

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

TESIS:

**PRINCIPALES PRINCIPIOS JURÍDICOS LABORALES QUE SUSTENTAN
LA NATURALEZA LABORAL DE LA PROSTITUCIÓN EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: JESENIA YANETH MEGO HORNA

Asesor:

DR. GLENN JOE SERRANO MEDINA

Cajamarca - Perú

2019

COPYRIGHT © 2019
JESENIA YANETH MEGO HORNA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

TESIS APROBADA:

**PRINCIPALES PRINCIPIOS JURÍDICOS LABORALES QUE SUSTENTAN
LA NATURALEZA LABORAL DE LA PROSTITUCIÓN EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: JESENIA YANETH MEGO HORNA

JURADO EVALUADOR

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Asesor

M.Cs. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2019



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

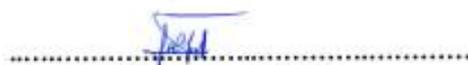
Siendo las 18:00 horas, del día 06 de marzo de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, M. Cs. CINTHYA CERNA PAJARES, Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, y en calidad de Asesor el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA** Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“PRINCIPALES PRINCIPIOS JURÍDICOS LABORALES QUE SUSTENTAN LA NATURALEZA LABORAL DE LA PROSTITUCIÓN EN EL PERÚ”**, presentada por la **Bach. en Derecho JESENIA YANETH MEGO HORNA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó...APROBAR...con la calificación de QUINCE (15)...la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bach. en Derecho JESENIA YANETH MEGO HORNA**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**.

Siendo las 19:40 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Asesor


.....
M. Cs. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador


.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

A:

Dios por llenar mi vida de bendiciones, y permitir realizar ésta investigación.
A Orlando y a mi amado hijo Sergio por estar siempre conmigo e impulsarme a luchar por mis objetivos. A mis amados padres Teresa y Aníbal, y hermanos por apoyarme incondicionalmente.

“La prostitución crecerá y desarrollará en la medida que no se fije mejores condiciones laborales de las trabajadoras sexuales, no olvidemos que las arbitrariedades de los que abusan de su poder encuentran caldo de cultivo en la ausencia de Estado” (Medina, 2016, p. 87).

TABLA DE CONTENIDO	PÁG
Dedicatoria.....	II
Epígrafe.....	III
Tabla de contenido.....	IV
Lista de ilustraciones.....	VII
Agradecimiento.....	VIII
Lista de abreviaciones.....	IX
Glosario.....	X
Resumen.....	XI
<i>Abstract</i>	XIII
Introducción.....	XV
 CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	
1.1. Planteamiento del problema.....	01
1.2. Formulación de la pregunta.....	05
1.3. Justificación.....	05
1.4. Ámbito de la Investigación.....	07
1.5. Tipo y nivel.....	07
1.6. Hipótesis.....	09
1.7. Objetivos.....	09
1.8. Métodos de investigación.....	10
1.9. Técnicas e Instrumentos de Investigación.....	12
1.10. Universo.....	12
1.11. Unidad de Análisis.....	12
1.12. Muestra.....	13
1.13. Estado de la cuestión.....	13

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

TÍTULO I: ALCANCES GENERALES SOBRE LA PROSTITUCIÓN

1.1.	Concepto de la prostitución.....	14
1.2.	Tipos de prostitución.....	15
1.3.	Modelos tradicionales de la prostitución.....	16
1.4.	La prostitución en el Perú.....	18
1.5.	Legislación sobre trabajo sexual.....	20
1.6.	Jurisprudencia comparada sobre trabajo sexual.....	23
1.7.	Pronunciamiento de la OIT sobre la prostitución.....	29
1.8.	Delitos conexos a la prostitución.....	33
1.9.	Trabajo decente.....	30
1.10.	Trabajo ilícito.....	33
1.11.	Orden Público, Buenas Costumbres y Moral.....	34

TÍTULO II: ALCANCES GENERALES SOBRE EL DERECHO LABORAL

2.1.	El derecho laboral.....	37
2.2.	Ámbito de aplicación del derecho laboral.....	37
2.3.	Régimen laboral público y privado.....	39
2.4.	Los principios del derecho laboral.....	41
2.5.	Los derechos laborales.....	58
2.6.	Naturaleza de derechos fundamentales de índole laboral.....	70

TÍTULO III: ALCANCES GENERALES SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

3.1.	El contrato de trabajo.....	72
3.2.	Los elementos esenciales del contrato de trabajo.....	73

3.3. Características del contrato de trabajo.....	80
TÍTULO IV: ASUNCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	85
CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	
3.1. Contrastación del Principio de Primacia de Realidad.....	87
3.2. Contrastación del Principio Protector.....	102
3.3. Contrastación del Principio de Igualdad de Oportunidades.....	103
3.4. Contrastación del Principio de Irrenunciabilidad de derechos...	105
CAPÍTULO IV: PROPUESTA LEGISLATIVA.....	113
Conclusiones.....	124
Recomendaciones.....	125
Lista de referencias.....	126

LISTA DE ILUSTRACIONES

- Cuadro N° 01 : Lista de centros nocturnos donde se ejerce el trabajo sexual en Cajamarca.
- Cuadro N° 02 : Centros nocturnos – prostíbulos formales en la ciudad de Cajamarca.
- Cuadro N° 03 : Principio de primacía de la realidad corroborando la configuración de los elementos del contrato de trabajo en las declaraciones de las prostitutas.

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud a Fátima Mego Horna por brindarme su invaluable tiempo, y por apoyarme en cada circunstancia.

Mi agradecimiento al Dr. Glenn Serrano Medina, por haberme guiado en este proceso de investigación, y que en todo momento estuvo apto para absolver mis dudas.

Del mismo modo, mi agradecimiento al Dr. Jhonny Díaz Sousa, que en su calidad de Fiscal Provincial de Prevención del Delito de Cajamarca me facilitó información sobre la prostitución en la ciudad de Cajamarca.

LISTA DE ABREVIACIONES

Apúd	: citado por.
Art.	: artículo.
C.C.	: Código Civil.
D.L. N° 728	: Decreto Legislativo N° 728
OIT	: Organización Internacional del Trabajo.
S.a.	: sin año.
S.f.	: sin fecha.
Supra	: en líneas arriba.
Verbigracia	: por ejemplo.

GLOSARIO

Principios jurídicos laborales: Mandatos, directrices que son fuente de interpretación, fuente normativa y fuente de información.

Naturaleza laboral: Hace referencia que la actividad se encuentra bajo el alcance del derecho laboral, y donde existen una relación de subordinación entre el empleador y el trabajador, cumpliendo con los requisitos regulados en el artículo 4 del Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) D.S. N° 003-97-TR.

Prostitución: consiste en la prestación de servicios sexuales a cambio de una contraprestación económica.

RESUMEN

El ámbito de protección del derecho laboral no es para cualquier tipo de actividades, sino está destinado a proteger a aquellas actividades que se realice por cuenta ajena, es decir, donde exista la presencia de un empleador y un trabajador, y que ésta relación cuente con los elementos esenciales de prestación personal de servicios, remuneración, y subordinación; caso contrario, la actividad no tiene naturaleza laboral.

Recientemente en la ciudad de Lima, se ha constituido un Sindicato de Trabajadoras Sexuales, y su representante ha indicado que su objetivo es obtener los derechos laborales específicos, sin embargo, para gozar de los derechos laborales específicos debe existir un trabajo por cuenta ajena.

En nuestro país la prostitución es una actividad lícita, sin embargo, se desconoce si la prostitución tiene o no naturaleza laboral, para ello, es imprescindible conocer los principios jurídicos laborales que determinan que una relación jurídica tenga naturaleza laboral o no; y a partir de su determinación se conocerá la naturaleza laboral o no de la prostitución.

Consecuentemente, para poder ejecutar esta investigación se efectuó una investigación básica, con enfoque cualitativo, nivel descriptivo y propositivo; realizado a través del análisis de la legislación, doctrina nacional y comparada, análisis de la jurisprudencia comparada sobre el trabajo sexual.

Finalmente, se realizó la contrastación de la hipótesis utilizando métodos generales y jurídicos, concluyendo que los principios que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú son el principio de primacía de la realidad,

principios de irrenunciabilidad de derechos, principio de igualdad de oportunidades y principio protector. Finalmente se realizó una propuesta normativa sobre la prostitución dependiente.

PALABRAS CLAVES: principios jurídicos laborales, naturaleza laboral y prostitución.

ABSTRACT

The scope of protection of labor law is not for any type of activities, but is intended to protect those activities carried out by others, that is, where there is the presence of an employer and a worker, and that this relationship has the essential elements of personal service provision, remuneration, and overordination; Otherwise, the activity does not have a labor nature.

Recently in the city of Lima, a Sindicato de Trabajadoras Sexuales del Perú has been set up, and its representative has indicated that its objective is to obtain labor rights, however, in order to enjoy labor rights, there must be work for others.

In our country, prostitution is a licit activity, however, it is unknown whether or not prostitution is of a working nature, it is essential to know the labor legal principles that determine that a legal relationship has a labor nature or not; and from its determination will know the labor nature or not of prostitution.

Consequently, in order to execute this research, a basic research was carried out, with a qualitative, descriptive and proactive approach; conducted through the analysis of legislation, national and comparative doctrine, analysis of comparative jurisprudence on sex work.

Finally, the hypothesis was tested using general and legal methods, concluding that the principles that support the labor nature of prostitution in Peru are the principle of primacy of reality, principles of inalienable rights, principle of equal opportunities and protective principle. Finally, a normative proposal on dependent prostitution was made.

KEYWORDS: *labor legal principles, labor nature and prostitution.*

INTRODUCCIÓN

El derecho laboral comprende un conjunto de principios y normas que regulan las relaciones que se crean con ocasión del trabajo realizado de manera personal, subordinada y remunerada. En ese sentido, el Estado regula las relaciones entabladas entre empleadores, con la finalidad de prevenir y sancionar situaciones que atenten contra la dignidad del trabajador. En ese orden, los principios jurídico laborales son aquellos que han sido consagrados en el artículo 26 de la Constitución Política del Perú, también han sido reconocidos en la doctrina y jurisprudencia; teniendo como principal labor ser fuente de interpretación, fuente informativa y fuente normativa.

La naturaleza laboral de una actividad se encuentra supeditada a que el trabajo realizado sea por cuenta ajena, y cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 4 del Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) D.S. N° 003-97-TR, el cual estipula que en el trabajo debe existir una prestación personal de servicios, remunerada y subordinada; caso contrario, la actividad no se encuentra bajo el ámbito de protección del derecho laboral.

En ese contexto, existe una actividad como la prostitución, que no se encuentra prohibida por la legislación penal peruana, por tanto, es una actividad lícita y permitida, sin embargo, se desconoce si la prostitución se encuentra bajo el ámbito de protección del derecho laboral, porque de ser así, las personas que ejercen la prostitución ostentarían derechos laborales. Siendo así, en la presente

investigación jurídica conoceremos sobre los principales principios jurídicos laborales que sustentan la naturaleza laboral del trabajo sexual en el Perú.

Por ello, ésta investigación está compuesta por cuatro capítulos, en el primer capítulo denominado aspectos metodológicos conoceremos el problema de investigación, la justificación de su realización, los objetivos, y el ámbito de la investigación. Asimismo, conoceremos que el nivel de investigación es básico, con enfoque cualitativo, con alcance descriptivo y propósito.

En el segundo capítulo denominado marco teórico se ha desarrollado el alcance general sobre la prostitución. También, instituciones jurídicas del derecho laboral, como son los principios jurídico laborales, y naturaleza laboral que conllevó a desarrollar contenidos como el contrato de trabajo y sus elementos.

Ahora bien, el tercer capítulo denominado contrastación de hipótesis se ha desarrollado en base a los métodos genéricos; así como los métodos propios del derecho como el hermenéutico y dogmático; aplicando de esa forma instrumentos y técnicas de investigación; dónde se obtuvo como resultado que los principios que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú son el principio de primacía de realidad, principio de irrenunciabilidad de derechos reconocidos en la Constitución y en la Ley, principio protector y principio de igualdad de oportunidades.

En el cuarto capítulo denominado propuesta normativa se realizó un proyecto de ley que regula a la prostitución dependiente. Finalmente, se arribó a las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho laboral comprende un conjunto de principios y normas que regulan las relaciones en ocasión a un trabajo dependiente. El ámbito de aplicación del derecho laboral solo es para aquellas actividades que tengan naturaleza laboral, es decir, donde exista un trabajo por cuenta ajena, donde existe prestación personal de servicios, remuneración, subordinación; y es a partir de esa vinculación donde surgen los derechos específicos y obligaciones laborales de los trabajadores. En ese orden, existen principios jurídicos laborales que al ser interpretados y aplicados a un hecho concreto permiten sustentar la naturaleza laboral o no de una relación jurídica.

Existe una actividad como es la prostitución y en el sistema jurídico peruano no se encuentra prohibida, consecuentemente no es delito, entonces lo que no se encuentra prohibido se encuentra permitido, tal como lo establece el literal a) inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Siendo así, tenemos que la prostitución es una actividad lícita que se encuentra permitida dentro de nuestro Estado Peruano.

La prostitución ha sido definida en el fundamento 42 de la Resolución 2141-2010/SC1-INDECOPI, como: “una actividad económica, pues involucran la prestación de un servicio sexual a cambio de una contraprestación económica” (p.8).

De la definición, se interpreta que comprende a sujetos como la prostituta, y el cliente; la modalidad de su ejercicio ha sido plasmada en la Sentencia T-629/10 del Expediente T-2384611, el cual indica que existen prostitutas independientes, y prostitutas dependientes. Sobre la modalidad de su ejercicio, se indica que las personas que ejercen la prostitución independiente, son aquéllas en donde no existe ningún intermediario, la contraprestación económica es directamente percibida por la prostituta, el ofrecimiento de su ejercicio se realiza en su mayoría en las calles y ejercida en hostales; de otro lado, están las prostitutas dependientes, siendo aquéllas que ofrecen sus servicios en centros nocturnos, y en el cuál existe un administrador del centro nocturno.

Ahora bien, existe una Asociación denominada Red de Trabajadoras Sexuales el cual está compuesto por trabajadoras sexuales del Perú, y en su estatuto expresan que “el objetivo es la defensa, promoción, reconocimiento y respeto de los derechos humanos de las mujeres trabajadoras sexuales, en particular de sus derechos laborales”; y recientemente en el año 2018 la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima Metropolitana a través de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos en el Expediente N°02065-2018/MTPE/1/20.2., ha emitido la Constancia de Inscripción del Sindicato Nacional de Trabajadoras Sexuales del Perú “SINTRASEXP”; y la Secretaria General del sindicato mencionado ha señalado que: “las trabajadoras sexuales no figuran en la planilla de ninguna empresa, no pagan impuestos, ni suelen tener jubilaciones, por ello se impulsa la

regulación de sus derechos laborales, y sean reconocidas como cualquier trabajador”.

En ese sentido, se puede apreciar que la constitución del Sindicato de Trabajadoras Sexuales del Perú permite gozar los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga reconocidos en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú; además se debe tener en cuenta que los derechos individuales del trabajador se han logrado con las luchas de los sindicatos, sin embargo, si nos remitimos al artículo 41 del T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, el cual regula que la convención colectiva de trabajo es el acuerdo a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, podemos apreciar que en el caso de la prostitución el Estado no ha determinado la naturaleza laboral, no existe una normatividad laboral que lo regule, entonces, es imposible jurídicamente que exista una negociación colectiva sobre condiciones de trabajo de las prostitutas dependientes.

De las declaraciones realizadas por la Secretaria General del sindicato citado, se tiene que el objetivo de las trabajadoras sexuales es gozar de derechos laborales, empero, nuestro sistema jurídico peruano no ha determinado la naturaleza laboral de la prostitución; consecuentemente, no es posible que éstas requieran derechos laborales, sin que previamente se haya determinado si el tipo de trabajo que ejercen se encuentra bajo el ámbito de protección del Derecho Laboral.

Que, el inciso 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales regula el derecho al trabajo libremente escogido. Entonces, como se puede apreciar, es el Estado el que reconoce el derecho al trabajo, sin embargo, en el contexto de la prostitución el Estado no ha determinado primigeniamente la naturaleza laboral de ésta.

En el marco del V Foro Latinoamericano y del Caribe en VIH/SIDA realizado en la ciudad de Lima el año 2009, el Fondo de Población de las Naciones Unidas afirmó que “alrededor de 120 000 personas ejercen la prostitución en el Perú en un ambiente de inseguridad y con riesgos para su salud y bienestar”. De tal modo, existe un número considerable de personas que ejercen la prostitución, conllevando a la necesidad de realizar una investigación jurídica que tenga por objeto determinar su naturaleza laboral.

Ante esta situación podemos observar que es necesario realizar ésta investigación jurídica, ya que la determinación de la naturaleza laboral de la prostitución, conllevaría a garantizar los derechos laborales específicos que surgen en una relación de empleador y trabajador; y se podría controlar su ejercicio, y de alguna forma prevenir la comisión de delitos en contra de la libertad sexual.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los principales principios jurídicos laborales que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú?

1.3. JUSTIFICACIÓN

La Organización Internacional del Trabajo sobre la prostitución en la Revista de la OIT Núm. 27 (1988, p. 21 y 26) resaltó un informe de la Oficina Internacional del Trabajo denominado The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia, manifestando que:

El creciente auge de la prostitución plantea alarmantes cuestiones, no solo de sanidad pública, de moralidad, y de discriminación de las personas en función de su sexo, sino también en relación a los derechos fundamentales de un número cada día mayor de personas ocupadas en el sector del sexo (...) la OIT insiste en que corresponde a los gobiernos decidir la adopción de una u otra fórmula legal.

Como se puede evidenciar, la OIT plantea lineamientos sobre salubridad, y resalta que el Estado debe intervenir para crear alguno marco normativo sobre su ejercicio.

La realización de la presente investigación es determinante para poder definir si el trabajo sexual se encuentra bajo el ámbito de protección del derecho laboral, ya que, a partir de sus resultados se cubriría un vacío debido a que no se ha determinado la naturaleza laboral del trabajo sexual, contribuyendo al conocimiento jurídico.

De otro lado, las prostitutas son pasibles de ser víctimas en delitos en contra de la libertad sexual, tal como ha demostrado la Defensoría del Pueblo que en octubre de 2017 emitió un estudio denominado La Trata de Personas con fines de Explotación Sexual en Agravio de Mujeres Adultas, con Serie Informe de Adjuntía-Informe N° 41-2017-DP/ADM (p.73), indicando que las cifras del Poder Judicial muestran que durante el periodo 2001 al 2003 las mujeres adultas que se dedicaron a la prostitución son una cantidad de 3863, sin embargo, éstas mujeres tienen calidad de víctimas en los delitos como el de favorecimiento a la prostitución (2693) y proxenetismo (1170) ambos delitos vinculados a la trata de personas con fines de explotación sexual. En ese sentido, se puede advertir que es importante el presente estudio, pues los límites de su licitud es el consentimiento de la persona que ejerce la prostitución, caso contrario, se incurre en delitos en contra de la libertad sexual.

