en la medida que una trabajadora gestante afiliada a EsSalud cumpla con los requisitos establecidos en su texto, tendrá derecho tanto a prestaciones de salud como al pago durante la licencia por maternidad antes reseñada de un subsidio por maternidad a cargo de esta entidad. En este último caso, tratándose de empleadores del sector privado, aplica la figura de reembolso, es decir, la empresa efectúa el pago directo del subsidio por maternidad a la trabajadora y luego solicitará su reembolso a EsSalud⁴.

Cabe señalar que anteriormente uno de los requisitos para tener derecho a las prestaciones señaladas era que la trabajadora estuviera afiliada a EsSalud al momento de la concepción. Con la dación de la Ley n.º 31469, publicada el 11 de mayo de 2022, se han modificado estos alcances al contemplarse en el artículo 10 de la Ley n.º 26790, que versa sobre el derecho de cobertura, que «en caso la afiliada o derechohabiente se encuentre en estado de gestación, el derecho a la cobertura se otorgará de forma inmediata desde la afiliación».

Lamentablemente, en la práctica se vienen evidenciando restricciones en EsSalud respecto al otorgamiento de sus prestaciones económicas (subsídios) en función de los alcances normativos antes reseñados, en el entendido de que el Reglamento de la Ley n.º 26790 aún contiene el requisito de que la trabajadora debe encontrarse afiliada al tiempo de la concepción. Sin embargo, como es de conocimiento general, en aplicación del principio de jerarquía de normas contemplado en el artículo 51 de nuestra Constitución, un reglamento no puede rebasar los alcances de la ley que le da origen, debe primar la ley. Por tanto, no debería esta entidad limitar el derecho al goce del

⁴ Existen algunos regímenes laborales especiales como el aplicable a las trabajadoras agrarias independientes, pescadoras y procesadoras pesqueras artesanales independientes, en donde el pago del subsidio es directo.

subsidio por maternidad de la forma en que lo viene haciendo, no solo porque no cuenta con un argumento legal que avale dicha posición, sino porque con dicho accionar perjudica a la trabajadora que no percibirá sus ingresos habituales en una etapa de su vida en la cual se hace por demás necesario que cuente con ellos para poder solventar los gastos que implica el nacimiento de su menor hijo.

Por otro lado, cabe precisar que una empresa siempre estará obligada a otorgar la licencia por maternidad; sin embargo, el hecho de si esta licencia será acompañada de una prestación económica o no dependerá de si la trabajadora tiene derecho al subsidio que brinda EsSalud (subsidio por maternidad). De no ser así, la obligación del empleador de otorgar esta licencia a la trabajadora se mantiene, pero esta no será pagada.

Sin perjuicio de la regulación establecida a favor de las mujeres trabajadoras, consideramos que dichas disposiciones son insuficientes para cumplir con el objetivo de establecer licencias parentales que promuevan la corresponsabilidad familiar, así como relaciones laborales con igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, pues a la fecha solo se reconoce una licencia remunerada por paternidad de 10 días calendario consecutivos, la cual puede extenderse a 20 días calendario consecutivos en caso de nacimientos prematuros y partos múltiples y hasta 30 días calendario consecutivos por nacimiento con enfermedad congénita terminal o discapacidad severa o complicaciones graves en la salud de la madre.

Los días de licencia por paternidad antes señalados son remunerados por el empleador, sin que exista la obligación a cargo de EsSalud de otorgar un subsidio por paternidad, pese a que el trabajador es asegurado regular a este sistema de seguridad social, al igual que la madre trabajadora.

Al respecto, se debe tener presente que algunos estudios señalan que

los padres que toman la licencia por paternidad se involucran más en el cuidado infantil y en otros trabajos no remunerados en el hogar, lo que puede apoyar la lactancia materna y reducir la probabilidad de depresión posparto, factor que a su vez beneficia la salud infantil. (Earle y Heymann, 2019, p. 2)

4.2.6. Lactancia materna

4.2.6.1. Permiso por lactancia materna

En el artículo 10 del Convenio n.º 183 de la OIT sobre la Protección de la Maternidad, 2000, aprobado por nuestro país por Resolución Legislativa n.º 30312, se establece el derecho de la trabajadora a una o varias interrupciones por día para efectos de extraer la leche materna o a una reducción de su jornada diaria de trabajo para poder dar de lactar a su hijo y que el período en que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de esas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo serán fijados por la legislación y la práctica nacionales.

Estas interrupciones o la reducción diaria de la jornada de trabajo deben ser considerados como tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, ser remunerados.

En este contexto, por Ley n.º 27240 se regula en nuestro país el otorgamiento de un permiso de una hora diaria por lactancia materna a la madre trabajadora, al término de su descanso posnatal, hasta que su menor hijo cumpla un año de edad. En caso la trabajadora tuviera un parto múltiple, el permiso antes reseñado se extenderá una (1) hora más al día.

En la norma bajo comentario se precisa, además, que la empresa y la madre trabajadora deben convenir el horario en el que se ejecutará el permiso por lactancia, el cual puede ser fraccionado en dos partes

iguales y debe necesariamente ser otorgado dentro de la jornada laboral de la madre trabajadora, y no puede ser objeto de ningún tipo de descuento, compensación ni sustitución por otro beneficio. Respecto a este último tema, consideramos acertada tal precisión legislativa desde que la idea de esta hora de lactancia es que la madre trabajadora goce de mayor tiempo al lado de su hijo para efectos de la lactancia respectiva. Sin embargo, como sabemos, la realidad supera a veces la normativa legal, ya que el legislador no puede ponerse en todos los supuestos fácticos que se podrían dar y justamente ello es lo que ha ocurrido en el caso de las jornadas acumulativas o atípicas que, por el lugar donde se desarrolla la labor, las trabajadoras deben quedarse a pernoctar en el centro de trabajo.

Como sabemos, en estas jornadas las trabajadoras laboran un número seguido de días y a continuación se les otorga los días de descanso respectivo que les corresponden. La pregunta que surge aquí sería: en las empresas que aplican este tipo de jornadas y que contrataron a la trabajadora para su realización, ¿cómo podrían manejar este tema si la norma impide cualquier tipo de acuerdo que contemple juntar las horas de lactancia que le corresponden durante el período de labor para su goce posterior en el período de descanso respectivo? Consideramos que se requiere una precisión normativa que regule de manera adecuada este supuesto que guarda concordancia directa con el tema de los lactarios, cuyos alcances analizaremos a continuación.

4.2.6.2. Lactarios

Además del otorgamiento de la licencia por maternidad y, de ser el caso, el subsidio por maternidad, el Estado proporciona otras políticas de apoyo a la lactancia materna, como es el caso de los lactarios, que tienen como objetivo que las madres trabajadoras puedan brindar lactancia en el lugar de trabajo o que puedan hacerlo en cualquier momento como, por ejemplo, en un descanso en específico para la

lactancia, o la creación de cuartos de lactancia, el subsidio por lactancia, entre otras (IPC-IG y UNICEF, 2020).

Es así que en la Ley n.º 29896 se contempla la obligación para las instituciones del sector público y del sector privado en las que laboren veinte o más mujeres en edad fértil (entre los 15 a 49 años de edad) de implementar lactarios, que constituyen ambientes acondicionados de forma apropiada para la extracción y la conservación adecuada de la leche materna durante el horario de trabajo.

En la norma bajo comentario se señala que estos lactarios deben reunir condiciones mínimas que garanticen su funcionamiento óptimo, tales como privacidad, comodidad e higiene; el respeto a la dignidad y la salud integral de las mujeres beneficiarias, y la salud, la nutrición, el crecimiento y el desarrollo integral del niño o la niña lactante, hasta los dos primeros años de vida.

Se precisa, asimismo, que el tiempo de uso del lactario no puede ser inferior a una hora por día, y es la madre trabajadora quien debe determinar la frecuencia y la oportunidad de su uso (esta hora es adicional a la hora de lactancia reseñada en el punto anterior).

Para efectos de velar por el cumplimiento de esta obligación laboral en las instituciones públicas se creó la Comisión de Supervisión Multisectorial (conformada por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo). En el sector privado quien tiene a su cargo la fiscalización de este tema es la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil).

Si bien esta norma busca cumplir con las disposiciones sobre la lactancia materna, llama la atención el establecimiento de un número mínimo de trabajadoras mujeres para que surja la obligación de la empresa de contar con un lactario, ¿no es esta una acción restrictiva del goce de este derecho para la población femenina en general que labora?

Por otro lado, nos preguntamos ¿qué ocurre en el caso de trabajadoras que laboran, por ejemplo, en minas o empresas petroleras, que están sujetas a jornadas acumulativas o atípicas y que debido al lugar en donde estas se ubican tienen que pernoctar durante todo el período de labor en el campamento minero o petrolero? ¿Cómo se cumple el objetivo principal de la norma bajo comentario, que es la extracción de la leche materna durante la jornada de trabajo para que cuando la trabajadora retorne a su hogar pueda dársela a su menor hijo?

En otras legislaciones, como en Chile, los empleadores tienen la obligación de contar con salas cunas, que son anexas e independientes al centro de trabajo, en donde puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos en las mismas mientras están desarrollando su actividad laboral. La razón de este otorgamiento es que las madres trabajadoras puedan realizar sus funciones sabiendo que su hijo(a) se encuentra bajo su protección y que recibe de manera adecuada la alimentación materna, fortaleciéndose de esta forma de manera adecuada el vínculo madre-hijo⁵.

Interesante propuesta que podría ser tomada en cuenta en nuestro país, como por ejemplo en el caso de las empresas mineras que se encuentran ubicadas a más de 3000 o 4000 metros de altitud, en donde se efectúan jornadas acumulativas de trabajo, y la trabajadora, durante todo el período de labor, pernocta en el campamento minero. De esta forma, además se podría cumplir con el disfrute de la hora de lactancia, tratado en el punto precedente.

5 Una política similar a la establecida por la normativa chilena fue aplicada en Vietnam por la empresa Nalt Enterprise, dedicada a la exportación de ropa, la cual luego de la construcción de una guardería para los hijos de sus trabajadores, en el año 2008 obtuvo como resultado una reducción de las tasas de rotación de personal en un tercio en promedio, lo que significó casi 500 dólares de ahorro por trabajador.

4.2.7. Protección frente a la no renovación o extinción de la relación laboral

Tal como se contempla en el artículo 6 de la Ley n.º 30709, en la actualidad se encuentra prohibido que una empresa despida o no renueve el contrato de trabajo sujeto a modalidad de una trabajadora gestante o que se encuentre en período de lactancia, ello en concordancia con lo previsto en el Convenio OIT n.º 183 sobre Protección de la Maternidad.

Este aspecto guarda concordancia con lo señalado en el artículo 29 de la LPCL, que regula la nulidad de despido. Ahí se establece que es nulo el despido que tenga por motivo:

- e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

Además, se precisa que los alcances de la disposición antes reseñada aplican también en el caso de las trabajadoras que se encuentren gozando del período de prueba regulado en el artículo 10 de la LPCL, así como en el caso de trabajadoras con contrato de trabajo a tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, según lo dispuesto en el artículo 4 de la misma norma.

Agrega el inciso e bajo comentario que la indicada protección surtirá efecto siempre que el empleador hubiera sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido. Sin embargo, recientemente el Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL), en la Resolución de Sala Plena 012-2022-Sunafil/TFL, numeral 6.1.16, ha establecido como precedente vinculante, que «la protección a la madre gestante no está condicionada a la comunicación previa al

empleador, siendo suficiente demostrar el estado de gestación para que opere el “fuero maternal”».

Con relación al período de protección indicado en el primer párrafo del inciso e del artículo 29 de la LPCL, la Resolución del TFL antes mencionada también contempla como precedente vinculante que este se extiende hasta la culminación del período de permiso de lactancia reconocido por la Ley n.º 27240, esto es, hasta que el menor hijo cumpla un año de edad, toda vez que durante el mismo las consecuencias biológicas del embarazo aún se encuentran presentes y esto bajo ninguna circunstancia puede significar una amenaza a sus derechos laborales.

Cabe precisar que en los casos antes mencionados no es que exista impedimento total por parte del empleador de efectivizar un despido, por ejemplo, por causa justa, así como tampoco proceder a la no renovación del contrato de trabajo, la prohibición se da en el supuesto de que el motivo de esas dos acciones se base en el hecho de que la trabajadora se encuentre en estado de gestación o gozando del período de lactancia.

En ese contexto, la trabajadora que considere haber sido víctima de un despido nulo podrá accionar judicialmente dentro de los 30 días naturales siguientes a la fecha de extinción del vínculo laboral. La interposición de la acción de nulidad excluye a la acción indemnizatoria (indemnización por despido arbitrario). Si se declara fundada la demanda, el juez ordena la reposición de la trabajadora en su empleo (sin afectar su categoría anterior), salvo que, en ejecución de sentencia, opte por el pago de la indemnización, quedando extinguido el vínculo laboral.

Frente a la acción por nulidad del despido, el juez podrá, a pedido de parte, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto, el que no podrá exceder la última remuneración ordinaria

mensual percibida por el trabajador, considerando los límites establecidos para tal efecto.

Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo la extinción del vínculo laboral, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.

La protección bajo comentario se encuentra contemplada en el artículo 8 del Convenio n.º 183 de OIT sobre Protección del Empleo y no Discriminación, que precisa:

Artículo 8

1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.
2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

4.2.8. Seguridad y salud en el trabajo

En materia de seguridad y salud en el trabajo se contempla una protección especial a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud o el desarrollo normal del embrión y el feto, que se encuentra regulada en el artículo 1 de la Ley n.º 28048, que establece que las trabajadoras gestantes que realicen las labores antes reseñadas deben solicitar a su empleador su no realización y este deberá asignarles labores distintas, sin afectar sus derechos laborales.

Si bien a lo largo del presente trabajo hemos desarrollado el tema de la igualdad de género y su necesaria consideración en las relaciones

laborales, el caso específico de la protección de las trabajadoras gestantes y lactantes en materia de seguridad y salud en el trabajo debe ser analizado de manera distinta, teniendo en consideración la visión de género en la identificación de riesgos a los que podrían estar expuestas, ya que la adopción de un enfoque «neutral a los géneros» puede conllevar la invisibilidad de estos riesgos (Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud Español, 2008).

En el contexto actual del estado de emergencia nacional de carácter sanitario establecido en nuestro país derivado de la COVID-19, se estableció mediante Ley n.º 31051, publicada el 8 de octubre de 2020, que las empresas deben

identificar a las mujeres gestantes y madres lactantes, cuya integridad o la de su menor hijo/a es puesta en riesgo por las circunstancias que propiciaron el estado de excepción decretado, a efectos de aplicar de forma obligatoria el trabajo remoto para el cumplimiento de sus actividades laborales.

Y que en caso la naturaleza de las labores que realizan fuera incompatible con la realización de trabajo remoto, entonces deberán asignarles labores que resulten compatibles con las funciones que originalmente realizaban o, en su defecto, otorgar de preferencia una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

Dado que el estado de emergencia sanitaria se encuentra vigente en Perú hasta febrero de 2023, los alcances de la norma antes comentada se mantienen vigentes y deben ser acatados por las empresas, teniendo además en cuenta el incremento de los casos de COVID-19 derivados de la llamada quinta ola.

Asimismo, en la Ley n.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se precisa que el empleador debe implementar las medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en período de embarazo o lactancia a labores peligrosas y en el artículo 66 de su

reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 005-2012-TR, se señala que estas medidas deben mantenerse o modificarse para garantizar la protección de la trabajadora o del recién nacido durante el período de lactancia, al menos hasta el año posterior al parto.

5. Conclusiones

- En el Perú, la discriminación, la desigualdad y la violencia contra las mujeres constituye un grave problema arraigado en nuestra sociedad. Esta afectación de los derechos de las mujeres se manifiesta en diversas formas: discriminación en el acceso, desarrollo y mantenimiento del empleo, violencia sexual, física, psicológica y económica en las relaciones laborales, convirtiéndose en conductas muchas veces toleradas, pese a las graves consecuencias negativas que pueden generar en su vida.
- Pese a que en los últimos años se ha incrementado el número de dispositivos legales que buscan erradicar la violencia femenina, Perú registra una de las tasas más elevadas a nivel mundial. Las normas, los planes y las campañas del gobierno, entre ellas la tan conocida «Ni una menos», no vienen dando los resultados esperados.
- Si bien ha habido un incremento en la participación de las mujeres en la actividad productiva de nuestro país, este es aún insuficiente, ya que las tasas de participación de aquellas, en comparación con la de los varones, son menores.
- Sin perjuicio de los avances en aplicación del derecho a un trabajo decente impulsado por la OIT y que viene siendo reconocido en diversos países, en el Perú el número de mujeres subempleadas es mayor al de aquellas que se encuentran adecuadamente contratadas, esto se aprecia del vasto contingente de mano de obra femenina ocupada en actividades de baja productividad y con bajos ingresos.

- Se evidencia, asimismo, una abierta discriminación de las mujeres en el acceso a cargos directivos, los que son ocupados en mayor número por trabajadores varones; incluso cuando una trabajadora logra ocupar alguna posición directiva en su empresa, el salario que percibe es inferior al promedio que reciben los hombres.
- La discriminación salarial por razón de género sigue existiendo, pese a que este tema tiene reconocimiento constitucional y a que existen leyes que la prohíben, representando el ingreso de las mujeres el 69.7% del de los hombres.
- Si bien es cierto en nuestra legislación se contemplan una serie de derechos para las madres trabajadoras, encontramos que en algunos casos: a) estos no son del todo reconocidos, no solo por los empleadores, sino también por entidades del gobierno, como en el caso de la posición actual de EsSalud, entidad rectora de la seguridad social en nuestro país, que sigue exigiendo, para efectos de tener acceso al subsidio por maternidad, el cumplimiento del requisito de estar afiliada al tiempo de la concepción, cuando la Ley n.º 26790 ya fue modificada en ese aspecto; b) su regulación ha sido rebasada por lo que sucede en la realidad, como es el caso de la dificultad para el otorgamiento de la hora de lactancia en las jornadas acumulativas o atípicas.
- Pese a que contamos con normas que regulan la protección de las madres trabajadoras, como las disposiciones contra su despido durante el embarazo, o durante el período de lactancia, consideramos que en algunos casos sus alcances deberían ser modificados, ya que, por un lado, podrían ser considerados en cierta forma como discriminatorios, como en el caso del requisito de un número mínimo de trabajadores para que los empleadores establezcan lactarios, o, han dado lugar a pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización Laboral respecto a la protección frente al despido o la no renovación de los contratos de trabajadores gestantes o en período de lactancia, entre otros supuestos desarrollados.

- El reconocimiento de los derechos que se generan por causa de la maternidad no es solo un deber primordial del Estado, sino un compromiso que deben asumir todos los actores en el mundo del trabajo, a efectos de lograr la consolidación de empresas realmente sostenibles.

6. Recomendaciones

- La violencia contra las mujeres es un problema que tiene un origen social y, además, cultural debido a la existencia de patrones de crianza basados en estereotipos machistas existentes en nuestro país, que consideran a la mujer como el sexo débil. Dicha violencia es una forma de discriminación que también se encuentra presente en las relaciones trabajo y se manifiesta a través de los diferentes tipos de conductas que hemos reseñado en el presente.

No se debe dejar de lado el impacto negativo que puede generar la violencia doméstica en el desarrollo laboral de las mujeres, pues se considera una de las principales causas de ausentismo en el trabajo, ocasiona estrés, bajo rendimiento, daño a las relaciones interpersonales, entre otros y además afecta negativamente la productividad de las empresas.

Por ello consideramos que el gobierno debe prioritariamente reforzar los patrones culturales existentes en nuestro país respecto a este tema, tanto para evitar nuevos casos de violencia contra la mujer como para que cuando ello suceda las víctimas no se queden calladas y los denuncien. Para ello se requiere la elaboración de políticas públicas que contemplen un accionar articulado que involucre a todos los sectores involucrados (Ministerio de la Mujer, Ministerio Público, Ministerio de Salud, etc.), el reforzamiento de la difusión de los canales de ayuda a las víctimas y la verificación de las medidas de atención que se les brinden sean eficientes, así como

acciones de capacitación adecuadamente programadas, que lleguen a todos los rincones del Perú, lo que va de la mano de la tan necesaria prevención respecto a este tipo de conductas.

- Como podemos apreciar, pese a que en los últimos años se han dictado diversos dispositivos legales que abordan el problema de la violencia contra la mujer orientados a la compatibilización de nuestro ordenamiento con lo dispuesto en diversas normas internacionales con el objetivo de lograr su erradicación, evidenciamos que el tratamiento jurídico no es suficiente. Por ello se requiere un compromiso y un plan del gobierno que contemple políticas nacionales dotadas de recursos, personal capacitado y voluntad política, que consolide el camino para lograr el ejercicio de los derechos de mujeres y hombres en igualdad de condiciones.
- Respecto a la participación de las mujeres en el mercado laboral, se requiere:
 - Establecer políticas públicas que contemplen medidas de corto, mediano y largo plazo. Dentro de las cuales se prevea la necesidad de asegurar el cuidado de la primera infancia, mediante un sistema que garantice el acceso a programas universales, reconocer los cuidados familiares como un derecho, la responsabilidad compartida entre la familia, los particulares y el Estado, así como analizar la obligatoriedad de la licencia y el subsidio por paternidad para hombres.
 - Desarrollar programas orientados al emprendimiento femenino, así como regular el otorgamiento de subsidios para grupos específicos, como el conformado por las mujeres jóvenes, mujeres en condición de vulnerabilidad y para aquellos sectores económicos con menor presencia femenina, que reconozca además beneficios fiscales para los empresarios que empleen, por ejemplo, mujeres que pertenezcan a la población más vulnerable o en extrema pobreza en sus organizaciones.

- Con relación al trabajo doméstico no remunerado, es indispensable reconocer y valorar los cuidados, promover la responsabilidad familiar compartida, así como establecer servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social.
- Si bien contamos con normas que regulan la protección de las madres trabajadoras en el Perú, tales como las disposiciones contra su despido durante el embarazo, o durante el período de lactancia, consideramos necesaria la promulgación de normas adecuadas a las necesidades actuales, así como al cumplimiento de estas por parte de los empleadores.
- Para tales efectos se requiere que el sistema de inspección de trabajo fiscalice de forma efectiva el cumplimiento de las obligaciones de los empleadores relacionadas con los temas desarrollados en el presente artículo, resulta recomendable crear direcciones específicas, con personal debidamente capacitado para ejecutar dichas fiscalizaciones, así como implementar acciones preventivas que contemplen campañas de sensibilización y capacitación en dichas materias.
- En el mundo laboral, la igualdad de oportunidades consagrada en nuestra Constitución debe aplicarse en atención a las necesidades particulares de género, por lo que se requiere de la participación activa del Estado, la sociedad civil, los trabajadores y los empleadores. En ese sentido, los empleadores deben interiorizar que brindar empleos de calidad; un ambiente de trabajo más orientado a la consolidación de la vida laboral, familiar y personal; con políticas idóneas, en las que se reconozca que las necesidades de las madres trabajadoras no son excepcionales, no solo dará lugar a un personal más motivado, sino también generará una mayor productividad.

Referencias

- Berrocal, J. y Reales, R. (2016). La licencia de maternidad en el derecho comparado. *Justicia Juris*, 12(1), 100-106.
- Centro Internacional de Políticas para el Crecimiento Inclusivo (IPC-IG) y UNICEF. Oficina Regional para América Latina y el Caribe (2020). *Maternidad y paternidad en el lugar de trabajo en América Latina y el Caribe — políticas para la licencia de maternidad y paternidad y apoyo a la lactancia materna*. https://www.unicef.org/lac/media/13931/file/Maternidad_y_paternidad_en_el_lugar_de_trabajo_en_ALC.pdf
- Coloma, E. (2012). El *mobbing*, una forma de violencia laboral. *Asesoría Laboral*, (264) 15-29.
- Coloma, E. (2021). El impacto del COVID-19 en las mujeres trabajadoras del Perú. ¿Se incrementa la desigualdad y la violencia en el trabajo? *Ius et Praxis*, (053), 249-269. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5064>
- Contreras-Urbina, M., Granados, G. y Levano, L. (2021). Retos y alternativas para enfrentar la violencia de género en Perú. *Banco Mundial blogs*. <https://blogs.worldbank.org/es/latinamerica/retos-y-alternativas-para-enfrentar-la-violencia-de-genero-en-peru>
- Earle, A. y Heymann, J. (2019). Licencia parental remunerada y políticas orientadas a la familia. Un informe de evidencias. United Nations Children's Fund (UNICEF). <https://www.unicef.org/media/95126/file/Parental-Leave-ES.pdf>
- Gestión (2021). Brecha salarial de género creció a casi 30 % el 2021: ¿cómo cambiar esta tendencia? <https://gestion.pe/economia/management-empleo/brecha-salarial-de-genero-crecio-casi-un-30-en-el-2021-por-que-sigue-esta-desigualdad-rmmn-noticia/#:~:text=Propuestas%20para%20cerrar%20brecha%20salarial,recuperaci%C3%B3n%20en%20temas%20de%20empleabilidad.>

- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2022). Estadística con enfoque de género. trimestre: abril-mayo-junio 2022. <https://m.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/03-informe-tecnico-enfoque-de-genero-abr-may-jun-2022.pdf>
- Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud Español (ISTAS) (2008). *Guía sindical para la prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia*. <https://www.ccoo.es/ce06fb38e9356985e6324be990d91f8c000001.pdf>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) (2019). Política Nacional de Igualdad de Género. Decreto Supremo n.º 008-2019-MIMP. *El Peruano* [Separata especial]. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/305292/ds_008_2019_mimp.pdf?v=1554389372
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) (2020). Encuesta sobre percepciones y actitudes de mujeres y hombres frente al aislamiento social obligatorio a consecuencia del COVID-19. MIMP. https://www.mimp.gob.pe/files/Encuesta_sobre_percepciones_y_actitudes_COVID-19.pdf
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2017). Trabaja sin acoso. Guía práctica para la prevención y sanción del hostigamiento sexual en el lugar de trabajo en el sector privado y público. <https://www2.trabajo.gob.pe/archivos/vice-trabajo/guia-laboral.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2006). *Promoviendo la igualdad de género. Convenios de la OIT y los derechos laborales*.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2016a, 8 de marzo). Mujeres de América Latina y el Caribe registran mayor desempleo e informalidad. https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_458274/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2016b). *Las mujeres en el trabajo: tendencias de 2016*.

- ONU Mujeres (2011). Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2011/12/cedaw>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2017). Informe final: Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo. https://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_546305/lang-es/index.htm
- Organización Mundial de la Salud (2021, 8 de marzo). Violencia contra la mujer. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women#:~:text=Datos%20y%20cifras&text=Las%20estimaciones%20mundiales%20publicadas%20por,el%20agresor%20es%20la%20pareja>
- Tribunal Constitucional del Perú (2020). Pleno Sentencia 426/2020. Expediente n.º 04154-2016-PA/TC. Lima: 6 de agosto de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/04154-2016-AA.pdf>
- Vilela, A. (2021). Protección a la mujer trabajadora. Análisis desde el derecho positivo peruano. *Bonus Iuris Internacional*, 2(1), 57-69.



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista de Derecho Procesal del Trabajo

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

VOL. 5, N.º 6, JULIO-DICIEMBRE, 2022, 87-132

PUBLICACIÓN SEMESTRAL. LIMA, PERÚ

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6.671

La tutela jurisdiccional del accidente de trabajo con respecto a la prevención de los riesgos profesionales

Court protection of workplace accidents regarding the prevention of occupational hazards

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

Universidad de Alcalá

(Madrid, España)

Contacto: eduardo.lopez@uah.es

<https://orcid.org/0000-0001-7380-5932>

RESUMEN

El presente estudio analiza las posibilidades de protección del accidente de trabajo desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, así como sus principales puntos de conexión. Efectivamente, existe una relación de vasos comunicantes entre esta prevención y la respuesta normativa a las contingencias profesionales. Así también, la vinculación entre el daño

laboral y las contingencias profesionales es evidente en virtud del propio tratamiento normativo realizado por la legislación de prevención de riesgos laborales. A estos efectos, debemos tener en cuenta los siguientes daños derivados del trabajo: las enfermedades, las patologías, así como las lesiones sufridas con motivo o con ocasión del trabajo. En este sentido, el daño laboral es un resultado que se intenta evitar constantemente y, para ello, se fomenta su prevención desde el punto de vista normativo.

Palabras clave: accidente de trabajo; salud laboral; obligaciones preventivas; política empresarial preventiva; contingencias profesionales.

ABSTRACT

This research analyzes the possibilities of workplace accidents protection from the perspective of the occupational risk prevention, as well as its main points of connection. Indeed, there is a relationship of communicating vessels between this prevention and the regulatory response to occupational contingencies. Likewise, the link between labor-related damages and occupational contingencies is evident by virtue of the regulatory treatment provided by the occupational risk prevention legislation. For these purposes, we must take into account the following labor-related damages: diseases, pathologies, as well as injuries sustained as a result of or in connection with work. In this sense, labor-related damages are an outcome that is constantly tried to avoid, and, to this end, its prevention is encouraged from a regulatory point of view.

Key words: workplace accident; occupational health; preventive obligations; preventive business policy; occupational contingencies.

Recibido: 20/11/2022 Aceptado: 13/12/2022

1. Introducción

En este estudio se analiza la relación existente entre la legislación de prevención de riesgos laborales y el tratamiento normativo del accidente de trabajo. La noción de daño laboral está estrechamente relacionada con los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Desde esa perspectiva, se destaca la relevancia de la protección del accidente de trabajo desde un enfoque eminentemente preventivo. Se relaciona, pues, el daño laboral con la garantía de las contingencias profesionales aseguradas por el régimen público de Seguridad Social. De igual modo, se analizarán los mecanismos de control de las obligaciones preventivas, como sistema de garantía interno en el ámbito de la política de salud laboral empresarial, así como los instrumentos de control externo, desde el punto de vista de la política institucional en materia de prevención de riesgos laborales. Dicho tratamiento se completa con el análisis de las garantías jurídicas ante el incumplimiento de las obligaciones preventivas del empresario, en virtud del régimen jurídico de responsabilidad empresarial.

Con el fin de evitar los resultados lesivos en el trabajo, el ordenamiento jurídico se esfuerza en contemplar mecanismos internos y externos al sistema de prevención de riesgos laborales orientados a evitar el daño laboral. De igual modo, se intenta dar una protección efectiva a las contingencias profesionales cuando el propio régimen preventivo falla. Esta necesidad de protección se completa con la acción de la responsabilidad jurídica empresarial, que, como veremos, se despliega de forma transversal e interdisciplinar. Ciertamente, el objetivo es la ordenación de la prevención de riesgos laborales, fomentando su cumplimiento desde el punto de vista de la política preventiva empresarial. Sin embargo, en caso de imposibilidad de cumplimiento fáctico, se despliega un régimen de atención del daño laboral desde el punto de vista de la compensación a la víctima y del resarcimiento en virtud del despliegue del régimen jurídico de responsabilidad empresarial.

2. La política preventiva y la intervención administrativa a favor de la prevención de riesgos profesionales

Una muestra de la importancia de la protección de la prevención de riesgos laborales se encuentra en la necesidad de garantizar un sistema de control y de seguridad externo al ámbito empresarial. Esta dimensión de la tutela del derecho a la salud en el trabajo se muestra como un refuerzo institucional respecto del control interno por parte de los trabajadores en las empresas. Se trata de un complemento por parte del ejercicio de los órganos públicos, que se encuentran asistidos por organismos asesores, que incluso pueden pertenecer a las estructuras del propio Estado o de las comunidades autónomas. Estamos ante una labor sumamente compleja, orientada a la observancia del grado de aplicación y cumplimiento de las obligaciones empresariales previstas legalmente. Sin duda, ello es una manifestación de la necesidad de controlar la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, como reglas de orden público y de derecho necesario absoluto. Todo ello presupone igualmente el desarrollo de una acción técnica, en la que intervienen distintos actores públicos, pertenecientes a diversos ámbitos de nuestra administración laboral, que necesita en correspondencia de la promoción de canales estables de coordinación administrativa.

En nuestro ordenamiento jurídico existe ciertamente un sistema de política nacional de la prevención de riesgos laborales, que incluso se contempla en la propia exposición de motivos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL). La ley acoge, pues, el mandato contemplado en el artículo 40.2 de la Constitución Española (en adelante, CE), que garantiza la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores. Evidentemente, ello consiste en vincular dicha política nacional con la necesaria prevención de los riesgos laborales en las empresas. Este objetivo ha obligado a observar los propios principios de la protección preventiva, derivados del derecho social europeo. Sin duda, bajo esta perspectiva se desarrolla

la política de seguridad y salud en el trabajo. En la actualidad, esta actuación administrativa se vincula indefectiblemente a la política de prevención de riesgos laborales, derivada de una corriente europea introducida en nuestra legislación de seguridad y salud en el trabajo.

En este sentido, conviene indicar que el capítulo segundo de la LPRL acoge la rúbrica de «Política en materia de prevención de riesgos para proteger la seguridad y la salud en el trabajo». Es decir, la propia ley acoge la vinculación de la política de seguridad y salud en el trabajo, con el objetivo de salvaguardar el derecho a la salud laboral. En este sentido, el fin básico de dicha política es la mejora de las condiciones de trabajo, orientada a asegurar y elevar los niveles de protección de la seguridad y la salud en el trabajo. Dicha medida tiene como objetivo la continua y progresiva mejora de las condiciones de trabajo, teniendo en cuenta la evolución técnica, las características de los trabajos, así como la influencia significativa de la generación de los riesgos laborales, como indica el artículo 4.7 de la LPRL. En definitiva, toda esta actividad preventiva fomentada por los poderes públicos, e integrada en las políticas preventivas de las empresas, supone evidentemente el aumento del grado final de seguridad y salud laboral. Evidentemente, dicha finalidad normativa se desarrolla tanto en la propia ley, así como en la cascada de reglamentos preventivos correspondientes a su desarrollo legal. Se combinan los medios de acción administrativos, con la necesaria política empresarial de prevención de riesgos laborales. Dicha conjunción conlleva la obligación de planificación y la determinación de medidas preventivas adecuadas a los riesgos laborales presentes en el trabajo.

El artículo 11 de la LPRL atribuye al Ministerio de Trabajo las funciones generales de supervisión del sistema de prevención de riesgos laborales, asignando a la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social las importantes funciones de vigilancia y control del cumplimiento de las reglas relativas al bloque normativo de la prevención de riesgos laborales. En este ámbito, conviene indicar que las funciones de la

Inspección, tradicionales de policía laboral, se han venido complementando con nuevas facultades de asistencia, asesoramiento, mediación y propuesta, que son sumamente relevantes en una materia tan técnica e interdisciplinar, como es el seguimiento de las políticas empresariales de prevención de riesgos laborales.

Con todo, en relación con el sistema administrativo al servicio de la prevención de riesgos laborales, conviene indicar que concurren un conjunto prolijo de instancias y órganos especializados en la materia. Dichos organismos públicos se configuran como instrumentos esenciales de la acción pública en materia preventiva. Nuestra legislación contempla un canal de intervención administrativo necesario, así como una obligación de cooperación entre las distintas administraciones públicas. En concreto, todo ello afecta a las distintas administraciones, general y autonómica, así como a las administraciones especializadas, como sucede con el Ministerio de Trabajo, Seguridad Social, Sanidad, Industria, etc. Por lo que refiere a los organismos asesores, destacamos el papel del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, con funciones científicas y técnicas dedicadas a la investigación; dicho instituto se configura como el órgano científico especializado al servicio de la seguridad y la salud en el trabajo. También tenemos que destacar el importante papel desempeñado por la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, la cual se delimita legalmente como un órgano consultivo, que supone un foro cuatripartito, en el que están presentes los representantes empresariales y sindicales, así como las representaciones de la administración general y de las administraciones autónomas. Además, este órgano asesora a las administraciones públicas en la formulación de las políticas e incluso en los proyectos de disposiciones normativas sobre prevención de riesgos laborales.

3. La relación inescindible entre el daño laboral y las contingencias profesionales

Una vez producido el fracaso de la política empresarial preventiva, gravita indefectiblemente la activación de las medidas reparadoras¹. Cuando se consuma el daño laboral, surge el problema de buscar la reparación y, consiguientemente, la tutela del trabajador afectado. En este sentido, no cabe duda de la concurrencia evidente de la LPRL y de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), que es necesaria. Incluso debe fomentarse su aproximación sobre la base del accidente de trabajo. Ciertamente, este doble plano de protección estará siempre presente y deberá ser atendido por el legislador. La coordinación de dichas disposiciones legales es evidente, en la medida que el bloque normativo preventivo estará orientado a buscar el propósito de evitar o reducir los accidentes de trabajo, mientras que la legislación de Seguridad Social, junto con otros mecanismos de responsabilidad jurídica, permitirá la posibilidad de asegurar una reparación adecuada de los daños profesionales derivados del accidente de trabajo. Desde esta perspectiva, y desde el punto de vista de la LPRL, también podemos encontrar una finalidad evidente de protección frente a los accidentes de trabajo². No obstante, en el texto legal no encontramos llamadas expresas a esta categoría jurídica. En este sentido, el centro de gravedad de la norma se sitúa con carácter previo al daño, concretamente en el ámbito de la garantía de la seguridad y la salud en el trabajo³.

1 La respuesta ante las consecuencias de daño laboral es una manifestación de la necesaria reparación de las consecuencias derivadas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. Ello supone complementar el ámbito estricto de la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, con el fin de completar la protección con los mecanismos de reparación y compensación del daño causado a la víctima (Arastey, 2011; Macías y Urbano, 2022, pp. 17-19).

2 Con relación a la función tuitiva de la legislación preventiva, especialmente en materia de accidente de trabajo (Vida, 1970, p. 11; Moreno, 1996, pp. 556-557).

3 En este sentido, se ha calificado como objetivo de la LPRL la protección frente a los accidentes de trabajo, a pesar de que la propia ley evite emplear la noción de accidente laboral. La ley

La vinculación entre el daño laboral y las contingencias profesionales es evidente, como se desprende de la propia regulación de la LPRL. En este sentido, la ley entiende como daños derivados del trabajo las enfermedades patológicas o las lesiones sufridas con motivo o con ocasión del trabajo (artículo 4.3). De igual modo, se alude legalmente a los daños laborales, como aquellos producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores (artículo 39.2, literal c). Efectivamente, se trata de un uso del término de «daño» en estrecha relación con los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, como no podía ser de otro modo. Ello es una clara manifestación de que la ordenación de la prevención de los riesgos laborales no puede desatender la perspectiva de los daños producidos en el trabajo y la necesaria compensación de la víctima. En este sentido, debemos destacar la compleja distinción entre enfermedades profesionales y enfermedades comunes, que impide una adecuada protección ante los límites difusos que se refieren a dicha conceptualización terminológica. Se entiende que en torno al 70 % de las enfermedades detectadas en el ámbito laboral no tienen una protección adecuada, al quedar incluidas inespecíficamente en su consideración como enfermedades comunes.

La LPRL supone optar por un sistema que se centra por especialidad en la actividad preventiva sobre la función reparadora, de suerte que su objetivo no es la vinculación de las medidas de seguridad e higiene con la reducción de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales⁴. Efectivamente, esta ley tiene como objetivo

prefiere recurrir a otras fórmulas más genéricas, como la protección de la salud y la seguridad en el trabajo (Montoya, 1996).

4 Ciertamente, la LPRL se desmarca de la opción de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 1971, que en su momento optaba decididamente por la conexión entre las medidas de seguridad y de higiene en el trabajo con la reducción de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Ello se desprende de su exposición de motivos, o del mismo artículo 1 de dicha disposición. Evidentemente, se trataba de un sistema mucho más extensivo, que junto a las medidas sanitarias e higiénicas en el trabajo tenía en cuenta en la política empresarial la necesidad de evitar el daño laboral. El empleo constante de la referencia a los riesgos laborales, y no a la figura de los accidentes de trabajo o las enfermedades

esencial la prevención de los riesgos laborales, fundamento teleológico que encontramos en su denominación y constantemente en su contenido. Ello quiere decir que intencionadamente la LPRL no recurre a los conceptos jurídicos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, que explica la declaración general consistente en entender que tanto el accidente de trabajo como la enfermedad profesional, así como el accidente no laboral y la enfermedad común, se remiten al régimen jurídico de dichas contingencias previsto en la normativa de la Seguridad Social. Así, se aplicarán las reglas en dichos términos, con las consecuencias jurídicas que se desprendan (disposición adicional primera de la LPRL, relativa a las definiciones a efectos de Seguridad Social). Ello supone formalmente evitar la comunicación entre la normativa preventiva y la regulación relativa a la protección social de las contingencias profesionales, cuando realmente este es un efecto inevitable. Además, ello supone un importante efecto jurídico, que ahonda en la denominada protección transversal de la protección de la salud laboral y de la dispersión normativa de las consecuencias derivadas del daño laboral.

Por otro lado, esta opción de política legislativa se desmarca de nuestra tradición jurídica, en la que el concepto de accidente de trabajo ha sido siempre igualmente extensivo y de uso recurrente en las disposiciones legislativas laborales, que se ha mantenido desde 1904 con la aprobación de la Ley de Accidentes de Trabajo en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de un concepto jurídico que ha sido referente en nuestra legislación laboral en disposiciones normativas de distinta índole, con el fin de dotar a dicha categoría de la máxima efectividad jurídica posible. Por otro lado, se trata de una opción que huye de las conexiones evidentes que deben existir, y que supone un

profesionales, tiene una clara vinculación a la Directiva marco europea. Como hemos indicado, dicho planteamiento responde a otra lógica protectora. En cierto modo, nuestro ordenamiento jurídico no tenía esa orientación especializada, teniendo la prevención y la reparación una vinculación inexorable.

empeño de evitar la comunicación normativa entre los conceptos de riesgo y daño laboral⁵. En definitiva, se trata de una concepción de la legislación de seguridad y salud en el trabajo que no tiene directamente en cuenta la dimensión más grave del riesgo laboral y el fracaso de la política preventiva de la empresa en virtud de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. Incluso podríamos decir que cuando la LPRL emplea el término de «daño», en distintos pasajes del texto normativo, en realidad se está refiriendo a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales, que han sido las figuras que con mayor tradición se han desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico-laboral.

4. Las posibilidades de tutela del accidente de trabajo desde el ámbito tuitivo de la prevención de riesgos laborales

El accidente de trabajo, como resultado lesivo, se encuentra regulado por distintas normas de diversos ámbitos del derecho, como el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad y la salud en el trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho administrativo, el derecho

5 Con relación a la configuración del concepto de riesgo laboral en el ámbito de la jurisdicción social, véase STS (Social) de 25 de junio de 2008 (RJ 2008, 4450). Sobre las resoluciones de la jurisprudencia menor, véase STSJ de Cataluña (Social) de 2 de mayo de 2017 (AS 2017, 1469); STSJ de Canarias-Santa Cruz de Tenerife (Social) de 30 de marzo de 2016 (JUR 2016, 221574); STSJ de Canarias-Santa Cruz de Tenerife (Social) de 14 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 139464); STSJ de Cataluña (Social) de 1 de octubre de 2015 (AS 2016, 211); STSJ de Canarias-Las Palmas de Gran Canaria (Social) de 27 de marzo de 2015 (JUR 2015, 213289); STSJ de Canarias-Las Palmas de Gran Canaria (Social) de 18 de marzo de 2015 (JUR 2015, 219362); STSJ de Islas Baleares (Social) de 23 de diciembre de 2014 (AS 2015, 497); STSJ de Cataluña (Social) de 23 de julio de 2012 (JUR 2012, 299629); STSJ del País Vasco (Social) de 28 de julio de 2009 (JUR 2011, 222456); STSJ Islas Baleares (Social) de 25 de mayo de 2009 (JUR 2009, 291491); STSJ de Andalucía-Sevilla (Social) de 5 de febrero de 2009 (JUR 2009, 210868); STSJ de Cantabria (Social) de 7 de febrero de 2006 (JUR 2006, 78300); y STSJ de Andalucía-Málaga (Social) de 3 de noviembre de 2008 (JUR 2013, 232074). Con relación a la interpretación de dicha tesis por la jurisdicción contencioso-administrativa, véase STSJ de Extremadura (Cont-admvo) de 28 de enero de 2005 (JUR 2005, 44185); y STSJ de Madrid (Cont-admvo) de 3 de octubre de 2003 (JUR 2004, 182870).

civil y el derecho penal. Sin duda, el accidente de trabajo ha tenido una importante proyección en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Muchas de las novedades en materia de accidente de trabajo han sido planteadas con el fin de evitar su proyección en la práctica y, por tanto, buscar su finalidad preventiva. Existe, pues, de forma indirecta, un derecho de daños vinculado al accidente de trabajo. Este planteamiento implica la evidente conexión normativa existente entre la LPRL y la LGSS. Sin embargo, esta opción legislativa presupone una labor extraordinaria del intérprete jurídico, quien debe analizar de forma dispersa el conjunto de normas que se proyectan sobre dicha materia y que tienen consecuencias desde el punto de vista casuístico⁶.

Los daños laborales tienen una doble manifestación a través de la figura del accidente de trabajo y de las enfermedades profesionales. Esta afirmación se confirma con la configuración de ambas figuras en torno a su delimitación normativa prevista en la LGSS. En el caso del accidente de trabajo, se alude claramente a la referencia de «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena» (artículo 156). Esta misma situación se predica en la referencia a la enfermedad profesional, en alusión a

la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la

⁶ Estamos, pues, ante una relación evidente entre la prevención de riesgos laborales y la reparación del daño. La función del derecho, con relación al accidente de trabajo, no es otra que intentar prevenir o evitar su acaecimiento. Por otro lado, una vez ocurrido el accidente laboral, se contempla la necesidad de compensar a la víctima o a sus causahabientes, con el fin de reparar en la medida de lo posible los resultados lesivos producidos. Sin duda, evitar y, en su caso, remediar la producción del accidente de trabajo es un objetivo esencial y el fundamento mismo de las medidas preventivas. Todo ello conlleva la necesidad de las empresas de promover un modelo diligente de gestión de los riesgos profesionales, que desincentive su producción en la práctica. Efectivamente, ello se presenta como una preocupación constante de la empresa en su actividad preventiva y es el fundamento mismo de la exoneración empresarial, a fin de evitar la tacha de un posible incumplimiento de las obligaciones preventivas.

acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional (artículo 157).

Por otro lado, evidentemente, la LPRL no puede descuidar la referencia a las contingencias profesionales y sus reglas no pueden deslindar en determinadas ocasiones de la proyección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (artículos 6, literal g; 9.1, literal d; 23.1, literal e; 42.3 y 47.3). La vinculación entre el trabajo, la prevención de los riesgos profesionales y los daños laborales es evidente y tiene un nexo o una vinculación normativa inevitable. Sin duda, ello motiva que tanto la legislación preventiva como el sistema de seguridad social recurran a dichos conceptos como figuras de referencia a efectos de tutela. Todo ello da lugar a una protección transversal y extensiva del derecho a la salud en el trabajo. Estamos ante una regulación omnicomprendensiva y general. De ahí la importancia de mantener permanentemente la vinculación de las normas con base en dichos conceptos generales. La LGSS no puede, de forma independiente, aislada y puntual, referirse a dichos conceptos y delimitarlos jurídicamente, sino que dicha labor debe estar presente en distintas disposiciones normativas⁷.

Sin duda, la referencia a las consecuencias jurídicas del daño laboral en sede preventiva tiene un efecto que beneficia a la protección jurídica de todos los trabajadores. Ello es especialmente importante si tenemos en cuenta el ámbito subjetivo de aplicación extensivo de la LPRL. Dicha protección afecta a cualquier tipo de trabajo y va mucho más allá del concepto de trabajo subordinado. En este sentido, cabe recordar que igualmente el trabajo autónomo se encuentra protegido en materia de protección de riesgos laborales. Sin duda, la referencia en la regulación legal de la salud y seguridad en el trabajo al concepto

7 La LGSS solamente se refiere a los daños sufridos en el trabajo que afectan a los trabajadores incluidos en el régimen general de la seguridad social, a pesar de que dichos conceptos también estén contemplados en los regímenes especiales del sistema de seguridad social.

de daño supone una protección más amplia, al permitir una cobertura de los trabajadores por cuenta ajena, con independencia del régimen de la seguridad social en el que estén encuadrados, así como de los trabajadores autónomos, o, por ejemplo, del personal de las administraciones públicas, vinculados por el régimen jurídico administrativo, como sucede con los funcionarios y el personal estatutario.

5. La tutela del accidente de trabajo en virtud del cumplimiento de las obligaciones preventivas de la empresa

La LPRL contempla distintas vías de control de la normativa de seguridad y salud en el trabajo en las empresas. Se trata de un sistema de organización de la prevención de riesgos laborales, que se asienta en una serie de servicios u órganos estables de control interno. Estas figuras legales, que vamos a analizar desde la perspectiva de la tutela de la salud laboral, se configuran como instrumentos al servicio de las empresas y de la representación laboral general. Estos cauces de control tienen como fin asistir y ayudar en la función de cumplir adecuadamente con las obligaciones preventivas encomendadas por la ley a la empresa. Ciertamente, este sistema de control de la prevención de riesgos laborales tiene una función esencialmente instrumental al servicio del deber de protección del empresario, como garante de seguridad y salud en el trabajo. Nos estamos refiriendo a los vigilantes de seguridad, a los servicios de prevención, a los delegados de prevención y, finalmente, al comité de seguridad y salud laboral. Tanto los vigilantes de seguridad como los delegados de prevención tienen una clara función instrumental, relativa a permitir a la empresa valerse de ellos para poder tener un mayor conocimiento de la situación relativa a los riesgos laborales. Dichas figuras vendrían a ser órganos de análisis y de propuesta de mejoras, especializados en materia de seguridad y salud en el trabajo. Los servicios de prevención son medios especializados al

servicio de las empresas en el quehacer ordinario del cumplimiento de las obligaciones preventivas. Sirva este planteamiento introductorio, pues, como un ejercicio de recopilación que necesita evidentemente de un mayor análisis, pero que a los objetivos del presente estudio se muestra como referencia esencial con relación a la tutela legal del derecho a la salud en el trabajo.

Si tenemos en cuenta el modelo prototípico de empresa en nuestro país, la pequeña y mediana empresa (pyme) representa el ámbito más extendido de aplicación del sistema legal de prevención de riesgos laborales. Según los datos oficiales de la Subdirección General de Apoyo a la PYME, en torno al 90 % de las empresas españolas emplea de uno a nueve empleados; se trata del tipo de empresa que se identifica con las microempresas. Por su parte, las empresas que emplean de diez a cuarenta y nueve personas son las pequeñas unidades de producción y se corresponden con el 4 % de las empresas de nuestro país. Por tanto, no cabe duda de que el sistema de gestión que analizaremos a continuación tiene un importante ámbito de aplicación práctica. En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que todo depende de la actividad de la empresa, que no debe representar una especial peligrosidad (Anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención [RSP]). Además, la empresa solamente debe tener un único centro de trabajo. Sin duda, esta es una previsión normativa que viene a reducir el ámbito de aplicación, ante la reducción del número de empresas afectadas. Con todo, dicho sistema inicial seguiría siendo muy importante en la práctica y afectará a un porcentaje importante sobre el total de las empresas españolas.

Si nos centramos en el ámbito de las pymes, conviene señalar que el empresario puede también asumir de forma personal la actividad de la gestión preventiva⁸. Ello se producirá cuando la empresa cuente con

8 Este supuesto se refiere al empresario que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y que tenga la capacidad formativa necesaria (titulación de nivel básico en Prevención de Riesgos Laborales, en el caso de empresas que no tengan una especial peligrosidad).

un máximo de veinticinco trabajadores (anteriormente el máximo se fijaba en diez trabajadores) y únicamente cuando se disponga de un solo centro de trabajo. Se trata de una fórmula concreta de gestión de la prevención, que redundará en la protección y la prevención de los riesgos profesionales. En este sentido, y en cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, la LPRL prevé que el empresario podrá designar a uno o a varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad. En estos supuestos se podrá constituir un servicio de prevención o se concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa.

Igualmente, este tipo de empresario tiene la opción de designar a un trabajador especializado en materia de prevención de riesgos laborales, que deberá tener la formación precisa en materia preventiva⁹. Se configura lo que vendría a ser un vigilante de seguridad. Se trata de una figura poco extendida en la práctica y que incluso tiene un protagonismo escaso en la propia LPRL¹⁰, especialmente en lo que se refiere a la delimitación de sus funciones. En concreto, la norma solamente se refiere, con carácter general, a los trabajadores designados por el empresario para dedicarse a las actividades de prevención, sin contemplar una denominación precisa para este tipo de actores, a los que denominamos vigilantes de seguridad. Como hemos apuntado, esta figura tendrá especial relevancia en las empresas de pequeña dimensión,

9 En los casos de falta de formación específica en materia de prevención de riesgos laborales, ello supone un factor que puede calificar la responsabilidad empresarial y agravar aún más sus consecuencias si no se provee la información necesaria sobre los riesgos derivados del empleo de maquinaria, sin explicar los mecanismos de protección eficaz. Véase STSJ Comunidad Valenciana (Social) de 2 de diciembre de 2008 (AS 2009, 626); STSJ de Castilla y León (Social) de 4 de mayo de 2006 (AS 2006, 1349); y STSJ de Cataluña (Social) de 4 de marzo de 2005 (JUR 2005, 116899).