En ese orden, el Ministerio de Salud en el informe denominado Programa de Control de Enfermedades de Transmisión Sexual y Sida ha señalado que existe una elevada prevalencia de ETS/VIH en las personas que ejercen la prostitución; seguidamente si fuese de la naturaleza laboral la prostitución se exigiría el cumplimiento obligatorio del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo – SCTR.

1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación jurídica abarcó el análisis de los principios jurídicos laborales que se encuentran consagrados en la Constitución, y en la doctrina; siendo éstos principios jurídicos lo que permiten determinar si la prostitución en nuestro país tiene naturaleza laboral. En ese sentido, las delimitaciones son:

- a. **Espacial:** la presente investigación jurídica se encuentra circunscrita al ámbito nacional peruano.
- b. **Temporal:** por la naturaleza de la investigación jurídica no es posible delimitarla en el tiempo.

1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue

La tipología de la presente investigación jurídica es de carácter dogmático, debido a que se restringe el estudio solo a los principios jurídicos laborales consagrados en nuestra Constitución y en la doctrina, que permiten determinar relaciones jurídicas laborales, y serán aplicados en la prostitución.

Precisando, que la presente investigación en el ámbito científico es considerada como Básica, debido a que se busca obtener conocimiento teórico sin un fin práctico inmediato, es decir, se conocerá los principios jurídicos laborales que determinan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

1.5.2.1. Descriptiva: la investigación jurídica tiene un nivel de análisis descriptivo, debido a que se enfoca en detallar las características de los principios jurídicos laborales consagrados en la Constitución y en la doctrina, que permiten determinar la naturaleza laboral de la prostitución.

1.5.2.2. Propositiva: en virtud de los resultados de la investigación se considerará realizar una propuesta normativa, consecuentemente la investigación culminaría en un nivel propositivo.

La utilidad de la propuesta normativa será garantizar la exigibilidad del cumplimiento y respeto de los derechos laborales de las personas que ejercen la prostitución en el Perú.

1.5.3. De acuerdo al método o procedimiento

Respecto del método a utilizar, se debe tener en cuenta lo expuesto por Zelayarán (2002, p. 85) el cual indica que en el campo de las ciencias jurídicas el método es el medio de las situaciones y relaciones jurídico-sociales, para la formulación de nuevos sistemas jurídicos. Siendo así, el método utilizado en la presente investigación jurídica es el método hipo deductivo, debido a que se ha utilizado desde el inicio de la investigación hasta la contrastación

de la hipótesis un procedimiento lógico que tiene como resultado un nuevo conocimiento, y ésta última se logró con la contrastación conceptual.

1.6. HIPÓTESIS

Los principales principios jurídicos laborales que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú son:

- a.** El principio de primacía de la realidad.
- b.** El principio protector.
- c.** El principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.
- d.** El principio de irrenunciabilidad de derechos reconocidos en la Constitución y la Ley.

1.7. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.7.1. Objetivo general

Determinar los principales principios jurídicos laborales que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú.

1.7.2. Objetivos específicos

- a.** Identificar en la legislación y en la doctrina los requisitos que determinan que una relación jurídica sea de naturaleza laboral.
- b.** Identificar y analizar los principios jurídicos laborales consagrados en la Constitución y en la doctrina, que permiten verificar la naturaleza laboral en una relación jurídica.

- c. Determinar si la prostitución tiene naturaleza laboral a partir de la interpretación que se realice con los principios jurídicos laborales.
- d. Diseñar una propuesta legislativa condicionada al supuesto que la prostitución ostente naturaleza laboral.

1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Genéricos

a. Método analítico-sintético

En la presente investigación jurídica para analizar se ha tenido que describir los principios jurídicos laborales, naturaleza laboral, y la prostitución; y luego de analizarlos se pudo sintetizar los resultados determinando si la prostitución tiene naturaleza laboral o no.

b. Método inductivo-deductivo

Del análisis realizado de los principios jurídicos laborales y aplicándolos a la prostitución a fin de determinar su naturaleza laboral o no, se tuvo que partir de lo particular a lo general, conllevando a corroborar nuestra hipótesis.

1.8.2. Propios del derecho

a. Método dogmático

Para la realización de la presente investigación fue necesario recurrir al método dogmático, ya que, se ha tenido que analizar la normatividad sobre los principios jurídicos laborales, asimismo, se ha tenido que analizar la doctrina y jurisprudencia que reconocen dichos principios, a efectos de determinar la naturaleza laboral o no de la prostitución.

b. Método hermenéutico

El método hermenéutico ha sido utilizado al momento de realizar una interpretación sistemática sobre los principios jurídicos laborales que no solo estaban consagrados en la Constitución, sino también en la doctrina. De igual modo, se interpretó de manera sistematizada la normatividad que determina la naturaleza laboral de la prostitución; todo ello con la finalidad de comprender si tiene naturaleza laboral la prostitución.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

1.9.1. Técnicas:

a. Observación documental

La presente investigación jurídica ha tenido que recopilar doctrina y jurisprudencia sobre los principios jurídicos laborales, naturaleza laboral, y prostitución. Asimismo, se obtuvo como documentales a Actas de Intervención Policial y Fiscal, donde se plasma a la prostitución, y que no modifican el tipo dogmático de la investigación, contrario sensu, permiten corroborar contundentemente la investigación.

1.9.2. Instrumentos:

a. Hoja Guía

Éste instrumento permitió cumplir de forma ordenada los objetivos, y que han sido plasmados en la contratación de la hipótesis.

b. Cuadro

Los cuadros permiten sistematizar la información obtenida de las documentales, como Acta de Intervención Policial y Fiscal.

1.10. UNIVERSO

Por el tipo y naturaleza de la investigación no se cuenta con universo.

1.11. UNIDAD DE ANÁLISIS

Por el tipo y naturaleza de la investigación no se cuenta con unidad de análisis.

1.12. MUESTRA

Por el tipo y naturaleza de la investigación no se cuenta con muestra.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El alcance de la búsqueda de los trabajos de investigación fue realizado en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la SUNEDU, y en nuestra búsqueda no hemos encontrado tema de tesis vinculadas directamente con nuestro tema de estudio.

En ese orden, también se realizó una búsqueda en el Repositorio Institucional de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca, y se encontró en trámite un Proyecto de Tesis del año 2015 denominado Fundamentos jurídicos para justificar la incorporación de las trabajadoras sexuales a la Cobertura de la Seguridad Social en el Perú, realizado por el C.P.C. Ulises Linares Castañeda para optar el grado de Maestro en Ciencias, presentado ante la Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca, desconociendo su contenido a fondo.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

TÍTULO I: ALCANCES GENERALES SOBRE LA PROSTITUCIÓN

1.1. Concepto de prostitución

La Real Academia Española ha definido la prostitución como: “actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero”.

Meneses et al (2007) afirma que “la prostitución es aquella actividad que proporciona servicios sexuales mediante alguna forma de pago, generalmente dinero, que puede ser ofrecida por mujeres, varones y transexuales” (p. 13).

Cabe resaltar, que el Tribunal de Defensa de la Competencia (2010) en la Resolución 2141-2010/SC1-INDECOPI pronunciándose sobre la prostitución ha establecido que: “(...) los servicios sexuales sí constituyen una actividad económica, pues involucran la prestación de un servicio a cambio de una contraprestación” (p. 14).

Como se advierte, el concepto de Prostitución involucra a la prestación de servicios sexuales de la prostituta, en adelante trabajadora sexual, y ello conlleva a que por el servicio brindado se le otorgue una contraprestación.

Que, el Ministerio de Salud (25 de setiembre de 2009) emitió la Resolución Ministerial N° 650-2009/MINSA, definiendo a la prostituta como un trabajador sexual y señalando que “la trabajadora sexual es una persona que tiene como actividad económica el intercambio del sexo por dinero y otros bienes, está considerado dentro de las poblaciones vulnerables, por su alto recambio de parejas sexuales y alta exposición a las ITS”. De la lectura de la citada resolución se advierte que existe normas administrativas de salubridad que regulan de algún modo el ejercicio de la prostitución.

1.2. Tipos de prostitución

La prostitución se presenta en la sociedad de las siguientes formas y/o tipos, tal como ha expresado la Corte Constitucional Colombiana en el Fundamento 93 de la Sentencia T-629/10 del Expediente T – 2384611:

Trabajadores sexuales: que cumplen horarios por un número cierto de horas en establecimientos, para un pago de turno de valor oscilante, en el que también se percibe un ingreso por consumo de licor, conforme a un sistema de “fichas”. En esta figura, tres son las relaciones que se tejen: i) la de quien ejerce la prostitución y el establecimiento de comercio; ii) la de aquella y cliente del servicio sexual; iii). La de éste y establecimiento de comercio.

Trabajadores sexuales autónoma: no permanecen en sitios fijos, no siguen ni están sometidos a horario ninguno y su beneficio económico se obtiene de su propio contacto con los clientes y de la comisión percibida por la gestión que desarrolle en los distintos establecimientos que frecuentan. Las relaciones que aquí se plantean son diversas: i) la del trabajador del sexo y el cliente; ii) la del trabajador del sexo y los establecimientos a los que acude.

Modalidad que se desarrolla en establecimientos denominados “reservados”: donde los trabajadores sexuales permanecen sin turnos en el sitio y solo obtienen dinero si prestan el servicio. En éste, el esquema de relación es el del primer caso, aunque su configuración fáctica de lugar a la generación de prestaciones diversas.

De los tipos de prostitución señalados en la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana se advierte que, el ámbito que el derecho laboral otorga protección jurídica es sobre aquél trabajo de los trabajadores sexuales por cuenta ajena y que reciben una contraprestación económica.

García Bendezú en el reportaje sobre la prostitución hace referencia que en nuestro país es muy usual encontrar a las trabajadoras sexuales autónomas, que ejercen la prostitución en las calles céntricas de las ciudades (21 de junio de 2017, Las trabajadoras sexuales buscan un reglamento para regular su oficio. Diario El Comercio).

1.3. Modelos tradicionales de la prostitución

La Corte Constitucional Colombiana en el fundamento 25 en la Sentencia T-629/10 del Expediente T-2384611, se ha pronunciado sobre la prostitución, y ha mencionado los modelos tradicionales, siendo éstos los siguientes:

Modelo Prohibicionista: excluye el comercio carnal, de modo que el Derecho lo contempla, pero para prohibirlo y sancionarlo. En este marco son punibles todas las conductas relacionadas con el tráfico sexual, esto es, tanto la conducta sexual de la persona prostituida, como la de quien participa de la explotación económica de la actividad, mientras que los clientes suelen ser entendidos como víctimas de los anteriores. El bien jurídico protegido es la moral pública y las buenas costumbres.

Modelo Abolicionista: pretende, desde el punto de vista jurídico, la ausencia total de reconocimiento del fenómeno y de las actividades conexas por parte del orden jurídico. Lo que se elimina no es el hecho en sí de la prostitución, sino la aceptación de su existencia y por tanto de regulación normativa. Su fundamento se ha encontrado en la necesidad de proteger la familia, pero también la dignidad de las mujeres. De tal suerte, se excluye la punición de la actividad individual, aunque se puede perseguir la organización

de negocios destinados a la prestación de servicios sexuales. Se limita a prohibir la prostitución, para ello propone la represión activa contra las personas que se dedican a esta actividad, contra los que la organizan o la explotan. Es una manera de poner en práctica la tendencia abolicionista, aunque los representantes de este sistema la rechazan, ya que actúa de manera coercitiva exclusivamente sobre la persona que se prostituye, ignorando la otra parte implicada: el cliente.

Modelo Reglamentista: Difundido en Europa tras las conquistas napoleónicas, tiende a reconocer la prostitución como un mal social que, al no poderse combatir, debe ser regulado a fin de evitar los efectos perniciosos relacionados con la salud, el orden social, la convivencia y buenas costumbres, que pudieren derivar de su ejercicio. En este orden, la reglamentación persigue la identificación geográfica y localización delimitada de la actividad, a fin de disminuir el impacto que producen en el funcionamiento de la ciudad y en el desarrollo de los objetivos públicos urbanos (2009-p. 6 y 7)

En el Informe sobre la Prostitución, se indica que el Sistema Reglamentista tiene como objetivo “la legalización que hace que prostitución sea considerada como cualquier otra actividad económica y quien se decide a ejercerla adquiere la condición de trabajador, con sus derechos y obligaciones sociales y laborales” (La Justicia de Aragón, 2009).

Este tipo de modelo puede ser visto históricamente en el caso de Grecia: “que reglamentó los lugares donde se ejercía la prostitución y reguló los precios e impuestos, con un fin doble: mantener el orden público y crear nuevos recursos fiscales. Así favoreció la aparición del proxenetismo legal”. (Carmen Ortega , 2011, p. 7)

Que, los modelos tradicionales sobre la prostitución son el reflejo del actuar que ha tenido el Estado frente a la prostitución. En ese contexto, Rúa Serna manifiesta que a los 3 modelos en referencia se les suma la

cuarta forma, que se encuentra constituida por el “reconocimiento de derechos laborales a las trabajadoras sexuales” (2012, p. 5).

Sin embargo, se debe tener presente que es necesario el pronunciamiento del Estado sobre la prostitución, ya que en el caso peruano podemos ver la prostitución no se encuentra prohibida, y no es considerada un delito.

1.4. La prostitución en el Perú

En el artículo denominado “La prostitución en el Perú: Estado, economía, moral y profilaxia (1839 – 2009)”, se afirma lo siguiente:

Que en el Perú la prostitución se ha expandido progresivamente la acción estatal en torno a ella. Así, de una inicial lógica sancionadora se fue estructurando una organización dedicada a identificar, vigilar, revisar, y sancionar a las prostitutas. Un aspecto clave de este proceso ha sido la inmanencia de una regulación económica desde el Estado respecto de la prostitución. Ya sea como multas, contribuciones o licencias especiales, el Estado obtuvo todo este tipo de ingresos económicos a partir de los servicios de la prostitución. El proceso de intervención estatal respecto de la prostitución es la lógica contestataria de un discurso sanitario que surge como respuesta al accionar policial. Las características principales del discurso sanitario son la higiene y profilaxia social, la consolidación del accionar epidemiológico – con una marcada influencia de la doctrina de policía médica, y una construcción socio simbólica de lógicas de vida y muerte.

Del artículo citado se evidencia que el Estado reconoce la existencia de la prostitución; limitándose a regular los efectos que ésta actividad puede tener, para ello busca la salubridad en su ejercicio, y que en los lugares donde se ejerce la prostitución cuenten con licencias de funcionamiento.

Ahora, si bien la prostitución no está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico laboral, administrativamente se regula su ejercicio en los centros nocturnos, ello desde 1911 mediante las Licencias Especiales otorgadas

por el Ministerio del Interior, y en 1957 el Nuevo Reglamento de Licencias Especiales de Policía, aprobado por el Decreto Supremo N° 324 del 26 de octubre de 1957 en donde se refiere a las licencias especiales para i) casas de tolerancia donde se ejerce la prostitución de una o más mujeres en forma permanente o temporal, y ii) Prostíbulos, establecimiento dedicados a la prostitución.

En el año 1983 el Ministerio del Interior mediante Decreto Supremo N° 004-83-IN transfiere su facultad a los Municipios. Mediante la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades se regula las funciones de la Municipalidad, y dentro de ellas se encuentra la responsabilidad del orden territorial. Y, mediante la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, se regula el procedimiento para la obtención de licencias de funcionamiento según el objeto comercial.

Asimismo, con la finalidad de otorgar salubridad a éste tipo de trabajo se emitió la Ley N° 26626 “Ley contra el SIDA”, donde se establece los procedimientos relacionados a la atención médica periódica para las mujeres trabajadoras sexuales definiéndolas como persona que tiene como actividad económica el intercambio de sexo por dinero u otros bienes, considerada como población vulnerable por su alto recambio de parejas sexuales y alta exposición a las infecciones de transmisión sexual.

También, para el ejercicio de la prostitución se convierte en obligatorio contar con carnet de sanidad emitido por el Ministerio de Salud.

De otro lado, en nuestro país el Gobierno Regional del Callao emitió el Decreto Regional N°10, de fecha 28 de agosto de 2009, en el cual reconoce los derechos humanos de las prostitutas que residen o ejercen su trabajo en la Provincia Constitucional del Callao, para la eliminación de toda manifestación de discriminación, estigmatización, exclusión social y todo forma de violencia en su contra, así como fortalecer su dignidad, defender su libertad sexual, libertad de trabajo, prevenir, promover la reconversión laboral y reconocerse como personas sujetas a obligaciones y derechos dentro de la sociedad. Acceder a los servicios brindados por los establecimientos de salud del Gobierno Regional del Callao, para que se les facilite las atenciones correspondientes.

En ese sentido, el Gobierno Regional de Loreto mediante Ordenanza Regional N° 004-2010 de fecha 12 de febrero de 2010, reconoce la igualdad de trato en los seres humanos, rechazando cualquier tipo de discriminación, precisando que las prostitutas tienen los mismos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Perú, leyes nacionales y supra nacionales, no pudiendo ser discriminadas por otros motivos, prohibiendo conductas expresamente discriminatorias en el ámbito laboral, educativo y salud.

En consecuencia, son los Gobiernos Locales los que regulan el ejercicio de la prostitución en los centros nocturnos, a través de las licencias especiales; y, el Estado busca proteger a las personas que ejercen la prostitución y al cliente mediante normas de salubridad. Los hechos afirmados conllevan a determinar que el Estado reconoce la existencia de la prostitución en la esfera de la salud y de los establecimientos nocturnos.

De otro lado, en nuestro país ha sucedido un hecho histórico, pues en abril de 2018, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú inscribió a la Red de Trabajadoras Sexuales del Perú como sindicato denominado “Sindicato Nacional de Trabajadoras Sexuales del Perú SINTRASEXP”.

Éste hecho conlleva a afirmar que la prostitución es una actividad lícita, es decir, es un trabajo y por ello el Estado ésta permitiendo la constitución de sindicatos a fin de que éstos puedan hacer valer sus derechos consagrados en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú.

1.5. Legislación comparada sobre trabajo sexual

En el Informe sobre el fenómeno de la prostitución Vallejo & García ha establecido lo siguiente:

En Alemania, desde 2002 se contempla la prostitución como una actividad laboral, y así las trabajadoras pueden afiliarse a la Seguridad Social por cuenta ajena o propia, disponer de servicios sanitarios e inscribirse como demandante de empleo. Existen medidas para defenderse de los clientes y empleadores, pudiendo negarse a admitir un cliente o rechazar según qué prácticas sexuales o reclamar en los tribunales si un cliente se niega a abonar un servicio.