10 Ciertamente, la LPRL no alude expresamente a la figura de los vigilantes de seguridad. Sin embargo, algunos autores, tomando como referente la anterior Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo, han utilizado la expresión de «vigilante de seguridad». En realidad, conviene considerar esta denominación como adecuada, en la medida que se refiere de forma expresiva a la función legal que, en su caso, pueden venir a desarrollar (Almendros y Díaz, 1996; Álvarez, 2001, pp. 284-290).

que no cuentan con los medios para avanzar en otras formas más complejas de gestión de los riesgos profesionales¹¹.

La propia LPRL contempla a esta figura como un instrumento residual en la gestión de los riesgos profesionales, puesto que se establecerá en aquellas empresas que no precisen de un servicio de prevención. En este sentido, el artículo 31.1 de esta ley prevé que «si la designación de uno o varios trabajadores fuera insuficiente para la realización de las actividades de prevención, [...] el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención». Se trata, pues, de una figura que puede ser sustituida por el propio empresario facultativamente en los casos de aquellas empresas que cuenten con menos de seis trabajadores. En este sentido, y con relación a sus funciones, podemos destacar que tendrán capacidad para recabar información, respecto de la que guardarán sigilo profesional, y dedicarán el tiempo y los medios precisos para el desarrollo de la actividad. Igualmente, gozarán de las garantías propias de las representantes de los trabajadores, a excepción de las relativas al crédito horario para el desarrollo de las funciones representativas. Con todo, este aspecto no se encuentra expresamente excluido, sino que se trata de un régimen jurídico diverso del asignado a los representantes unitarios. En este sentido, cabría indicar que dichos vigilantes de seguridad disponen, en cambio, del tiempo preciso para poder desarrollar su actividad preventiva. Esta figura no excluye la participación de los representantes de los trabajadores, en la medida que la propia ley confiere a estos las funciones de paralización de la actividad laboral por riesgo grave e inminente (artículo 21).

Por su parte, los servicios de prevención se presentan legalmente como una modalidad de gestión más compleja. Se trata de un instrumento esencial para las empresas en la medida que desarrollan funciones ejecutivas, que exigen previamente analizar y conocer las

11 Sin embargo, en otros estudios de investigación se ha preferido asimilar la función del trabajador designado por la empresa con la figura del delegado de prevención (González, 1996).

condiciones de riesgos laborales en las empresas. A través de esta función preventiva, los servicios de prevención pueden llevar a cabo su función, y, por tanto, podrán elaborar y poner en práctica programas de actuación preventiva. De igual modo, los servicios de prevención pueden llevar a cabo la importante función de evaluación de los factores de riesgo. Entre sus funciones básicas, tenemos la prestación de los primeros auxilios o la vigilancia de la salud de los trabajadores. Sin duda, este contenido se presenta como ámbito de actuación complejo, que nos sitúa ante un órgano de gestión de carácter técnico. En efecto, ello demanda igualmente que dichos servicios tengan los recursos técnicos necesarios para poder llevar a cabo su cometido. En este sentido, conviene destacar que dichos órganos de gestión de la prevención de riesgos laborales han venido a sustituir progresivamente a los servicios médicos de las empresas. Nos estamos refiriendo a los servicios de prevención internos de las empresas, constituidos por sus mismos trabajadores. De igual modo, dichos órganos de gestión pueden sustituir a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en los casos en los que las empresas recurren a los servicios de una empresa especializada para la gestión de los riesgos laborales. En este sentido, conviene tener en cuenta que los servicios médicos de las empresas se prestaban como servicios obligatorios, cuando estas contaban con más de cien trabajadores. Esta previsión se encuentra actualmente flexibilizada desde el punto de la gestión de los riesgos laborales. La situación es diversa en la relación con las mutuas, que actualmente continúan ejerciendo una importante labor de gestión con las empresas con las que están asociadas.

Las entidades gestoras y las mutuas señaladas están obligadas a conceder el certificado de aptitud derivado del reconocimiento médico (artículo 197.1 de la LGSS). Ciertamente, dicha exigencia se presenta como un trámite necesario para poder asumir la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Esta obligación no se limita a recabar la información, sino que también implica la

necesidad de supervisar periódicamente los subsiguientes reconocimientos médicos practicados a los trabajadores de la empresa. Igualmente, en los casos de incumplimiento de las mutuas de esta obligación, dichas organizaciones pueden ser objeto de reclamación de responsabilidad. En estos casos, las mutuas pueden ser responsables del recargo de las primas percibidas de hasta el cien por cien, en cuyo caso, dicho recargo irá destinado a los fines preventivos de rehabilitación derivados de las contingencias profesionales. Ciertamente, esta sanción se agrava en los casos de reincidencia, puesto que incluso puede acarrear dicho incumplimiento la anulación de la autorización de la mutua para poder colaborar en la gestión preventiva y colaborar a los efectos de la gestión de seguridad social con la empresa.

6. El papel de los representantes de los trabajadores en la labor de evitar el accidente de trabajo de forma preventiva

La conexión de la representación especializada con los representantes del personal podría incluir tanto a la representación unitaria como a la sindical. Sin duda, incluir a esta última supone una interpretación extensiva. A favor de esta tesis podría indicarse que dentro de la representación de los trabajadores se puede considerar afectados a todo el conjunto de los representantes legales, incluidos los sindicales (artículos 35.1 y 35.2 de la LPRL). La ley se remite a los órganos de representación previstos en el artículo anterior; ello supondría la posibilidad de incluir a los representantes unitarios (comités de empresas y delegados de personal), así como a los representantes sindicales (artículos 35.2 y 34.2 de la LPRL). Esta interpretación sería ciertamente posible debido a la referencia a su papel atribuido por el Estatuto de los Trabajadores (ET) y la Ley Orgánica de Libertad

Sindical (LOLS), que no es otro que la defensa de los intereses de los trabajadores, en este caso, la representación en materia de salud laboral¹².

No obstante, el criterio mayoritariamente defendido es la exclusión formal de la representación sindical de la labor representativa en materia de salud laboral. Esta tesis se basa esencialmente en la interpretación antagónica de las referencias a los representantes del personal y a los representantes de los trabajadores. Se trata de referencias claramente opuestas. Ciertamente, cuando nos referimos a representantes de los trabajadores, incluimos a los dos canales de representación, haciendo, pues, alusión tanto a la unitaria como a la sindical. Sin duda, ambos son canales de representación de los trabajadores. Sin embargo, la referencia a la representación del personal es más precisa y su afección a toda la plantilla de una empresa subraya su naturaleza unitaria. En efecto, no es ya importante su vinculación con los representantes, sino con el conjunto de los trabajadores. Claramente con este matiz se está precisando su vinculación con un tipo concreto de representación, que afecta al conjunto de los trabajadores de la empresa interesados en la participación en cuestiones relativas a la seguridad y la salud en el trabajo. La ley opta directamente por los representantes unitarios, como representantes de todos los trabajadores de la empresa, con independencia de que estén o no afiliados a un sindicato¹³.

12 Efectivamente, la alusión del artículo 35.2 de la LPRL a los órganos de representación previstos en el artículo 34 de la misma ley no tiene como finalidad incluir como electores a todos los representantes, sino que solamente determina los ámbitos de elección y de funcionamiento de los delegados de prevención. Dicho ámbito será el mismo que el de los representantes unitarios, es decir, la empresa o, en su caso, el centro de trabajo (artículos 35.2 y 34 de la LPRL, en conexión con los artículos 62 y 63 del ET) (Rodríguez y Pérez, 2002).

13 Los tribunales optan claramente por vincular la representación específica con los representantes del personal. Se trata de una clara referencia a los representantes unitarios, lo cual dejaría al margen a los representantes sindicales. En efecto, se trata de una designación que vendría atribuida exclusivamente a los representantes del personal, comité de empresa o delegado personal, y ello a pesar de que no se especifique legalmente el modo en que la representación unitaria tenga que designar a los delegados de prevención. Véase Auto TC de 6 abril de 2000 (RTC 2000, 98 AUTO); y STSJ Cataluña de 17 de marzo de 1998 (AS 1998, 2464).

La exclusión del modelo de representación especializada de la representación sindical se aprecia claramente en el ámbito de las pymes. Si la empresa tiene menos de cincuenta trabajadores, la vinculación con la representación unitaria es más intensa. El delegado de prevención será el delegado de personal si la plantilla tiene menos de treinta trabajadores; o será elegido entre los tres delegados de personal existentes si la empresa tiene más de treinta trabajadores y no supera los cincuenta de referencia (artículo 35.2 de la LPRL). Se trata, pues, de una omisión a la representación sindical que la aleja del modelo representativo en materia de salud laboral¹⁴. Precisamente, esta tesis es igualmente acogida de forma general por la negociación colectiva, que considera que los delegados de prevención serán elegidos por y entre los representantes del personal, precisando su vinculación a los delegados de personal y los miembros del comité de empresa.

Se acoge, pues, el criterio legal, que supone que los delegados de prevención son elegidos por y entre los representantes unitarios, cuyo ámbito de actuación es general (artículo 35.2 de la LPRL). Ello permite justificar su mandato en un criterio de legitimidad, máxime cuando los delegados de prevención no son elegidos directamente por los trabajadores¹⁵. Así, se entiende que la legitimidad se refuerza en la medida que son elegidos por unos representantes de todos los trabajadores y no por unos representantes cuya legitimación es parcial y conectada al ámbito sindical. Ello es así a pesar del importante papel de los representantes sindicales, que incluso pueden desarrollar por

14 Esta concepción supone considerar a los representantes unitarios como los órganos de representación específicos para elegir a los delegados de prevención. Y ello implica, a todos los efectos, una concepción de un modelo de representación que se aplica a todas las empresas de forma extensiva, con independencia de que se tenga más o menos de cincuenta trabajadores (Álvarez, 2001, p. 117).

15 Por ello, la designación por y entre los representantes del personal supone la coincidencia entre electores y elegibles (Valdés, 1997, p. 88).

ley actuaciones de eficacia general¹⁶. Ciertamente, y sin perjuicio de la opción legal, no cabe duda de que la representación sindical siempre participa en el modelo, aunque de forma indirecta. Por tanto, en la práctica no se puede considerar que la exclusión de la representación sindical sea total¹⁷. No debemos olvidar que la representación unitaria está claramente sindicalizada por las conexiones evidentes derivadas del doble canal de representación. Y, evidentemente, los canales de participación sindical, promocionados legalmente, permiten que se puedan crear cauces adicionales de intervención sindical. En este sentido, y dada la importancia de la representación sindical, los convenios colectivos podrían contemplar vías específicas de participación de los representantes sindicales en la propia elección de los delegados de prevención.

Con todo, la figura de los delegados de prevención se configura teniendo en cuenta el sistema de representación unitaria de los trabajadores; asimismo, son miembros de la representación laboral, designados por sus representantes, con el fin de encargarse del desarrollo de determinadas funciones preventivas, orientadas al control en virtud de la recepción de información, el acompañamiento de los técnicos de prevención, así como la posibilidad de acceder a las instalaciones de las empresas para poder desarrollar su cometido¹⁸. Ciertamente, las

16 Efectivamente, la representación sindical no goza de dicho carácter general, sino que tiene una naturaleza parcial ligada a los sindicatos de referencia y a sus respectivos afiliados. Y, como decimos, este fundamento no se desfigura por el hecho de que los representantes sindicales puedan realizar actos de eficacia general, como pueden ser la negociación de un convenio colectivo, el ejercicio del derecho de huelga, la promoción de acciones judiciales o la solicitud de la intervención administrativa. A pesar de todo ello, no cabe duda de que la representación sindical orienta su actividad esencialmente a los trabajadores afiliados al sindicato de referencia.

17 Ciertamente, la representación unitaria está fuertemente sindicalizada y este aspecto se promociona legalmente e incluso se confirma en la práctica. Esto permite que los sindicatos y sus representantes puedan influir decisivamente en su designación (Fernández, 2001, p. 195; Cardenal, 1998).

18 Estamos, pues, ante una opción legal que tiene como fin poder extender las labores de control y vigilancia en virtud de una figura más ejecutiva en la gestión de los riesgos laborales. Por ello, los delegados de prevención gozan de las garantías y las prerrogativas de los representantes de

funciones decisorias se encuentran mitigadas y se limitan a expresar su parecer técnico sobre las cuestiones controvertidas. En este sentido, cabe recordar que, en caso de riesgo grave e inminente, la decisión de paralizar la actividad de la empresa corresponde a la representación unitaria de los trabajadores, aunque cuando la representación no pueda reunirse con carácter urgente, dichas medidas las pueden adoptar los delegados de prevención por mayoría (artículos 36.2, literal g, y 21.3 de la LPRL). Desde esta perspectiva, y en atención a la actuación constante de los delegados de prevención, se ha indicado que los comités de seguridad y salud pierden protagonismo en favor de los delegados de prevención (Fernández, 1995, p. 831). Sin duda, ha estado presente en la configuración de los delegados de prevención el interés de los sindicatos de integrar a esta figura en la representación unitaria de los trabajadores.

El comité de seguridad y salud se configura como un órgano paritario formado por los delegados de prevención, de un lado, y de otro, por el empresario, a través de sus representantes (artículo 38 de la LPRL). Se trata de una representación dual, en igual número, debiendo estar presentes todos los delegados de prevención¹⁹. La representación empresarial deberá ser en idéntico número al de delegados de prevención, con el fin de que ambos bandos tengan el mismo número de votos y se fomente la cultura del debate y del consenso. Este extremo ratifica la posibilidad de que en las reuniones puedan participar, con

personal. Asimismo, cuentan con un crédito horario más flexible y amplio. Ello se debe a la necesidad de atender las posibles reuniones, y para poder contar con un tiempo suficiente para su formación, a fin de atender las visitas precisas en el seguimiento de la actividad preventiva.

19 En este sentido, la jurisprudencia entiende que no cabe reparto de puestos, ni fórmulas de composición según representación, como sucedía con los comités de seguridad e higiene. Véase Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de septiembre de 1992 (AS 1992, 6556); Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 de octubre de 1991 (AS 1991, 5533); Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de diciembre de 1991 (AS 1991, 6654); Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de octubre de 2004 (AS 2004, 2886); Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de mayo de 2012 (AS 2012, 1777); y Tribunal Supremo (social) de 11 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4132).

voz, pero sin voto, técnicos externos y personas conocedoras de la prevención de riesgos laborales. El comité de seguridad e higiene es un órgano técnico, a diferencia de otros órganos representativos, lo que permite aislar la proyección del principio de proporcionalidad en beneficio de la elección del representante más idóneo²⁰, existiendo un importante margen de maniobra en la materia.

El comité de seguridad y salud se manifiesta como un órgano de consulta, por el que se puede canalizar la propia voz y los intereses de los trabajadores. De este modo, se conjugan los intereses laborales con la propia perspectiva empresarial con relación a la atención de los riesgos laborales. De igual modo, conviene tener presente la proyección del propio derecho de propuesta (artículo 18.2 de la LPRL), que permite que la empresa pueda adoptar las medidas de carácter preventivo más idóneas para la mejora de los niveles de protección laboral. Estas propuestas deberán enviarse directamente al empresario o bien como solicitud derivada de la intervención del comité de seguridad y salud (artículo 36.2, literal f, de la LPRL). También debemos considerar la propia función típica de la negociación, donde cada bando con el mismo peso debe convencer a la contraparte con sus argumentos. Prevalece el carácter técnico en un tema tan sensible como es la prevención de riesgos laborales. Esta función negociadora tiene igualmente vinculación con las funciones del comité, que participa en materia de prevención de riesgos laborales a la hora de elaborar, aplicar y evaluar los planes y los programas de prevención en las empresas. Igualmente, se podrán promover aquellas iniciativas que se consideren idóneas para la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo, así como aquellos estudios o análisis que permitan un mejor conocimiento de la situación preventiva. Se trata de confrontar estas cuestiones con la contraparte a los efectos de analizar la situación preventiva de la empresa. Estamos

20 Véase STS (Social) de 24 diciembre de 1992 (RJ 1992, 10364); STSJ de Madrid de 29 de febrero de 1996 (RJCA 1996, 428); y TSJ de Andalucía-Granada de 6 de mayo de 1997 (AS 1997, 2736).

ante una labor importante con relación al estudio de los daños, de sus consecuencias y de las medidas preventivas más eficaces para poder evitarlos o reducir los riesgos laborales. La función del comité es muy importante en la medida que las opiniones del bando laboral en la materia preventiva puedan ser tomadas en cuenta. La opinión y la propuesta laboral canalizada por el comité pueden, sin duda, influir en las empresas. Estas podrán acoger de este modo un criterio objetivo y técnico, que les permita, en virtud de sus servicios de prevención y de los medios preventivos disponibles, adoptar aquellas medidas que puedan revertir una determinada situación de protección del derecho a la salud laboral.

Sin duda, el ejemplo más intenso de control interno de la gestión de la prevención de riesgos laborales se encuentra en el instrumento de la interrupción del trabajo en casos de riesgos graves e inminentes (artículo 21 de la LPRL)²¹. Se trata de un régimen de paralización de actividades en casos extraordinarios, diseñado para contrarrestar las situaciones de peligro. La medida puede provenir de la decisión del propio empresario, de cada trabajador individual o de sus representantes legales, así como de la Inspección de Trabajo y hasta del mismo Gobierno (artículos 21, 44 y 53 de la LPRL). Dicha medida extraordinaria está supeditada en función de los casos y de la inminencia de la medida, a la necesidad de observar los cauces previos de información y consulta, si existe margen temporal para que estos se puedan desarrollar. Si la medida permite un análisis y debate, es preciso indicar que, respecto del bando laboral, se trata de una atribución prevista en

21 En este sentido, y teniendo en cuenta la prevalencia de la tutela de los derechos fundamentales en la relación laboral, el derecho de los trabajadores a la interrupción de la actividad laboral es una manifestación del derecho de cualquier ciudadano a la vida y a la integridad física y psíquica. Desde esta perspectiva, si el empresario no procede a adoptar las medidas preventivas requeridas legalmente y no se aplica el artículo 21 de la LPRL en situaciones de riesgo grave e inminente, se estaría manteniendo un régimen de trabajo abusivo. Estaríamos ante un uso irregular del poder de dirección del empresario desde el punto de vista de la salud en el trabajo. Precisamente, por todo ello, sería legítima la negativa del trabajador a proseguir con su actividad laboral y con ello permanecer en un puesto de trabajo inseguro.

beneficio de la representación laboral general. Con carácter general, se está pensando en facilitar que dicha decisión la evacúe el comité de empresa. La información deberá evacuarse en el tiempo más rápido posible, cuando se trate del supuesto de paralización de actividades por riesgo grave e inminente. Una vez superado dicho plazo, el empresario puede decidir y, en caso contrario, los trabajadores pueden impedir el ejercicio de la decisión empresarial (artículo 36.3 de la LPRL). La propuesta no es solamente una facultad de cara al empresario, sino que también puede orientarse a intentar suscitar la intervención de la representación unitaria, por ejemplo, en los supuestos de adopción de la decisión de paralización de actividades en caso de riesgo grave e inminente. También puede orientarse la propuesta de cara a conseguir la intervención de la propia Inspección de Trabajo, con el fin de buscar su actuación mediadora o, en casos extremos, sancionadora.

El supuesto de paralización de los trabajos en casos de riesgo grave e inminente tiene como fin evitar la generación de daños laborales, que se pueden manifestar evidentemente en forma de accidentes de trabajo. La situación que habilita a la decisión de paralización de actividades se refiere a los supuestos de riesgo grave e inminente, que, sin duda, supone su aplicación a un conjunto amplio de medidas de interrupción en los trabajos peligrosos. No estamos ante una decisión sencilla. Se trata de una serie de supuestos que pueden generar en la práctica evidentes casos de conflictividad, cuyo estudio está ligado a la correspondiente casuística. El artículo 21 de la LPRL obliga, en estos casos, a permitir la interrupción de las actividades cuando exista la mencionada situación de peligro. De igual modo, los trabajadores están facultados para interrumpir el trabajo en situaciones de peligro, y se puede proceder al abandono del lugar de trabajo en casos ciertamente atípicos y de máxima gravedad. Por su parte, los representantes legales de los trabajadores están legitimados para acordar la paralización de las actividades a través de sus representantes legales ordinarios. Finalmente, la Inspección de Trabajo podrá ordenar la paralización

inmediata de los trabajos con riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores (artículo 44 de la LPRL).

Se trata de un sistema sumamente disperso de iniciativa y activación de la medida de interrupción del trabajo. En efecto, se deja a la casuística y a las circunstancias concretas del caso la procedencia de la decisión, lo que redundará en una posibilidad cierta de conflictividad. Sin duda, la acción del trabajador individualmente considerado es una facultad limitada, ya que el sistema general piensa en la adopción del acuerdo por los representantes de los trabajadores por la simple mayoría de sus miembros. La prerrogativa del trabajador individualmente considerado se limita a un derecho a abandonar el lugar de trabajo en casos ciertamente atípicos de riesgos graves e inminentes especialmente cualificados. Con todo, el sistema contempla un modelo dual de autorización individual y colectiva para abandonar el lugar de trabajo, como sucede generalmente en los ordenamientos europeos. No obstante, legalmente se dejan abiertas las fórmulas de conexión entre ambos sistemas. Sin duda, se trata de un modelo flexible que dista de la fórmula consistente en autorizar únicamente la evacuación del lugar de trabajo por parte del empresario²².

22 En este sentido, y con relación a las facultades exclusivas de desalojar el centro de trabajo por parte del empresario, conviene destacar que se trata de una materia especialmente conflictiva. En este ámbito existe un evidente margen de interpretación en función del caso concreto. En este sentido, conviene tener presente la proyección de este tema, incluso más tolerante que en otros ordenamientos jurídicos, a los efectos de ver la intervención de los trabajadores individuales y de sus representantes, así como los inconvenientes prácticos en su aplicación en el Reino Unido (Brooks, 1994).

7. La eficacia del régimen de responsabilidad jurídica empresarial a efectos de desincentivar el accidente de trabajo

Con relación al ámbito de responsabilidad empresarial, es preciso indicar que la determinación de las responsabilidades empresariales es una de las cuestiones de mayor complejidad técnica. Esta dimensión se incardina igualmente en el ámbito del derecho de prevención de riesgos laborales. Se trata de analizar el régimen jurídico de fijación de las responsabilidades patronales en caso de incumplimiento de los deberes preventivos previstos legalmente. Como estamos indicando, en estos casos, el sujeto prototípico que asume la responsabilidad será la empresa, puesto que es este quien se configura legalmente como deudor de seguridad y salud en el trabajo. Es el empleador quien con la organización de su actividad empresarial genera los riesgos laborales, los cuales se proyectan sobre sus empleados como consecuencia del desarrollo de la actividad productiva.

El régimen de responsabilidad múltiple existente en la actualidad nos permite esbozar el análisis de una protección del daño de forma transversal. Ello da lugar a la presencia de una responsabilidad articulada en distintos planos, que en muchos casos muestra deficiencias desde el punto de vista de su coordinación. Ciertamente, en muchos casos se adolece de una deficiente coordinación en el régimen de responsabilidad jurídica previsto legalmente, que en su mayoría da lugar a la aplicación de distintas fórmulas de compensación del injusto²³. Legalmente, se contempla un sistema o régimen prolijo de responsabilidad,

23 Con relación a la fijación discrecional del porcentaje correspondiente al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, conviene tener en cuenta la doctrina general del Tribunal Supremo. No obstante, cobra especial relevancia la posibilidad de reducción del tanto por ciento resultante en virtud de la teoría de la compensación de culpas de la empresa respecto del trabajador. Este supuesto es especialmente importante en los casos de imprudencia del propio trabajador. Véase STS (Social) de 19 de enero de 1996 (RJ 1996, 112); STS (Social) de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1714); STS (Social) de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2400); STSJ del País Vasco (Social) de 1 de julio de 1997 (AS 1997, 2318);

que genera supuestos de concurrencia de responsabilidades, y que se proyecta tanto desde el punto de vista de las situaciones de hecho, como puede suceder con la coordinación de actividades preventivas en casos de descentralización productiva, así como a los supuestos de control preventivo respecto del recurso a las empresas de trabajo temporal. Estos son supuestos de concurrencia propios de las relaciones laborales y de los supuestos de concurrencia empresarial. Ciertamente, la posible responsabilidad solidaria entre empresarios no puede presumirse, sino que tiene que derivar directamente de la relación existente, teniendo en cuenta la delimitación legal de la responsabilidad. Sin embargo, sí es posible que el empresario principal pueda incurrir directa y personalmente en la responsabilidad civil, administrativa o penalmente respecto del resultado del accidente provocado.

Este régimen de responsabilidad se refiere ampliamente a la responsabilidad patronal, pero no supone que dicha exigencia anule o compense, en su caso, por la posible coexistencia de la responsabilidad jurídica de los trabajadores, por el incumplimiento de su deber de observar las medidas preventivas implementadas por las empresas. Ciertamente, se trata de planos de responsabilidad jurídica independientes. Este principio queda claramente recogido en el artículo 5.3 de la Directiva 89/391/CEE, que contempla que las obligaciones de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo no afectarán al principio general de responsabilidad empresarial²⁴.

STSJ de Cataluña (Social) de 15 de enero de 2001 (AS 2001, 416); y STSJ de Madrid (Social) de 5 de octubre de 2000 (AS 2000, 4674).

24 Estamos, pues, en presencia del principio general de compatibilidad de las prestaciones de seguridad social en caso de accidente de trabajo con otras fórmulas de responsabilidad. En este caso, el factor decisivo será la culpabilidad empresarial y la omisión en el cumplimiento de las obligaciones patronales en materia preventiva (Martín y García, 2008, pp. 35-39; Moreno, 2022, pp. 197-198). Ello permite compatibilizar la acción del sistema público de seguridad social y su catálogo prestacional con la percepción de posibles indemnizaciones en atención a los daños causados por la presencia de dolo o culpa del empresario, de los compañeros de trabajo o de terceros responsables civil o penalmente (artículos 156 y 168 de la LGSS).

Sin duda, una cuestión esencial para comprender el régimen de responsabilidad empresarial se refiere a su carácter multidisciplinar y transversal. Ello supone que la responsabilidad de las empresas derivadas del incumplimiento de los deberes de seguridad y salud en el trabajo no es única, sino que ante dichos incumplimientos se puede activar un sistema de responsabilidad múltiple. Sin duda, la primera respuesta la encontramos en el propio sistema de seguridad social, a través de las prestaciones sociales que corresponden a la acción protectora en el ámbito de las contingencias profesionales. Dicha respuesta tiene su base en un sistema de seguros sociales obligatorios; y dichas prestaciones son compatibles y mejorables con posibles fórmulas de seguros voluntarios. En este sentido, y como medida de mejora, la propia ley se refiere a la posibilidad de concertar operaciones de seguro que tengan como finalidad garantizar un ámbito amplio de cobertura de la previsión de los riesgos derivados del trabajo (artículo 15.5 de la LPRL).

8. La protección social de las contingencias profesionales ante el fracaso de la acción preventiva de los riesgos laborales

La Seguridad Social puede influir en la seguridad y la salud en el trabajo mediante técnicas de gestión y protección (Monereo y Fernández, 2005, p. 116). La responsabilidad de Seguridad Social cumple con la función reparadora del daño producido al trabajador, atendiendo automáticamente a las situaciones de necesidad ligadas al resultado lesivo. Asimismo, dicha responsabilidad satisface el fin preventivo, aun siendo ello de forma indirecta. Esta función preventiva se consigue mediante distintos mecanismos que iremos analizando, especialmente mediante la reducción de la cotización por contingencias profesionales en caso de aplicación de medidas preventivas eficaces. Aunque la acción protectora de la Seguridad Social no esté dirigida directamente

a la función preventiva de los riesgos profesionales, ciertamente las prestaciones sociales juegan un papel básico en la reparación de las situaciones de necesidad y protegen, por tanto, un riesgo, aunque no lo prevengan. Por tanto, se produce inevitablemente una conexión entre el sistema de prevención de riesgos laborales y la acción protectora del sistema de Seguridad Social en materia de riesgos profesionales. La reparación de los daños por este sistema viene a complementar los objetivos legales prevencionistas, lo que hace que la prevención de riesgos profesionales no sea una cuestión ajena al sistema de protección social.

De igual modo, desde el punto de vista de la acción protectora de las contingencias profesionales, encontramos una importante manifestación de la tutela asistencial. Ello se refiere a la atención sanitaria, hospitalaria y a la rehabilitación de las víctimas del accidente de trabajo o de las enfermedades profesionales²⁵. Con todo, y junto a esta perspectiva asistencial, debemos apuntar la proyección de la perspectiva económica, que implica la proyección de la compensación económica. Esencialmente, ello se traduce en la posibilidad de poder sustituir la falta de generación de rentas por el trabajador afectado a través de las prestaciones sociales de la seguridad social. Estamos ante una protección basada en el seguro obligatorio, que en caso de producirse dichas contingencias profesionales da lugar al acceso a la protección social en casos de incapacidad temporal, invalidez permanente o muerte del trabajador accidentado. Con todo, este ámbito reparador se considera el nivel mínimo de protección, que se podrá complementar en función del caso concreto y a efectos reparadores con posibles recargos de las prestaciones sociales o, en su caso, con las indemnizaciones

25 De igual modo, la entidad gestora o, en su caso, colaboradora podrá exigir la atención de la asistencia sanitaria a los empresarios responsables. En este sentido, la empresa responsable del accidente de trabajo o la enfermedad profesional procederá al reintegro del importe de la asistencia sanitaria, pudiéndose exigir penalmente o civilmente, tanto de forma directa como indirecta (artículo 168 de la LGSS).

por daños y perjuicios que permitan compensar íntegramente los resultados lesivos.

La responsabilidad en materia de accidente de trabajo y enfermedades profesionales ocupa un lugar relevante, que se manifiesta a través de la figura del recargo de las prestaciones. Se trata de una medida cuyo ámbito de acción se plantea ante daños laborales producidos por la falta de aplicación de medidas de prevención²⁶. Una vez más, estamos ante una cuestión que supone una conexión evidente entre la legislación de seguridad y salud en el trabajo y el derecho de la seguridad social. En este sentido, la LGSS contempla un sistema especial de responsabilidad jurídica de la empresa que se produce ante la existencia de una enfermedad profesional o un accidente de trabajo ocurrido en virtud de la acción de máquinas, artefactos, etc., que se produzca en las instalaciones, centros o lugares de trabajo, cuando se carezca de los dispositivos de precaución reglamentarios, o bien los tengan inutilizados o no se encuentren en óptimas condiciones.

Igualmente, esta situación se produce cuando no se han observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, así como las más básicas y elementales medidas de salubridad. Finalmente, podemos apuntar que dicha responsabilidad se puede generar igualmente cuando no se han adoptado las medidas de adecuación personal de cada trabajo, teniendo en cuenta las características y la edad de los empleados, el sexo y demás condiciones de cada trabajador

26 A propósito de la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones, conviene señalar que se trata de una cuestión «un tanto compleja teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque, acaba teniendo una consideración *sui generis*, que le aparta de la sanción propiamente dicha al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causahabientes». Desde esta perspectiva, se entiende que la naturaleza del recargo es claramente punitiva y, por ello, la satisfacción del mismo recae directamente en el empresario infractor, sin que pueda ser cubierta por el mecanismo del aseguramiento. Véase STS (Social) de 8 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7591); STS (Social) de 18 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 6415); STS (Social) de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 6561); STS (Social) de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1250); STSJ de Cataluña de 2 de enero de 2014 (JUR 2014, 50032); STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2014 (JUR 2014, 153016); y STSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2014 (JUR 2014, 185883).

(artículo 164 de la LGSS). La medida se proyecta, pues, ante las enfermedades profesionales o los accidentes de trabajo producidos por la falta o la insuficiencia de las medidas de seguridad y salud en el trabajo²⁷. Todo ello supone por sí mismo una infracción laboral, cuando además producen un resultado lesivo, que va más allá de las situaciones de simple peligro, las cuales pueden suponer, en su caso, para las empresas, la asunción de responsabilidad, que se puede concretar con un recargo de las prestaciones correspondiente a las contingencias sociales producidas. Se podrá reclamar un incremento de un 30 % a un 50 % de las prestaciones finales, que se aplicará teniendo en cuenta la gravedad de la falta producida (artículo 123 de la LGSS y 83.2 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre).

El recargo de prestaciones tiene una naturaleza mixta, que comprende tanto la indemnización a la víctima, en la medida que la responsabilidad empresarial manifestada en dicho recargo aumenta el importe de la prestación a la que tiene derecho el trabajador o sus derechohabientes; por otro lado, tiene una naturaleza sancionadora, puesto que da lugar a una sanción patrimonial individualizada y no transferible, sin que pueda ser objeto de compensación económica alternativa²⁸. Por su parte, debemos destacar la particularidad de dicho

27 En determinados supuestos, la infracción de las obligaciones preventivas, como sucede en el transporte por carretera, puede suponer no solamente la infracción del deber específico de obediencia del trabajo, sino incluso afectar al deber de cumplimiento de las obligaciones conforme a las reglas de la buena fe contractual. Véase STS (Social) de 22 de julio de 1985 (RJ 1985, 3827).

28 En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre si la responsabilidad por el recargo de prestaciones corresponde en exclusiva al empresario que emplea al trabajador accidentado, o si, por el contrario, también es posible la proyección de la responsabilidad solidaria entre empresarios. De este modo, se podría activar la responsabilidad sobre el empresario principal en el caso de contratas o subcontratas de obras y servicios. Esta opción, especialmente tuitiva para los trabajadores, ha sido acogida por la STC 81/1995, de 5 de junio. Sin embargo, se entiende que, por su naturaleza, dicha responsabilidad únicamente podría afectar al empresario contratista, que es el empleador directo del trabajador, y, por tanto, el empresario en sentido laboral, calificativo que no sería de aplicación para el dueño de la obra. En este sentido, conviene destacar que el recargo es una obligación que corresponde directamente al empresario infractor, como indica el artículo 164.2 de la LGSS.

recargo, que será compatible con las demás responsabilidades civiles, sean estas enjuiciadas como consecuencia de una acción de daños o perjuicios, o derivadas de una acción de exigencia de responsabilidad penal. De igual modo, dichas responsabilidades son compatibles con las sanciones administrativas o, en su caso, penales que se pueden imputar al sujeto responsable (artículo 164.3 de la LGSS y 42.3 de la LPRL). Sin duda, se trata de una responsabilidad directa del empresario, sin que sea posible por ello recurrir a un seguro u otras fórmulas alternativas de descargo, compensación o transmisión de responsabilidad. Se trata, en efecto, de recursos inviables y, por tanto, nulos, cuya razón de ser reside en su naturaleza de carácter sancionador.

9. La función desincentivadora del incumplimiento de las obligaciones preventivas en virtud del régimen sancionatorio

Junto al ámbito de la responsabilidad privada, debemos destacar la importancia de las fórmulas públicas de responsabilidad jurídica inherentes al *ius puniendi* del Estado. La LPRL dedica un apartado especial, en su capítulo séptimo, a la temática de las responsabilidades y sanciones. La responsabilidad jurídica se regula en el artículo 42 de la LPRL y el régimen sancionatorio público se remite en bloque a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) (artículos del 11 al 13)²⁹. Con carácter general, conviene señalar que se ha ido ampliando progresivamente el catálogo de infracciones y sanciones con proyección preventiva. Este régimen de responsabilidad

29 No cabe duda de la importancia del bloque sancionador administrativo, que ha tenido un importante desarrollo en la LISOS. Se ha previsto nuevos supuestos de sanciones graves y muy graves, acompañados de la previsión de importantes cuantías de sanciones, que pueden alcanzar hasta los cien millones de euros. Todo ello se refiere a un amplio catálogo sancionador que se proyecta sobre cuestiones de protección de la seguridad y la salud en el trabajo, por encima de las medidas relacionadas con la estricta prevención de los riesgos laborales en la empresa.

se refiere ampliamente a la responsabilidad patronal, pero no supone que dicha exigencia se anule o compense, en su caso, por la posible coexistencia de la responsabilidad jurídica de los trabajadores, por el incumplimiento de su deber de observar las medidas preventivas implementadas por las empresas. Ciertamente, se trata de planos de responsabilidad jurídica independientes. Este principio queda claramente contemplado en el artículo 5.3 de la Directiva 89/391/CEE, que considera que las obligaciones de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo no afectarán al principio general de responsabilidad empresarial.

Existen igualmente otros supuestos de sanciones que se refieren específicamente a los incumplimientos en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En este sentido, podemos destacar la sanción correspondiente al incremento de un 10 % de las primas por accidente de trabajo o enfermedades profesionales, que se deberán abonar si las empresas incumplen sus obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Conviene señalar en este punto que dicho recargo es una contramedida, opuesta a la reducción de hasta un 10 % de las mencionadas primas cuando las empresas se distinguen por el empleo de medidas propicias y eficaces en materia de prevención. Dicha sanción se puede contemplar en la disposición adicional segunda del Reglamento de colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, previstas en virtud del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre. Estas sanciones se pueden incrementar, como indica el propio reglamento, en el caso de que el incumplimiento de las obligaciones preventivas fuera reiterado. En este caso, dicho aumento del recargo podrá alcanzar hasta el 20 %. De igual modo, podemos destacar la proyección del Reglamento General de Cotización y Liquidación ante la Seguridad Social, dictado en virtud del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre. Esta disposición normativa permite que las primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales puedan reducirse hasta un 10 % o, en su caso,

incrementarse hasta 20 %, dependiendo de que las empresas realicen una actuación preventiva eficaz, penalizando si incumplen sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. Este supuesto se aplica igualmente respecto de las primas adicionales que corresponden a las empresas con especiales riesgos en el ámbito de las enfermedades profesionales.

La LISOS tipifica las infracciones administrativas, graduando su respuesta conforme a la gravedad del comportamiento infractor. Dicha labor de tipificación es una respuesta a los posibles incumplimientos del empresario en materia de prevención de riesgos laborales. A su vez, esta respuesta tiene una manifestación igualmente con *el ius puniendi* del Estado en el ámbito penal. En concreto, los artículos 316 y 317 del Código Penal tipifican esta situación como delito de peligro menos grave, pudiendo ser dolosos o culposos los incumplimientos empresariales en materia de prevención de riesgos laborales. Conviene destacar que en esta materia entrará en juego la proyección del principio de incompatibilidad de la responsabilidad penal y administrativa sobre la base del principio de *non bis in ídem*. Ello supone la imposibilidad de aplicar concurrentemente la sanción administrativa y la penal cuando se aprecie jurídicamente la existencia de los mismos sujetos, hechos y fundamentos jurídicos de aplicación. Es conocido el principio de *non bis in ídem*, que afecta al ámbito sancionador penal y administrativo, en aquellos casos que tengan una coincidente identidad sustantiva, así como una identidad de unidad procesal. Todo ello supone que la autoridad administrativa deberá suspender las actuaciones hasta que recaiga sentencia judicial. Únicamente en caso de ser exonerado, se podrán retomar las actuaciones del procedimiento administrativo sancionador en atención a los hechos declarados probados en el ámbito penal³⁰.

30 El respeto al planteamiento fáctico judicial y la paralización del procedimiento administrativo son contenido procesal del *non bis in ídem* (Pérez, 1994, pp. 2279-2280).

De igual modo, conviene destacar la proyección de las relaciones e interferencias entre autoridades judiciales de distintos órdenes jurisdiccionales. Evidentemente, con la promulgación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), se ha producido una vis atractiva del proceso social respecto del ámbito contencioso administrativo³¹. Con todo, el artículo 42 de la LPRL contempla que la declaración de hechos probados prevista en una sentencia firme del orden contencioso-administrativo³², relativa a la existencia de una infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción especialmente en materia de recargo de prestaciones³³. Ello supone otorgar, en principio, una mayor fiabilidad a la competencia contenciosa-administrativa sobre la social, descuidando el criterio de la especialidad jurisdiccional. Esta cuestión es importante en materia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en los accidentes de trabajo³⁴, que nos

31 La concurrencia de órdenes jurisdiccionales es posible, a pesar de que las últimas reformas han ido dirigidas a la atracción del mayor número de causas en materia preventiva al orden social de la jurisdicción. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que carece de relevancia constitucional que se puedan producir resultados contradictorios entre decisiones judiciales provenientes de distintos órganos judiciales. Véase STC 24/1984 (RTC 1984, 24); STC 59/1996 (RTC 1996, 59); STC 30/1996 (RTC 1996, 30); STC 158/1985 (RTC 1985, 158); STC 70/1989 (RTC 1989, 70); STC 62/1984, de 21 de mayo (RTC 1984, 62); STC 34/2003, de 25 de febrero (RTC 2003, 34); y STC 21/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 21). Desde el punto de vista doctrinal, recomendamos la consulta del siguiente trabajo de investigación: Sempere (2008).

32 Los tribunales del orden social de la jurisdicción están condicionados en los procesos en los que dilucide la aplicación del recargo de prestación por los hechos declarados probados en una sentencia firme recaída en el orden contencioso-administrativo por infracción de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo (artículo 42.5 de la LPRL).

33 En este sentido, se ha criticado la plena sumisión probatoria de la autoridad laboral a los hechos probados judiciales (García, 1989, p. 202). No obstante, debemos tener en cuenta que el relato fáctico contemplado en el acta de inspección tiene prevalencia si no es contradictorio con el pronunciamiento judicial.

34 Desde esta perspectiva, la jurisprudencia social reitera con relación al recargo de prestaciones, que no basta con la mera presencia de un accidente de trabajo, sino que es preciso que la infracción de las normas legales y reglamentarias previstas conlleve la violación de las medidas de seguridad. Por tanto, la infracción de la normativa en materia preventiva es un presupuesto necesario. Efectivamente, se trata de un presupuesto extensivo en la medida que la existencia del daño supone, en cierto modo, el propio fracaso de la acción preventiva del empresario. De

sitúa ante la propia compatibilidad para los supuestos de proyección sancionadora y no meramente indemnizatoria. El criterio legal es que la sanción administrativa es compatible con los recargos de prestaciones, lo que nos conduce a destacar su naturaleza indemnizatoria. Es decir, se trataría de un complemento que se adhiere y es compatible con cualquier tipo de responsabilidad. Ello no descuida la vertiente sancionadora, que también tiene una evidente proyección, puesto que su naturaleza punitiva se basa en una extensión del *ius puniendi* del Estado, que se proyecta sobre el ámbito de la Seguridad Social³⁵.

10. La acción de la compensación del daño por la aplicación de las reglas de responsabilidad civil

Sin duda, un lugar especial y con evidente proyección práctica se encuentra en el ámbito de la responsabilidad civil sobre la prevención de riesgos laborales. Nos estamos refiriendo a la posible acción de las responsabilidades civiles, ya sean de naturaleza contractual o extracontractual, así como las responsabilidades administrativas e, incluso, penales³⁶. En este sentido, el artículo 42 de la LPRL se refiere a las responsabilidades de las empresas, haciendo referencia expresa a la

igual modo, es preceptiva la relación necesaria de causalidad, a la que venimos refiriéndonos en este estudio. Véase STS (Social) de 8 de octubre de 2001 (RJ 2002, 1424); STS (Social) de 30 de junio de 2010 (RJ 2010, 6775); y STS (Social) de 30 de junio de 2003 (RJ 2003, 7694).

35 Con carácter general, conviene destacar la doctrina relativa a las sanciones derivadas de la supremacía de la Administración. Dicha situación especial estaría orientada a defender los intereses propios de la Seguridad Social, que se configura jurídicamente como un servicio público. Véase STC 94/1986 de 8 de julio (RTC 1986, 94); y Autos TC 721/1984 de 21 de noviembre, 150/1984 de 7 de marzo (RTC 1984, 150) y 781/1985 de 13 de noviembre (RTC 1985, 781).

36 Ciertamente, ocupa un especial protagonismo la concurrencia de responsabilidades de distinta naturaleza, abarcando las repuestas civiles, laborales, penales y administrativas ante la compensación del daño causado a la víctima. El ordenamiento contempla criterios para la resolución de las situaciones conflictivas, aunque dichos parámetros no son automáticos y dependen en gran medida de los supuestos de hechos y del ánimo protector en función de la lesión de los bienes jurídicos afectados.

responsabilidad civil de daños y perjuicios, la cual consiste en una primera manifestación de la reparación del daño, y, por ende, se produce la proyección del derecho de daños en el ámbito laboral. Este tipo de responsabilidad consiste en una imputación personal y directa al empresario respecto del daño producido por este, que se manifiesta en un daño a un empleado suyo. Con carácter general, la vinculación de dicha responsabilidad se genera por la vinculación entre el empresario y el trabajador en virtud de un contrato de trabajo³⁷. Ello se produce en la vertiente de la responsabilidad jurídica civil de carácter contractual (artículo 1.101 del Código Civil). Por tanto, ello presupone necesariamente la existencia de un contrato de trabajo, pero, además, la responsabilidad se activa cuando se produce un daño lesivo, que tenga causa y efecto en el vínculo laboral³⁸.

En los casos en los que el daño se produzca sin que medie dolo o culpa del empresario, estaremos ante aquellos supuestos que pueden ser inevitables o que no podían haberse previsto. El propio artículo 1105 del Código Civil contempla este supuesto en las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor³⁹. Con todo, conviene destacar que no se trata de una categoría jurídica ordinaria, que permita un margen de maniobra para la empresa. Al contrario, estamos ante un concepto

37 Desde este punto de vista, se ha sostenido doctrinalmente que las obligaciones preventivas tienen una evidente naturaleza jurídica, que se proyecta inevitablemente sobre el contrato de trabajo. Estaríamos, pues, ante una naturaleza igualmente privada, derivada de su fundamento contractual. La proyección de dichas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales necesita imprescindiblemente de la preexistencia de un vínculo contractual (Gorelli, 1996, pp. 207-208).

38 En otras palabras, la jurisprudencia ha destacado que la activación de la responsabilidad contractual requiere que «la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial». Véase STS, Civil, de 19 de junio de 1984 (RJ 1987, 3251).

39 En este sentido, conviene señalar que en los supuestos en los que el accidente de trabajo se produzca aun habiendo medidas de seguridad, se podrá, no obstante, apreciar la concurrencia del caso fortuito, cuando se trate de situaciones imprevisibles que no se puedan ciertamente evitar. Véase STSJ País Vasco (Social) de 19 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 34003). En este sentido, recomendamos igualmente la consulta del siguiente trabajo de investigación: Molina (2011).

excepcional, configurado para situaciones atípicas y, por tanto, excepcionales, que pueden dar lugar a los casos fortuitos y que no activan la responsabilidad jurídica de las empresas. Esta misma figura se contempla, con idéntico contenido restrictivo, en el artículo 5.4 de la Directiva 89/391/CEE, que se refiere a la «exclusión o la disminución de la responsabilidad de los empresarios por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles, o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieran podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada». Por tanto, desde el punto de vista de la regulación comunitaria, se resalta nuevamente el aspecto de la excepcionalidad de la situación, que permite que no se genere la acción de la responsabilidad jurídica de la empresa.

11. Conclusiones

Cuando se consuma el daño laboral, surge el problema de buscar la reparación y, consiguientemente, la tutela del trabajador afectado. En este sentido, no cabe duda de la concurrencia evidente de la LPRL y la LGSS, que es necesaria e incluso debe fomentarse su aproximación sobre la base del accidente de trabajo. Ciertamente, este doble plano de protección estará siempre presente y deberá ser atendido por el legislador. La coordinación de dichas disposiciones legales es evidente, en la medida que el bloque normativo preventivo (LPRL) estará orientado a buscar el propósito de evitar o reducir los accidentes de trabajo, mientras que la legislación de Seguridad Social (LGSS), junto con otros mecanismos de responsabilidad jurídica, permitirá la posibilidad de asegurar una reparación adecuada de los daños profesionales derivados del accidente de trabajo.

La referencia a las consecuencias jurídicas del daño laboral en sede preventiva tiene un efecto que beneficia a la protección jurídica de todos los trabajadores. Ello es especialmente importante si tenemos en cuenta el ámbito subjetivo de aplicación extensivo de la legislación

de prevención de riesgos laborales. Dicha protección afecta a cualquier tipo de trabajo y va mucho más allá del concepto de trabajo subordinado. En este sentido, cabe recordar que igualmente el trabajo autónomo se encuentra protegido en materia de protección de riesgos laborales. El accidente de trabajo ha tenido una importante proyección en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Muchas de las novedades en materia de accidente de trabajo han sido planteadas con el fin de evitar su proyección en la práctica y de buscar su finalidad preventiva. En esa línea, existe de forma indirecta un derecho de daños vinculado al accidente de trabajo. Este planteamiento implica la evidente conexión normativa existente entre la LPRL y la LGSS. Sin embargo, esta opción legislativa presupone una labor extraordinaria del intérprete jurídico, quien debe analizar de forma dispersa el conjunto de normas que se proyectan sobre dicha materia y que tiene consecuencias desde el punto de vista casuístico. Los daños laborales tienen una doble manifestación a través de la figura del accidente de trabajo y de las enfermedades profesionales. Esta afirmación se confirma con la configuración de ambas figuras en torno a su delimitación normativa prevista en la legislación de Seguridad Social.

La determinación de las responsabilidades empresariales es una de las cuestiones de mayor complejidad técnica. Esta dimensión se incardina igualmente en el ámbito del derecho de prevención de riesgos laborales. Se trata de analizar el régimen jurídico de fijación de las responsabilidades patronales en caso de incumplimiento de los deberes preventivos previstos legalmente. Como estamos indicando, en estos casos, el sujeto prototípico que asume la responsabilidad será la empresa, puesto que es esta la que se configura legalmente como deudora de seguridad y salud en el trabajo; y es el empleador quien con la organización de su actividad empresarial genera los riesgos laborales, los cuales se proyectan sobre sus empleados como consecuencia del desarrollo de la actividad productiva.

El régimen de responsabilidad múltiple existente en la actualidad nos permite esbozar el análisis de una protección del daño de forma transversal. Ello da lugar a la presencia de una responsabilidad articulada en distintos planos, que en muchos casos muestra deficiencias desde el punto de vista de su coordinación. En este sentido, podemos destacar que se adolece de una deficiente coordinación en el régimen de responsabilidad jurídica previsto legalmente, que en muchos casos da lugar a la aplicación de distintas fórmulas de compensación del injusto. Legalmente, se contempla un régimen prolijo de responsabilidad, que genera supuestos de concurrencia de responsabilidades. Sin duda, una cuestión esencial para comprender el régimen de responsabilidad empresarial se refiere a su carácter multidisciplinar y transversal. Ello supone que la responsabilidad de las empresas derivadas del incumplimiento de los deberes de seguridad y salud en el trabajo no es única, sino que ante dichos incumplimientos se puede activar un sistema de responsabilidad múltiple.

La responsabilidad de Seguridad Social cumple con la función reparadora del daño producido al trabajador, atendiendo automáticamente a las situaciones de necesidad ligadas al resultado lesivo. Asimismo, dicha responsabilidad satisface el fin preventivo, aun indirectamente. Esta función preventiva se consigue mediante distintos mecanismos, en especial por medio de la reducción de la cotización por contingencias profesionales en caso de aplicación de medidas preventivas eficaces. Aunque la acción protectora de la Seguridad Social no esté dirigida directamente a la función preventiva de los riesgos profesionales, ciertamente las prestaciones sociales juegan un papel básico en la reparación de las situaciones de necesidad; y protegen, por tanto, un riesgo, aunque no lo prevengan. Por tanto, se produce de manera inevitable una conexión entre el sistema de prevención de riesgos laborales y la acción protectora de la Seguridad Social en materia de riesgos profesionales. La reparación de los daños por la Seguridad Social viene a complementar los objetivos legales prevencionistas, lo que hace que

la prevención de riesgos profesionales no sea una cuestión ajena al sistema de protección social.