En Grecia, la Ley de 20 de agosto de 1981 relativa a la protección de enfermedades venéreas, establece un control para las personas que se dedican a ejercer la prostitución. Se exige tener más de 21 años y ser soltera, viuda o divorciada. Cuentan con una autorización pública y una cartilla sanitaria con el resultado de los controles médicos quinquenales. Se prohíben los clubes, por lo que la actividad se realiza en pisos que cumplen unas prescripciones. Un comité informa a la policía de las situaciones de cada prostituta y se puede limitar incluso no renovar las autorizaciones a los pisos si perturban a la vecindad.

En Austria permite el ejercicio de la prostitución en pisos, pero es obligado que la actividad esté registrada; Australia ha despenalizado la prostitución en algunas de sus regiones para aumentar el control sobre las casas de masajes, erradicar la

prostitución callejera y proporcionar mayor seguridad en las personas que la ejercen, llegando alguno de sus burdeles a cotizar en bolsa.

En Holanda, desde 1999 la prostitución se considera una forma de trabajo cuando se realice de forma voluntaria y por personas mayores de edad. Una "empresa" de este tipo, debe cumplir la normativa vigente (urbanística, instalaciones, seguridad, higiene), no pudiendo perturbar el medio ambiente. La gestión empresarial se enfoca hacia la persona que ejerce la prostitución con el fin de proteger su integridad física y psíquica, para evitar que haya menores de edad que se prostituyan o personas trabajando sin permiso de residencia vigente. Es una actividad que está reconocida oficialmente como trabajo, por lo tanto, los trabajadores tienen los mismos derechos y deberes que el resto de los ciudadanos en activo. La Administración controla la existencia de posibles fraudes en esta relación y facilita toda la información necesaria. En consecuencia, una persona que ha ejercido la prostitución de forma asalariada tiene derecho al subsidio de desempleo, cuando cesa en su relación laboral con el empresario. Al igual que el resto de las personas que están en el paro tiene la obligación de buscar trabajo, aunque no recibirá ofertas de trabajo de este sector por parte de la agencia de colocación estatal, pues se reconoce la prostitución como un trabajo, pero no como un trabajo apropiado. Esta regulación hace que, tanto los empresarios como las personas que la ejercen, sean sujetos pasivos de impuestos. No obstante, todo ello no es aplicable a las prostitutas extracomunitarias. (2017, pp.36-39).

Como se puede ver, en los países de Europa como son Alemania, Grecia, Austria, y Holanda existe una regulación sanitaria y laboral de la prostitución, permitiendo que no solo le sean respetados sus derechos fundamentales, sino también que contribuyan con el Estado a través de sus impuestos. Claro está, que esa regulación tiene como principal eje que la persona mayor de edad eligió prestar servicios sexuales de forma voluntaria y es su medio de vida, por tanto, no debe ser discriminada, y que las conductas de terceros no son sancionadas siempre y cuando se cuente con la voluntad de la persona que se prostituye. En caso exista

explotación sexual y/o la voluntad de la persona sea vulnerada, el Estado ha previsto sanciones penales.

Hemos visto los modelos jurídicos sobre el trabajo sexual, y se tiene que nuestro País corresponde al modelo reglamentista, pues no lo regula laboralmente, pero si existen disposiciones normativas sobre el funcionamiento de ésta actividad y normas de carácter sanitario.

Caso contrario sucede en los países de Francia, Italia, Bélgica debido a que asume un modelo abolicionista, pues considera a la prostitución como una actividad contraria a la esencia del ser humano, contrario a su dignidad, considerándola como una forma de violencia a la mujer y/o esclavitud sexual. E, inclusive su sistema normativo sanciona al cliente. La finalidad de la abolición, es erradicar la prostitución.

En países como Suecia, India, Egipto se han acogido a un modelo prohibicionista, sancionando penalmente a las trabajadoras sexuales y a los clientes.

1.6. Jurisprudencia comparada sobre trabajo sexual

La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T – 629 de 2010, ha reconocido los derechos de carácter laboral a una trabajadora sexual que es despedida del bar en que trabajaba en estado de gravidez. La Corte consideró que se encontraban plenamente acreditados los elementos del contrato realidad: remuneración, actividad personal y subordinación, por

ende, el empleador debía pagar la indemnización por despido injusto además de la licencia de maternidad. No fue procedente la reposición toda vez que la trabajadora no deseaba regresar a su lugar de trabajo. La Corte Constitucional considera que:

La autodeterminación sexual de la persona la puede conducir a ejercer la prostitución, no obstante, coincide con el legislador cuando establece en el Código Penal la inducción, el constreñimiento de terceros a la misma para obtener beneficios toda vez que tal acción transgrede el ámbito de autodeterminación de la persona y se erige como una actividad de explotación del otro. Es legítimo entonces castigar a quienes promueven la prostitución (proxenetas) con el ánimo de obtener un beneficio económico, ya que dicha actividad atenta gravemente contra los derechos individuales de la persona y se constituye en gran amenaza al principio de la dignidad humana. Se puede concluir entonces, que no existirá una afectación o violación al derecho fundamental a la autodeterminación sexual mientras la decisión de ejercer la actividad sexual o prostitución provenga directamente de la persona que la realiza sin injerencia de terceros ni en beneficio de los mismos.

Por otro lado, esa misma libertad de elegir la profesión u oficio de trabajadoras sexuales, ha llevado a este grupo a no recibir el mismo trato que tradicionalmente reciben otras profesiones liberales, por tanto, no gozan del reconocimiento de una protección plena por parte del Estado, se trata de un grupo marginado, desamparado por la ley que no se encarga de regular de manera efectiva las relaciones que pueden surgir en el mundo que envuelve el comercio de la actividad sexual. Tal como se observa, dicha profesión no goza de igualdad en relación a las demás, tornándose utópico el ejercicio del derecho a escoger profesión libremente en un camino lleno de obstáculos y carente de garantías legales en el cual se entorpece, se dificulta su ejercicio.

La Sentencia T – 629 de 2010 es la jurisprudencia de trascendencia en el derecho laboral, ya que parte de lo esencial, de su dignidad como persona, afirmando que no existe un mandato de discriminación sobre las prostitutas. Y, es una jurisprudencia que analiza la prostitución, y finalmente en la resolución se amparó las pretensiones de su demanda.

1.7. Pronunciamiento de la Organización Internacional de Trabajo sobre la prostitución

En la Revista de la OIT Núm. 27 (1988, p. 21 y 26) se resaltó un informe de la Oficina Internacional del Trabajo denominado “The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia”, en donde se asevera que:

El creciente auge de la prostitución plantea alarmantes cuestiones, no solo de sanidad pública, de moralidad, y de discriminación de las personas en función de su sexo, sino también en relación a los derechos fundamentales de un número cada día mayor de personas ocupadas en el sector del sexo (...) la OIT insiste en que corresponde a los gobiernos decidir la adopción de una u otra fórmula legal.

Se aprecia, que el pronunciamiento de la OIT, no está orientado a favorecer la prostitución, sino que el ser un hecho social existente, es necesario la intervención del Estado, y más aun tratándose de derechos humanos de las personas que ejercen esta actividad.

1.8. Delitos conexos a la prostitución

Se debe tener presente, que la prostitución es una actividad económica permitida por el estado peruano, es decir, es una actividad totalmente lícita. Precizando que en el Código Penal desde al artículo 179 al 182 existen tipo penales conexos a ésta actividad como es el proxenetismo y el favorecimiento a lo prostitución.

En ese sentido, es necesario diferenciar a la prostitución de los delitos conexos, como el proxenetismo, favorecimiento a la prostitución, trata de personas, tráfico de migrantes, y explotación sexual.

El delito de favorecimiento a la prostitución se encuentra regulado en el artículo 179 del Código Penal, que regula: *“Art. 179.- El que promueve o favorece la prostitución de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de 6 años”*. Como se puede apreciar, el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, y el tipo objetivo de este delito es la conducta de promover o favorecer, en el Exp. Nro. 7903, en Jurisprudencia Penal (T III, p. 224) se estableció que se configura cuando el agente o sujeto activo inicia, estimula, inaugura o propicia para que una persona comience a realizar actos sexuales con terceros a cambio de una contraprestación económica previamente convenida, aquí la víctima no se dedicaba a la prostitución, el agente recién la inicia o la instiga y convence por diversos medios y circunstancias a que se inicie en la prostitución.

La jurisprudencia nacional tiene cierta claridad respecto de este ilícito penal, como precedente jurisprudencial se cita la Resolución del 08 de mayo de 1998, por la Sala Penal de apelaciones de la Corte Superior de Lima en uno de sus considerandos sostiene que el favorecer se describe como la conducta ya establecida para que se continúe ejerciendo de otro lado necesariamente para que se configure el delito tiene que existir el elemento subjetivo del tipo penal, consistente en el ánimo de lucro, materializado en la intención de obtener cualquier beneficio material de esta actividad, consistente o no en sumas de dinero.

El especialista en derecho penal Peña Cabrera Freyre (2008, p. 47 - 52)

sobre el delito de favorecimiento ha señalado lo siguiente:

Tipo Objetivo:

Sujeto Activo: puede ser cualquier, hombre o mujer, sin interesar su opción sexual. Es reconocido como proxeneta y/o promotor de la prostitución. La habitualidad califica el hecho como circunstancia agravante.

Sujeto pasivo: puede serlo tanto el hombre como la mujer, sea a partir de prestaciones sexuales heterosexuales u homosexuales. Si el sujeto es menor de edad se configura como agravante.

Acción típica: verbos nucleares o rectores:

Promover: es el equivalente a hacer que alguien se inicie en determinada acción, encierra la idea de incitación, de ejercer influencia psíquica intensa hacia una persona incidiendo en su proceso decisorio.

Favorecer: es equivalente a hacer que alguien se inicie en determinada acción, encierra incitación, encierra modalidad de ayuda, cooperación, o colaboración siendo irrelevante que la persona sobre la que recae la acción se encontrase ya prostituida o corrompida.

Tipo Subjetivo. -Se necesita del dolo directo y/o eventual, conciencia y la voluntad de realización típica, consistente en el estado cognitivo, de saber que la realización de dichos actos compromete el ejercicio de la prostitución de una persona. El fin de lucro no es indispensable, pues puede que quien se enriquezca sea únicamente la persona prostituida o un tercero.

Consumación. - El delito se consuma con el mero hecho de promover o favorecer la prostitución de una persona, sin que sea necesario que los efectos se cumplan, es decir, que no es necesario que se concreten las prestaciones sexuales, basta con que se hayan empleado medios idóneos para favorecer y/o promover la prostitución de una persona. El delito puede consumarse mediante un solo acto en forma instantánea, que se haya provocado en la víctima el estado de meretricio, en cuanto a la posibilidad ya de un acceso carnal bajo precio, sin que se efectivice.

De la lectura del citado delito de favorecimiento a la prostitución, parecería que justamente nos encontramos ante una prohibición de trabajo sexual dependiente, debido a que una persona no podría contratar a otra para que ejerza la prostitución en su establecimiento nocturno, sin embargo, en

este delito el sujeto activo incita a la persona para que se prostituya, es decir, que no surge de su propiedad voluntad ejercer la prostitución.

El trabajo sexual dependiente tiene una caracteriza diferencial sustancial respecto de este delito, pues la persona es plenamente capaz, consciente y voluntariamente se pone a disposición para prestar sus servicios sexuales ante un tercero, que le otorgará una contraprestación económica.

Sin embargo, éste tipo penal coexiste con normas administrativas, que impone obligaciones a trabajadoras sexuales como el carnet de sanidad y a los administradores del establecimiento como las licencias de funcionamiento para centros nocturnos. Evidenciando una incoherencia normativa.

Respecto, del delito de usuario cliente, se sanciona al cliente que tiene relaciones sexuales con un menor de edad. El delito de rufianismo se produce cuando una persona explota la ganancia obtenida por una persona que ejerce la prostitución. Y, el delito de proxenetismo se produce cuando una persona compromete, seduce o sustrae a una persona para entregarla a otro con el objeto de tener relaciones sexuales.

Así también, existe el delito de explotación sexual comercial infantil y adolescencia en ámbito del turismo, y la trata de personas consiste en el traslado forzoso o por engaño de una o varias personas de su lugar de origen (ya sea a nivel interno del país o transnacional), la privación total o

parcial de su libertad y la explotación laboral, sexual o similar; el tráfico de migrantes consiste en facilitar la entrada ilegal de migrantes de un Estado a otro, con el propósito de obtener algún beneficio económico o material; y la explotación sexual es la actividad mediante la cual una persona (generalmente menor de edad) es sometida sexualmente y de forma violenta a realizar actividades sexuales sin su consentimiento.

Que, el trabajo sexual es una actividad voluntaria, realizado por personas mayores de edad, y que en base a su libre determinación eligieron este tipo de trabajo.

En ese sentido, y teniendo en claro que la prostitución es una actividad permitida, se debe partir que en los centros nocturnos se ejerce el oficio más antiguo del mundo, siendo éste la prostitución, pero dicha actividad no ha sido regulada en el ordenamiento jurídico peruano, no obteniendo protección por parte del derecho laboral. Y, que dicha figura “trabajo sexual en centros nocturnos” no configuran los delitos antes descritos, pues la persona mayor de edad, voluntariamente, y sin ninguna coacción y/o violencia ha elegido éste tipo de trabajo, y se ha sometido a las órdenes de un tercero, y por los servicios prestados le otorgaran una remuneración.

1.9. Trabajo decente

En la Memoria sobre el Trabajo Decente, emitido por la Organización Internacional del Trabajo mediante Conferencia Internacional de Trabajo 87 reunión, Ginebra junio de 1999, se estableció que:

(...) Actualmente, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Tal es la finalidad principal de la Organización hoy en día. El trabajo decente es el punto de convergencia de sus cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social. (...) Todos los que trabajan tienen derechos en el trabajo.

Los cuatros elementos que configuran un trabajo decente, se encuentran aislados de concepciones moralistas de la sociedad, y su principal sustento radica en la protección de la persona.

El primer elemento es de vital importancia sobre la promoción de los derechos fundamentales, pues en primera instancia es el Estado el encargado de promover que en la sociedad se respete lo establecido en nuestra Constitución, caso contrario, a través de las autoridades administrativas, como por ejemplo la SUNAFIL inspeccionará los centros de empleo y de encontrarse incumplimientos los multará, y vía judicial el empleador está obligado a reparar al trabajador.

El segundo elemento reconocido es sobre el empleo, y señalan que el empleo comprende todas las formas de trabajo, es decir, que el trabajo decente tiene que desarrollarse en el trabajo independiente, así como en el trabajo dependiente, y las otras modalidades que pudiesen estar

reguladas. Y, lo más importante que el empleo ofrecido y/o realizado garanticen el cumplimiento y respeto de los derechos laborales de la persona, como otorgarle remuneración, reconocer sus vacaciones, contar con Seguridad Social.

El elemento protección social y dialogo social están enfocados a reforzar las relaciones sociales de los trabajadores, en el cual se organicen fundando sindicatos, y buscan mejor sus condiciones de trabajo, el reconocimiento de sus derechos, la regulación de trabajos no reconocidos, la erradicación del trabajo forzoso y del trabajo infantil.

Nuestra Constitución Política del Perú en el artículo N° 1 señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. La dignidad se da en todos los ámbitos de nuestra vida, y permite el goce y disfrute de nuestros derechos fundamentales, en ese sentido, el desarrollo del trabajo elegido por la persona también debe ser digno, es decir, la persona debería gozar de un trabajo decente.

La Organización Internacional de Trabajo (09 de agosto de 2004) sobre Trabajo decente¹ a precisado lo siguiente:

El trabajo decente es aquel que permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social (...).

¹Recuperado de https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZBonrBPcdcYJ:https://www.ilo.org/americas/sala-deprensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe

Se puede evidenciar que el trabajo se convierte en decente cuando se garantizan que los derechos reconocidos en la Constitución y la Ley sean respetados por los empleadores, y muy importante que el lugar donde se ejecute el trabajo cuente con las medidas establecidas en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

En ese sentido, Ferrero ha expresado que "(...) La dignidad del trabajador es tan importante como la subsistencia de la empresa, la cual tiene justificación en su eficacia para promover niveles de vida"(1989, p. 467). En efecto, el trabajo dignifica a la persona, pues evidencia la superación de la persona, y que realizarlo permite llevar un proyecto de vida de acuerdo a sus intereses.

Claro está, que el derecho laboral solo protege al trabajo cuyo objeto contractual sea lícito, que la autonomía privada de la persona haya respetado las normas imperativas, buenas costumbres, y que se realice en condiciones que se respete la dignidad de la persona.

El Tribunal Constitucional del Perú sobre dignidad humana en el Expediente N° 02101-2011-PA/TC, ha señalado que:

La dignidad humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. (Caso Lid Beatriz Gonzales Guerra, 2011, fund.6)

Entonces, la dignidad humana es un principio fundamental en un Estado de Derecho, y ésta implica que la persona goce de sus derechos fundamentales, y que éstos sean respetados.

Al respecto, Ferrero (1989, p. 465) expresa que:

El trabajo es actividad personal, o sea un esfuerzo del hombre encaminado a la adquisición de los bienes necesario para su subsistencia y la de su familia. Consiste en el ejercicio de facultades intelectuales y manuales y no debe ser mirado como una simple prestación económica, ya que no puede separarse del cuerpo ni del espíritu, como sucede en la entrega del bien. Tampoco se le puede considerar una mercancía porque atañe al ser humano totalmente y es actividad voluntariamente elegida, que tiene la dignidad esencial de la persona humana. Esta es superior al conjunto de bienes y realiza su propio destino con inteligencia y libertad.

En ese orden, se tiene por ejemplo que en la prostitución el objeto del contrato es la prestación de servicios sexuales con su cuerpo, desde ahí tenemos que la actividad que realizan es diferente a los demás tipos de trabajo. Asimismo, la dignidad le es inherente en su calidad de personas, siendo así, las personas que ejercen la prostitución en virtud de su dignidad humana gozan de su derecho fundamental de la libertad, y el Estado le ha garantizado la libertad de trabajo.

1.10. Trabajo ilícito

El Sistema Jurídico Peruano no considera a la prostitución como un ilícito, no es considerado un delito según nuestro Código Penal, las figuras que se encuentran prohibidas son aquellas donde las personas en contra de su voluntad son prostituidas. La prostitución voluntaria, y elegida como un trabajo no es considerado un ilícito, por tanto dicha actividad es ejercida

por las personas no contraviniendo el sistema jurídico peruano. En ese orden de ideas, Gomez Valdez (2000, p. 200) señala:

El Derecho de Trabajo ampara solo el trabajo lícito, ergo el ilícito se halla fuera de sus fronteras de protección, incluso se considera nulo el contrato contrario a este presupuesto; careciendo por lo mismo de la tutela jurisdiccional efectiva para ejercitar la reclamaciones a que hubiera derecho. Por regla general todo trabajo subordinado es lícito mientras no se pruebe lo contrario.