Referencias

- Almendros, M. A. y Díaz, M. T. (1996). El delegado de prevención en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En R. Escudero (coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (pp. 475-500). Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Álvarez, A. (2001). *El delegado de prevención. Estudio crítico en su régimen jurídico*. Comares.
- Arastey, M. L. (2011). Accidentes de trabajo: últimos criterios de la jurisprudencia social sobre valoración del daño. *Actum Social*, (48). Editorial Francis Lefebvre (versión electrónica).
- Brooks, A. (1994). Judicial interpretations of general duties of care: some hidden problems in occupational health and safety legislation. *University of New South Wales Law Journal*, 17(2), 475-519. <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/1994/17.pdf>
- Cardenal, M. (1998). Criterio del Tribunal Supremo acerca de la elección de los delegados de prevención y el respeto a la proporcionalidad con la representación unitaria. *Aranzadi Social*, (3), 2571-2575.
- Consejo de las Comunidades Europeas (1989). Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Luxemburgo: 12 de junio de 1989. <https://www.boe.es/doue/1989/183/L00001-00008.pdf>

- Fernández, L. (1995). El contenido de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: puntos críticos. *Actualidad Laboral*, (3), 817-841.
- Fernández, L. (2001). *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria*. Dykinson.
- González, E. (1996). *La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos* [ponencia]. VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, España.
- Gorelli, J. (1996). Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo. En A. Ojeda, M. R. Alarcón y M. J. Rodríguez (coords.), *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995* (pp. 189-254). Aranzadi.
- Jefatura de Estado (1995a). Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. Madrid: 8 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-24292-consolidado.pdf>
- Jefatura de Estado (1995b). Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal. Madrid: 23 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>
- Macías, M. C. y Urbano, A. (2022). Jurisdicción social y siniestralidad laboral: los órganos jurisdiccionales sociales en cien años de historia. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 12(2), 1-23. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7366>
- Martín, A. y García, J. (2008). *Accidente de trabajo: delimitación legal* (t. I). Civitas.
- Ministerio de Gracia y Justicia (1889). Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Madrid: 24 de julio de 1889. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social (1995). Real Decreto 2064/1995, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad

Social. Madrid: 22 de diciembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-1579-consolidado.pdf>

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2015a). Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. 23 de octubre de 2015. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2015b). Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Madrid: 30 de octubre de 2015. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11724-consolidado.pdf>

Ministerio de Trabajo (1971). Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Madrid: 9 de marzo de 1971. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1971-380>

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (1997). Real Decreto 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Madrid: 17 de enero de 1997. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1997/BOE-A-1997-1853-consolidado.pdf>

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2000). Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Palma de Mallorca: 4 de agosto de 2000. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-15060-consolidado.pdf>

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (1995). Real Decreto 1993/1995, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Madrid: 7 de diciembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-26716-consolidado.pdf>

- Molina, C. (2011). El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial hace «justicia disuasoria». *Aranzadi Social*, 3(22).
- Monereo, J. L. y Fernández, J. A. (2005). Políticas públicas. Política preventiva y política de Seguridad Social. En J. L. Monereo, C. Molina y M. N. Monereo (dirs.), *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, argumentación, gestión y responsabilidad* (pp. 113-134). Comares.
- Montoya, A. (1996). El accidente de trabajo y la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (3), 1325-1329.
- Moreno, J. M. (2022). El orden social como garante del cumplimiento de prevención y reparación de riesgos: vis atractiva, conflictividad incesante pospandemia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, (468), 195-205.
- Moreno, M. N. (1996). La seguridad y salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales. Un análisis desde la perspectiva de la Directiva 89/391/CEE. En J. L. Monereo (coord.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral: XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (pp. 545-608). Universidad de Granada.
- Pérez, L. (1994). El *non bis in idem* en el derecho sancionador laboral: la jurisprudencia de la última década. *Aranzadi Social*, (2), 2273-2317.
- Rodríguez, M. J. y Pérez, G. (2002). *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*. Civitas.

- Sempere, A. V. (2008). ¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo? *Aranzadi Social*, (1).
- Valdés, F. (1997). Los derechos de participación en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En M. E. Casas, M. C. Palomeque y F. Valdés (coords.), *Seguridad y salud en el trabajo: el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales* (pp. 67-126). La Ley-Actualidad.
- Vida, J. (1970). Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: estudio crítico. *Revista de Trabajo*, (31), 5-26.



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista de Derecho Procesal del Trabajo

**PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL**

VOL. 5, N.º 6, JULIO-DICIEMBRE, 2022, 133-164

PUBLICACIÓN SEMESTRAL. LIMA, PERÚ

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6.674

Consideraciones sustantivas y procesales para la adecuada imputación de las infracciones al Código de Ética de la Función Pública desde la perspectiva de la jurisprudencia administrativa del Tribunal del Servicio Civil

**Substantive and procedural considerations for the
adequate imputation of infractions to the Civil
Service Code of Ethics from the perspective of the
administrative jurisprudence of the Civil Service
Tribunal**

CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
(Lima, Perú)

Contacto: pcdecamo@upc.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7390-8624>

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los aspectos sustantivos y procesales vinculados al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado-empleador que regulan los procedimientos administrativos disciplinarios (PAD) en el régimen legal público. El marco teórico que se propone comienza por el análisis de las relaciones entre ética y derecho, dentro del marco del cabal ejercicio de la función pública, cuyo vértice normativo es el Código de Ética de la Función Pública, que constituye un ordenamiento transversal a los diversos regímenes legales que se aplica en la Administración pública. En función de ello, se pasa revista a la estructura y la configuración del régimen legal de faltas y sanciones contenido en el referido Código, que tipifica como falta disciplinaria la infracción de los principios, deberes y prohibiciones regulados en su plexo normativo, que definen su contenido sustantivo, lo que obliga a fijar reglas para su adecuada subsunción dentro de los tipos legales regulados en el Código, así como su encuadramiento en las normas de los PAD, en observancia de los principios de la potestad sancionadora del Estado. De esta forma, este artículo aborda las cuestiones sustantivas relacionadas con los parámetros de legalidad y tipicidad que consagra el ordenamiento administrativo a través del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, a considerarse en la imputación de las faltas contenidas en el Código, que requieren de su concreción positiva a partir de la aplicación de las normas del régimen disciplinario de la Ley del Servicio Civil.

Palabras clave: ética laboral; procedimiento administrativo disciplinario; potestad sancionadora del Estado; Código de Ética de la Función Pública; Ley del Servicio Civil; Tribunal del Servicio Civil.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the substantive and procedural aspects related to the exercise of the sanctioning power of the Nation-employer that regulate disciplinary administrative procedures (DAP) in the public legal regime. The proposed theoretical mark begins with the analysis of the relationships between ethics and law, within the framework of the appropriate exercise of public service, whose normative vertex is the Ethics Code of the Public Service, which constitutes a transversal legal system that is applied in the public administration. Accordingly, a review is made of the structure and configuration of the legal regime of offenses and penalties contained in the Code, which defines as a disciplinary offense the infringement of the principles, duties and prohibitions regulated in its normative plexus. In effect, these define their substantive content and such framework makes it necessary to establish rules for their adequate subsumption within the legal types regulated in the Code, as well as their framing within the rules of the DAPs, in observance of the principles of the State's sanctioning power. In this manner, this article addresses the substantive issues related to the parameters of legality and typicity enshrined in the administrative order through the Unified Text of the General Administrative Procedure Law, to be considered in the imputation of the offenses contained in the Code, which require their positive concretization from the application of the rules of the disciplinary regime of the Civil Service Law.

Key words: work ethics; disciplinary administrative procedure; sanctioning power of the State; Civil Service Code of Ethics; Civil Service Law; Civil Service Tribunal.

Recibido: 30/11/2022 Aceptado: 13/12/2022

El mundo de la ética y del derecho no se excluyen; antes bien, se complementan. Las normas jurídicas, a más de tener por esencia un sustrato ético, pueden convertir los principios éticos en obligaciones exigibles.

MARIO PASCO COSMÓPOLIS

1. Ética y derecho

La problemática de la vinculación entre ética y derecho es consustancial a la reflexión filosófica sobre la irradiación de los contenidos éticos en las relaciones sociales, en las que las relaciones laborales no son la excepción.

Al respecto, Oscar Ermida (2005) advertía que las relaciones entre ética y derecho laboral habían tenido escaso tratamiento en la doctrina. Sin embargo, con agudeza señalaba que «puede decirse que “se siente” o “se intuye” la preocupación ética en el derecho del trabajo en especial, y en el derecho en general» (p. 228). Bajo esta premisa, es importante tomar nota de un aspecto esencial: los principios éticos no solo se agotan en el plano abstracto, sino que también —como apunta Mario Pasco (2013)— pueden tornarse en exigibles por mandato normativo; y de ahí el punto central objeto de análisis en el presente trabajo.

En efecto, se admite pacíficamente en doctrina que, dentro del contrato de trabajo, del que emanan derechos y deberes recíprocos para las partes, subyace un esencial componente ético y personal, que va más allá del pago de la debida contraprestación por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo. En palabras de Pasco:

Las obligaciones que recíprocamente adquieren trabajador y empleador no se agotan dentro del ámbito formal del contrato de trabajo, sino que lo trascienden y sobrepasan. Los compromisos éticos no se confinan dentro de las

paredes del taller, la fábrica o la oficina, sino que abarcan todos los espacios en que pueden confluir las partes (p. 73).

Por tanto, resulta inevitable no vincular el contenido ético del contrato de trabajo al deber de buena fe, que emana de la regla según la cual los contratos deben celebrarse y ejecutarse conforme al principio de buena fe, y que recoge el Código Civil en su artículo 1362¹: «los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

Aproximándonos al concepto desde la disciplina laboral, el artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), aprobado por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR, señala lo siguiente: «Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato [de trabajo], de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación». Complementa lo dicho el literal a del mismo artículo, que señala de forma expresa que constituye falta grave «el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el **quebrantamiento de la buena fe laboral**» (énfasis nuestro).

Por su parte, el artículo 85 de la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante, LSC), tipifica las faltas disciplinarias sancionables con suspensión temporal o destitución, considerando una causal genérica análoga a la norma glosada de la LPCL, consistente en «el incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento» (literal a), que termina ampliada al concordarse con el literal q, que extiende la tipificación a «las demás [faltas] que señale la ley», lo cual

1 Respecto del contenido y los alcances del artículo 1362, en la exposición de motivos del anteproyecto de Código Civil, Manuel de la Puente comentaba que «la conducta exigible a los tratantes para llevar a cabo las tratativas según las reglas de la buena fe debe juzgarse según el estándar jurídico del hombre correcto y razonable, que actúa con diligencia ordinaria que corresponda a las circunstancias del tiempo y del lugar» (citado en Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2018, Casación n.º 2130-2017-Junín, fundamento tercero).

denota que no estamos frente a una tipificación *numerus clausus*, sino que comprende otras causales previstas en normas legales distintas a la LSC, o incluso en su Reglamento.

Para ir adentrándonos en la materia, analizaremos la regulación relacionada con el contenido ético en el ejercicio de la función pública, a fin de completar el marco teórico de la problemática que nos hemos propuesto abordar.

2. Ética y función pública

En el 2002, es decir, veinte años atrás, se dictó la Ley n.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública (en adelante, el Código), que en su artículo 1 regula los principios, deberes y prohibiciones éticos de obligatorio cumplimiento para todos los servidores públicos. Asimismo, delimita su ámbito de aplicación, subjetivo y objetivo, en los artículos 2, 3 y 4, que regulan lo referido al concepto y los fines de la función pública, así como el alcance y el contenido del concepto de servidor público para efectos del Código.

El artículo 2 del Código define a la función pública como «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos»². Por su parte, el artículo 3 señala que son fines de la función pública

el servicio a la nación, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, y la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y

2 Previamente, el segundo párrafo del artículo 1 había realizado el reenvío al artículo 1 de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, actualmente Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUOLPAG), aprobado por Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS.

optimizando el uso de los recursos públicos, conforme a lo dispuesto por la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado.

Finalmente, el artículo 4 define el concepto de servidor público, aspecto esencial para el ámbito de aplicación subjetivo del Código:

Artículo 4. Servidor público

4.1. Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado³.

4.2. Para tal efecto, **no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral al que esté sujeto** (énfasis nuestro).

A partir de lo señalado, interesa remarcar dos aspectos jurídicos del Código, relacionados con el presente análisis.

- a. **El carácter transversal de su regulación.** Este cubre no solo el espectro de servidores y funcionarios públicos, recogido en la clasificación del artículo 4 de la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, sino en general a todo servidor público, con prescindencia del régimen legal al que se encuentre sujeto, incluyéndose a los servidores de confianza y a los funcionarios electos «en nombre o al servicio del Estado»⁴.

Esta vocación omnicomprensiva del concepto de empleado público deriva del artículo 39 de la Constitución, que, si bien mantiene la división clásica entre funcionarios y trabajadores

3 Este numeral fue modificado mediante el artículo único de la Ley n.º 28496, sustituyéndose la denominación genérica de «servidor público» por «empleado público».

4 La redacción original del numeral 4.1 del Código nos parece la terminología más correcta, y por ello la recogemos en esta parte del comentario.

públicos⁵, dispone que ambas categorías «están al servicio de la nación»; es decir, el solo hecho de prestar servicios subordinados para el Estado implica su sujeción a los deberes y las obligaciones inherentes a dicha condición, lo cual comprende a los deberes éticos.

Obsérvese que el numeral 4.2 del artículo 4 bajo análisis, en línea con lo señalado en el párrafo anterior, precisa que, para efectos del Código, no es relevante el régimen legal al que esté adscrita la entidad pública, ni el trabajador o funcionario público; es decir, basta con tener la condición de prestar servicios subordinados al Estado para ser pasible de la imputación de responsabilidades derivadas de las infracciones al Código, en los términos que se analizará más adelante.

b. Una naturaleza jurídica compleja. En efecto, la problemática jurídica que ha pretendido resolver el precedente vinculante que analizaremos más adelante es la forma de integración más adecuada entre la estructura de las faltas e infracciones contempladas en el Código, de naturaleza abstracta, con las normas y los principios que, en concreto, regulan el régimen sancionatorio previsto en la LSC, observando los principios generales de legalidad y tipicidad, así como su carácter residual respecto de esta ley.

Sobre lo primero, el Código, en sus capítulos II y III, en tres artículos (6, 7 y 8), desarrolla los principios y los deberes del servidor público, así como las prohibiciones a las que está sujeto en su accionar.

5 Al respecto, Mario Pasco (1998) señala que puede ser que la convocatoria psicológica de un vocablo enfatice ciertas características del concepto en sí; por ejemplo, «funcionario» hace referencia a quien ejerce una función; «trabajador» alude en esencia a quien labora; «servidor», a quien presta un servicio; empleado, a quien simplemente tiene un empleo por cuenta del Estado (p. 277).

Los principios, por su naturaleza indeterminada, para su correcta aplicación, requieren de su concretización. Sin embargo, esta tarea no es obra de la interpretación propiamente dicha, sino de una construcción jurídica, razón por la cual los principios no pueden ser aplicados en el mismo sentido en el que se aplican las reglas⁶.

Por ello, Guastini (2016) señala que, para la aplicación de los principios, es importante tener en cuenta que la técnica de subsunción —que implica la operación lógica de adecuación del hecho a la norma jurídica— debe considerar la utilización de un concepto, que sería el principio concernido, y adscribirlo a una clase más amplia de conceptos, y, por ende, concretizarlo, mediante una subsunción «genérica»⁷, como lo recogen los códigos de ética.

Este último aspecto ha sido resuelto en el precedente antes referido, que orienta esta técnica de subsunción hacia el encuadramiento de los supuestos fácticos de los casos planteados dentro del sistema de faltas del Código, incidiendo en la necesidad de observar los parámetros fijados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la correcta aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, que sustentan el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado-empleador.

Pasemos revista a los artículos del Código que enumeran los principios, deberes y prohibiciones de los servidores y funcionarios públicos, cuya infracción es tipificada como falta. El artículo

6 En Guastini (2016), si bien el análisis se refiere a los principios constitucionales, consideramos que resulta plenamente de aplicación a los principios éticos materia de comentario.

7 Guastini señala al respecto: «“subsumir” significa adscribir un individuo (en sentido lógico) a una clase (subsunción individual), o incluir una clase en una clase más amplia (subsunción genérica). En otras palabras, subsumir significa, comúnmente, usar un concepto» (p. 339).

6 contempla los siguientes principios de la función pública⁸: respeto; probidad; eficiencia; idoneidad; veracidad; lealtad y obediencia; justicia y equidad; y lealtad al Estado de derecho. Por su parte, el artículo 7 establece como deberes de la función pública los siguientes: neutralidad, transparencia, discreción, ejercicio adecuado del cargo, uso adecuado de los bienes del Estado y responsabilidad. Finalmente, el artículo 8 regula las prohibiciones éticas aplicables a todo servidor público: mantener intereses en conflicto; obtener ventajas indebidas; realizar actividades de proselitismo político; hacer mal uso de información privilegiada; y presionar, amenazar y/o acosar.

Luego de completar nuestro marco teórico, analizaremos la problemática que plantea la adecuada imputación de las infracciones cometidas contra las normas antes referidas del Código.

3. Análisis

Corresponde analizar los criterios jurídicos que ha tenido en consideración el Tribunal del Servicio Civil (en adelante, el Tribunal) para abordar la forma de imputación de las infracciones al Código en el marco del procedimiento administrativo sancionador (PAD), regulado por la LSC.

Como se ha señalado, el problema aplicativo que se ha pretendido resolver es la forma de integrar la estructura de las infracciones tipificadas en el Código, conformada por principios, deberes y prohibiciones, con las normas del PAD, que, como tal, debe observar los principios de legalidad y tipicidad, conforme se analizará a continuación. Asimismo, nos ocuparemos de la problemática surgida a partir de la

8 Por razones de espacio, no hacemos referencia a la definición de cada principio. Sin perjuicio de ello, haremos referencia a ellos cuando ejemplifiquemos la subsunción genérica a aplicarse para algunos principios emblemáticos, como respeto, probidad, idoneidad y veracidad.

aplicación del régimen de faltas y sanciones prevista en el Código, que, por su carácter transversal, al haber sido derogado, planteaba un dilema hamletiano, en el sentido de que o bien procedía la imputación de las faltas conforme al catálogo de infracciones previstas en él, en una suerte de ultraactividad; o bien era aconsejable su adscripción al régimen disciplinario de la LSC, que constituye el régimen legal que actualmente regula de forma integral las relaciones de trabajo en el Estado, operando el Código como un régimen residual o subsidiario.

3.1. Problemática a resolver: precedente administrativo aprobado mediante Resolución de Sala Plena n.º 006-2020-SERVIR/TSC del 26 de junio de 2020

El Tribunal (2020a), en el precedente administrativo aprobado mediante Resolución de Sala Plena n.º 006-2020-SERVIR/TSC⁹ (en adelante, el precedente), indica que la problemática a resolver consistió en que

se ha advertido que las entidades a través de sus autoridades administrativas, al momento de tipificar una falta, subsumen conductas como infracciones administrativas a la Ley n.º 27815, cuando en algunos casos estas se encuentran previstas como faltas disciplinarias en el artículo 85 de la Ley n.º 30057 y su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo n.º 040-2014-PCM. Asimismo, en otros casos, se subsumen simultáneamente, en un mismo proceso disciplinario y para una misma conducta infractora, faltas previstas tanto en la Ley n.º 27815 como en la Ley n.º 30057, vulnerando el carácter residual de las primeras respecto a las faltas previstas en la Ley n.º 30057 (numeral 3).

Por lo tanto,

9 Ver artículo V, numeral 2.8, del título preliminar del TUOLPAG, según el cual son fuentes normativas del procedimiento administrativo «las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. **Estas decisiones generan precedente administrativo**» (énfasis nuestro).

es necesario establecer directrices que permitan determinar cuándo corresponde imputar las infracciones administrativas previstas en la Ley n.º 27815 en el marco del procedimiento administrativo disciplinario de la Ley n.º 30057 y cómo se debe realizar una imputación acorde a los principios de legalidad y tipicidad previstos en el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (numeral 4).

3.2. Positivización de la ética pública en los códigos

Para la doctrina ha venido consolidándose un proceso de «juridificación de la ética pública», dado que se «ha plasmado en normas de diverso rango reglas tendientes a cuidar el recto ejercicio de la función pública» (Delpiazzo, 2014, p. 409).

Como señala José Lozano Aguilar, citado por el Tribunal (2020b) en el precedente administrativo aprobado mediante Resolución de Sala Plena n.º 007-2020-SERVIR/TSC,

la ética pública debe ayudar en el proceso de comportamiento del funcionario o gestor público a través del autocontrol y del uso correcto de la razón a partir de la idea de servicio a la colectividad. Así pues, el objetivo de la ética en la Administración pública es fomentar la sensibilidad de los funcionarios hacia esos valores del servicio público (numeral 8).

La técnica seguida por el legislador del Código, una vez consagrados a nivel normativo los principios, los deberes y las prohibiciones señalados, consistió precisamente en atribuirles carácter de falta por infracción a la misma ley, como refiere el artículo 10.1 sobre sanciones: «**La transgresión de los principios y deberes** establecidos en el capítulo II y de **las prohibiciones** señaladas en el capítulo III de la presente Ley se considera infracción al presente Código, generándose responsabilidad pasible de sanción» (énfasis nuestro).

Esta construcción técnica demanda un tipo de subsunción especial, dado que la falta administrativa disciplinaria está constituida por la

transgresión de principios, deberes y prohibiciones, y no por conductas activas u omisivas concretas y específicas, por ejemplo, incurrir en acto de violencia, grave indisciplina o faltamiento de palabra, proporcionar información falsa para acceder a un cargo público, utilizar o disponer de los bienes de la entidad, etc.

Para ello, es necesario analizar las características que debe observar este sistema de tipificación de faltas; primero, a la luz de los principios de la potestad sancionadora del Estado, a través de los parámetros de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de forma previa al análisis de las técnicas de subsunción que debemos aplicar para la adecuada imputación de las faltas previstas en el Código.

3.3. Bloque de constitucionalidad y principios de la potestad sancionadora del Estado-empleador

Sobre el particular, Richard Martin (2021) señala que

partimos de la unidad punitiva del *ius puniendi*, donde la doctrina y la jurisprudencia aceptan la unidad de la potestad sancionadora del Estado. Tanto la potestad sancionadora de los jueces y de las autoridades administrativas (con sus matices) tienen fundamento en el *ius puniendi* único del Estado. (p. 666)

Sin embargo, el *ius puniendi*, al ejercerse dentro de un Estado social de derecho, reconoce como límites naturales los derechos fundamentales del ciudadano y, por ende, de los servidores y funcionarios públicos comprendidos en el ámbito del poder sancionador estatal. Así lo recoge el artículo 45 de la Constitución, cuando prescribe que «el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen»¹⁰. Complementando el concepto, Martin precisa lo siguiente:

10 Como señala la doctrina: «El poder punitivo o sancionador de la comunidad política es único, puesto que deriva del poder político, el que a su vez se deriva de la conducta humana» (Durán, 2014, p. 245).

«Como se puede entender fácilmente en este escenario, son aplicables íntegramente las reglas de garantía y procedimientos de garantía, en resguardo de la libertad individual» (p. 677).

Por ello, para delimitar el bloque de constitucionalidad de la potestad sancionadora del Estado, debemos concordar la norma del artículo 45 de la Constitución con las normas sobre garantías y libertades fundamentales consagradas en el artículo 2 de la misma norma¹¹. Sobre el particular, la norma contenida en el numeral 24 del literal d de este artículo constitucional¹², ubicada dentro de las libertades personales, refiere a la garantía de que ningún ciudadano será procesado si no existe norma legal expresa que tipifique la regla de conducta que habría infringido, que, como se analizará más adelante, subsume a los principios de legalidad y tipicidad analizados en líneas anteriores.

En nuestro concepto, si bien dicha garantía está referida esencialmente al ámbito penal, también se extiende su aplicación a la potestad sancionadora administrativa, adquiriendo plena vigencia no solo en sede jurisdiccional penal, sino también en el procedimiento administrativo sancionador.

11 Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 1654-2004-AA/TC, ha señalado que la potestad sancionadora del Estado se encuentra «condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales» (2004, fundamento 2; también citada en el precedente, numeral 7). Asimismo, señala que

debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración al irrestricto respeto del derecho al debido proceso en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman (fundamento 2).

12 El texto completo del literal d del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución (derecho a la libertad y seguridad personales) es como sigue: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley».

Enrique Bernalés (1999) comenta dicho artículo constitucional y señala que «se establece en esta norma dos principios del derecho penal moderno, englobados por el principio de legalidad de la ley penal, que fueron considerados elementos fundamentales de seguridad personal desde el siglo XVIII» (p. 176).

Analicemos cada uno de ellos desde la perspectiva de la potestad sancionadora del Estado, recogida en la normativa procesal administrativa.

3.3.1. Principio de legalidad

Como se ha señalado, el *ius puniendi* del Estado es único. Sin embargo, dicha potestad tiene dos manifestaciones: una penal y otra administrativa, con sus matices y particularidades.

Como refiere Durán (2014):

Esas diferencias no son meramente formales sino sustanciales, lo que explica que la primera se ejerza a través de la función jurisdiccional por un órgano jurisdiccional y por medio de un procedimiento jurisdiccional y la segunda a través de la función administrativa, por un órgano administrativo, y por medio de un procedimiento administrativo. (p. 245; énfasis nuestro)

A nivel de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el Expediente n.º 00197-2010-PA/TC, el principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no fue previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta tampoco fue determinada por la ley (fundamento 3). A su vez, en el mismo fundamento se señala que el principio de legalidad impone tres exigencias: i) la existencia de una norma con rango de ley (*lex scripta*); ii) que la ley sea aplicable al hecho sancionado (*lex praevia*); y iii) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Bajo esta premisa, los alcances aplicativos del principio de legalidad son múltiples, con directas consecuencias para la validez de los procedimientos administrativos sancionadores, como se analizará más adelante.

En efecto, la preexistencia de una ley que tipifique la conducta funcional como infractora del ordenamiento jurídico es una condición esencial para la aplicación de una sanción administrativa, por cuanto constituye —como califica la doctrina— «una violación a una regla de derecho y, por tanto, afecta la regularidad jurídica del acto que lo contenga» (Durán, 2014, p. 248).

Este concepto se complementa con la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico, también denominado por la doctrina como «vinculación positiva de la Administración a la ley» (Morón, 2019, p. 78), en cuya virtud la certeza de validez de toda acción administrativa depende de su vinculatoriedad a un precepto o norma jurídica, «o que, partiendo desde este, pueda derivársele como su cobertura o desarrollo necesario» (p. 78).

Así, la cuestión más relevante es el alcance preciso del principio de legalidad respecto de las conductas activas u omisivas que impliquen la vulneración de deberes funcionales, lo cual «no solo exige que la falta esté prevista en una norma legal, sino que la misma describa claramente cuál es la conducta que se considera como tal (*lex certa*), que se conoce **como el mandato de determinación**» (precedente, numeral 10; énfasis nuestro).

Como recoge la doctrina, el principio de legalidad encuentra su concreción en «la exigencia de que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, como las sanciones a imponer, sean descritos clara e inequívocamente, de forma que no se genere inseguridad jurídica» (Gómez y Sanz, citados en el precedente, numeral 12); y, por ende, sean perfectamente previsibles las consecuencias derivadas de estas conductas activas u omisivas.

Este concepto lo sintetiza el numeral 1 del artículo 248 del TUOLPAG: «**1. Legalidad.** Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado».

3.3.2. Principio de tipicidad

Con relación al principio de tipicidad, precisa el Tribunal Constitucional (2010) que

el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. (fundamento 6)

Por su parte, el artículo 248, numeral 4, del TUOLPAG, define el principio de tipicidad en los siguientes términos:

4. Tipicidad. Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o decreto legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

Uno de los alcances más relevantes del principio de tipicidad, como manifestación del principio de legalidad, es incorporado por el precedente del Tribunal:

El principio de tipicidad [...] exige que las conductas consideradas como faltas estén definidas con un nivel de precisión suficiente, de manera que el destinatario de las mismas pueda comprender sin dificultad o estar en condiciones de conocer y predecir las consecuencias de sus actos; ello a partir de la previsión clara de la conducta proscrita y de la sanción aplicable. (numeral 15)

Complementa este concepto Morón Urbina (citado en el precedente) al puntualizar que

la determinación de si una norma sancionadora describe con suficiente grado de certeza la conducta sancionable, es un asunto que debe ser resuelto de manera casuística, pero es importante tener en cuenta que la tipificación es suficiente **cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra.** (numeral 17; énfasis nuestro)

Morón agrega, finalmente, un último alcance de esta operación de subsunción en el mismo fundamento precitado: «el mandato de tipificación, que este principio conlleva, no solo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, **sino a la autoridad cuando realiza la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes**».

4. Técnicas de subsunción para la adecuada imputación de las faltas reguladas en el Código

4.1. Consideraciones preliminares

Es importante mencionar que la regulación primigenia del Código contaba con una estructura que contemplaba como faltas a las infracciones a los principios, deberes y prohibiciones éticos. Sin embargo, la misma ley no reguló los tipos de sanción a aplicarse, sino que los derivó al Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, aprobado por el Decreto Supremo n.º 033-2005-PCM, y fijó como reglas de graduación las contempladas en las normas sobre

carrera administrativa, estableciendo como régimen laboral aplicable el que correspondiera según la función o el cargo desempeñado por el trabajador público¹³.

Con relación al procedimiento sancionador, el citado Reglamento hizo el reenvío al procedimiento regulado en el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 005-90-PCM¹⁴.

Cuando entran en vigencia la LSC y su Reglamento General, en la única disposición complementaria derogatoria de este último, mediante su literal g, se deroga el artículo 4 y los títulos I, II, III y IV del Reglamento del Código¹⁵, por lo que dejó sin efecto el régimen de sanciones y normas procedimentales, creándose un vacío que impedía al Estado-empleador aplicar sanciones, quedando incurso en una clara vulneración a los principios de legalidad y tipicidad, que sustentan su potestad sancionadora.

13 El artículo 10.2 del Código establece que «El Reglamento de la presente ley establece las correspondientes sanciones. Para su graduación, se tendrá presente las normas sobre carrera administrativa y el régimen laboral aplicable en virtud del cargo o función desempeñada».

Por su parte, el Reglamento del Código, en su artículo 9, señala lo siguiente:

Artículo 9. De la clasificación de las sanciones

Las sanciones pueden ser:

- a) amonestación;
- b) suspensión;
- c) multa de hasta 12 unidades impositivas tributarias (UIT);
- d) resolución contractual; y
- e) destitución o despido.

Las sanciones antes mencionadas se aplicarán atendiendo a la gravedad de las infracciones como sigue:

Infracciones leves: amonestación, suspensión y/o multa.

Infracciones graves: resolución contractual, destitución, despido y/o multa.

14 Véase capítulo XIII del Reglamento, artículo 163 y siguientes.

15 La LSC entró en vigencia el 14 de septiembre de 2014, a los 90 días de la vigencia de su Reglamento General, pero con fecha 14 de junio de 2014 quedaron derogados los Títulos del Código que regulaban el régimen de faltas y sanciones, así como sus normas procedimentales.

Mediante el acuerdo del Consejo Directivo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva n.º 174-2016-SERVIR-PE, se aprobó la opinión contenida en el Informe Técnico n.º 1990-2016-SERVIR/GPGSC, con carácter vinculante, que buscaba cubrir el vacío normativo anotado, y en cuyo numeral 4.2 (o también artículo 2 de la resolución precitada, se señala que

a partir de la entrada en vigencia del régimen disciplinario de la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil, **las sanciones y el procedimiento del régimen disciplinario de la Ley n.º 30057 son aplicables a las faltas e infracciones contempladas en la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley n.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y otras leyes, según el artículo 85, inciso q, de la Ley del Servicio Civil, y el inciso j del artículo 98.2. del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo n.º 040-2014-PCM (énfasis nuestro).**

Con la opinión técnica referida, los órganos competentes de los PAD habrían quedado habilitados para suplir el vacío legal originado por la derogatoria parcial del Reglamento del Código mediante la aplicación supletoria del régimen de faltas y del PAD regulados por la LSC, como se analizará a continuación.

4.2. Sobre la adecuada imputación de las faltas del Código dentro del marco del PAD de la LSC

Para realizar una adecuada imputación de las faltas contenidas en el Código, deben observarse los criterios que se expone a continuación:

a) Supletoriedad del Código respecto del sistema de faltas y sanciones y la aplicación PAD regulados en la LSC

En efecto, la primera regla que podemos extraer es la aplicación supletoria de las normas del Código, siendo un dato relevante que dicha supletoriedad ha sido recogida tanto por las normas de la LSC como por el propio Código, como se pasa a analizar.

Así lo establece la primera disposición complementaria final del Código:

Primera. Integración de procedimientos especiales

El Código de Ética de la Función Pública **es supletorio** a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no lo contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales (énfasis nuestro).

En consecuencia, la intención del legislador del Código claramente era que su normativa se aplicaba de forma subsidiaria y residual respecto de lo previsto en las leyes y reglamentos sobre la materia, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. Como ejemplos podríamos citar las propias normas del régimen disciplinario de la LSC, del TUOLPAG, del Decreto Legislativo n.º 276, de la Ley n.º 31288, entre otras.

Como contrapartida, la LSC también recogió la supletoriedad de las normas del Código respecto de las disposiciones de la primera, para los aspectos sustantivos y procesales de la materia disciplinaria, en una de sus disposiciones complementarias transitorias:

Décima. Aplicación del régimen sancionador y proceso administrativo disciplinario

A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, los procedimientos administrativos disciplinarios de las entidades públicas se tramitan de conformidad con lo estipulado en la presente ley y sus normas reglamentarias. **El Código de Ética de la Función Pública, Ley n.º 27815, se aplica en los supuestos no previstos en la presente norma.**

Queda prohibida la aplicación simultánea del régimen disciplinario establecido en la presente Ley y la Ley del Código de Ética de la Función Pública o su Reglamento, para una misma conducta infractora, en el mismo procedimiento administrativo disciplinario (énfasis nuestro).

A partir de lo expuesto, podemos extraer dos reglas fundamentales, que son plasmadas en el precedente:

1. Las faltas a ser consideradas como conductas infractoras serán las recogidas en el catálogo de faltas de la LSC, tipificadas expresamente en su artículo 85. Por lo tanto, solo resultarán aplicables las faltas del Código de forma supletoria a la LSC.
2. Como lógica consecuencia, se deriva que tampoco es posible realizar la imputación simultánea de una falta disciplinaria contemplada en el Código y la LSC dentro del mismo PAD.

Veamos un ejemplo que nos permitirá ilustrar dichos criterios. El caso propuesto sería el de un servidor que presenta certificados de trabajo falsos para un concurso público de méritos, a fin de acceder a una plaza profesional en una entidad estatal comprendida dentro del régimen laboral público.

En primer lugar, debemos remitirnos, *prima facie*, al catálogo de faltas contemplado en el artículo 85 de la LSC, a fin de verificar si la falta configurada por el supuesto de hecho indicado líneas arriba está tipificada expresamente. Después de una exhaustiva revisión, colegimos que el supuesto infractor no está tipificado expresamente en el catálogo de faltas de la LSC. Si bien existen faltas que pudieran resultar periféricamente aplicables, como la regulada en el literal ñ del artículo 85¹⁶, en rigor, ninguna satisface los parámetros de tipicidad analizados, en tanto y en cuanto la subsunción debe ser automática y plena, por lo que no resultan admisibles las analogías¹⁷

16 Esta señala de forma expresa que constituye falta disciplinaria «la afectación del principio de mérito en el acceso y la progresión en el servicio civil» (énfasis nuestro).

17 Recogemos la posición de Marcial Rubio Correa (2009), que señala lo siguiente:

Una cosa es la semejanza y otra la identidad. Esta última ocurre [...] cuando el hecho descrito en el supuesto de la norma y el que ocurre en la realidad **son uno y mismo concepto**, no importando que, por la simplificación a que hace recurso el lenguaje normativo, no estén

ni la interpretación extensiva¹⁸. Por las mismas consideraciones, las causales de «tipo genérico»¹⁹, como la recogida en el literal a del artículo referido, tampoco resultarían de aplicación, para efectos de la subsunción del hecho infractor con el tipo de falta, permitiendo encuadrar la conducta del infractor con la sanción aplicable.

En segundo lugar, al no resultar posible subsumir la conducta infractora dentro de algún tipo infractor del artículo 85 de la LSC, de forma supletoria, debemos realizar la misma operación respecto de los tipos de infracciones recogidos en el Código.

Como se ha analizado, los parámetros para la adecuada imputación de las faltas reguladas en el Código implican el cumplimiento de las exigencias derivadas de la aplicación conjunta de los principios de legalidad y de tipicidad. De acuerdo con ello, debemos identificar la conducta típica infractora dentro de los tipos de falta regulados en el Código, que constituyen, como tenemos dicho, infracciones a los principios, deberes y prohibiciones recogidos en su texto normativo, que tiene rango normativo de ley, con lo cual se satisface el principio de reserva legal, contenido en el numeral 1 del artículo 248 del TUOLPAG, antes analizado.

Comencemos por los principios que habrían sido infringidos por la conducta del infractor, que pueden consistir en conductas activas u omisivas, lo cual ha sido caracterizado en otro precedente

descritos en el supuesto de la norma todos los detalles que el caso tiene en la realidad (p. 265; énfasis nuestro).

- 18 Como señala Guastini (2016): «Se denomina “extensiva” aquella interpretación que, precisamente, extiende el significado literal —más inmediato— de una disposición de manera que incluya en su campo de aplicación también supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían allí» (p. 531).
- 19 El ejemplo más ilustrativo es la causal de falta grave tipificado en el inciso a del artículo 25 de la LPCL, consistente en «el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral», aplicable en el régimen laboral de la actividad privada.

vinculante del Tribunal, aprobado mediante Resolución de Sala Plena n.º 001-2019-SERVIR/TSC:

En esa línea, corresponderá a la entidad analizar si la imputación de la falta se sustenta en una conducta omisiva, de acuerdo con la definición hecha en el Reglamento General de la Ley n.º 30057, como «ausencia de acción», o en sí es una conducta por comisión. (numeral 38)

En el supuesto planteado de presentación de documentación falsa, se habrían infringido tres principios del Código, recogidos en su artículo 6, numerales 2, 4 y 5, porque importan una conducta contraria a los siguientes principios: i) de probidad (actuar con rectitud, honradez y honestidad, desechando todo provecho o ventaja personal); (ii) de idoneidad (aptitud técnica, legal y moral, como condición esencial para el acceso a la función pública); y (iii) de veracidad (principio de autenticidad en las relaciones funcionales).

De forma periférica, consideramos que la conducta infractora también sería susceptible de imputación por infracción al deber de transparencia, regulado en el artículo 7, numeral 2, del Código, por cuanto se trata de actos del servicio que deben ser ejecutados con transparencia; y, por ende, «el servidor público debe brindar información fidedigna, completa y oportuna».

En tercer lugar, siguiendo con el ejemplo propuesto, para que resulte válida la imputación conforme al principio de legalidad, resulta imperativo que conectemos a la tipificación efectuada de las conductas infractoras contenidas en el Código con la obligada mención del literal q del artículo 85 de la LSC, que en su parte final dispone que también constituyen faltas disciplinarias «las demás que señale la ley», entendiéndose como tales las faltas tipificadas en otros textos normativos con rango de ley, como el propio Código, el TUOLPAG o el Decreto Legislativo n.º 276, para citar los más relevantes.

Como señala el precedente,

esta norma no prevé propiamente una conducta típica, sino constituye una cláusula de remisión a través de la cual se puede subsumir como falta pasible de suspensión o destitución en el régimen del procedimiento administrativo disciplinario de la Ley n.º 30057, aquella conducta prevista como tal en otros cuerpos normativos con rango de ley. (numeral 48)

Este ítem es de la mayor importancia, al tal punto que el precedente enfatiza que la omisión de esta concordancia podría estimarse como causal de nulidad del PAD:

Teniendo en cuenta que el artículo 100 del Reglamento de la LSC por sí mismo no ha determinado el tipo de sanción que correspondería aplicar a las infracciones a la LCEFP [Ley del Código de Ética de la Función Pública] y el TUO de la LPAG (lo cual es necesario no solo para la determinación de las autoridades del PAD sino para un adecuado ejercicio del derecho de defensa del servidor), resulta necesario que dicha infracción a la LCEFP o al TUO de la LPAG sea tipificada en la falta descrita en el literal q del artículo 85 de la LSC [...]; caso contrario, podría incurrirse en un vicio que acarree la nulidad del PAD por infracción al debido procedimiento. (numeral 52)²⁰

Dicho esto, pasemos a analizar la segunda y última regla fijada por el precedente.

20 Para ello toma como referencia el Informe Técnico n.º 112-2019-SERVIR/GPGSC, del 21 de enero de 2019.

b) Imposibilidad de formular una imputación simultánea de una falta disciplinaria contemplada en el Código y la LSC dentro del mismo PAD

A nuestro juicio, este criterio, más que una regla independiente, constituye una derivación lógica de la regla anterior, lo cual no es óbice para complementar el análisis de esta segunda regla, haciendo referencia a los antecedentes que motivaron su emisión.

En efecto, habiendo quedado delimitado el carácter supletorio de la normatividad en materia de régimen disciplinario contenida en el Código respecto de la LSC, en vigencia desde el 14 de junio de 2014, queda claro que la aplicación del primero es residual, por lo que no cabría un conflicto de aplicación de normas, sino la aplicación supletoria del Código, debiendo prevalecer la norma que regula la materia dentro del régimen general consagrado por la LSC.

Como señala la doctrina:

En la relación de supletoriedad tenemos la norma uno, a la que por ser especial le corresponde regular un hecho, pero no lo hace, denominada suplida, y la norma dos, de carácter general, que sí contiene regulación para el hecho, llamada supletoria. Comúnmente, ambas normas se conectan a través de una remisión. (Neves, 2018, p. 159)

Cabe indicar que dicha situación fue regulada expresamente en la décima disposición complementaria transitoria de la LSC, cuyo primer párrafo hacía referencia a la aplicación supletoria del Código, en tanto que el segundo párrafo prohibía la aplicación simultánea del régimen disciplinario del Código y de la LSC dentro del mismo PAD, y para una misma conducta infractora.

Al igual que en el caso de la regla anterior, la infracción a esta prohibición acarrea la nulidad del PAD, tanto en la etapa investigatoria como en la sancionadora, por cuanto esta doble imputación

podría estimarse como una afectación al derecho de defensa del trabajador recurrente.

A manera de antecedente, es necesario remarcar, como señala el precedente en su numeral 3, que las entidades de forma recurrente imputaban simultáneamente los tipos legales de la LSC y del Código, subsumiendo el hecho infractor en dos tipos infractorios, por considerar que, al constituir el segundo un ordenamiento transversal, no existía ningún impedimento para ello.

Esta situación era perfectamente plausible en el caso de las entidades públicas sujetas al régimen laboral privado, en el que precisamente no existía ningún impedimento para formular simultáneamente una imputación con base en alguna de las causales reguladas en el artículo 25 de la LPCL, con la tipificada en el literal a, que hace referencia al incumplimiento de las obligaciones de trabajo «que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral», que, sin lugar a dudas, aludía al sustrato ético subyacente a las relaciones de trabajo.

Tomando el ejemplo utilizado, en que el tipo infractor es la presentación de documentación falsa, el supuesto encuadraría de forma automática en la causal regulada en el inciso d del artículo 25 de la LPCL, consistente en proporcionar «información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja», hecho que, por configurar un acto de quebrantamiento de la buena fe en las relaciones laborales, ameritaba también la imputación de la causal «genérica» del inciso a del mismo artículo.

Es más, en el contexto de las entidades públicas, resultaba pertinente acoger dicho criterio para sustentar con mayor solidez la imputación de la falta grave, al tiempo que se daba una señal de respeto a la observancia de los principios éticos en el ejercicio de la función pública.

La replicación de esta práctica dentro del ámbito de las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada originó que el Tribunal, incluso antes de que se emitiera la precisión en la décima disposición complementaria transitoria de la LSC, declarara la nulidad de los PAD por existir una presunta afectación al derecho de defensa del servidor, por tratarse de dos regímenes legales diferentes, lo que dificultó su estrategia procesal tanto en el PAD como en el Tribunal.

Lo cierto y lo concreto es que no existía ninguna previsión legal al respecto, por cuanto no quedaba claro si la relación entre el Código y la LSC, en materia de faltas y sanciones, así como de procedimientos disciplinarios, pudiera ser de complementariedad²¹; y al no existir ninguna norma de remisión, la cuestión quedaba completamente al arbitrio de la entidad pública, en primera instancia, y a la discrecionalidad del Tribunal, en segunda y última instancia administrativa.

A fin de prevenir nulidades, por tratarse de vicios que afectarían a los PAD desde su inicio, como sería el caso de las imputaciones formuladas por las entidades públicas, que alcanza, asimismo, a la etapa de instrucción y la correspondiente resolución de sanción, el Tribunal, con apoyo en la décima disposición complementaria transitoria, procedió a emitir el precedente materia de comentario.

Estimamos que, en la medida que los órganos instructores y sancionadores que gestionan los PAD observen estrictamente las reglas del precedente materia de análisis, ello redundará en una mejora sustancial de la calidad de las resoluciones que emitan, garantizando, asimismo, el derecho de defensa de los trabajadores

21 Al respecto, Javier Neves (2018) señala que «en la relación de complementariedad, la norma uno tiene como característica dejar incompleta la regulación del hecho, razón por la cual la función que cumple la norma dos es de completarla. Ambas se vinculan a través de una remisión» (p. 181).

impugnantes y sus derechos fundamentales al debido procedimiento administrativo y a la tutela judicial efectiva.

Referencias

- Autoridad Nacional del Servicio Civil (2016). Informe Técnico n.º 1990-2016-SERVIR/GPGSC. Lima: 7 de octubre de 2016. https://storage.servir.gob.pe/normatividad/Informes_Legales/2016/IT_1990-2016-SERVIR-GPGSC.pdf
- Autoridad Nacional del Servicio Civil (2016). Resolución de Presidencia Ejecutiva n.º 174-2016-SERVIR-PE. Lima: 7 de octubre de 2016. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1421898/Resolucion%20de%20presidencia%20ejecutiva.pdf?v=1668544869>
- Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Constitución y Sociedad.
- Congreso de la República (2002). Ley n.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública. Lima: 12 de agosto de 2002. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1010779/NormaHomVigente_0420200715-20664-1jmgiv3.pdf?v=1600361985
- Congreso de la República (2004). Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público. Lima: 18 de febrero de 2004. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/105133/_28175_-_20-12-2012_11_03_58_-LEY_28175.pdf?v=1586905337
- Congreso de la República (2005). Ley n.º 28496, Ley que modifica la Ley n.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública. Lima: 14 de abril de 2005. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5521/codigo_etica_Ley28496.pdf?v=1529770819

- Congreso de la República (2013). Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil. Lima: 3 de julio de 2013. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/105200/_30057_-_22-07-2013_09_46_37_-30057.pdf?v=1645457366
- Delpiazzo, C. (2014). Promoción de la ética en la función pública. En F. Rotondo (coord.), *El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad* (pp. 407-430). Fundación de Cultura Universitaria.
- Durán, A. (2014). Principios del derecho administrativo disciplinario. Especial referencia a la Ley n.º 19.121. En A. Durán (coord.), *Funcionarios públicos. Especial énfasis en la Ley N° 19.121* (pp. 245-270). Universidad Católica del Uruguay.
- Ermida, O. (2005). Ética y derecho del trabajo. *Revista Ius et Veritas*, (30), 228-246. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11803/12369>
- Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho: fundamentos teóricos*. Editorial Científica Peruana.
- Martin, R. (2021). *Prácticum derecho administrativo. Un enfoque teórico-práctico para la aplicación de las normas del procedimiento administrativo*. Gaceta Jurídica.
- Ministerio de Justicia (2019). Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: 22 de enero de 2019. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0005/13-texto-unico-ordenado-de-la-ley-27444-ley-de-procedimiento-administrativo-general-1.pdf>
- Ministerio de Trabajo y Promoción Social (1997). Decreto Supremo n.º 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad

Laboral. Lima: 21 de marzo de 1997. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/\\$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf)

Morón, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I*. Gaceta Jurídica.

Neves, J. (2009). *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pasco, M. (1998). Perú. En M. E. Ackerman (coord.), *Trabajadores del Estado en Iberoamérica* (pp. 269-310). Ciudad Argentina.

Pasco, M. (2013). Ética en las relaciones laborales. En *Homenaje Aniversario de la SPDTSS* (pp. 71-93). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Presidencia del Consejo de Ministros (1990). Decreto Supremo n.º 005-90-PCM, que aprueba el Reglamento de la Carrera Administrativa. Lima: 15 de enero de 1990. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2E4F87B69912117205257B89005036CD/\\$FILE/DS_005_90_PCM.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2E4F87B69912117205257B89005036CD/$FILE/DS_005_90_PCM.pdf)

Presidencia del Consejo de Ministros (2005). Decreto Supremo n.º 033-2005-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública. Lima: 18 de abril de 2005. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/301897/Reglamento_Ley_del_Codigo_de_Etica.pdf

Presidencia del Consejo de Ministros (2014). Decreto Supremo n.º 040-2014-PCM, que aprueba el Reglamento General de la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil. Lima: 12 de junio de 2014. https://storage.servir.gob.pe/gdc/archivos/REG_30057_GDC.pdf

Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Casación n.º 2130-2017-Junín. Lima: 20 de julio de 2018.

Tribunal Constitucional (2004). Expediente n.º 1654-2004-AA/TC. Lima: 3 de agosto de 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01654-2004-AA.html>

Tribunal Constitucional (2010). Expediente n.º 00197-2010-PA/TC. Lima: 24 de agosto de 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00197-2010-AA.html>

Tribunal del Servicio Civil (2019). Resolución de Sala Plena n.º 001-2019-SERVIR/TSC, que establece precedentes administrativos de observancia obligatoria referentes a la aplicación del principio de tipicidad en la imputación de la falta administrativa disciplinaria de negligencia en el desempeño de las funciones. Lima: 28 de marzo de 2019.

Tribunal del Servicio Civil (2020a). Resolución de Sala Plena n.º 006-2020-SERVIR/TSC, Precedente administrativo sobre la adecuada imputación de las infracciones a la Ley n.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública; en el marco del procedimiento administrativo disciplinario de la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil. Lima: 26 de junio de 2020. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/precedente-administrativo-sobre-la-adecuada-imputacion-de-la-resolucion-no-006-2020-servirtsc-1869514-1/>

Tribunal del Servicio Civil (2020b). Resolución de Sala Plena n.º 007-2020-SERVIR/TSC, Precedente administrativo sobre la falta disciplinaria imputable y el carácter permanente de la conducta referida al ejercicio de la función pública valiéndose de documentación o información falsa o inexacta. Lima: 26 de junio de 2020. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/precedente-administrativo-sobre-la-falta-disciplinaria-imput-resolucion-n-007-2020-servirtsc-1869515-1>



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista de Derecho Procesal del Trabajo

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

VOL. 5, N.º 6, JULIO-DICIEMBRE, 2022, 165-179

PUBLICACIÓN SEMESTRAL. LIMA, PERÚ

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6.673

Mobbing y compliance laboral: un aliado estratégico contra la hostilidad

Mobbing and labor compliance: A strategic ally against hostility

ROSA ISABEL TORRES CADILLO

Corte Superior de Justicia del Santa
(Chimbote, Perú)

Contacto: rtorresc@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9484-7119>

RESUMEN

El *mobbing* laboral es una práctica común en las organizaciones que, desafortunadamente, va en crecimiento. En efecto, el hostigamiento laboral, por lo general, pasa desapercibido e inicia de forma silenciosa, a pesar de que, cuando se ataca a la víctima, no solo se perjudica física y psicológicamente a esta, sino también a la organización, puesto que su impacto se verá reflejado en la producción o en las responsabilidades que

podiera acarrear. Por ello, el *compliance* laboral resulta un instrumento idóneo que puede neutralizar no solo todo tipo de hostigamiento, sino también cualquier irregularidad que se produjera en la organización; por ende, es imperativa su implementación en la norma.

Palabras clave: *mobbing*; hostigamiento laboral; *compliance*.

ABSTRACT

Labor mobbing is a common practice in organizations that, unfortunately, is growing. Indeed, workplace harassment usually goes unnoticed and starts quietly, even though, when the victim is attacked, not only is the victim damaged physically and psychologically, but the organization is also affected, since its impact will be reflected in the production or liability that the situation might cause. Therefore, labor compliance is an ideal instrument that can neutralize not only any kind of harassment, but also any irregularity that may have occurred in the organization; therefore, it is imperative to implement compliance in the law.

Key words: mobbing; workplace harassment; compliance.

Recibido: 20/11/2022 Aceptado: 12/12/2022

1. Introducción

El acoso en el trabajo es una realidad que permanece en el tiempo, ya sea en el plano público como en el privado. Las conductas de quien lo practica están destinadas a la persecución de otra persona en el centro laboral, generándose un estado de hostigamiento. Ahora bien, la normalización del *mobbing* laboral —o también llamando hostigamiento— se encuentra particularizada dentro del trabajo, que arriba a la impunidad. El *mobbing* laboral tiene un impacto no solo en la víctima sino también en la organización; por ello,

requiere protección penal que cautele su integridad física y moral (Martínez, 2021, pp. 2-3).

Es común que un trabajador reciba de forma deliberada y continua el maltrato modal o verbal por parte de otros trabajadores o de la propia organización, que puede traducirse como un trato irrespetuoso e inhumano contra su dignidad. En efecto, lo característico del *mobbing* es que opaca, intimida, reduce y amedrenta intelectual o emocionalmente a la víctima, con aras de satisfacer la necesidad de agredir, controlar y destruir por parte del hostigador; o también, por parte de la organización, con el propósito de reducir costos o reorganizarse. En consecuencia, el *mobbing* laboral es un problema del que adolecen diariamente millones de trabajadores, con procesos abusivos y sistematización de agresión contra la integridad física o psíquica, que pone en riesgo el clima laboral y el desempeño de la víctima, tales como i) rumores contra la víctima; ii) ataques a su vida privada; iii) aislamiento social; iv) ataques mediante medidas contra la víctima; y v) agresiones verbales permanente en el trabajo. Todo en conjunto representa el hostigamiento laboral, que requiere ser neutralizado (Garnica, 2018, pp. 4-5).

Ante esta problemática de hostigamiento, el *compliance* laboral resulta una alternativa que podría controlar el *mobbing* laboral por medio de políticas internas que procuren asegurar el fiel cumplimiento de la norma en la organización, con el propósito de evitar riesgos e infracciones por el incumplimiento de la normativa laboral. Por ello, es asertivo señalar que el *compliance* laboral es una herramienta necesaria en la organización, que evitará responsabilidades administrativas y penales, además de generar una buena imagen ante los clientes, los proveedores y la misma organización. Asimismo, esta nueva tendencia de cumplimiento normativo ha gestado nuevos profesionales, como el *compliance officer*, cuya labor en la organización es el diseño de modelos de prevención y la verificación de su cumplimiento.