En el caso de la prostitución como se reitera éste no se configura como un delito, pues la persona mayor de edad, de manera libre y voluntaria, con pleno discernimiento decidió ejercer la prostitución.

1.11. El orden público, buenas costumbres del trabajo y la moral

El trabajo que se ejerce dentro de la sociedad se realiza respetando el orden público y las buenas costumbres. Para ellos, es necesario recurrir a la definición dichas instituciones.

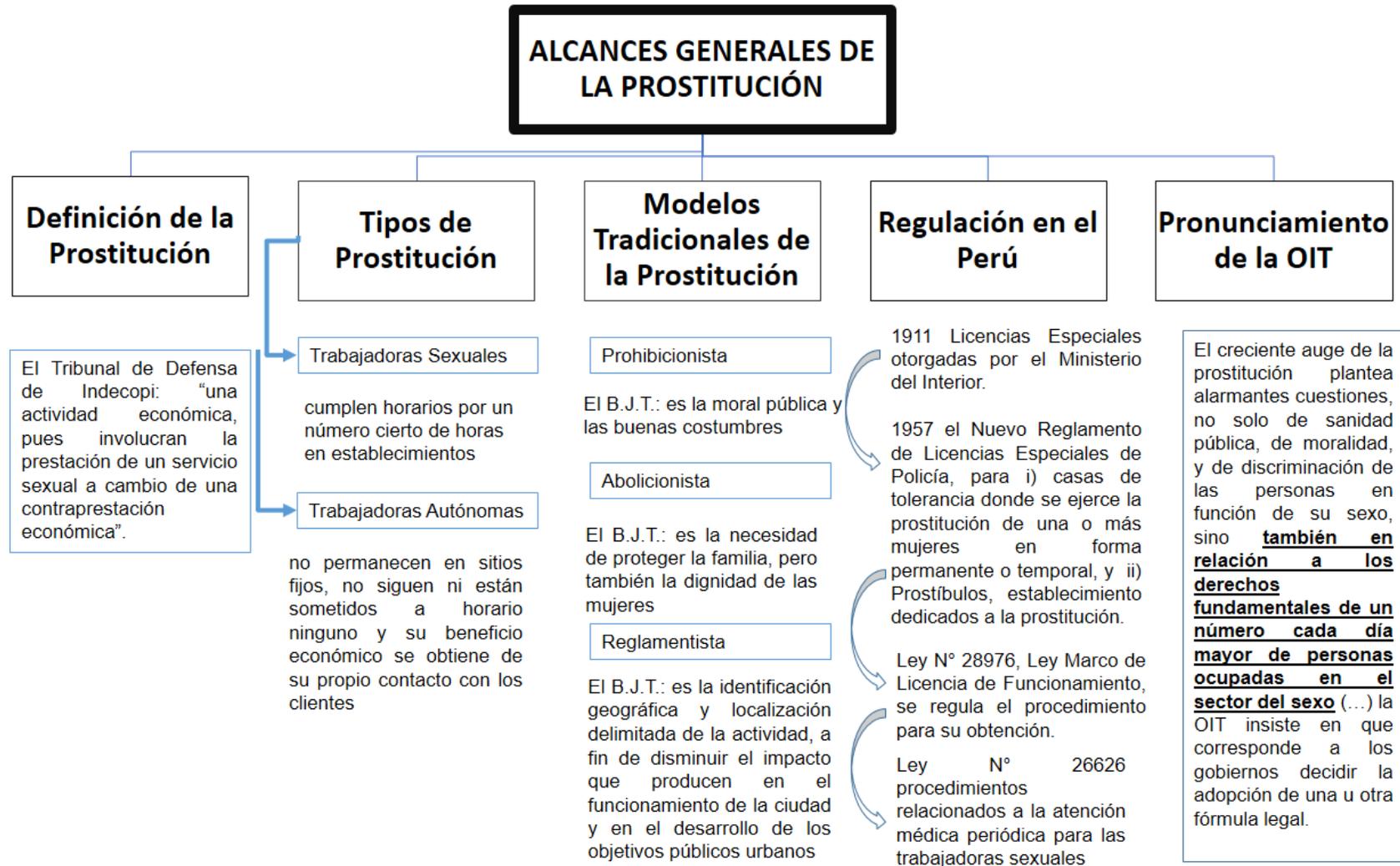
Al respecto, Espinoza Espinoza (2008) hace una diferenciación de esas instituciones del siguiente modo:

el orden público es un conjunto de principios sobre los cuales se basa la estructura y funcionamiento de la sociedad y a las buenas costumbres, como la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral, es forzoso llegar a la conclusión que la relación entre ambos es de género a especie y, no se encuentra justificación para que se mantenga la autonomía conceptual de las buenas costumbres frente al orden público, por cuanto las primeras están subsumidas en el último. Ello se pone de manifiesto si se hace un análisis del tenor del artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Asimismo, Gomez Valdez (2000) coincide con lo establecido por Espinoza Espinoza, ya que indica que los enunciados consignados por el Art. V del T.P. del C.C. regirán los designio de todo contrato de trabajo. En tal sentido, será la causa o el objeto (ilícitos) del contrato que darán las luces

requeridas para llegar a la conclusión de que la formación y conclusión del contrato de trabajo atenta contra el orden público o las buenas costumbres: trabajo relacionado con el chuponeo telefónico o el espionaje realizado por particulares, etc, ello por cuanto cualquier actividad atentatoria contra estos principios caen dentro del ámbito de la nulidad absoluta del contrato (p. 191).

En ese orden, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Colombia hizo un análisis sobre el trabajo sexual desde la perspectiva de las buenas costumbres, precisando que las buenas costumbres no pueden ser reconocidas sino dentro del derecho y no como una figura paralela que pueda competir con él. En ese sentido, su desarrollo y reconocimiento, deben respetar las reglas jurídicas y los derechos de libertad y dignidad previstos. También, dados la pluralidad protegida y auspiciada por la Constitución y la falta de consenso sobre la moral prevaleciente, la idea de buenas costumbres no ha de partir de un modelo ideal de comportamiento, sino de un mínimo de corrección exigido por las representaciones colectivas, que a su vez provienen de las reglas legales y su interpretación, de los usos y prácticas sociales de común y abierta aceptación y también de sus rápidos cambios (Caso Acción de Tutela Instaurada contra Bar Discoteca/Igualdad en la Constitución, 2010, fund.89).



TÍTULO II: ALCANCES GENERALES SOBRE EL DERECHO LABORAL

2.1. El derecho laboral

De acuerdo con Santos Azuela (como se citó en Sanromán Aranda & Cruz Gregg, 2009, p. 5) el derecho del trabajo “constituye un sistema de disposiciones y principios que estudian y reglamentan las relaciones individuales y colectivas de trabajo, como expresión manifiesta de la libertad y la justicia social”.

En efecto, el derecho laboral está conformado por principios, normas y relaciones jurídicas que regulan el trabajo humano subordinado y por cuenta ajena como fenómeno social. El Derecho Laboral es indispensable en la sociedad, debido a que protege a la parte débil de esta relación laboral.

2.2. Naturaleza laboral del trabajo - Ámbito de aplicación del derecho laboral

El trabajo según el Tesauro de la Organización Internacional del Trabajo² (OIT) es el “conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos”.

² Es una compilación de más de 4000 términos relacionados con el mundo del trabajo.

Ahora bien, la naturaleza laboral es aquella que implica la existencia de una relación jurídica laboral, donde el trabajo reconocido por el Derecho Laboral es aquél trabajo otorgado por cuenta ajena, mediante el cual el sujeto se encuentra en una situación de subordinación, y por el trabajo realizado recibe una contraprestación económica.

En ese sentido, se debe tener presente lo mencionado por Castillo Guzmán et al (2015, p. 13) sobre el trabajo regulado por el Derecho del Trabajo, es decir, sobre la naturaleza laboral del trabajo, en el cual indica:

El Derecho del Trabajo no protege a toda forma de prestación de servicios. El tipo de trabajo al cual le otorga su protección, es el desempeñado por el ser humano, con una finalidad productiva, por cuenta ajena, libre y subordinado.

Efectivamente, el derecho laboral surge ante la existencia de un empleador y un trabajador, donde los frutos que realice el trabajador serán exclusivos para el empleador, y éste tendrá la obligación de otorgarle una remuneración.

El derecho laboral no protege a una persona que de manera individual trabaja, pues se entiende que éste no tiene empleador, es decir, las propias reglas se la impone la misma persona, es decir, es su propio jefe.

El derecho laboral se caracteriza por ser tuitivo, ya que protege a la parte débil de la relación laboral, esto es, al trabajador; por ello, surge su intervención en las relaciones contractuales, para poder limitar el poder

de dirección, administración y sanción; y hacer énfasis que el límite de su poder son los derechos fundamentales de la persona.

Como se ha mencionado el derecho laboral es aplicable a las relaciones de ajeneidad, y, surge la necesidad de determinar si la prostitución tiene naturaleza laboral o no, pues depende de ello para que las personas que ejercen la prostitución exijan el reconocimiento de derechos laborales.

Neves Mujica (2004, p.15 - 22) sobre ámbito de aplicación del Derecho el Trabajo precisa lo siguiente:

El Derecho del Trabajo utiliza el término “trabajo” no es coincidente con el lenguaje común. En este, el trabajo es cualquier ocupación, mientras para el Derecho de Trabajo es solo una ocupación con determinadas características (...) como ser un trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado (...) el trabajo por cuenta ajena es aquel donde el tercero tendrá la titularidad de esos bienes o servicios y le pagará por su producción al sujeto que los ha realizado, con el que está vinculado a través de un contrato de prestación de servicios. (...) El trabajo que interesa al Derecho del trabajo es únicamente el que se cumple con cuenta ajena.

En efecto, ya hemos analizado que el derecho laboral tiene como zona de acción al trabajo subordinado, donde existe un empleador que tiene el poder de dirección en esa relación laboral, y un trabajador que presta servicios a cambio de una remuneración.

2.3. Régimen laboral público y privado

Castillo, Demartini, Flores, Feria, Angulo, y Pineda (2015):

Si bien de manera general el régimen laboral se determina en función de la existencia de un vínculo laboral debemos tener presente que en nuestro país existen grandes regímenes laborales: el régimen laboral público, aplicable a los funcionarios y servidores del estado (regulados

principalmente por el Decreto Ley N° 11377, Estatuto de Calofón y Escalafón del Servicio Civil, D. Leg. 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa; Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público; y, Ley del Servicio Civil) y el régimen laboral común de la actividad privada regulado por el TUO del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, normas reglamentarias y conexas.

Cada uno de estos regímenes cuenta a su vez con una serie de regímenes especiales, por ejemplo, en el caso del régimen público lo encontramos en disposiciones especiales para los magistrados, magisterio, diplomáticos, militares y policías, entre otros; mientras que en el ámbito del sector privado existen regulaciones especiales para trabajadores domésticos, de construcción civil, de vigilancia particular, de la actividad agraria y acuícola, etc.

El D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, contiene los mínimos legales comunes que deben ser respetados por el empleador, y donde se regula al contrato de trabajo, sus elementos esenciales, los tipos de contrato, la tipología de los despidos, etc. (p. 24 y 25) Ahora bien, según la naturaleza del trabajo se ha regulado regímenes especiales, como, por ejemplo, el régimen laboral de las empleadas del hogar, régimen laboral de transportistas, régimen laboral pesquero, régimen laboral de la construcción civil, etc.

Ahora bien, la creación de regímenes laborales especiales no conlleva a la inaplicación del D. Leg. N° 728, todo lo contrario, dicho régimen coexiste pues es una norma común de la actividad privada

Los regímenes especiales laborales se encuentran justificados por la naturaleza en su objeto contractual, conllevando al reconocimiento de derechos en relación a ello.

2.4. Los principios del derecho laboral

Robert Alexy (1993) sobre la definición de los principios ha indicado que son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas (p.95).

Entonces los principios laborales son los mandatos de optimización aplicables a hechos de naturaleza laboral, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 008-2005-PI/TC sobre los Principios del Derecho Laboral ha expresado lo siguiente:

Los principios del Derecho de Trabajo son reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de los conflictos, sean mediante la interpretación, aplicación o integración de normativas. (Caso Juan José Gorriti, 2005, fund.20)

En efecto, los principios informan al ordenamiento jurídico de un país. Es decir, justifican la existencia de normas, tanto al momento de su producción, interpretación, aplicación, sustitución o cuando se afecten derechos. Un aspecto interesante de ellos, es si requieren ser

positivizados (es decir, estar en una norma escrita) para que estén vigentes. (Castillo Guzmán et al 2015, p. 20)

Cabe precisar, que existen teorías sobre la regulación o no de los principios, debido a que los principios son fuente de inspiración que no necesitan estar regulados pues son la fuente originaria del derecho, y son de general aplicación que permite aplicarlos a cualquier contexto. De otro lado, está la teoría de la positivización de los principios que tiene como principal sustento que cada rama del derecho se sujeta a sus propios principios.

Según Valderrama y otros (2016, p. 299 y 300) en el caso específico de los principios del Derecho de Trabajo, se les puede atribuir una triple función:

- a. Informadora:** En la medida en que se infunda en las leyes laborales todas las virtualidades insista en cada principio, otorgándole una eficacia operativa en la materia y alcances regulados por aquellas. En ese sentido, es el legislador a quien le compete la aplicación del respectivo principio y también el funcionamiento u órgano administrativo en el dictado de actos administrativos laborales.
- b. Normativa:** Los principios actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley, función que se encarrila cuando así lo prevé expresamente el respectivo ordenamiento jurídico nacional, sin que

la ausencia de una remisión tal impida aplicarlos para que puedan integrar el Derecho.

- c. Interpretativa:** Mediante los principios, cuando debe efectuarse la operación lógica – valorativa del alcance de las normas aplicables en que consiste la interpretación, las situaciones no previstas y la virtualidad de las previstas se resolverán aplicando el respectivo principio.

Como vemos, las funciones de los principios laborales se constituyen como garantías en favor del trabajador, en el cual el operador jurídico estará obligado a cumplirlos y aplicarlos.

De otro lado, los tres elementos que conforman al principio laboral, son los siguientes: a) el primero de los cuales está referido a toda manifestación básica que comprende un conjunto indistinto de situaciones y cuya concepción es más general que una norma porque sirve para inspirarla o para suplirla; b) el segundo elemento se refiere a la autonomía y peculiaridad que deben tener los principios del derecho laboral, toda vez que estos son distintos de los que inspiran otras ramas del derecho; y por último, c) el tercer elemento, comprende la conexión o armonía que debe existir entre los principios del derecho laboral, pues estos determinan la naturaleza característica de esta rama del derecho y que a su vez sostienen su unidad y cohesión internas. (Plá Rodríguez, 1978, p.10 y 11).

En efecto, los derechos laborales están en armonía y deberían estar enmarcados para una cohesión interna dentro del ordenamiento jurídico.

2.4.1. Principios constitucionales de la relación laboral

Como se ha mencionado, el Tribunal Constitucional en el fundamento 20 del Expediente N° 0008-2005-AI/TC, señaló que los principios laborales son fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, siendo los siguientes:

a) Principio de interpretación más favorable “In dubio pro operario”

Se debe tener en cuenta que dicho Principio se encuentra regulado en el inciso 3 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú al establecer lo siguiente:

En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma. (Poder Constituyente, 1993, art.26, inc.3)

Alvaro García (2010, p. 63) sobre éste principio ha señalado que:

En aplicación de este principio, se elegirá de todas esas conclusiones insatisfactorias, aunque todas lógicas y posibles, la que sea más favorable a los intereses del trabajador. Lo que hace es otorgar una solución cuando existan interpretaciones posibles y coherentes a la mano. La finalidad es proteger a los intereses de la parte débil de la relación laboral y que se sostiene en el principio protector o tuitivo del Derecho del Trabajo.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el fundamento 21 del Exp. 0008-2005-AI/TC, ha indicado que el principio in dubio pro operario será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de

integración normativa. La noción de «norma» abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.

b) Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales:

El Tribunal Constitucional en el fundamento 23 del Exp. N.º 4635-2004-AA/TC ha precisado que el artículo 26.º, inciso 2.º de la Constitución dispone que en la relación laboral se debe respetar el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Al respecto, este mismo principio en cuestión hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley.

Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos.

La posibilidad de renunciar los derechos subjetivos es reconocida por los ordenamientos jurídicos occidentales pero con una premisa inderogable: que existen derechos inalienables, inherentes a la dignidad humana y anteriores al reconocimiento del Estado, que no pueden ser materia de

negociación jurídica. Estos son los derechos netamente indisponibles.

El Principio de Irrenunciabilidad de derechos se define como la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio sin percibir algo proporcional a cambio; es un acto abdicativo unilateral. La indisponibilidad, en cambio, impide cualquier acto de disposición sobre un derecho sea este cierto o dudoso y no está comprendida en el principio de irrenunciabilidad. (Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social 2015, p. 597 y 605)

De igual modo, Montoya Melgar apúd Pacheco Zerga (2015, p. 598) sobre éste Principio manifiesta que:

(...) en el ámbito del Derecho de Trabajo, se impone como regla general porque se busca proteger al trabajador, inclusive de sus propios actos, ya que por la situación de subordinación es posible que se realice renuncias en su propio perjuicio, presumiblemente forzado a ello por la situación preminente que ocupa el empleador en la vida social.

Este Principio garantiza que los trabajadoras no renuncien a su derechos y si lo realizan se consideran como no puestos, pues no son de su libre disponibilidad. Por ello, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato

constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia –y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia–, se perjudique. (Caso Mario Filiberto Figueroa Ayala, 2002, Fund.4)

Es imprescindible hacer notar que no solo se resguardan los derechos laborales del trabajador, sino los derechos individuales que son inherentes a la persona, como el derecho de la dignidad de la persona, derecho de libre determinación, y todos los derechos reconocidos en la Constitución Política.

En ese sentido, Valdéz Dal Re (2011, p. 18) sobre los derechos inespecíficos ha precisado que existen derechos inherentes a su persona, que son previos al contrato de trabajo que concierta y de superior rango y valor a los que en éste pueden regir y haberse acordado.

Por ejemplo, la dignidad de la persona es el fin supremo del Estado, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política del Perú, al respecto, en el Exp. N.º 1417-2005-PA/TC el Tribunal Constitucional ha señalado que:

(...) si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución). (Caso Manuel Anicama Hernández, 2005, fund.2)

En igual sentido, el Tribunal Constitucional en el fundamento 19 del Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, ha afirmado que el principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada.