2. *Mobbing* laboral

2.1. Noción

La organización en ocasiones manifiesta conductas de acoso por parte de sus representantes o directores; en efecto, el abuso de poder es un ejercicio que se presenta de la siguiente forma: i) desequilibrio de poder (incluso entre grupos de idéntica formación y titulación académica) en aparente beneficio de la producción y el servicio; ii) libre albedrío, que se aparta de la equidad y la justicia; y iii) facultad para exigir obediencia al ente inferior, sin argumentos de buena gestión, con capacidad para sancionar (Díaz-García y Fernández de Castro, 2022, pp. 197-198). Todo ello puede generar hostigamiento en el personal de la organización.

El acoso laboral u hostigamiento moral refiere a los ataques sistemáticos contra la dignidad humana que padecen los trabajadores y que son ejecutados por la empresa o por sus mismos compañeros de trabajo; que, a su vez, generan tensiones en el centro de trabajo que incluso arriban al acoso sexual laboral, cuyas consecuencias son devastadoras para la víctima (Altés, 2021, pp. 44-45). En efecto, una de las características del *mobbing* reside en la afectación directa del trabajador, que trasciende también al plano personal (Pallares, 2018, p. 358).

Del mismo modo, Vicchi (2016, pp. 10-12) refiere que el *mobbing* procura (indirectamente) la destrucción de la víctima, a través de la obstrucción del ejercicio de sus labores, atacando su reputación, con el propósito de que esa persona renuncie a su centro de trabajo, debido a que el *mobbing* consume emocional e intelectualmente a la víctima, es decir, la amedrenta. Asimismo, esta acción de hostigamiento puede pasar desapercibida y continúa representando un peligro no solo para la víctima, sino también para la propia organización, en cuanto al grado de responsabilidad que podría asumir.

El *mobbing* laboral tiene como propósito agredir la integridad física o psicológica de cualquier trabajador, y ocurre de forma sistemática en un tiempo prolongado, ya sea por alguien superior, de igual jerarquía o subordinado (Rojas et al., 2019, p. 356).

Por su parte, Pallares (2018, p. 359) señala que los elementos del *mobbing* laboral son los siguientes: i) desmerecer los éxitos profesionales o atribuírselos dolosamente a otra persona; ii) ridiculizar la tarea realizada y sus ideas; iii) bloquear el desarrollo profesional, entorpeciendo, retrasando o limitando el acceso a progresos o capacitaciones; iv) alentar a otros compañeros/superiores a ejercer la persuasión, la coacción o el abuso de la autoridad; v) asignar objetivos donde los plazos son inalcanzables o imposibles de cumplir; e vi) invadir su privacidad.

2.2. Tipos

Según Garnica (2018, pp. 6-7), existen diversos tipos de *mobbing*, sin que importe si la víctima es hombre o mujer, o su nivel jerárquico:

- 1. Ascendente.** Se produce por la agresión de los subordinados hacia otro trabajador de rango superior; por lo general, se da cuando ingresa un tercero a la organización y los trabajadores subordinados no lo aceptan, o también cuando un trabajador asciende y son sus antiguos compañeros quienes ejercen rechazo al nuevo superior.
- 2. Horizontal.** Se produce por la agresión o el hostigamiento de otro trabajador del mismo nivel jerárquico, debido a la existencia de envidia de las cualidades de la víctima; por tanto, es imperativo que las empresas tengan que prevenir y sancionar cualquier tipo de acoso, ya que genera un impacto negativo en la producción de la empresa.
- 3. Descendente.** Se produce por la agresión de trabajadores que están en un nivel jerárquico superior hacia un subordinado; es decir, la víctima, por su condición de subordinado, es pasible de soportar

cualquier tipo de hostigamiento para conservar su empleo; en puridad, la mayor parte de las agresiones y los hostigamientos provienen de sus jefes o superiores dentro de la organización.

2.3. Fases

Por el grado de afectación del trabajador y el tiempo, el *mobbing* laboral se manifiesta en cuatro fases:

- 1. Fase de conflicto.** En toda organización siempre existirán conflictos, ya sea por razones laborales, problemas personales o el carácter conflictivo, que son el origen de las agresiones, ya sean directas o indirectas (Garnica, 2018, pp. 9-10). Ante la falta de voluntad de solucionar pacíficamente este conflicto, se gesta una costumbre de enfrentamientos que dan iniciativa a la manifestación del *mobbing*; incluso el agresor puede fingir un nuevo conflicto que justifique su agresión (Vicchi, 2016, p. 17).
- 2. Fase de *mobbing* o estigmatización.** Aquí el *mobbing* empieza a manifestarse dolosamente; se torna en una reacción habitual que lanza ataques directos e indirectos, especialmente, de los cuales resulta difícil defenderse, debido a que hay toda una red hostil sistemática y continua en contra del afectado. Además, la víctima empieza a sentir culpa por el permanente hostigamiento; incluso se le aburre con labores absurdas e insignificantes, y tareas que ofenden su propia dignidad y prestigio (Garnica, 2018, pp. 10-11). La comunicación se vuelve ofensiva y amenazante, y la represión se traslada del ámbito laboral al privado; se juzga cruelmente los errores de la víctima, al punto de ridiculizarla, exaltando sus limitaciones físicas y cognitivas. En consecuencia, el hostigamiento se materializa con una serie repetitiva de agresiones y abusos, con el propósito de estigmatizar, ridiculizar y apartar (aislar) a la víctima (Vicchi, 2016, pp. 17-18).

3. **Fase de intervención desde la empresa.** La organización puede intervenir aplicando una serie de medidas destinadas a la solución pacífica del conflicto; sin embargo, esto no ocurre o simplemente la reacción es demasiado tarde, o, lo que es peor, se traslada la culpa a la víctima. Cabe precisar que, debido a la naturaleza y la proliferación del *mobbing* laboral, es necesaria la contratación de un psicólogo que advierta tempranamente este problema, de tal modo que pueda diagnosticar oportunamente el acoso. Como mencionaron los expertos, el *mobbing* laboral tiene un impacto emocional negativo en la víctima, a tal punto que influye en su estado mental (Vicchi, 2016, p. 18).
4. **Fase de marginación o exclusión de la vida laboral.** La patología psicósomática es una característica en la víctima que sufrió de *mobbing*, cuya primera consecuencia es la depresión, para lo cual requiere el apoyo de profesionales (Garnica, 2018, pp. 11-12).

2.4. Causas

Según Garnica (2018, pp. 12-13), las causas son i) estrés y presión en el trabajo, que puede generar víctimas o verdugos por los altos niveles de presión en el trabajo, donde no hay cabida para el error y se asignan labores absurdas al trabajador con el objetivo de atacar su autoestima; ii) mala o nula comunicación con la víctima que impide abordar el problema, puesto que, en ocasiones, la violencia es silenciosa; iii) mala organización, lo que genera incertidumbre laboral y aumenta el ambiente de hostilidad; iv) aislamiento de las personas, con lo que desaparece toda forma de solidaridad; v) errores de gestión, que se trasladan a las relaciones humanas, las cuales son indispensables para el crecimiento de la organización; y vi) falta de reconocimiento y respeto, común en las organizaciones, donde los trabajadores se ven obligados a adaptarse a esta realidad para conservar su trabajo, a pesar de las amenazas, los traslados, las medidas disciplinarias y las sanciones.

2.5. Efectos

Las consecuencias que genera el *mobbing* laboral van desde i) el ámbito personal, pues conduce a ciertas patologías psicológicas como la depresión, la ansiedad y, en el extremo, el suicidio; ii) el ámbito social, puesto que desencadena ciertos trastornos sociales, como antipatía, negación, rechazo, y aislamiento; y, iii) el ámbito laboral, que se desarrolla por el ausentismo, el clima laboral deficiente, la baja producción, la pérdida de creatividad y la despreocupación por la satisfacción de los clientes (Garnica, 2018, pp. 13-14).

2.6. Incidencia

Las manifestaciones del *mobbing* son diversas: ofensas directas, discriminación, gritos, señales y miradas obscenas, agresiones físicas graves, etc. La incidencia está vinculada a diferentes factores, siendo el más común la connotación sexual o la violencia sexista (Rojas et al., 2019, pp. 356-357).

2.7. La hostilidad del ambiente laboral

Otra forma de hostilidad laboral recae en el clima laboral, sus instalaciones, su higiene, su seguridad y su prevención de riesgos, que ponen en peligro la integridad del trabajador; en efecto, en ocasiones la influencia política en la organización impacta en los trabajadores, en especial en la víctima, si los incidentes de hostilidad ya fueron manifestados permanentemente; además, otra forma de agredir es la limitación de ascenso dentro de la estructura de la organización, con los apócrifos concursos internos; del mismo modo, ocurre con la condición precaria de la forma de trabajo habitual, con la mala costumbre de la eterna emergencia y las vacantes congeladas de cargos, que impiden cualquier posibilidad de progreso del trabajador (Ivanega, 2018, pp. 193-194).

2.8. Mobbing maternal

Es común la preocupación de las mujeres de quedar embarazadas en el centro de trabajo, ya que la agresión de hostigamiento no solo afecta a la mujer embarazada, sino también al feto, por la hipertensión gestacional que experimentan. Estos riesgos podrían conducir a una preeclampsia materna por los altos niveles de ansiedad. Ello se produce por el rol que asumen al quedar embarazadas, dada su condición de trabajadoras o profesionales, que son roles que afectan al equilibrio de los fetos. Tal es así que la condición de mujer trabajadora embarazada impacta negativamente en sus aspiraciones profesionales, debido a las limitaciones y los prejuicios generados. Por tanto, el problema del embarazo debe abordarse de forma proactiva, para suprimir cualquier estereotipo que las etiquete como personas con ausencia de compromiso o incompetentes. En tal sentido, es necesario que en el entorno laboral desaparezca cualquier elemento de estrés y riesgo laboral que afecte a este grupo vulnerable (Itatí, 2020, pp. 30-31).

3. Compliance laboral

3.1. Noción

El *compliance* es la procuración de una medida de autorregulación interna que deben implementar los interesados, en aras de prevenir cualquier dificultad que amenace el prestigio o la estabilidad de la organización frente a la sociedad, en especial al mercado. Asimismo, el *compliance* contiene diversas formas de actuación, que inician con la incorporación de un modelo de prevención de riesgos y culminan en un proceso de planificación periódica de auditorías que adviertan escenarios anómalos (Yaya, 2019, p. 6).

3.2. *Compliance* laboral en la legislación peruana

El Decreto Supremo n.º 044-2018-PCM fija la promoción y la implementación de la ética en los servidores civiles como política de Estado, de tal modo que asegure la integridad de las contrataciones públicas; del mismo modo ocurre con la Ley n.º 30737 en la adopción de modelos de cumplimiento para prevenir riesgos, por medio del control y la vigilancia de futuros ilícitos (Yaya, 2019, p. 6). Por otra parte, no existe alguna regulación que aborde explícitamente el *compliance* laboral en nuestro país, salvo en el ámbito penal (Ley n.º 30424) sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Empero, a pesar de no encontrar legislación sobre esta figura, por lo menos el artículo 168-A del Código Penal, que regula el delito contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, se le aproxima (Otiniano, 2022, p. 16):

Artículo 168-A. Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo

El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores de forma grave, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si bien no existe una regulación específica que aborde el *compliance* laboral, este se aproxima con el rol del empleador como garante de la vida y la salud de sus trabajadores; en cambio, algunos países de la Unión Europea sí lo contienen en sus normativas legales. Cabe precisar que la utilidad del *compliance* laboral reside en la protección jurídica ante contingencias laborales y en fijar el efecto premial ante las conductas responsables de los empleadores, que en conjunto reducen cualquier situación de peligro de los trabajadores (Otiniano, 2022, pp. 16-17).

3.3. La importancia del *compliance* laboral

El *compliance* laboral evita el surgimiento de conflictos por incumplimiento de la norma laboral, que luego culminan en el fuero judicial. Los incumplimientos más frecuentes son aquellos casos de desnaturalización de contratos en los gobiernos locales, el desconocimiento del pago de beneficios provenientes de pactos colectivos, el hostigamiento laboral, entre otros. Por ello, tanto la legislación laboral como las personas cumplen un rol protagónico en hacer cumplir la legislación vigente (Yaya, 2019, p. 6).

Por otra parte, aquellas áreas donde puede actuar el *compliance* laboral son las siguientes: i) seguridad y salud en el trabajo; ii) protección de datos personales; iii) condiciones laborales de las personas trabajadoras; iv) nuevas tecnologías en el entorno laboral; v) igualdad y no discriminación; vi) prevención de riesgos laborales; vii) prevención de delitos en el ámbito laboral; y viii) propiedad intelectual. Ahora bien, en el proceso de su implementación, es necesario recurrir a la norma UNE-ISO 37301 del Sistema de Gestión de Compliance y a la norma UNE-ISO 31000:2018 de gestión del riesgo.

3.4. *Compliance* laboral empresarial

El propósito del *compliance* consiste en dotar a las organizaciones empresariales políticas en la organización sobre determinados riesgos. Por ello se utilizan los verbos rectores para «prevenir», «detectar» y «gestionar» los riesgos derivados del incumplimiento normativo por parte de las empresas; por tanto, se impulsa el desarrollo de una cultura de cumplimiento. En ese contexto, la Corte IDH, en el caso Lagos del Campo vs. Perú, manifestó que el Estado debe implementar políticas públicas de cumplimiento normativo empresarial sobre los derechos laborales, en aras de efectivizar derechos fundamentales (citado en Otiniano, 2022, p. 16).

3.5. El buen gobierno corporativo y la reputación empresarial

El buen gobierno corporativo impulsa y ejecuta buenas prácticas que implican la implementación de *compliance* basado en cultura, valores, operaciones y riesgos que son propios de la organización; este modelo no solo genera credibilidad sino también confianza entre los miembros de la sociedad (Otiniano, 2022, pp. 24-25). Por tal razón, la imagen de la organización se construye de a pocos; empero, el ánimo de insertar algunas medidas de *compliance* se puede advertir en las siguientes normativas: i) Ley n.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo n.º 005-2012-TR; ii) Ley n.º 28806, Ley General de Inspección de Trabajo; y iii) Ley n.º 29783, sobre el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, con especial énfasis en el artículo 17. En resumen, la identificación de prevención de riesgos laborales es fundamental para la organización y su personal.

4. Conclusiones

El *mobbing* laboral ha proliferado en todas las organizaciones, ya sean públicas o privadas. Sus efectos generan un impacto negativo e incluso nefasto para las víctimas, ya que afectan el plano personal, especialmente en la salud. En efecto, el *mobbing* laboral implica un desgaste tanto del trabajador como de la misma organización, que destruye la integridad, la moral y la autoestima de la víctima, por todas las manifestaciones de agresión hacia ella, que luego se traducen en la poca eficacia o baja productividad de la organización. Esto revela un serio problema de violencia, que requiere ser controlado y neutralizado.

Las mujeres son más pasibles a ser víctimas de *mobbing* laboral, especialmente por el acoso de corte sexual o el hostigamiento cuando la trabajadora se encuentra embarazada, ya que se estigmatiza sus capacidades. Pues bien, a pesar de que existe legislación que aborda

cualquier forma de violencia contra la mujer, esta resulta un saludo a la bandera cuando silenciosamente se produce el hostigamiento laboral. Recordemos que en el presente año se hizo viral un video donde un juez superior (machista) humilla e insulta a una colega, lanzándole improperios, cuestionando sus capacidades, gritándole y amenazándola, todo ello en una audiencia. Si esto ocurre con una autoridad judicial, es fácil imaginar lo que ocurre con los demás empleadores de otras organizaciones. Este escenario resulta un ambiente hostil para que la mujer trabajadora pueda cumplir satisfactoriamente su labor; a ello se adiciona el hostigamiento no solo de sus compañeros o de su superior jerárquico, sino también la indiferencia de la empresa o la organización donde labora.

El *compliance* laboral resulta un perfecto aliado que actúa como ente de prevención y control de cualquier acto de hostilidad y de irregularidades. Favorece no solo a los trabajadores como potenciales víctimas sino también a la organización, por la adopción de medidas correctivas que permiten el control de cualquier tipo de agresión y el mejor manejo de un clima laboral, que luego se traslada a la producción. Asimismo, en la legislación vigente se sanciona administrativa y judicialmente cualquier responsabilidad que pudiera generar perjuicio al trabajador, por su posición de garante; es decir, a la organización le asiste la obligación de prevención y protección de sus trabajadores. En consecuencia, es imperativa la implementación, en nuestra legislación y en las empresas o las entidades públicas, del *compliance* laboral, que actuará como un mecanismo preventivo ante cualquier irregularidad, accidente y, en especial, hostigamiento laboral.

Referencias

- Altés, J. A. (2021). La represión penal del acoso en el trabajo. *LABOS: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2(1), 43-67. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6046>
- Díaz-García, O. y Fernández, P. (2022). Análisis del acoso laboral desde la perspectiva del trabajo social: poder y liderazgo como antecedentes de acoso. *Alternativas: Cuadernos de Trabajo Social*, 29(2), 181-207. <https://doi.org/10.14198/ALTERN.19869>
- Garnica, J. B. (2018). *Mobbing* y rendimiento laboral en personal obrero. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria de Ciencias de la Salud. Salud y Vida*, 2(4). <https://fundacionkoinonia.com.ve/ojs/index.php/saludyvida/article/view/245/PDF>
- Itatí, V. (2020). *Mobbing* maternal: un flagelo que sufren algunas trabajadoras de la administración pública de la provincia de Corrientes. *Pilquen. Sección Ciencias Sociales*, 23(3), 26-39. <http://www.scielo.org.ar/pdf/spilquen/v23n3/v23n3a03.pdf>
- Ivanega, M. M. (2018). *Mobbing* y acoso laboral en el empleo público. Referencias a la jurisprudencia de la República Argentina. *Anuario Jurídico Villanueva*, (12), 183-198. <http://hdl.handle.net/20.500.12766/139>
- Martínez, A. (2021). Las singularidades del delito de acoso moral en el ámbito del trabajo (*mobbing*): artículo 173.1, párrafo 2º, del Código Penal. *Revista de Estudios Jurídicos*, (21), e6785. <https://doi.org/10.17561/rej.n21.6785>
- Otiniano, T. M. (2022). *La regulación del compliance laboral empresarial en el derecho peruano como un mecanismo de prevención de accidentes y/o enfermedades profesionales* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/21986>

- Pallares, R. (2018). *Mobbing* y discriminación como patologías laborales. *Revista Derechos en Acción*, 7(7), 351-372. <https://doi.org/10.24215/25251678e162>
- Presidencia de la República (1991 [actualizado al 2022]). Decreto Legislativo n.º 635, Código Penal. Lima: 3 de abril de 1991.
- Rojas, J. L., García, B. E. y Hernández, M. E. (2019). El *mobbing* en trabajadores universitarios: una revisión sistemática. *Propósitos y Representaciones*, 7(3), 354-382. <http://dx.doi.org/10.20511/pyr2019.v7n3.369>
- Vicchi, N. B. (2016). *¿Cómo se vinculan mobbing y discriminación en las relaciones laborales?* [Trabajo final de graduación, Universidad Empresarial Siglo Veintiuno]. <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/13946>
- Yaya, U. (2019, 11 de junio). El *compliance* y el ámbito laboral. *Jurídica, suplemento de análisis legal*, p. 6. https://www.eje.pe/wps/wcm/connect/340c87804a6e38b485bafdb1377c37fd/El+compliance+y+el+%C3%A1mbito+laboral_Yaya+Zumaeta.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=340c87804a6e38b485bafdb1377c37fd



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

Revista de Derecho Procesal del Trabajo

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

VOL. 5, N.º 6, JULIO-DICIEMBRE, 2022, 181-200

PUBLICACIÓN SEMESTRAL. LIMA, PERÚ

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6.587

Breves reflexiones sobre la sentencia en el proceso de reforma laboral peruano

Brief reflections on judgments in the process of Peruvian labor reform

GLORIA LUCILA LAIZA ESPINOZA

Corte Superior de Justicia de La Libertad

(La Libertad, Perú)

Contacto: glaiza@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-7839-4033>

RESUMEN

Los tópicos de la argumentación jurídica en las sentencias laborales bajo la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, contienen algunos cuestionamientos y reflexiones de unos de los aspectos que, en nuestra opinión, no se han abordado con la seriedad y relevancia que amerita, como es la sentencia judicial laboral, específicamente, en los grados de precisión y especificidad que involucra su argumentación, dado que

contiene ciertos lineamientos que la diferencian de las sentencias que se expiden en el marco de otros procesos judiciales, como en lo penal, civil, familiar, etc. En ese sentido, en el presente artículo se dota de algunas críticas constructivas y de elementos de juicio tentativos, a fin de poder novar en nuestro circuito de expedición de sentencias en dicha ley, con énfasis en la argumentación.

Palabras clave: sentencia judicial laboral; Nueva Ley Procesal del Trabajo; argumentación; justificación.

ABSTRACT

Topics of legal argumentation in labor judgments, under Act No. 29497, New Labor Procedural Act, contain some questions and reflections of some aspects that, in our opinion, have not been addressed with the necessary seriousness and relevance, such as labor court judgments, specifically, in the precision and accurateness degrees that involve its argumentation, since the judgment contains certain guidelines which differentiate it from sentences issued within the framework of other judicial proceedings, such as criminal, civil, family proceedings, etc. In this sense, this article provides some constructive criticism and attempted elements of judgment, in order to novate it in the circuit of issuing of sentences in said Act, emphasizing on argumentation.

Key words: labor court judgment; New Labor Procedural Act; argumentation; justification.

Recibido: 20/11/2022 Aceptado: 01/12/2022

1. Introducción

Comentar sobre el nuevo proceso laboral, bajo la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), a pocos meses de que se cumplan doce años de su implementación en 33 distritos judiciales en nuestro país, quedando solo pendiente el Distrito Judicial de Huancavelica, significa abordar diferentes aspectos, como la temática superada sobre la prueba, su actuación en la audiencia o, al menos, los esfuerzos realizados por superar su problemática. También surgen temas sobre la realización de la audiencia, la virtualidad de la misma, y la presentación de la prueba digitalizada y de su actuación, para lo cual se cuenta con las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) que predominan en la actualidad, a raíz de un contexto bastante particular. Sin embargo, hasta la fecha se mantiene como un tópico relevante no abordado, seriamente —aun cuando, claramente, se aprecian los graves perjuicios que hasta la fecha genera—, la no expedición de la sentencia en los plazos que señala la ley y su argumentación contenida. No es un problema exclusivo del área laboral, pero sí ocurre con ciertas connotaciones que nos ocupa desarrollar en este ensayo, como la que sigue: ¿estamos en sintonía de lo que propugnamos como oralidad cuando expedimos una sentencia en materia laboral, bajo los alcances de la NLPT?

Ello genera una respuesta de ánimo y de exhortación sobre la sentencia. Además, surgen nuevos retos y desafíos que se avizoran, producto de la aplicación de la indicada ley, de forma austera y creativa, y, sobre todo, dotada de dinamismo, para dar vida a este nuevo proceso laboral, en el que se resalta la categoría procesal denominada «oralidad», prevista en la NLPT. Esta última ha sido comentada en numerosas actividades académicas de toda índole, en la elucubración de las sentencias, como fundamentos de la misma y de todo acto procesal, como parte de los fundamentos de exposición de los jueces en la dirección de una audiencia, y de exposición de las partes en las presentaciones

estelares en las referidas audiencias, y foros académicos, siempre imbuidos de esta —no tan nueva— categoría procesal que ha cobrado mayor realce en este nuevo sistema procesal laboral.

En este contexto, a la comunidad abogadil no le son ajenos los problemas vistos a partir de la aplicación de este nuevo sistema procesal laboral y los avatares que han surgido para su implementación, pues la falta de recursos, no solo económicos, sino de proyección jurisdiccional y de gestión, generó muchos problemas del proceso, tanto interna como externamente. Uno de ellos es la necesidad de implementar juzgados laborales especializados, es decir, contar con la justicia especializada laboral.

Reiteramos que, a más de diez años de la implementación de la NLPT en los 33 distritos judiciales, el sistema procesal laboral ha significado cambios de determinados paradigmas procesales y jurisdiccionales y ha encumbrado nuevos matices de cómo intervenir en un proceso laboral, los mecanismos de presentación de la prueba y de su actuación en la audiencia de juzgamiento única (dependiendo del proceso), la priorización en la justicia laboral con respecto a los sujetos vulnerables, la utilización del juzgamiento anticipado, entre otros aspectos.

Estamos ante un contexto de nuevas tecnologías, de nuevas formas de actuar de los operadores jurisdiccionales, de un estándar de actuación de la prueba de los beneficios sociales y de intervención de terceros en los litigios laborales. Todo ello ha generado que el ente rector del Poder Judicial, el Consejo Ejecutivo —a través del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (ETIINLPT)—, los operadores jurisdiccionales y las partes, y los foros académicos y universitarios veamos la evaluación de la NLPT en manos de los principales actores de este nuevo sistema procesal laboral: las partes procesales y el juez, con énfasis en una categoría procesal no tan nueva: la oralidad, focalizada desde la

vigencia de la NLPT. No obstante, nos falta abordar un tópico del proceso laboral, que es la expedición de la sentencia, producida cuando inicia un nuevo trabajo, no solo de gestión sino de estudio, capacitación y reflexión de los operadores jurisdiccionales por hacer que la sentencia forme parte de la reforma laboral peruana.

2. Algunos apuntes sobre la argumentación de las sentencias laborales

2.1. La expedición de una sentencia laboral: la justificación interna y externa

La motivación de las resoluciones judiciales, prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, se hace exigible en el contexto de aplicación de la NLPT. Sobre este tópico, a la fecha, aún no nos hemos planteado serios retos y desafíos para armonizar en el sistema procesal laboral, previsto en la NLPT, y tomar como parámetro a la categoría procesal de la oralidad y del informalismo en el desarrollo de las audiencias, en relación con la intermediación y, como resultado, la celeridad de los procesos laborales.

La NLPT fue publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 15 de enero de 2010; y fue el Distrito Judicial de Tacna la primera corte superior en implementarla mediante la Resolución Administrativa n.º 232-2010-CE-PJ, del 1 de julio de 2010. Desde ahí, se ha hecho tangible, a la fecha, el proceso de implementación en los 33 distritos judiciales. Ello ha significado la consolidación de un nuevo sistema procesal laboral instaurado con dicha ley, que ha traído consigo una intacta reforma laboral que abarca diversos matices: la interposición de la demanda; el sistema de notificaciones y sus diversas tipologías, como la notificación electrónica de la sentencia en los estrados, y las tradicionales, como la de cédulas y edictos; el desarrollo de la audiencia y, dentro de ella, la actuación probatoria (específicamente, la actuación

de la prueba de pago de los beneficios sociales), la digitalización de los documentos (autorizada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial) y la intervención de las partes, con dinamismo en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento, la única que trae como colofón la expedición de la sentencia en el proceso laboral, bajo las previsiones legales y las prerrogativas reservadas para el juez en determinadas situaciones procesales, como el juzgamiento anticipado (artículo 43 de la NLPT).