De otro lado, tenemos el derecho a la libre personalidad, y el Tribunal Constitucional en el fundamento 14 del Exp. 2868-2004-AA/TC sobre el derecho de la personalidad ha señalado que garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano.

Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un

reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución.

c) Principio de Igualdad de Oportunidades sin Discriminación:

El numeral 2 del artículo 2 de nuestra Constitución Política del Perú recoge este derecho. Cabe precisar que la igualdad no solo es un Derecho Fundamental sino a la vez es un Principio rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado.

Asimismo, este Principio se encuentra regulado en nuestra Constitución Política del Perú en el numeral 1 del artículo 26, y constituye un mandato de no discriminación.

En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución, argumento señalado en el fundamento 22 del EXP. N.º 4635-2004-AA/TC.

El Tribunal Constitucional en el Exp.N°008-2005-AI/TC, en el Fundamento 23 ha señalado que la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales). La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia; la igualdad de oportunidades en estricto, igualdad de trato obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

En el fundamento 128 de la Sentencia N° 0004-2006 PI, el Tribunal Constitucional ha establecido criterios para determinar cuándo nos encontramos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables y cuándo nos encontramos frente a supuestos de discriminación:

- i. La “idoneidad” de la diferencia de trato, lo que implica que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser capaz de fomentar el objetivo constitucionalmente legítimo definido.
- ii. La “necesidad” de la diferencia de trato, lo que significa que no debe existir otro medio alternativo capaz de realizar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.
- iii. La “proporcionalidad” de la diferencia de trato, que determina que el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

De igual modo, el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 2510-2002-AA/TC, fundamento 3 ha señalado los requisitos que aseguran un trabajo en condiciones de igualdad, manifestando que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato.

En esa misma sentencia en el fundamento 3 se ha señalado las condiciones para que un trato desigual sea admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo, y no de otro.

2.4.2. Principios de la relación laboral establecidos en la doctrina

a) El Principio Protector:

Según Pacheco Zerga (2015, p. 595) “el principio protector es esencial para el Derecho del Trabajo, se origina en la desigualdad inherente a la relación de trabajo, que determina que haya una parte fuerte el empleador, y la otra parte débil el trabajador, cargada de deberes”.

En efecto, el Principio Protector es el carácter tuitivo al trabajador, buscando que la asimetría de la relación laboral no vulnere y/o trasgreda derechos del trabajador.

Pasco Cosmópolis (2015) la doctrina académica y jurisprudencial, tanto nacional como extranjera reconoce que este principio se concreta en tres reglas: (i) in dubio pro operario; (ii) norma más favorable y (iii) condición más beneficiosa. La primera de estas se recoge en el artículo 26.2. de la Constitución. La segunda, en el artículo III de la Nueva Ley Procesa de Trabajo N° 29497. Y la tercera no ha sido recogida por la legislación, pero sí por la jurisprudencia de la Corte Suprema (595).

En ese sentido, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia del Perú en la Casación N° 4940-2007-TACNA señaló sus manifestaciones:

- a. **Indubio Pro Operario:** Criterio que debe utilizar el juez o el interprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, el que sea más favorable al trabajador;
- b. **Regla de Aplicación de la norma más favorable,** cuando hay varias normas aplicables; y
- c. **Regla de la condición más beneficiosa,** la regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determinada que ella debe ser respetada en la medida que se má favorable al trabajador que la nueva norma que deba aplicarse.

Es necesario señalar que este principio tiene reconocimiento constitucional, pues en caso exista dos normas sobre un mismo hecho, se deberá elegir la norma que favorezca al trabajador.

b) El Principio de continuidad:

El Principio de Continuidad opera como un límite a la contratación laboral por tiempo determinado, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando las labores que se van a prestar (objeto del contrato) son de naturaleza temporal o accidental. Asimismo, este principio “impone limitaciones tanto a la contratación temporal como al despido no justificado, ya que ese principio confluye con el de causalidad, en virtud del cual la duración del contrato debe ser garantizada mientras subsista la fuente que la originó” (Pacheco Zerga, 2015, p. 605).

Alvaro García (2010) ha establecido que este principio laboral no ha sido contemplado en la Constitución Política del Perú ni definido expresamente en alguna norma de rango legal ni reglamentario, aunque si está reconocido por la doctrina laboral que lo hace aplicable a muchos casos concretos (p. 199).

En nuestro ordenamiento jurídico existen, diversas disposiciones que de alguna manera recogen el contenido de este principio, por cuya aplicación viene entendido que el vínculo laboral de un trabajador no sea interrumpido y persistirá en las mismas condiciones iguales, pero nunca inferiores, a pesar de que existen hechos o eventos que inicialmente lleven a pensar el contrato

c) El Principio de Primacía de la Realidad

Mediante Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador se reguló en el artículo 3 al principio de primacía de la realidad, y en del Decreto Supremo 020-2001-TR, lo definió de la siguiente forma:

En aplicación del principio de primacía de la realidad, en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y lo que se advierte de los documentos o actos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2001, art.3).

El Reglamento de la Ley de Inspecciones de Trabajo, norma modificada por el D.S. 010-2004-TR en el artículo 9 reconoce el citado principio; y actualmente se encuentra vigente en materia de inspecciones en el artículo 2 de la Ley N° 28806, Nueva Ley General de Inspecciones de Trabajo, y en el artículo 3 de su Reglamento aprobado por D.S. 019-2006-TR. El jurista González Ramírez (2016) manifiesta que este principio implícitamente forma parte del Derecho del Trabajo como precepto rector tuitivo del contrato de trabajo, por lo que su aplicación o ejercicio no podría estar limitado a su reconocimiento normativo (p. 18).

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0689-2003-AA definió al Principio de la siguiente manera:

El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, que consagra al trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona y, además, como un objeto de atención prioritaria del Estado. (Caso Domitila Guzmán Castañeda, 2003, fund.3)

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el fundamento 3 ha precisado en el Exp. N°1944- 2002-AA/TC, que el principio de primacía de la realidad, significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Plá Rodríguez (2009) respecto del principio de primacía de la realidad establece:

- a) La realidad refleja siempre necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad, y muy a pesar que no siempre la oposición entre los hechos y los documentos provenga de la mala fe, lo cierto es que la afirmación de la primacía de los hechos – es decir, de la verdad sobre la ficción – sirve para cubrir tanto aquellas divergencias inspiradas intencionalmente, como las procedentes de simple error involuntario, sin necesidad de obligar a la discriminación precisa del grado de intencionalidad existente en cada caso,
- b) El trabajador no suele tener la libertad para discutir de igual a igual con su empleador, de manera que la forma de corregir toda posible anomalía en ese sentido consiste justamente en darle prioridad a lo que ocurre en la práctica”,
- c) Los hechos revelan la voluntad real de las partes, ya que si el contrato se cumple de determinada manera es porque las dos partes consienten en ello, sin embargo, en el camino se puede desnaturalizar el contrato y realizar trabajos o circunstancias no previstas en el contrato, o aplicado al caso que estamos estudiando la realidad no suele ser reflejada en lo que una parte informa a la autoridad competente (p. 345).

d) Principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad para Alvaro García (2010) dicta que los sujetos de la relación laboral deben actuar conforme a la razón, que debe ser esta la que los guíe en el quehacer diario y en el desenvolvimiento del vínculo laboral. En tanto son sujetos de Derecho que gozan de autonomía y voluntad propia, el equilibrio y la razón deben ser los que determinen su recto proceder (p.137)

En ese sentido, el Tribunal Constitucional sobre el principio de razonabilidad en el EXP. N.º 0090-2004-AA/TC ha precisado lo siguiente:

La razonabilidad implica que el acto debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto y el hecho consecuente derivado de aquél. En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado. (Caso Juan Carlos Callegari Herazo, 2004, fund.35)

e) Principio de Inmediatez

Alvaro García (2010, p.181) señala que éste principio está asociado a la potestad disciplinaria del empleador, consagrado expresamente en las normas que regulan el procedimiento de despido y la aplicación en la imposición de sanciones disciplinarias menores. Por este principio se busca que la determinación de responsabilidad y su grado de incidencia, sean dilucidados conforme a Ley y en el menor tiempo posible, siempre conforme al debido proceso (Tribunal Constitucional del Perú , 2006, p. 239).

2.5. Los derechos laborales

Canessa Montejo citada por Castillo Guzmán *et al* (2015, p. 12) sobre los derechos labores ha precisado que:

Son derechos laborales recogidos en los tratados internacionales de derechos humanos y/o consagrados en los textos constitucionales, que resultan indispensables para el respeto de la dignidad humana dentro de las relaciones laborales y que aseguran la satisfacción que las necesidades básicas dentro del mundo del trabajo.

Los derechos laborales son específicos e inespeíficos, los primeros son aquellos que surgen en la relación laboral entre empleador y trabajador; y los derechos inespeíficos son aquellos reconocidos en su calidad inherente de persona.

En ese sentido, tenemos que nuestra Constitución Política del Perú ha reconocido los derechos laborales, plasmando ello en los siguientes artículos:

2.5.1. El derecho al trabajo

El Artículo 22 de la Constitución Política de 1993 ha establecido lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. En efecto, el derecho al trabajo es un derecho de la persona a elegir si realiza una actividad laboral o no, y tiene la facultad de elegir libremente el trabajo a realizar.

El Tribunal Constitucional en el Exp.0008-2005-AI/TC, fundamento 18 ha definido al derecho al trabajo como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil.

En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien o generar un servicio. Finalmente indicando que es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo.

En la misma sentencia se indica que la importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos: **(i)** Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales; **ii)** Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida; y **c)** Carácter social de la función, ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros.

El Tribunal Constitucional en el Exp. 01124-2001-AA, ha establecido su contenido, señalando que:

El contenido esencial de este derecho fundamental implica dos aspectos: (i) El de acceder a un puesto de trabajo; y (ii) el de no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda

a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”. (Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, 2001, fund.12)

En ese orden, se aprecia que el derecho de trabajo no es de aplicación inmediata, sino depende directamente de la persona, de su voluntad de querer trabajar o no, y de elegir en base a su libre determinación el tipo de trabajo a realizar, para ello el Estado dicta normas jurídicas que protejan a los trabajadores, esto es, reconociendo derechos y obligaciones. De otro lado, el segundo contenido del derecho de trabajo es otorgar protección al trabajador por la relación de asimetría entre empleador y trabajador, pues queda evidenciado que el empleador tiene el poder de despedir al trabajador, sin embargo, éste deberá limitarse a que el despido cumple con las causas legales.

Si bien es cierto, el empleador en la relación laboral cuenta con el poder dirección, éste también tiene la obligación de respetar los derechos del trabajador, y, tal como lo ha señalado el artículo 23 de la Constitución no puede desconocer ni disminuir la dignidad del trabajador.

En ese orden de ideas, tenemos que el derecho al trabajo está ligado estrictamente a la libertad de trabajo, es decir, a la elección del tipo de trabajo a realizar.

El Tribunal Constitucional en el EXP. 0008-2003-AI/TC respecto de éste derecho ha precisado sobre la libertad de trabajo lo siguiente:

El derecho de libertad de trabajo ha sido consagrado en el inciso 15) del artículo 2° de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público. La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor. (Caso Roberto Nesta Brero, 2003, fund.26)

En la investigación que nos ocupa se aprecia el goce de éste derecho, pues la persona libremente ha elegido prestar servicios sexuales, sin que su oficio colisione con el ordenamiento jurídico, y, también tiene el derecho de dejar de ejercerla.

2.5.2. El derecho a que se realicen ajustes en la prestación del trabajo:

El ius variandi se encuentra reconocido en el artículo 9 del D.L. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y regula el derecho de poder modificar las condiciones de trabajo, siendo atribuible al empleador. Éstas modificaciones se refieren a cambios o modificaciones de turnos, horas y días de trabajo, modalidad de la prestación de labores, y tiene como parámetro la razonabilidad y la necesidad de la empresa.

Landa Arroyo (como se citó en Toyama Miyagusuku 2014, p. 234) sostiene que en el marco de la relación laboral, el empleador cuenta con diversas facultades, como el poder de dirección, el cual es “un poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva”.

En efecto, las modificaciones a la prestación de servicios se encuentran condicionados a la necesidad de la empresa, y a la razonabilidad; y cumpliendo esos requisitos el trabajador debe obedecer la modificación, pues está en subordinación de su empleador.

El poder de dirección cuenta con tres características, tal como señala Toyama Miyagusuku (2008):

la primera es el carácter personalísimo del poder de dirección, ya que es indelegable; la segunda es la complejidad del poder de dirección, debido a que los cambios a realizar se hacen según cada caso; la tercera es que el empleador no requiere especialización de mando, sino que basta ostentar dicha situación jurídica, en virtud de la subordinación y ajeneidad en la prestación (p.48).

2.5.3. El derecho a una remuneración justa y equitativa

El artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce a los trabajadores una

remuneración que asegure condiciones de subsistencia digna y decorosa.

El Artículo 24 de la Constitución Política establece: *“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (...)”*; y en conformidad a la cuarta disposición final y transitoria, señala que las normas relativas a los derechos que ella reconoce se interpretan con arreglo a los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

El Tribunal Constitucional en el Exp. 4922-2007-PA/TC sobre el derecho a una remuneración precisó lo siguiente:

La remuneración es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, que posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana. (Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de SUNAT, 2007, fund.6)

El Tribunal Constitucional sobre el derecho a una remuneración equitativa y suficiente en el Pleno Jurisdiccional contenido en el Expediente 0020-2012-PI/TC, ha señalado que:

En cuanto a los conceptos que conforman la remuneración, el artículo 1 del Convenio 100 de la OIT, Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración *“(...) comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de*

este último”, reflejando una concepción totalizadora de la remuneración establecido en la Constitución. En el ámbito doméstico son diversas normas las que explican qué se incluye dentro del concepto de remuneración. (Caso Ley de Reforma Magisterial 2, 2012, fund.11 y 55)

Asimismo, se establece que el contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración, tal y como está reconocido en el marco constitucional, abarca los siguientes elementos: acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución); no privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada; prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución); Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución); y suficiencia, por constituir el quantum mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).

Según el máximo intérprete la remuneración equitativa, a la que hace referencia el artículo 24 de la Constitución, implica que ésta no sea objeto de actos de diferenciación arbitrarios que, por ampararse en causas prohibidas, se consideren discriminatorios según lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Constitución.

En cambio, la remuneración suficiente, es la parte integrante del contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración previsto en el artículo 24 de la Constitución, implica también ajustar su quantum a un criterio mínimo bien a través del Estado, bien mediante la autonomía colectiva- de tal forma que no peligre el derecho constitucional a la vida o el principio derecho a la dignidad.

En ese orden, se establece el contenido accidental del derecho fundamental a la remuneración, siendo la primera de consistencia, en tanto debe guardar relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador, para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante el salario. La segunda es de intangibilidad, en tanto no es posible la reducción desproporcional de una remuneración, lo que fluye del carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores.

2.5.4. Jornada laboral

La Constitución Política del Perú sobre jornada laboral ha establecido:

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. (Poder Constituyente, 1993, art.25)

La definición de jornada de trabajo según el Castillo Guzmán et al (2015 p. 229) es la siguiente: “La jornada de trabajo es el tiempo (diario, semanal, mensual y en algunos casos anual) que debe destinar el trabajo a favor del empleador, en el marco de una relación laboral”.

Para Toyama Miyagusuku (2011, p. 230) la jornada laboral puede ser definida como: “tiempo, diario, semanal, mensual y, en algunos casos, anual, que debe destinar el trabajador a favor del empleador, en el marco de una relación laboral”.

El Tribunal Constitucional en el EXP. 4635-2004-AA/TC, fundamento 16, sobre la jornada laboral ha precisado que los parámetros constitucionales se desarrollan en las disposiciones de los Tratados de Derechos Humanos, que deben ser aplicadas obligatoriamente para interpretar los derechos y libertades que la Constitución reconoce, se refieren al concepto de limitación razonable de las horas de trabajo. Es decir, si bien nuestra Constitución impone un máximo para la jornada de trabajo (diaria y semanal), tampoco obliga a que siempre y en todas las actividades laborales se establezca dicho máximo (8 horas diarias y 48 semanales), Piénsese, a modo de ejemplo, en amplios sectores de la administración pública y del sector privado que no llegan a trabajar 48 horas semanales, así como también en

aquellas actividades laborales que, por su esfuerzo físico, justifican una jornada menor a la máxima.

Cornejo Vargas (2013) aduce que surge una necesidad esencialmente práctica, a efectos de conocer los límites que se deben respetar, la realización de horas extras, entre otros temas.

Siendo éstas las siguientes:

- i) **Jornada máxima:** según Mario Pasco “es aquella que no puede ser sobrepasada permanentemente por mandato del empleador ni por convenio colectivo o contrato individual”. El artículo 1 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR (en adelante, Ley de Jornada de Trabajo), establece que la jornada máxima de trabajo es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales.
- ii) **Jornada ordinaria:** es la normal de trabajo, es decir, la que se establece con carácter general y permanente dentro de cada establecimiento, la que habitualmente cumple el trabajador por ley, pacto o costumbre. Por razones obvias no puede en ningún caso exceder de la jornada máxima legal.
- iii) **Jornada típica:** es aquella que se caracteriza por la regularidad en el número de horas de labor diaria.
- iv) **Jornada atípica:** son aquellas que se ejecutan durante un periodo que excede el semanal y que en función de las necesidades propias de la actividad empresarial justifican la prestación de servicios continuos e ininterrumpidos, los que luego son compensados con el otorgamiento de periodos de descanso que exceden el mínimo de 24 horas semanales que señala la legislación laboral vigente.
- v) **Jornada extraordinaria:** es aquella que se excede del límite de la jornada normal u ordinaria, exceso que es de duración temporal, relacionada con las actividades habituales de la producción a que se dedica el centro de trabajo y siempre que ese exceso o prolongación del servicio sea objeto de sobreremuneración (p.233-240).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el EXP. 4635-2004-AA/TC, fundamento 20 ha precisado que es evidente que el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. Es válido por ello concluir, también, en que las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible.

En ese orden, es necesario conocer sobre el horario de trabajo, para Cornejo Vargas (2013, p. 246 -247) el horario de trabajo “ (...) se relaciona íntimamente con la jornada y determina el momento exacto de comienzo y final del trabajo. Es la distribución de la jornada en cada uno de los días laborables”.

El autor sostiene que el horario de trabajo concreta los tiempos que el trabajador se pone a disposición del empleador para realizar sus labores, de acuerdo a las directrices recibidas. Se trata de una facultad empresarial considerada tradicionalmente como expresión de la dependencia.

Entonces, es imprescindible señalar que la jornada de trabajo es la puesta a disposición que tiene el trabajador para con el empleador

es el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador para brindar el servicio en base a un contrato firmado. El horario de trabajo es la medida de la jornada que determina con exactitud la entrada y salida en cada día de trabajo.