Sin embargo, en cuanto a la sentencia —último apartado mencionado—, para tener una postura poco litigiosa, a la fecha, no ha tenido matices de innovación o de cambio con respecto a su proyección, formulación, argumentación y expedición, sino que se ha conservado en un matiz tradicional, obedeciendo al prurito previsto en la Constitución sobre la motivación de las resoluciones judiciales. Ahí se evidencia un nuevo reto para todos los que intervenimos en el proceso laboral, que se constituye en la piedra angular de la reforma laboral en el Perú y que ha significado nuevas estrategias, cambio de cultura formalista, innovación tecnológica, ingreso de la misma, con mayor énfasis en los actos procesales, entre otros.

No menos cierto es afirmar que con el arraigo y el entusiasmo empleados para estos tópicos, debemos enfatizar la reflexión con respecto a la sentencia laboral, pues lo visto hasta ahora es una concepción tradicional de la expedición de la misma, en la que no solo interviene el juez, dado que se recoge todo lo vertido en la audiencia, lo actuado, su convicción sobre los argumentos expuestos, su convencimiento de la prueba, su análisis de lo presentado hasta dicha audiencia y sus conclusiones. Sobre estas últimas, se supone que son producto de un silogismo jurídico tradicional que tiene visos de la argumentación jurídica, en su proyección actual, pero que no deja de enraizarse en un silogismo que abarca premisas normativas y fácticas para desembocar en una conclusión que muchas veces no contiene las razones o, menos aún, las razones de análisis o exposición de los argumentos que nos convencen de adoptar una determinada posición en el proceso laboral.

Asimismo, hemos entendido, a lo largo de este proceso, que el dinamismo y la innovación en la forma de plantear estrategias para llevar a cabo una correcta audiencia donde, en mejores términos, se denote la celeridad en los procesos judiciales, es justamente la expedición de una sentencia acorde con estos nuevos parámetros de la oralidad, la flexibilidad y el informalismo en el proceso laboral, a fin de que recaiga en la ciudadanía la facultad de criticarlas, de ser el caso, por ser un derecho constitucional, en virtud de lo previsto en el inciso 20 del artículo 139 de la Constitución: «el principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley».

2.2. De las razones expuestas en una sentencia: la argumentación jurídica

Trasladar y comentar lo afirmado por el profesor Manuel Atienza (2016) sobre la justificación interna es tan solo cuestión de lógica deductiva; sin embargo, en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto (p. 61). Ello se ha constituido en el actual silogismo judicial que se utiliza como patrón en las sentencias judiciales, pero que, aplicadas al nuevo esquema de la oralidad y de implementación de tecnologías en la actuación de las pruebas, de comportamiento del juez como figura delimitadora del conflicto, haría repensar y, no menos cierto, reflexionar sobre el esquema a utilizar en la argumentación jurídica, pero en clave de la oralidad en las sentencias laborales, como vamos a tratar líneas más adelante.

En ese sentido, conviene a nuestros intereses adherirnos a la tópica de Cicerón, citado en la obra de Atienza (2016, p. 72), cuando problematiza sobre la concepción del razonamiento jurídico, pues la aseveración de que un argumento es una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa (*rationem quae rei dubiae faciat fidem*) se convierte en el pilar de las sentencias; es decir, otorgar razones que persuadan sobre la decisión judicial emitida —no solo en la lógica jurídica, sino en la

línea de la tónica del razonamiento jurídico— sirve para la formación de un juicio; esto es, de las premisas a la conclusión. Este es el contexto actual de las sentencias laborales, en el marco de la NLPT, en el que, enfáticamente, nos preocupa respetar las premisas y la conclusión; sin embargo, olvidamos buscar las razones de postergar una cosa dudosa, esto es, la exposición de argumentos que sustenten nuestra decisión judicial (sentencia).

La argumentación jurídica con las concepciones citadas, de manera sencilla, apunta a hechos, más que a cuestiones de índole normativo. El esfuerzo en clave de armonización de este nuevo sistema procesal laboral debe ir aparejado con las nuevas concepciones de la argumentación jurídica que sobrepasen la postulación de los principios, derivando solo el conflicto a las propuestas de solución de índole normativo, mas no fáctico. Tampoco pasa por enfatizar en un silogismo jurídico que resulta correcto a la luz de considerar las premisas normativas y las premisas fácticas que desencadenan en una conclusión; debe preocuparnos que las razones que grafiquemos en una sentencia judicial gocen de un test de razonabilidad y ostenten consistencia y coherencia (MacCormick, citado por Atienza, 2016, p. 195).

2.3. La utilización de la jurisprudencia como marco conceptual de las sentencias laborales

Tratemos como idea matriz lo afirmado por Viehweg, citado por el profesor Manuel Atienza (2016), cuando afirma que

los tres presupuestos que conforman el modelo tónico de la jurisprudencia son: i) la estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema; la aporía fundamental es el problema de determinar qué es lo justo aquí y ahora; ii) las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y proposiciones tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y solo pueden ser comprendidas desde él; y iii) los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia solo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema (p. 77).

La delimitación conceptual citada —a entender sencilla— significa que se debe regir la aplicación de la jurisprudencia emitida no solo por el Tribunal Constitucional en materia laboral y pensionaria, sino por los tribunales de instancia, como parte del sustento de nuestras decisiones judiciales en un caso particular, en el que nos preocupa el cuadro similar dibujado a la jurisprudencia que se cita, para que se obtenga la misma conclusión y, por tanto, se aplique el mismo derecho.

Las variantes que se presentan en torno a la argumentación jurídica —incluso teniendo en cuenta los problemas planteados por Atienza (2016)— deben significar uno de los eslabones de concatenación más relevantes para considerar en la proyección de una sentencia judicial en materia laboral. Ello dado que goza de estamentos propios de un proceso en el que prima la audiencia y en el que el juez se convence de todo lo actuado en ella, o asume una postura determinada ante una situación procesal fáctica específica, como el supuesto normativo previsto en el artículo 43 de la NLPT, que nos lleva a considerar el juzgamiento anticipado como una forma de resolver el conflicto con lo aportado por las partes en escrito, y la posición que asume la parte demandada cuando no contesta la demanda en juicio y ostenta la calidad de rebelde en juicio (temática no ajena a la presente, pero que amerita discusión de manera más específica).

2.4. Ámbito de la gestión con respecto a las sentencias judiciales en el proceso de reforma laboral

No solo se trata de citar las gestiones traducidas en actos y precedentes administrativos por reestructurar, focalizando las resoluciones judiciales administrativas de cualquier índole en función de los nuevos estándares de la argumentación jurídica. Podemos citar solo algunas de ellas, como las expedidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, incluso por el extinto Consejo Nacional de la Magistratura.

La Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura n.º 120-2014-PCNM, en su apartado de precedente administrativo, enfatizó

la problemática de las decisiones judiciales señalando que se aprecia la ausencia de claridad, la insuficiencia argumentativa y el error de sintaxis; sostiene esto como una problemática no solo en las decisiones judiciales, sino en los dictámenes fiscales, y exige, para tal problema, la exposición de la motivación de una determinada decisión judicial o de un dictamen, efectuando un enfoque no solo desde la perspectiva de la argumentación jurídica, como parte de un silogismo jurídico, sino de la exposición de las razones que motivan dictar un determinado fallo.

Así también, la Resolución Administrativa n.º 002-2014-CE-PJ es un esfuerzo plausible del Poder Judicial que busca la exposición de las razones que motivan adoptar una determinada decisión, aun cuando la finalidad de estas gestiones internas sea evitar los pronunciamientos inhibitorios; o, en mejores términos, que se tenga decisiones nulificantes de las sentencias de primera y segunda instancia.

Se ha citado estas resoluciones para enfatizar las gestiones que ha realizado el Poder Judicial para abordar una problemática que tiene que ver con la gestión del proceso judicial, cuando un juez tiene en sus manos la capacidad y la obligación de emitir una decisión de fondo o una inhibitoria, propulsando la primera de ellas. No obstante, no solo debe quedar ahí el ámbito de la gestión en la reforma laboral, especialmente, sino que es necesario reflexionar sobre la argumentación jurídica que se tiene contenida en una sentencia.

Por tanto, la sentencia en la reforma del proceso laboral no se aborda con dinamismo, pues en el esquema mixto (sistema procesal laboral) que ostentamos, al tener que expedir una sentencia escrita, en correlato con lo previsto en el citado artículo 139, inciso 5, de la Constitución, y en el artículo 31 de la NLPT, aún no se ha sometido al debate temáticas referidas a la argumentación jurídica con tamices de oralidad.

Queda claro que, con lo logrado hasta la fecha, en cuanto a la preponderancia de lo actuado en la audiencia de juzgamiento de los postulados de las partes, en atención a un juzgamiento anticipado, no

solo debe preocuparnos la correcta composición del silogismo judicial, sino también que se propicie un esquema de exposición de razones en el que —aun cuando no nos adscribamos a un silogismo deductivo— se aprecien las razones precisas y enunciativas de lo sentenciado, en función de lo postulado y actuado, de ser el caso, cuando no nos encontremos bajo la herramienta del juzgamiento anticipado, según el citado artículo 43 de la NLPT.

Es decir, si viéramos un escenario de aplicabilidad del juzgamiento anticipado, las razones de exposición en la sentencia conjugarían un análisis más normativo, en atención a la situación que se presenta, ya sea por rebeldía del demandado en juicio o por la exposición de situaciones que no ameritan actuación probatoria. Con dichas potestades previstas en la ley, el juez queda expedito para dictar sentencia, la misma que debe contener las razones de fondo del derecho que se pide y estar apoyada en las herramientas que ofrece la ley en determinadas situaciones procesales. Por tanto, no resulta lógico desaprovechar la oportunidad de focalizar una sentencia y expedirla, de manera precisa, además de exponer las razones que la sustentan. ¿Cuáles son estas razones?

2.5. ¿Las sentencias laborales contienen casos difíciles?

Esta pregunta nos hace reflexionar sobre la teoría de la argumentación jurídica, la misma que se ha esbozado como casos difíciles, que, a tenor de lo considerado por MacCormick, citado por Atienza (2016), involucra cuatro tipos de problemas jurídicos: de relevancia, de interpretación, de prueba y de calificación.

Se sigue afirmando que, en un escenario en que la información se encuentra en las premisas fácticas, la aplicación de un silogismo deductivo es lo correcto y pertinente. ¿Qué sucede ante premisas deficitarias? No podríamos abordar una conclusión fácilmente.

Estos problemas propuestos los apreciamos a diario en el quehacer jurisdiccional; sin embargo, ¿qué propiciamos con el devenir del proceso laboral, esto es, desde la interposición de la demanda, de sus fundamentos, de su causa de pedir, de su pedido, y de lo contestado por el demandado, o de su actitud en juicio, esto es, de su presentación o no a la audiencia de conciliación?; ¿qué actitud asumimos? No solo nos referimos a la utilización de la herramienta del juzgamiento anticipado, sino a la expedición de la sentencia. En función de estos parámetros fácticos nos corresponde circunscribirnos a un silogismo judicial deductivo, de aplicación de la norma, si esta se encuentra clara a la luz de los hechos expuestos en los escritos de postulación.

El problema surge cuando presentada la situación procesal al juez, en la línea de la oralidad, el informalismo y la flexibilidad, se cuestiona cuál es el parámetro fáctico y jurídico que utilizamos en la sentencia. Al graficar todo lo acontecido, obedeciendo a la lógica secuencial, de parte expositiva, considerativa y resolutive, ¿dónde se expone los fundamentos o razones del fallo que, en línea de la oralidad, se dicta en audiencia? Es aquí donde resulta totalmente aplicable las hipótesis de solución que el profesor Atienza señala, pues partimos de la lógica discursiva de que existen, en el proceso laboral, premisas deficitarias, en las que no se determina la sentencia solo en función de un silogismo judicial deductivo, como el señalado, sino que el juez se encuentra en la capacidad de fundamentar su decisión judicial en razones que signifiquen una hipótesis de solución, que propicie la resolución del conflicto laboral, en función de la información dada en juicio, esto es, la demanda y la contestación de la demanda, y también si es que existe convencimiento de los hechos postulados, en virtud de la actuación de prueba en la audiencia, dada la riqueza de lo aportado al proceso, lo que se comporta como la premisa de información que dará sustento al fallo a emitir.

No solo propiciar la exposición de la premisa jurídica, que es lo que nos preocupa, por la equivocada idea de que el soporte de una

sentencia laboral se da en preponderancia de la norma que resuelve caso, lo que no es incorrecto pero sí tergiversado. Ello se constituye en el planteamiento de este problema argumentativo, pero en clave de reforma, dada la implementación de la NLPT en los 33 distritos judiciales; no obstante, aún hay temáticas pendientes por abordar, sobre todo en los jueces laborales, artífices de la reforma, en lo que respecta a la sentencia, pues son los responsables de dotar de dinamismo, tal y cual se ha logrado en las audiencias; es decir, dotar de flexibilidad en la argumentación que contiene una sentencia laboral, que debe ir apoyada de razones que sustenten su decisión judicial.

Es más, no nos quedemos en afirmar que, reinvertiendo nuestra premisa fáctica, se cumple con el rol de argumentar o fundamentar nuestra decisión judicial y el prurito consagrado en la Constitución; sino que debemos velar por que esta decisión judicial cuente con las garantías de la tutela procesal efectiva y del debido proceso, las cuales, en teoría, son comentadas y consideradas como un parámetro base de la expedición de la sentencia.

Es preciso citar al profesor Jordi Ferrer (2011) cuando afirma que

el realismo jurídico, especialmente el norteamericano, puso especial atención a los mecanismos causales que motivan las decisiones judiciales, señalando que, entre ellos, las normas generales no ocupan el único lugar ni tan siquiera un lugar privilegiado. Las causas que motivan la decisión de un juez incluyen su ideología, contexto social, estado de ánimo, prejuicios, cultura jurídica, etc. (p. 89)

Esto es cierto y coherente cuando es aplicado a un contexto de emisión de sentencias laborales, en las cuales juega un rol de suma importancia: el contexto socioeconómico de nuestro país, cuya realidad económica tiene un papel primordial en la elaboración de las principales categorías que conformarán parte del análisis de una sentencia.

2.6. La motivación de las decisiones judiciales laborales y la oralidad: la estandarización de los argumentos

Es inevitable que el proceso de implementación del sistema procesal laboral oral en nuestro país, regulado por la Ley n.º 29497, represente un contexto normativo y social de suma relevancia en la proyección de las sentencias judiciales laborales, pues no han existido hasta la fecha actuaciones administrativas determinantes, en las que se aprecie una preocupación por la argumentación de nuestras decisiones judiciales laborales.

Asimismo, asociada a este déficit de proyección de la sentencia judicial, se encuentra la categoría procesal de la oralidad que se ha insertado con firme raigambre en nuestro sistema procesal laboral. Justamente aquí debemos redimensionar las decisiones judiciales, dado que la premisa fáctica a considerar se logra obtener de la actuación de las pruebas en la audiencia de juzgamiento o también de las pretensiones traducidas en la demanda y la contestación de la demanda, cuando se utiliza otro mecanismo a disposición del juez para decidir sobre un determinado caso judicial (juzgamiento anticipado), pero enfatizando en las posiciones de ambas partes, traducidas en las respectivas teorías del caso, que generan que todo lo obtenido en la audiencia le genere al juez una plena convicción sobre lo que es materia de conflicto, que luego debe ser traducido en la sentencia, de manera libre, concisa y precisa para que exprese las razones que justifican su última decisión.

A modo de ejemplo, en los cientos de casos de pago de beneficios sociales presentados en nuestro país, es inevitable la incorporación de las variables de las remuneraciones y el tiempo, de considerarse fundada la demanda; así como también las variables de documentos de pago presentados en juicio, en los cuales se acreditan los pagos realizados a la parte demandante. Es decir, se aprecian las variables de documentos de pago, tiempo y remuneraciones del trabajador, las cuales se pueden asociar y sintetizar en una estrategia de redacción que

verse la premisa normativa y la fáctica de manera precisa, con la cita de las normas que conforman el sustento normativo de los beneficios legales o convencionales que son materia de conflicto, e incluso utilizando las citas o las referencias al pie para no distraer la argumentación de lo que se quiere expresar con respecto a su concesión o no amparo del derecho en mención. La justificación normativa no siempre tiene que asociarse a la cita literal de las normas base de los beneficios legales que se comentan, sobre todo en conflictos de pago de beneficios sociales, que no ameritan un comentario específico por cada una de ellas, lo que evita el grado complejo de una sentencia judicial.

Es cierto es que no todos los conflictos en materia laboral versan sobre beneficios sociales o afines que permitan estandarizar una sentencia en cuanto a sus argumentos, pero deben realizarse esfuerzos en todas las materias en el ámbito laboral para lograr una concisión en la premisa normativa.

Entonces, la estandarización de argumentos es un mecanismo que podría tomarse en consideración sobre todo en procesos de pago de beneficios sociales. Otro mecanismo que permitiría la concisión es la importancia que se le otorgue a la premisa fáctica de un determinado caso judicial, pero no en el entendido de una mera descripción de los hechos materia de juicio, sino de lo que no es pacífico entre las partes, obteniendo concisión y delineamiento de los argumentos a exponer con respecto al hecho materia de conflicto, sobre todo cuando no se trate de demandas de pago de beneficios sociales, sino de pretensiones, como las reposiciones o las afectaciones en la relación laboral de similar índole, que permita al juzgador la libertad de armonizar sus fundamentos y lograr un estándar de argumentos, como es la probanza en juicio por parte de la demandada de la causa justa de despido o de la existencia de la misma, conforme mandan los artículos de la NLPT, específicamente, la dinámica probatoria prevista en el artículo 23.

Justo es decir que dicha dinámica probatoria permitiría hacer tangible una segunda estandarización de argumentos cuando se trate de conflictos en los que la probanza del hecho lesivo y de su justificación por la contraparte se comporte en la estructura de una sentencia, como los parámetros fijos a manejar en la misma. De esta manera, la obligatoriedad de expresar las razones por parte del juez no pasaría por un análisis superfluo y de exposición de normas sin aterrizar en el caso en concreto, sino que se manejaría la dinámica probatoria prevista en el citado artículo 23 de la NLPT, como base de la estructura de la sentencia.

No creemos que la estandarización de los argumentos en la estructura de una sentencia (parte considerativa) replique una forma de motivación insuficiente, si se logra armonizar de manera concreta y con respeto al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, específicamente, en lo que respecta a la motivación de las resoluciones judiciales, prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución.

Cabe precisar que la motivación defectuosa se clasifica en aparente e insuficiente. La primera se produce, entre otros supuestos, cuando los medios de prueba esenciales para resolver el proceso no se valoran real y ciertamente, sino que se efectúa una vaga alusión a estos o, en general, a todas las pruebas aportadas al proceso, sin especificar el valor otorgado a cada cual, el porqué de ello y por qué se sustenta la decisión en tales o cuales medios probatorios; o cuando de manera aseverativa expresan que un hecho se encuentra acreditado (o no lo está) sin apoyarse en ningún medio probatorio o sin valorar los existentes sobre el punto a dilucidar (Castillo et al., 2006, p. 445). Así también, otro sector de la doctrina señala que también nos encontramos ante este vicio (motivación aparente) cuando

los motivos reposan en cosas que no ocurrieron o en pruebas que no se aportaron, o bien —como en otros casos— en fórmulas vacías de contenido que no se condicen con la realidad del proceso y, finalmente, que nada significan por su ambigüedad o vacuidad. (Ghirardi, 1997, p. 132)

Del mismo modo, esta motivación está asociada «con la falta de derivación. De los hechos o de la ley no se sigue lo que se decide. El fundamento recae sobre factores cuya propia naturaleza o modalidad es incompatible racionalmente con la decisión adoptada (Ghirardi, 1997, p. 132).

En cuanto a la motivación insuficiente, siguiendo al autor citado, esta se produce cuando

vulneran el principio lógico de razón suficiente. El principio se enuncia diciendo que **nada hay sin una razón suficiente**. Nos da la razón del porqué de la existencia de los seres desde el punto de vista ontológico. Y, en ese sentido, no se diferencia mucho del principio de causalidad.

Desde el punto de vista lógico se entiende como una **razón**, esto es, una **explicación**, de por qué algo es de determinada manera y no de otra.

[...] en otras ocasiones, la ley requiere «certeza acerca de la existencia de aquellos (como sucede con la sentencia condenatoria)». En este último caso se exigirá «que la prueba en que se basen las conclusiones a que se arriba en la sentencia, solo puede dar fundamento a esas conclusiones **y no a otras**; o, expresado de otro modo, que ellas deriven **necesariamente** de los elementos probatorios invocados en su sustento». Por eso, somos entusiastas de la enunciación efectuada por Leibniz que, reducida a nuestro ámbito, rezaría así: «Ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así **y no de otro modo**». El «no de otro modo» regula la suficiencia legal, de acuerdo a la racionalidad según la cual la conclusión se deriva de los hechos probados. Probabilidad o necesidad son los dos extremos entre los cuales se sitúa el fiel de la razón jurídica en este aspecto.

Los caracteres de la **motivación suficiente**: [...]

- a) Debe ser un razonamiento constituido por **inferencias** adecuadamente deducidas de la prueba y **derivarse** de la sucesión de conclusiones que, en base a ellas, se vayan determinando.
- b) Debe ser **concordante y constringente**, en cuanto cada conclusión negada o afirmada responde adecuadamente a un elemento de convicción del cual se puede inferir aquella (la conclusión).

- c) La prueba debe ser de tal naturaleza, que realmente pueda considerarse fundante de la conclusión, de tal forma que ella sea **excluyente de toda otra**. (1997, pp. 134-136; énfasis nuestro)

Las citas se justifican en atención a la fórmula señalada en este ensayo de practicar en la proyección de las sentencias judiciales laborales, la estandarización de ciertos argumentos, tomando en consideración el tipo de conflicto que se ponga a juicio, sin caer en la motivación insuficiente o —lo que es más grave— la ausencia de motivación. Se debe aplicar una evaluación de las premisas fácticas y las normativas, en el entendido de lograr una expedición célere de las sentencias, en armonía con este nuevo modelo procesal laboral oral, cuya categoría de la oralidad, a la fecha, no ha sido aprovechada en toda su extensión para obedecer a los fines del proceso laboral.

3. Breves reflexiones

El análisis realizado sobre un aspecto tan importante como la sentencia en el proceso laboral nos trae algunas reflexiones:

1. Redimensión de las sentencias laborales, en atención a la argumentación jurídica y a la presentación de una casuística delimitada en un proceso por audiencias, en sintonía con la oralidad, optando por un mecanismo de la estandarización de ciertos argumentos.
2. La resolución de conflictos laborales contiene casuística difícil, que no necesariamente debe llevar consigo su resolución, en atención a un silogismo judicial, en la que se pondere la premisa normativa, sino que se aprecie una hipótesis de solución que desencadene en una solución.
3. La gestión de la implementación de la reforma laboral, a cargo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, debe abordar también aspectos referidos a la sentencia laboral, aun cuando ello es transversal

a todas las ramas del derecho en el ámbito jurisdiccional. No solo se ponderan aspectos técnicos, como los señalados, sino también los que permitan desenvolvimiento jurisdiccional, que tengan que ver con la capacidad sustantiva de argumentar; ello significa un rol de gestión en la capacitación de las nuevas tendencias y corrientes sobre la argumentación jurídica.

4. Se debe abordar nuevas tendencias en el razonamiento y en la argumentación jurídica, con visos de una sentencia expedida en un proceso laboral, que ostente además características de flexibilidad en la misma.

Referencias

- Atienza, M. (2016). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Palestra Editores.
- Castillo, J. L., Luján, M. y Zavaleta, R. (2006). *Razonamiento judicial: interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. ARA Editores.
- Congreso de la República (2010). Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. Lima: 13 de enero de 2010. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf9d4d0043eacd588837db829214c4f0/C.+LEGISLACION+-+Ley+N%C2%BA+29497+Nueva+Ley+Procesal+del+Trabajo.pdf?MOD=AJPERES>
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2014). Resolución Administrativa n.º 002-2014-CE-PJ. Lima: 7 de enero de 2014. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/circular-referida-a-la-regulacion-del-reenvio-en-los-organos-res-adm-n-002-2014-ce-pj-1055282-1/>

- Consejo Nacional de la Magistratura (2014). Resolución n.º 120-2014-PCNM. Lima: 28 de mayo de 2014. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Precedente-motivaci%C3%B3n-120-2014-pcnm-caso-Villasis-LP.pdf>
- Ferrer, J. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, (34), 87-107. <https://www.scielo.org.mx/pdf/is/n34/n34a4.pdf>
- Ghirardi, O. A. (1997). *El razonamiento judicial*. Academia de la Magistratura del Perú.

Revista de Derecho Procesal del Trabajo

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE
IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

VOL. 5, N.º 6, JULIO-DICIEMBRE, 2022

PUBLICACIÓN SEMESTRAL. LIMA, PERÚ

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i6

La edición de este sexto número
de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia;
el diseño y la diagramación lo realizó Rodolfo Loyola Mejía;
la asistencia editorial, Luis Abraham Garrido Huamán
y Ronald Robert Junior Callapiña Galvez;
la corrección de textos, Jayro Jurado Urbina; y la gestión
electrónica: Joel Jonathan Alhuay Quispe y Erik Almonte Ruiz.

La Revista de Derecho Procesal del Trabajo.
Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación
de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial n.º 6
se terminó de producir digitalmente en diciembre de 2022
en el Fondo Editorial del Poder Judicial.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



PRESENTACIÓN

JESSICA VANESSA MEDINA JIMÉNEZ

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

JAVIER ARÉVALO VELA

El despido nulo por causal de embarazo y maternidad

EVELIN COLOMA CIEZA y ANNA VILELA ESPINOSA

Protección de las mujeres trabajadoras en el Perú

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

La tutela jurisdiccional del accidente de trabajo con respecto a la prevención de los riesgos profesionales

CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE

Consideraciones sustantivas y procesales para la adecuada imputación de las infracciones al Código de Ética de la Función Pública desde la perspectiva de la jurisprudencia administrativa del Tribunal del Servicio Civil

ROSA ISABEL TORRES CADILLO

Mobbing y *compliance* laboral: un aliado estratégico contra la hostilidad

GLORIA LUCILA LAIZA ESPINOZA

Breves reflexiones sobre la sentencia en el proceso de reforma laboral peruano