Ahora bien, la legislación laboral vigente, en el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo establece que cuando la prestación de servicios ejecute un horario corrido, el trabajador tiene derecho a tomar sus alimentos o a tomar descanso de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en sentido contrario.

2.5.5. Vacaciones

Las vacaciones son el derecho que tiene el trabajador, luego de cumplir con ciertos requisitos señalados en el artículo 11º, D.S. N° 012-92-TR; para ello se produce una suspensión imperfecta en la relación laboral.

Valderrama, Navarrete, Díaz, Cáceres, & Tovalino (2016) sostienen que:

Es el derecho que tiene todo trabajador de gozar e forma remunerada de un determinado número de días de descanso al año, después de haber cumplido con los requisitos exigidos por la legislación sobre la materia para acceder a ese beneficio. Por ende, el descanso conlleva a garantizar la presencia de un trabajo debidamente apto y plenamente facultado para el cumplimiento fiel de sus deberes como trabajador y ello finalmente redundará a favor del mismo empleador y del desarrollo armónico de la actividad dentro de la empresa (p. 399).

Ahora bien, nuestra legislación peruana regula a las vacaciones en el Decreto Legislativo N° 713, en el cual señala los requisitos para que el trabajador pueda reclamar válidamente el goce del descanso vacacional, siendo los siguientes: **i)** cumplir con un año continuo de labor o prestación de servicio; **ii)** haber cumplido, dentro del año de servicios, el récord vacacional correspondiente; **iii)** haber laborado 6 días a la semana: mínimo de 260 días de labor efectiva, 5 días a la semana: mínimo 210 día de labor efectiva, y 4 o 3 días a la semana: faltas injustificadas no debe exceder a 10 días; y **iv)** Haber laborado, aunque sea en promedio, una jornada mínima de cuatro (04) horas diarias.

2.6. Naturaleza de los derechos fundamentales de índole laboral

Landa Arroyo (2014, p. 226-227) señala la naturaleza de los derechos fundamentales de índole laboral, siendo los siguientes:

Tiene naturaleza de índole social: el Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos fundamentales sociales están destinados a favorecer a aquellos grupos humanos que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana. Ello guarda relación con la concepción del Derecho del Trabajo como protector, principalmente, de los derechos del trabajador.

Los derechos fundamentales de índole laboral son programáticos: los derechos fundamentales sociales son verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución, mereciendo la calidad de progresivos, en tanto ello implica la obligación positiva y negativa del Estado de otorgar en la mayor medida posible –esto es, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas– las condiciones mínimas para el goce de los derechos sociales en general.

Protección mediante los procesos constitucionales: como todo derecho constitucional, los derechos fundamentales de índole laboral cuentan con máxima protección por medio de los procesos constitucionales, aunque los de configuración legal cuentan con procesos ordinarios propios.

De la lectura de los enunciados, podemos apreciar que la naturaleza de los derechos laborales está enfocados a garantizar la protección del trabajador en todas las esferas, no solo en la relación laboral, sino también cuando éste acude al órgano jurisdiccional.

TÍTULO III: ALCANCES GENERALES SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

3.1. El contrato de trabajo

Es un acto jurídico celebrado por el empleador y el trabajador, y el objeto de la prestación es que éste último realice un trabajo, cuyos frutos serán del empleador, y a cambio le otorgará una remuneración. En ese sentido, el contrato de trabajo contiene los derechos y obligaciones de las partes, que surgen a partir de su celebración, ya sea de modo verbal o escrito un vínculo laboral.

En ese mismo sentido, Ferrero (1989, p. 468) manifiesta que “podemos definir al contrato de trabajo como un acuerdo, expreso o tácito, por virtud del cual una persona presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia, a cambio de una retribución”.

Siendo así, Díaz Aroco (1988) alude que “el contrato de trabajo inciden los principios de validez universal, así el principio de necesidad, del derecho y obligación individual de trabajar, mediante el trabajo se prevé al sostenimiento de la existencia, se alcanza la realización personal y se contribuye al desarrollo socio económico” (p. 283 y 284).

Sobre la prestación personal de servicios el laboralista Arce Ortiz (2008) ha realizado un análisis exhaustivo sobre el objeto cierto del contrato de

trabajo, señalando que todo acto jurídico, incluido todo contrato de trabajo, y por ende el de trabajo, condiciona su validez a ciertos requisitos legales. Dicho de otra forma, el contrato de trabajo solo vale cuando reúna los requisitos prescritos por la ley. Ahora bien, como quiera que la legislación laboral peruana no regula los requisitos de validez del contrato de trabajo, por fuerza debemos remitirnos a la regulación civil del acto jurídico en general. Concretamente, a los artículos 140 y 219 del Código Civil Peruano.

En efecto, el contrato de trabajo al ser un acto jurídico deberá regirse que su objeto de contratación sea lícito, sea celebrado por agente capaz, y la existencia de manifestación de voluntad.

3.2. Los elementos esenciales del contrato de trabajo

El contrato de trabajo verbal o escrito contiene los elementos esenciales, que determina la naturaleza laboral de la relación jurídica, como son la prestación personal de servicio, remuneración, y la subordinación. Castillo Guzmán, y otros (2015) señala que la relación laboral constituye la pieza maestra sobre la cual se construye no solamente el Derecho del Trabajo en su perspectiva individual, sino la totalidad del mismo.

De ahí la importancia de determinar en que supuestos estamos ante ella, para esto, será necesario tener en cuenta la presencia de los elementos esenciales que permiten verificar, al existencia de un vínculo laboral protegido por aquella rama del Derecho.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N.º0016-2010-PA/TC en el fundamento sexto ha precisado que el artículo 4.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR establece que, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Asimismo, precisa que toda relación laboral o contrato de trabajo se configura al concurrir y comprobarse la existencia de tres elementos esenciales: (i) la prestación personal por parte del trabajador; (ii) la remuneración y (iii) la subordinación frente al empleador; siendo este último el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo frente al contrato de locación de servicios.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04840-2007-PA/TC, en los fundamentos 4, 5, y 6 sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo ha precisado que toda relación laboral se caracteriza por la existencia de tres elementos esenciales que la definen como tal: (i) prestación personal de servicios, (ii) subordinación, y (iii) remuneración. En contraprestación a ello, el contrato de locación de servicios (...), el elemento diferenciador del contrato de trabajo respecto al contrato de locación de servicios es la subordinación del trabajador a su empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo para e que se les contrata (ejercicio del poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo.

Y, que el Tribunal Constitucional con la finalidad de dilucidar la naturaleza laboral de una relación contractual, ha de aplicar el principio de primacía de la realidad, que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

3.2.1. La Subordinación:

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral sobre la subordinación ha indicado lo siguiente:

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. (Ministerio del Trabajo y Promoción Social, 1997, art.9)

De lo expuesto, en la definición citada, se recogen los principales atributos que tiene el empleador relacionados con el genérico poder de dirección, como son las facultades de dirección, fiscalización y sanción.

Angelats (1983) sobre la subordinación indica que es el elemento diferenciador en una relación contractual, a diferencia del trabajador independiente. De ahí que se deriva el carácter personal del contrato de trabajo por el cual el trabajador se pone a la disposición de un patrono lo que determina la fisonomía especial

de estas obligaciones y justifica la intervención del Estado para asegurar el respeto de la seguridad y dignidad del trabajador.

De igual modo, Córdova (1997) señala que la subordinación jurídica se presenta así como un poder de mando funcional, que responde a la naturaleza de la empresa moderna, en la que su administrador o gerente funge como director del proceso de producción. A él le corresponde dar las instrucciones y fijar las pautas necesarias para canalizar en forma ordenada las diversas tareas de los integrantes del personal y lograr que todo ello redunde en una eficaz creación de bienes o suministro de servicios. Dichas pautas o instrucciones tendrán carácter técnico cuando así lo requiera el nivel de calificación de los trabajadores, las necesidades de coordinación que impone la división del trabajo o la complejidad de la tecnología utilizada.

3.2.2. La prestación personal de servicios:

Es aquella actividad mental o física que realiza una persona, ostentando una situación jurídica indelegable, pues es su condición de trabajador gozará de derechos y obligaciones.

“La actividad laboral enmarcada dentro de un contrato de trabajo se caracteriza por ser una prestación personalísima e implica que la actividad encargada a una determinada persona no puede ser desarrollada por otra”. (Gonzales Ramírez, 2013, p.7)

En efecto, la prestación personal de servicios se caracteriza por ser personalísima, pues en virtud de sus capacidades fue contratado para el empleo. Angelats (1983) sobre la prestación personal del servicio indica que la tarea del trabajador asalariado es comprometerse a ejecutar, puede tener las formas más diversas ya sea física, intelectual o artística. El contrato de trabajo tiene un carácter sucesivo, ya que la prestación del servicio se prolonga en el tiempo.

El laboralista Arce Ortiz (2008) establece que la prestación personal de servicios debe realizarse de manera voluntaria, en el cual no cabe coaccionar a un trabajador a ofrecer sus servicios, a riesgo de que el contrato celebrado en estas circunstancias se convierta en nulo de pleno derecho. Como todo trabajador, tendrá derecho a decidir si trabaja o no, con quién trabaja y en qué actividad lo hace.

En la prostitución, la persona que ejerce ésta actividad la realiza de manera libre y voluntaria decide prestar servicios sexuales, esta actividad será lícita siempre y cuando no exista coacción.

3.2.3. La remuneración:

La remuneración es un derecho obtenido como consecuencia de la prestación de servicios realizados, y como se ha visto es un derecho reconocido en la constitución, pues no puede existir trabajo sin remuneración. Ello en concordancia con Angelats (1983) en el cual manifiesta que la remuneración es pactada en el contrato de trabajo, ya que las dos partes se obligan a prestar el trabajo, la otra a pagar la remuneración; son obligaciones recíprocas .

Nuestra Constitución Política regula la remuneración en el artículo 24, y el artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Legislativo 728 define remuneración como “el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición”.

La remuneración puede ser percibida con dinero o en especie, con la finalidad de satisfacer las necesidades básicas de la persona, siendo éste de su libre disposición. Ugaz Olivares et al (2014, p. 244 y 245) señala que:

“la remuneración es una manifestación del carácter productivo que conlleva las relaciones laborales, donde el servicio ofrecido por el trabajador es susceptible de originar un impacto favorable de aumento o de conservación– en su patrimonio. Así también lo prevé el inciso i) del artículo 19 de la Ley de CTS, el cual señala que no constituyen remuneración los montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones tales como movilidad, viáticos, gastos de

representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial (...)."

De esta forma, podemos afirmar que el objetivo del trabajador es desarrollar sus capacidades y percibir una remuneración, que existen beneficios sociales que tienen diferente naturaleza, y que les otorgados al trabajador.

Sobre la triple dimensión de la remuneración Pasco Cosmópolis apúd Landa Arroyo (2014, p. 234), señala las siguientes dimensiones:

- (i) Social; (ii) económica; y (iii) jurídica. En lo social, es la principal y usualmente única fuente de ingresos del trabajador, la base esencial para su subsistencia y la de su familia. De allí que se asigne al salario un carácter o contenido alimentario. En lo económico, es el valor que se asigna al trabajo, vale decir, su costo. No su precio, porque el trabajo no es mercancía. Jurídicamente es, en lo fundamental, la contraprestación debida por el empleador por la prestación del trabajo.

Las dimensiones de la remuneración reflejan su importancia de su otorgamiento, pues como se ha dicho es el principal medio para satisfacer las necesidades de la persona y la de su familia. El modo puede ser en dinero o en especie.

En ese sentido, para que un beneficio tenga carácter remunerativo deberá: "a) Otorgarse como contraprestación por el trabajo realizado. Es decir, tener naturaleza contraprestativa; b) ser de libre disposición; y c) constituir una ventaja patrimonial para el trabajador". (Ugaz Olivares et al, 2014, p. 244 y 245)

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 2382-2003-AA/TC, fundamento 3 ha reconocido que tiene como criterio la protección de los derechos del trabajador, incluida su remuneración, en tanto éstos se sustentan en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, que constituyen los pilares básicos sobre los cuales se estructura la sociedad y el Estado.

3.3. Características del contrato de trabajo

Haro Carranza (2010) sostiene que el contrato de trabajo denota una serie de características que lo diferencian un tanto de los contratos civiles, los mismos que pasamos a analizar:

- a) **Es consensual:** esta característica significa que el contrato se perfecciona con el mero consentimiento de las partes, quedando ambas obligadas a todos sus efectos, tanto en obligaciones como en derechos. Equivale pues al libre consentimiento de las voluntades.
- b) **Es sinalagmático:** significa que las partes convienen en prestaciones recíprocas. Los trabajadores se obligan a realizar un trabajo convenido, y los empleadores se obligarán a pagar una remuneración estipulada.
- c) **Es oneroso:** se denominan así porque procuran ventajas o beneficios a cada una de las partes intervinientes, así como también experimentan un sacrificio por la prestación que cumple cada uno de ellos. La onerosidad determina un equilibrio entre prestación y contraprestación.
- d) **Es conmutativo:** las prestaciones que se deben las partes son inmediatamente ciertas y suponen el pleno conocimiento de las obligaciones y derechos, tanto por parte del trabajador como del empleador.
- e) **Es de trato sucesivo:** estos contratos no son de ejecución instantánea, sino que son de ejecución continua o periódica. Se diferencian de los primeros porque esto se agotan mediante una sola prestación, como es el caso del contrato de compra – venta. El contrato de trabajo se ejecuta en forma continua sin interrupción.
- f) **Es contrato no solemne:** estos contratos no exigen la formalidad escrita, ya que su ausencia no implica la nulidad o no existencia del acto jurídico. El artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TÚO del Decreto Legislativo N° 728, establece

que el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo indeterminado, en forma verbal o escrita.

- g) Es personal:** la prestación que otorga al trabajador debe ser realizada personalmente, en razón a que su contratación se refiere a su capacidad técnica, a su experiencia, a su preparación, etc. La prestación del empleador es intrascendente en cuanto se refiere a su carácter personal, ya que generalmente son personas jurídicas las que actúan como empleadores”.

A las características del contrato de trabajo, se deben de sumar los elementos diferenciadores de otros tipos contractuales, según Castillo Guzmán et al (2015) los elementos típicos de un contrato de trabajo son que la labor se realice en un centro de trabajo determinado, proporcionado o establecido por el empleador; que se trate de un servicio prestado durante la jornada legal o habitual del respectivo centro de trabajo; que se labore de manera exclusiva para un solo empleador; y que el contrato de trabajo se haya celebrado de manera indeterminada. De esa forma, los elementos diferenciadores permiten determinar la naturaleza laboral de un trabajo.

3.4. Las condiciones de trabajo derivadas del contrato de trabajo

Son todos los conceptos otorgados al trabajador, con la finalidad que cumpla una función, y éstos conceptos no formar parte de su remuneración, ni constituyen una ventaja patrimonial para el trabajador.

Para Valderrama, Navarrete, Díaz, Cáceres, & Tovalino (2016, p. 99) las condiciones de trabajo son : “Cualquier aspecto del entorno de trabajo como los servicios sociales, la calidad, la seguridad, la limpieza de la

infraestructura, entre otros factores que inciden en el bienestar y salud de los trabajadores”.

Las condiciones de trabajo son aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones. Tal como lo establece el inciso i) del artículo 19 de la Ley de CTS, éstos pagos son los de movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y, en general, todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador. Las características de las condiciones de trabajo se encuentran establecidas en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 001-97-TR, siendo las siguientes:

- a.** No constituye remuneración del trabajador, todo vez que no retribuye la labor o el esfuerzo del trabajador el costo o valor de las condiciones de trabajo. Los montos otorgados al trabajador son para el cumplimiento de su labor, o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos ,gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.
- b.** No son de libre disposición del trabajador. Este debe destinarlas al fin para el cual se le otorgó.
- c.** Están destinadas a un fin específico, relacionado con la labor que desempeña el trabajador.
- d.** No son base de cálculo para el pago de beneficios sociales.

- e. No están gravadas con los tributos que afectan a las remuneraciones.
- f. Son gastos deducibles de impuesto a la renta de la tercera categoría del empleador.

Ahora bien, una condición esencial derivada del contrato de trabajo es la Seguridad y Salud en el Trabajo (SST), que es un derecho fundamental de todos los trabajadores y tiene como objetivo, prevenir los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales. Para eso, el empleador deberá propiciar el mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo a fin de prevenir daños en la integridad física y mental de los trabajadores que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el trabajo.

En nuestro país, la Seguridad y Salud en el Trabajo se encuentra regulada por la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo; su Reglamento, aprobado con Decreto Supremo N° 005-2012-TR, y sus respectivas modificatorias. Dicha Ley es aplicable a todos los sectores económicos y de servicios, comprende a todos los empleadores y los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio nacional, trabajadores y funcionarios del sector público, trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y trabajadores por cuenta propia.

Valderrama et al (2016, p. 358) sostiene que la seguridad y salud en el trabajo es la actividad multidisciplinaria que busca la identificación, evaluación, disminución y eliminación de los riesgos, que virtualmente

pueden ocasionar accidentes, incidentes o enfermedades a los trabajadores. La SST está relacionada con el concepto de responsabilidad social empresarial, en la medida que busca crear conciencia sobre el ofrecimiento de buenas condiciones laborales a los trabajadores, mejorando de este modo, su calidad de vida, y promoviendo la competitividad de los empleadores en el mercado.

TÍTULO IV: ASUNCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

En la presente investigación jurídica no se ha utilizado el término trabajo sexual por cuestiones metodológicas, se ha considerado primigeniamente determinar la naturaleza laboral o no de la prostitución, y a partir de ese resultado definir si estamos ante un trabajo bajo la protección del Derecho Laboral.

En ese sentido, se asume que el término prostitución se refiere en modo estricto a la prestación de servicios sexuales por parte de una persona a cambio de una contraprestación económica.

Entonces, se asume que el término prostituta hace referencia a la persona que presta servicios sexuales, no existe distinción de género, pues cualquier persona de forma libre y consciente puede realizarlo, no está siendo utilizado en forma peyorativa y discriminatoria.

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En la presente investigación jurídica, para poder contrastar la hipótesis se identificó y analizó los principios jurídicos laborales consagrados en la Constitución y en la doctrina; se identificó en la legislación y en la doctrina los requisitos que determinan que una relación jurídica sea de naturaleza laboral; y en virtud del análisis descriptivo y a partir de la interpretación de los principios jurídicos laborales se determinó la naturaleza laboral de la prostitución.

Se debe tener en cuenta que, al ser una investigación jurídica de tipo teórica, se ha tenido que aplicar el método dogmático, para ello se realizó el uso de instrumentos y técnicas de investigación, con la cual se ha logrado efectuar una revisión de la literatura de manera ordenada y sistemática.

Finalmente, se corroboró que los principios jurídicos laborales que determinan la naturaleza laboral de la prostitución son el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y la ley, principio protector; y principio de primacía de la realidad; tal como se demuestra a continuación:

3.1. Principio de Primacía de la Realidad

En relación a la primera hipótesis, consideramos que uno de los principales principios jurídicos laborales que sustentan la naturaleza laboral del trabajo sexual en el Perú es el Principio de Primacía de la Realidad.

El principio de primacía de la realidad es aquel donde prima los hechos antes que las formalidades, es decir, antes que los documentos. Su importancia radica en que permite evidenciar la realidad en sí misma, como se desenvuelve un fenómeno en un determinado contexto, conllevando a la justicia y a la verdad.

Éste principio es uno de los más invocados en los procesos de desnaturalización de contratos, y a partir de su aplicación permiten en muchos casos apreciar relaciones labores encubiertas.

El principio jurídico laboral de Primacía de la Realidad sustenta la naturaleza laboral de la prostitución, pues como se ha visto en el desarrollo del marco teórico la prostitución es igual a otros tipos de trabajo, pues una persona de manera voluntaria ha decidido prestar servicios a cambio de una contraprestación económica. El carácter diferenciador es el objeto del contrato, es decir, la prestación de servicios sexuales.

Como se ha indicado, la prostitución no constituye una actividad ilícita, y se encuentra permitida en nuestro Estado, siendo así, la persona puede ejercer la prostitución en el Perú, pues no está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, en virtud del literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.

El derecho laboral otorga protección al trabajo a cuenta ajena, es decir, que el trabajador no trabaja para sí mismo, sino presta sus servicios para una persona, y es éste último el titular de los frutos del trabajo realizado.

En ese orden, en la prostitución se desconoce si esta actividad tiene naturaleza laboral o no, pues depende de esa determinación para que las personas que ejercen esa actividad puedan gozar de los derechos laborales establecidos en la normatividad.

Ahora bien, lo que se tiene que demostrar con el Principio de Primacía de Realidad es si existe una relación de dependencia en la prostitución, es decir, si concurren los elementos esenciales de una relación laboral.

Es un hecho innegable el ejercicio de la prostitución en los centros nocturnos, y, por ejemplo en el ciudad de Lima tenemos al centro nocturno llamado “Las Cucardas”, que es el único prostíbulo que cuenta con su licencia de funcionamiento para tal fin, el administrador del local es Víctor Hugo Shimabukuro, el cual contrata a trabajadoras sexuales para que brinden servicios sexuales a los clientes que acuden a éste centro nocturno. (Reportaje de Panamericana Televisión del Programa el Sexto Día, emitido el 10 de julio de 2011. Recuperado en <https://panamericana.pe/alsextodia/entretenimiento/88294>)

Ahora bien, a fin de tener conocer sobre la naturaleza laboral de la prostitución se tuvo conocimiento sobre algunos centros nocturnos de la ciudad de Cajamarca, siendo éstos los siguientes:

CUADRO N° 01: LISTA DE CENTROS NOCTURNOS DONDE SE EJERCE LA PROSTITUCIÓN EN CAJAMARCA			
CENTRO NOCTURNO	LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO	DIRECCIÓN	HORARIO DE ATENCIÓN
Las Calaminas	No (Información que se acredita con las actas de los operativos)	Av. Vía de Evitamiento Sur. Cdra. 24 – Cajamarca	12: 00 pm a 21:00 horas aproximadamente.
Night Club Nocturno	No (Información que se acredita con las actas de los operativos)	Av. Independencia N°1311	18:00 pm a 6:00 am horas aproximadamente.
Night Club Alondra	Si	Av. Independencia S/N- Cajamarca	18:00 pm a 6:00 am horas aproximadamente
Night Club Faraón	No (Información que se acredita con las actas de los operativos)	Av. Independencia S/N- Cajamarca	Previa cita
Prostíbulo Las Cucardas	Si	Altura del Km 4 de la carretera a la costa – Cajamarca	16:00 pm a 6:00 am horas aproximadamente.
Night Club PK2	No	Av. Independencia S/N- Cajamarca	18:00 pm a 6:00 am horas aproximadamente.
Las Joyitas	No	Jr. Mártires de Uchuracay N° 750 - Cajamarca.	18:00 pm a 6:00 am horas aproximadamente.
El Paraíso Club	Si	Av. Independencia a unas cuerdas del night club Las cucardas, Km 4.5	Durante la tarde y noche
El Divino	No	Vía de Evitamiento sur cdra.26	Todo el día, a puertas cerradas.

Prostíbulo Pantera Rosa	No	Km. 4 de la carretera la costa.	Todo el día.
Nigh Club Blue Star	No	Av. Independencia s/n Cajamarca.	A partir de las 6:00 pm hasta las 7:00 pm.

Elaboración propia, y acreditada con la Nota Informativa N°1306-II-MACRO-REGPOL-CAJ/DIVREINT, de fecha 18 de abril de 2018.

Como se puede apreciar, se corrobora la existencia de la prostitución, y desde la aplicación del método inductivo se afirma que, así como se desarrolla en nuestra ciudad, también se realiza en todo el Perú.

También se advierte que los centros nocturnos indicados en su mayoría no cuentan con licencia de funcionamiento, ello conlleva a que el lugar donde se ejerce la prostitución se le denomine prostíbulos clandestinos. En consecuencia, se debe tener presente que la clandestinidad de este oficio radica en la licencia de funcionamiento, que se regulariza con un acto administrativo, más no es un delito.

En ese orden, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, la Municipalidad y la Dirección Regional de Salud intervienen a éstos centros nocturnos a fin de verificar si cuentan con licencia de funcionamiento, si las trabajadoras sexuales cuentan con carnet de sanidad, y especialmente supervisar que en los centros nocturnos no se cometan delitos como la trata de personas, tal como se puede apreciar de las actas de intervención anexas a la presente investigación.

También se evidencia, que en algunos centros nocturnos donde se ejerce la prostitución cuentan con licencia de funcionamiento, ello quiere decir que la actividad que se realiza es lícita conllevando a descartar la

configuración de tipos penales como el proxenetismo y el favorecimiento a la prostitución.

Se debe tener presente que en ésta investigación se tiene en cuenta la realidad de la ciudad de Cajamarca que no es ajena a la realidad de todo el país, pues la prostitución se ejerce en todo el Perú.

La licitud de la prostitución lo podemos evidenciar cuando es el mismo Estado el que regula su ejercicio en los centros nocturnos, y hacemos referencia a las licencias de funcionamiento y a la exigencia del carnet de sanidad como, por ejemplo, la Ordenanza de Salud y Salubridad Municipal de la Municipalidad de Lima N° 82, en cuyo artículo 59 y 60³ se hace referencia a dicha actividad.

Siendo así, se aprecia una anomia por parte del Estado Peruano pues regula determinadas situaciones sobre la prostitución como las licencias para su funcionamiento y el carnet de sanidad, pero no regula el ejercicio de la prostitución.

Siendo así, el contrato de trabajo es aquel que genera una relación laboral entre empleador y el trabajador, conllevando al surgimiento de derecho y obligaciones para ambas partes. Ahora bien, en el trabajo sexual es

³ Artículo 59.- Las personas que ejerzan la prostitución y se desempeñen como acompañantes de baile en boites, clubes nocturnos, cabarets y similares además del carnet de salud están obligadas a poseer CERTIFICADO DE CONTROL PERIODICO epidemiológico, serológico y tebeciano expedidos por la autoridad sanitaria municipal por periodos quincenales, trimestrales y semestrales, respectivamente.

Artículo 60.- El carné de salud será otorgado por la Dirección de Salud de la Dirección Municipal de Salud y Bienestar Social en el Cercado de Lima por la dependencia del municipio distrital correspondiente o por el Órgano encargado del Ministerio de Salud (...).

necesario conocer si los sujetos intervinientes realizan algún tipo de formalidad para la prestación de los servicios, es decir, si se suscribe o no un contrato.

CUADRO N° 02: LISTA DE CENTROS NOCTURNOS - PROSTÍBULOS FORMALES EN LA CIUDAD DE CAJAMARCA			
CENTRO NOCTURNO	LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO	SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS CON LAS TRABAJADORAS SEXUALES	
		MODO VERBAL	MODO ESCRITO
Night Club Alondra	Si	X	
Prostíbulo Las Cucardas	Si	X	
El Paraíso Club	Si	X	

Elaboración propia, acreditada con las Actas de Operativo realizadas por la Policía Nacional y el Ministerio Público.

Como se aprecia, en el caso de la prostitución no existe un contrato de trabajo escrito, todo lo contrario, el contrato realizado entre el dueño del negocio y la prostituta es de modo verbal.

Siendo así, el contrato laboral celebrado de modo verbal se presume que es a plazo indeterminado tal como se encuentra establecido en el artículo 4⁴ del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada con Decreto Supremo N° 003-97-TR

⁴ Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

Entonces, para considerar a la prostitución dentro de la protección del derecho laboral es necesaria la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son prestación personal de servicios, remuneración y subordinación.

En ese sentido, se debe precisar que el objeto contractual de la prostitución consiste en la prestación de servicios sexuales a los clientes del administrador y/o dueño del establecimiento a cambio de una remuneración para beneficio propio.

Se puede apreciar que los sujetos intervinientes en la prostitución son las prostitutas, que comprende aquellas personas que prestan sus servicios sexuales y los pone a disposición del administrador del establecimiento.

Que, la elección de este tipo de trabajo, se fundamenta en la libre determinación del trabajo y en la no discriminación, derechos que han sido consagrados en los incisos 2 y 15 del artículo N° 2 Constitución Política del Perú⁵. En consecuencia, el trabajo sexual es aquella actividad libremente ejercida, y constituye su medio de vida de la prostituta.

Por otro lado, el otro sujeto interviniente viene a ser el administrador y/o dueño del local, donde se advierte que en los centros nocturnos y/o prostíbulos el dueño del establecimiento tiene el rol de contratante, pues es aquel que pacta con la trabajadora sexual sobre la prestación de servicios sexuales que brinda en su establecimiento.

⁵ Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (...) 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

Que, se debe tener cuenta que el dueño del establecimiento no se constituye en proxeneta, pues ésta persona no atenta contra los derechos de la persona, ni contra su dignidad, a lo contrario del proxeneta que según la Real Academia Española es aquella persona que obtiene beneficios de la prostitución de otra persona.

El administrador y/o dueño del establecimiento no realiza acciones de coacción y violencia con la finalidad de manipular la voluntad, contrario sensu, la decisión de ejercer la prostitución surge de la prostituta, sin injerencia de terceros, ni en beneficio de los mismos.

Ahora, como se ha mencionado en la realidad problemática de la presente investigación, en el caso de la prostitución se puede apreciar que su ejercicio se puede dar de diferentes formas, como son prostitución autónoma y prostitución dependiente, recalcando que este último es aquel que se ejerce en un establecimiento nocturno y existe una relación de subordinación con el empleador, pues existe un sometimiento al poder contractual del empleador.

En ese sentido, aplicando el Principio de Primacía de la Realidad se puede apreciar la naturaleza laboral de la prostitución, para ello deben concurrir los elementos esenciales del contrato trabajo, para tal fin se recopiló y analizó las declaraciones ante la ante la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público de la ciudad de Cajamarca de las trabajadoras sexuales, obteniendo los siguientes resultados:

	Documento que lo contiene	Declaración ante el Ministerio Público y Policía Nacional del Perú					Acta de intervención policial.			Declaración ante el Ministerio Público y Policía Nacional del Perú	Acta Fiscal	
	Trabajadora sexual	G.I.R.P.	M.C.M.C.	L.K.C.P.	J.M.G.B.	D.E.V.R.	J.L.E.	M.V.R.	E.CH.C.	L.C.B.V.	G.C.P.	
	Nombre del dueño y/o administrador del centro nocturno	Pájaro	Pájaro.	Desconoce.	Desconoce.	Pájaro.	Administradora del Local	María Castañeda Díaz	María Castañeda Díaz	Florentina Manyá Minchán	Desconoce	
CUADRO N° 03: PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD CORROBORANDO LA CONFIGURACION DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.	PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIOS	Si "prostituta"	Si "dama de compañía"	Si "anfitriona"	Si "dama de compañía"	Si "dama de compañía"	Administradora del Local	Si "dama de compañía"	Si "dama de compañía"	Prostituta	Prostitutas "damas de compañía"	
	SUBORDINACIÓN	Lugar de trabajo	Prostíbulo Las Calaminas, ubicado en Av. Vía de Evitamiento Sur Cdra. 24 - Cajamarca.					"Bar Cevicheria La Leito"	Prostíbulo Las Calaminas, ubicado en Av. Vía de Evitamiento Sur Cdra. 24 - Cajamarca.		Tía Florentina - Las Joyitas, ubicado en Jr. Martires de Uchuracay N° 750 - Cajamarca.	Faraón Club, ubicado en Av. Independencia N° 1141- Cajamarca.
	Horario de trabajo	Si	Si	Si	Si	De 11 am a 6 pm	Si	Si	Si	Si	Si	
	Uniforme	No	No	No	No	No	No se indica	No se indica	No se indica	No se indica	Si	
	Sanciones	No	No	No	No	No	No se indica	No se indica	No se indica	No se indica	No se indica	
	Órdenes	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	
	Control sobre la prestación	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	
	Forma parte de la estructura organizativa	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Si	
	Suministro de herramientas y materiales para la ejecución de la prestación	El administrador del local otorga el cuarto y preservativos.					No se indica	El administrador del local otorga el cuarto y los preservativos			No se indica	
REMUNERACIÓN	Dinero	Si, por cada cliente fichado.	Si, por cada cliente fichado.	Si, por cada cliente fichado.	Si, por cada cliente fichado.	Si, por cada cliente fichado.	No indica	Si, por cada cliente fichado.	Si, por cada cliente fichado.	Si, por cada cliente fichado.	No se indica	

Elaboración propia, acreditada con las Actas de Operativo realizadas por la Policía Nacional y el Ministerio Público.

Como se aprecia en el Cuadro N° 03, la información que brindan las prostitutas en sus declaraciones ante las autoridades son muy limitadas, pues la información que otorgan ante las autoridades intervinientes es información que niegan todos los hechos, evidenciándose un afán de protección a las personas que los contratan y sobretodo evitarse problemas legales. Entonces, desde allí se evidencia un urgente pronunciamiento por parte del Estado, pues la regulación de la prostitución permitirá un mayor control sobre esta actividad.

En esa línea de ideas, tenemos que el derecho laboral busca proteger al trabajador debido a la asimetría existente en la relación laboral, siendo así, la misión esencial del Derecho del Trabajo es la de asegurar el respeto de la dignidad del trabajador tal como lo sostiene Ojeada Avilés & Igartua Miró (2008, p. 147). En tal sentido, el trabajo sexual no está exento de la protección del derecho laboral, y con mayor razón necesita una protección por parte del Estado por tratarse de una prestación sui generis.

Aplicando el Principio de Primacía de la Realidad se ha podido verificar la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo que han sido regulados en el artículo 4 del T.U.O. del D.L. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada con Decreto Supremo N° 003-97-TR, cuyo tenor dicta: *“Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. (...)”*.

Que, en el cuadro evidenciamos como primer elemento esencial a la **prestación personal de servicios**, que es entendida como la actividad llevada a cabo de manera personalísima e indelegable.

Por lo que, la prestación personal de servicios en la prostitución viene a ser la acción de brindar los servicios sexuales por parte de la prostituta de manera personalísima y se encuentra a disposición del empleador. Entonces, del análisis del cuadro se advierte que efectivamente las prostitutas han puesto a su disposición los servicios sexuales en el centro nocturno, para ello aparentan figuras como el fichaje de los clientes.

Que, el ejercicio de la prostitución en los centros nocturnos ya sea aquellos que cuentan con licencia de funcionamiento o no, se aparentan figuras como las denominas damas de compañía, y anfitriona. Y, claro ésta que admitir ante las autoridades policiales ser trabajadoras sexuales conlleva a una investigación sobre cada una de sus declaraciones relacionadas con la existencia o no de coacción para prostituirse, o si forma parte de una organización de trata de personas.

Entonces, queda acreditado que, si se presenta el primer elemento sobre la prestación personal de servicios, pues las trabajadoras sexuales prestan los servicios sexuales a los clientes del centro nocturno.

También se aprecia que la prestación personal de servicios es *sui generis*, pues estamos ante lo máspreciado de una persona que es su cuerpo, que se constituye como su medio de trabajo.

Cabe precisar, que el cuerpo es de exclusividad de la prostituta, conllevando a que el empleador no pueda realizar actos que atenten contra su dignidad, ni su integridad física y psicológica del trabajador sexual. Ahora bien, el ejercicio de la prostitución lo realizan en virtud del derecho a la libre determinación consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, cuyo tenor dicta: *“Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”*.

Respecto del derecho a la libre determinación Hayeck Friedrich apúd Cárdenas Quirós (2005, p. 64) ha manifestado que: *“Acudiendo a la experiencia de la persona, de cada persona, es dable sostener que la libertad se nos muestra como la capacidad inherente al ser humano de decidir, por sí mismo, su proyecto de vida”*.

Que, el segundo elemento esencial es la **remuneración** que viene a ser la contraprestación recibida por el servicio prestado en condición de dependencia por parte del trabajador, siendo ésta de su libre disposición y que su monto debe ser equivalente al trabajo realizado, teniendo relación con los topes mínimos establecidos por la ley.

Del cuadro podemos apreciar que, el administrador y/o dueño del establecimiento nocturno otorga a la prostituta una contraprestación dineraria que puede ser de forma diaria, semanal o anual, y dependerá de los clientes que fichó.

Finalmente, el elemento esencial de la **subordinación**, se caracteriza por ser el elemento diferenciador de otros tipos de contratos, la dependencia que tiene el trabajador frente a su empleador conlleva a que éste acate las órdenes de su empleador.

Que, la subordinación es una situación jurídica de sometimiento en la que se encuentra el trabajador, puesto que el empleador tiene el poder directriz manifestándose en el poder de dirección, poder de administración y poder de sanción. De tal forma, que el poder de administración consiste en que el empleador tiene la capacidad de dar las órdenes necesarias para el funcionamiento de su organización empresarial, el poder de administración mediante el cual el empleador supervisará que los trabajadores cumplan con las órdenes y con sus obligaciones; y finalmente el poder de sanción que es la facultad del empleador para corregir las acciones de los trabajadores, para ello impone sanciones disciplinarias que pueden ser amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión sin goce de remuneraciones y finalmente el despido.

Los poderes que ostenta el empleador se ejercen respetando los derechos fundamentales de la persona y su dignidad, y se ejercen en el marco de la razonabilidad. En el caso, que el empleador quiera coaccionar por ejemplo a la prostituta para realizar actos en contra de su voluntad conllevaría a la comisión de delitos. De esta forma, al dueño y/o administrador del centro nocturno tiene prohibido imponer por ejemplo el tipo de servicio, cuando ello surge necesariamente de la voluntad de la trabajadora sexual.

De otro lado, se debe precisar que la subordinación implica la imposición del horario de trabajo, jornada de trabajo, el uniforme, el reporte de sus acciones, el lugar de trabajo, sanciones disciplinarias, órdenes, control sobre la prestación desarrollada, forma parte de la estructura organizacional de la empresa suministro de herramientas y materiales para la ejecución de la prestación.

En ese sentido, la prostitución en el Perú es una actividad económica permitida y existe en todo nuestro país, basta para ello, mirar las noticias, los portales de internet, y es una realidad que nadie puede negar.

Los establecimientos donde se ejerce la prostitución, es decir, los centros nocturnos se encuentran a la vista de toda la sociedad, se conoce de su existencia y de la manera cómo funcionan. Y, justamente es en los centros nocturnos donde se ejerce la prostitución dependiente, es decir, donde existen prostitutas con vínculo de subordinación ante el administrador y/o dueño del establecimiento nocturno.

Como es de verse, en el cuadro N° 02 los centros nocturnos donde se ejerce el trabajo sexual cuentan con licencia de funcionamiento por parte de la municipalidad y se les exige el carnet de sanidad para que puedan prestar sus servicios sexuales. Entonces, en este tipo de establecimiento se denota relaciones de dependencia, es decir, relaciones laborales.

Del cuadro podemos advertir que la subordinación se evidencia cuando la trabajadora sexual lo ejerce en el centro nocturno, y el dueño y/o administrador del centro nocturno ejerce el poder de dirección debido a que

supervisa todo lo relacionado con los servicios sexuales, e inclusive el empleador desarrolla la función de ser un intermediario con los clientes.

Se debe tener en cuenta que la trabajadora sexual es la única persona que puede determinar el tipo de servicio sexual o la aceptación del cliente, pues su cuerpo es el medio de trabajo, consecuentemente se trata de una subordinación especial, pues el empleador no tiene poder de decisión en la forma de la ejecución de la prestación.

Asimismo, en la prostitución se puede evidenciar ajenidad de los riesgos y ajenidad de las ganancias, pues es el empleador el que asume todos los riesgos y la ajenidad de los frutos debido a que el producto del trabajo de la trabajadora sexual es ajeno a su patrimonio, y percibirá de acuerdo a lo acordado con el empleador.

Del cuadro, se puede observar que las trabajadoras sexuales dependen económicamente del centro nocturno donde trabaja, puesto que son su única fuente de ingresos económicos.

Entonces, se ha corroborado que el principio jurídico laboral de Primacía de a Realidad sustenta la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú.

3.2. Principio Protector

En relación a la segunda hipótesis, consideramos que uno de los principales principios jurídicos laborales que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú es el Principio Protector.

El Principio Protector es aquel que busca equilibrar la desigualdad natural que existe entre el empleador y el trabajador, esto a través de medidas normativas por parte del Estado, por ejemplo, generando presunciones a favor del trabajador, estableciéndose límites normativos. Éste principio permite limitar los abusos que históricamente la parte más fuerte de la relación laboral, es decir, el empleador ejercía contra el trabajador.

Podemos evidenciar que en la prostitución existe una asimetría inmensa en la relación laboral, pues es el empleador el que tiene el poder absoluto en esa relación, ya que la situación jurídica de la prostituta no permite exigir el respeto de sus derechos laborales, por el mismo hecho de no estar reconocido, tal como se acredita

Se afirmó en la presente investigación que la prostitución tiene como medio de trabajo al cuerpo, entonces ésta particularidad conlleva a otorgar una protección especial por parte del Estado por ser un trabajo *sui generis*, ya que, el objeto de la prestación personal de servicios es mediante el cuerpo de la persona, y es lo más intrínseco relacionado con el derecho a la libertad sexual. Y, se tiene que éste derecho debe ser reconocido, promovido, respetado y defendido por todas las sociedades de todas las

maneras, tal como lo establece la Declaración de los Derechos Sexuales proclamados en el Congreso Mundial de Sexología (1997, Valencia, España) revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, el 26 de agosto de 1999, en el 14º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China.

Por los hechos expuestos, se aprecia que el principio protector es uno de los principales principios jurídicos laborales que determinan la naturaleza laboral del trabajo sexual en el Perú.

3.3. Principio de Igualdad de Oportunidades sin Discriminación

En relación a la tercera hipótesis, consideramos que uno de los principales principios jurídicos laborales que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú es el Principio de Igualdad de Oportunidades sin Discriminación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 7 regula el derecho de la igualdad, que dicta: “ Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”, nuestra Constitución Política ha regulado la igualdad en el inciso 2 del artículo 2, que regula: “ Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Que, el derecho a la igualdad es un principio fundamental y permite que la sociedad viva en armonía, pues las personas se encuentran sometidas al cumplimiento de las mismas reglas, y el encargado de velar por ello es el Estado, siendo un mandato de no discriminación de ninguna índole.

El principio de igualdad de oportunidades sin discriminación se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 26 de la Constitución, y es exigible antes y durante la relación laboral.

Como se ha visto, éste principio tiene tres manifestaciones, como es la igualdad ante ley, es decir, que las prostitutas tienen derecho a que se regule su actividad, pues este tipo de trabajo es lícito al igual que otros tipos de trabajo, y de esta manera obtener protección por parte del derecho laboral.

Otra de las manifestaciones es la igualdad de trato, pues prostitutas tienen derecho a que la sociedad deje el estigma que existe sobre la prostitución, pues como se ha manifestado es una actividad económica lícita, y que los sujetos intervinientes en este tipo de trabajo deben ser tratados de igual forma. Pues la decencia de este trabajo no radica en la moral de la sociedad, sino en el respeto de derechos, obligaciones y dignidad de la persona.

Ahora bien, la última manifestación es la de igualdad de oportunidades, pues las prostitutas tienen derecho a no ser discriminadas por el tipo de

trabajo que han elegido en base a su libre autodeterminación ,y libertad de trabajo lícito.

Entonces, el principio de igualdad de oportunidad sin discriminación permite que las prostitutas sean respetadas dentro de nuestra sociedad, y lo más importante su empleador respete los derechos laborales que le son inherentes. El Estado peruano tiene la obligación de pronunciarse sobre esta realidad jurídica que es el trabajo sexual, caso contrario, se seguirán vulnerando derechos a las personas que ejercen este labor e inclusive seguir en condiciones que transgreden la seguridad y salud en el trabajo.

De lo expuesto, se corrobora que el principio de igualdad de oportunidad sin discriminación es uno de los principales principios jurídicos laborales que determinan la naturaleza laboral de la prostitución, pues no existe ningún mandato de discriminación que excluya a las trabajadoras sexuales de los derechos laborales.

3.4. Principio de Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la Ley y en la Constitución

En relación a la cuarta hipótesis, consideramos que uno de los principales principios jurídicos laborales que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú es el Principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la Ley y en la Constitución.

Nuestra Constitución Política del Perú en el inciso 2 del artículo 26 regula uno de los principios más importantes del derecho laboral, como es el Principio de Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la ley, éste principio protege al trabajador inclusive de sus propias decisiones, en razón a que el trabajador no puede renunciar a derechos que nacen de normas imperativas – derechos indisponibles.

El principio de dignidad es justamente uno de los principios irrenunciables, y se encuentra reconocido en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, y el artículo 1 de la Constitución Política, cuyo tenor dicta: “ La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Asimismo, como se indicó en el marco teórico la dignidad no tiene un contenido específico, sino que tiene que ver con el respeto de los derechos fundamentales.

Las prostitutas no pueden renunciar a un trabajo digno, entendido como áquel donde se reconocen derechos y obligaciones. La dignidad humana permite que la persona de manera consiente y voluntaria realice su vida, disfrutando de los derechos individuales reconocidos en la Constitución, y claro está respetando el ordenamiento jurídico.

La dignidad humana también le es reconocible a las prostitutas, más aún cuando existen una relación laboral, en la cual es imprescindible un trato digno por parte del empleador, entendiéndose como trato digno a que el

empleador cumpla con sus obligaciones, y otorgue al trabajador las condiciones de trabajo dignas.

En la jurisprudencia constitucional de Colombia Sentencia T-881 de 2002, sobre la dignidad humana se señaló que la dignidad humana tiene tres elementos: **(i)** la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle, **(ii)** posibilidad de desarrollar un plan activo en la sociedad, y **(iii)** políticas de inclusión social social a partir de la obligación de corregir los efectos de situaciones ya consolidadas.

Frente a éstos tres elementos de la dignidad humana podemos afirmar que la dignidad humana es exigible su respeto en la prostitución, ya que al ser una actividad económica, involucran la prestación de un servicio a cambio de una contraprestación⁶, en el cual la persona de manera libre a elegido ser prostituta. El estado no ha regulado la prostitución, entonces pueden ejercer dicho oficio, y seguidamente es el Estado el llamado a incluir a este sector de personas otorgando protección por parte del derecho laboral.

En orden, se tiene que uno de los derechos irrenunciables es el derecho de libre desarrollo, reconocido en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que regula: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y la Constitución Política en el inciso 2 del artículo 2, que señala: “Art.2.- Toda persona tiene derecho: 2. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y

⁶ Resolución 2141-2010/SC1-INDECOPI, fundamento 42.

física, y a su libre desarrollo y bienestar (...). Ante ello, se tiene que la persona tiene el derecho de libre desarrollo, que permite a la persona en base a su autonomía privada elija la forma en como vive entre la variedad de opciones que existe”.

Es así, que el Tribunal Constitucional en el fundamento 14 de la EXP. 2868-2004-AA/TC se pronunció señalando que el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. Y, tal como lo afirma Cárdenas Quirós “La libertad es lo que hace a la persona ser persona. Proteger jurídicamente la libertad es proteger el ser de la persona y, su vida misma, su razón de ser y su propia identidad” (2005, p. 64).

Como se ha visto, en la prostitución existe una persona que eligió ese modo de vivir, eligió libremente, voluntariamente y sin ninguna coacción y/o violencia el ejercicio del trabajo sexual, en base justamente de su derecho de libre desarrollo.

Recordemos que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución tienen como objetivo la protección de la persona, las prostitutas son personas, consecuentemente las prostitutas tienen derechos fundamentales que deben ser respetados.

El derecho al trabajo es un derecho irrenunciable de la persona, y se encuentra reconocido en el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Por otro lado, la Carta de la Organización de los Estados Americanos resalta que el trabajo es un derecho y un deber social, no se considerará como artículo de comercio y reclama respeto a la dignidad de quien lo presta y ha de efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso; asimismo el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se regula que los Estados partes reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante el trabajo libremente escogido o aceptado y tomarán las medidas adecuadas para garantizar este derecho. Y, en el artículo 7 se indica que los Estados reconocen también que se asegure a los trabajadores condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias.

Nuestra Constitución Política ha regulado el derecho al trabajo en el artículo 22, precisando lo siguiente: “El trabajo es un deber y derecho. Es base de bienestar social y un medio de realización de la persona”.

Luego de haber citado las normas supranacionales y la norma constitucional sobre el derecho al trabajo, queda evidenciado que la persona tiene derecho a elegir el trabajo de acuerdo a las habilidades, y la prostituta efectivamente tiene derecho al trabajo, y el Estado no puede desconocer, ni rebajar u dignidad. En ese orden, el realizar un trabajo conlleva al reconocimiento de derechos inherentes al trabajador regulados en el artículo 22 al 29 de la Constitución, como son el derecho a una remuneración y a los beneficios sociales.

De lo expuesto, afirmamos que el Principio de Irrenunciabilidad de Derechos reconocidos en la Constitución y la Ley, regulado en el inciso 2 del artículo 26 es uno de los principales principios jurídicos que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución.

Trabajo sexual:

Es la contraprestación de servicios sexuales en condiciones de dignidad a cambio de dinero. Nuestro ordenamiento jurídico permite su ejercicio, no es un delito.

Postura del Perú frente trabajo sexual:

Nuestro país adopta un modelo reglamentista, regulando el aspecto sanitario y otorgando licencias a los prostíbulos.

El orden público, las buenas costumbres y la moral:

La prostitución no vulnera el O.P, debido a que no existe norma que la prohíba, las B.C. son cánones generales que impone la sociedad para corregir la conducta, la sociedad va cambiando y con ello cambian sus concepciones de bueno y malo; y la Moral sobre la prostitución no existe un consenso sobre dicha actividad que sea un sustento válido para vulnerarla.

**PRINCIPIO DE
IRRENUNCIABILIDAD
DE DERECHOS****PERSONA QUE EJERCE EL
TRABAJO SEXUAL****Reconocimiento Jurídico de la Dignidad:**

La persona tiene inherente su Dignidad, reconocido en D.U.D.H. ART.1, C.A.D.H. ART.11, CONST. POL.PERÚ ART.1

¿Qué es la dignidad humana?

T.C. STC N° 02101-2001-PA/TC: "Se basa en valorar a la persona por ser merecedora de respeto".

Corte Suprema de Justicia Cas. Lab. N° 3034-

La dignidad es libertad para:

Const. Art.2 inc. 2 Libre personalidad

Const. Art.2 inc. 14 Libertad de trabajo

Const. Art.22 Derecho al trabajo

La dignidad en la relación laboral:

El artículo 23 de la Constitución Política señala que en ninguna relación laboral se desconoce, limita o rebaja la dignidad del trabajador.

De la contrastación de la hipótesis se ha podido demostrar que los principales principios jurídicos laborales que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú son los Principios de Primacía de la Realidad, Principio Protector, Principio de Igualdad de Oportunidades sin Discriminación, y Principio de Irrenunciabilidad de derechos reconocidos en la Ley y la Constitución. Siendo así, la prostitución dependiente debería ser regulada a fin de gozar de una protección laboral.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA NORMATIVA

Nuestra Constitución Política del Perú regula en el artículo 107 el derecho de iniciativa legislativa, y en virtud del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República se presenta el siguiente proyecto de ley:

I. Exposición de motivos:

La prostitución dependiente es un trabajo *sui generis*, por las características que involucra a la prestación personal de servicios, es una actividad que comprende a personas mayores de edad que son contratadas para prestar servicios sexuales de manera voluntaria, con el fin de obtener una contraprestación, y es el Estado el llamado a determinar la situación jurídica de la prostitución.

La prostitución no se encuentra prohibida por la legislación penal peruana, por tanto, es una actividad lícita y completamente permitida, sin embargo, se desconoce si la prostitución tiene naturaleza laboral, es decir, si se encuentra bajo el ámbito de protección del derecho laboral.

Para ello, debemos tener en cuenta que el inciso 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que regula el derecho al trabajo libremente escogido. Entonces, como se puede apreciar, es el Estado el que reconoce el derecho al trabajo,

sin embargo, en el contexto de la prostitución no se evidencia un reconocimiento jurídico laboral sobre dicha actividad.

Por lo que, primero se debería determinar su naturaleza laboral de dicha actividad. De igual modo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 23 regula el derecho al trabajo, a su libre elección, y a las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo.

En ese sentido, tenemos que las prostitutas son personas, y en consecuencia tienen derecho a trabajar, y que sus derechos laborales sean reconocidos, siempre y cuando exista un trabajo por cuenta ajena.

Nuestra Constitución Política del Perú en el artículo 23 establece que el trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado y que en ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Ante esta situación, podemos observar que es necesario regular a la prostitución dependiente, pues a partir de los principios jurídicos laborales como Principio de Primacía de la Realidad, Principio Protector, Principio de Irrenunciabilidad de Derechos reconocidos en la Constitución y en la Ley, y Principio de Igualdad de Oportunidades

se ha establecido que la prostitución dependiente efectivamente tiene naturaleza laboral.

II. Efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional:

El efecto de la vigencia de la norma que se propone es regular al trabajo sexual dependiente, conllevando a que las trabajadoras sexuales podrán exigir a sus empleadores el respeto de sus derechos laborales específicos y el cumplimiento de sus obligaciones. Y, el reconocimiento conlleva a que éstas puedan acudir al órgano jurisdiccional a fin de hacer cumplir sus derechos.

Se debe precisar que a través del reconocimiento jurídico del trabajo sexual no se está promoviendo y/o favoreciendo a la prostitución, ya que en este contexto el empleador no incita a una persona para que ejerza la prostitución, todo lo contrario, la persona de manera libre decide acceder al empleo. Consecuentemente, se busca fomentar el respeto por los derechos laborales.

La utilidad de la propuesta normativa es garantizar los derechos laborales de quienes se ganan la vida y ejercen su derecho al trabajo mediante el trabajo sexual dependiente, la positivización de sus derechos conlleva a visibilizar sus derechos, obteniendo la fuerza normativa del derecho positivo.

III. Análisis costobeneficio:

El presente proyecto de ley no genera ningún gasto al Estado, pues lo que busca es regular una situación jurídica laboral existente, las trabajadoras sexuales tienen derechos laborales inherentes a todo trabajador, que han sido consagrados en el artículo 26 de la Constitución Política.

IV. Propuesta legislativa:

**PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL TRABAJO SEXUAL EN EL
PERÚ**

CAPITULO I: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo N°1.- Del objeto de la ley

El objeto de la ley es regular al trabajo sexual dependiente, con la finalidad que las trabajadoras sexuales conozcan sus derechos laborales, en virtud del principio de dignidad de la persona, y de los principios laborales reconocidos en la Constitución Política del Perú.

Artículo N°2.- Del ámbito de aplicación

La presente ley se aplica al trabajo sexual dependiente que se realiza en el Perú.

Artículo N°3.- De los principios generales

a. Principio de irrenunciabilidad de derechos: las trabajadoras sexuales no pueden renunciar a un trabajo digno, entendido como aquel donde se reconocen derechos y obligaciones. Y, en tanto la dignidad de la persona se consagra como el fin supremo del Estado peruano.

b. Principios de igualdad de oportunidades: las trabajadoras sexuales tienen derecho a no ser discriminadas por el tipo de trabajo que han elegido en base a su libre autodeterminación ,y libertad de trabajo lícito. Este principio permite que las trabajadoras sexuales sean respetadas dentro de nuestra sociedad, y que el empleador respete los derechos laborales que le son inherentes.

c. Principio protector: el trabajo sexual tiene como medio de trabajo al cuerpo, ello conlleva a otorgar una protección especial.

d. Principio de primacía de la realidad: es aquél que permite determinar la naturaleza del contrato, donde prima los hechos más que las formalidades.

Artículo N°4.- Definiciones

- **Trabajadora sexual dependiente:** persona mayor de edad, que de forma libre y voluntaria a puesto a disposición su cuerpo para prestar servicios sexuales ante su empleador, a cambio de recibir una remuneración.

- **Night club y/o centro nocturno:** establecimiento donde se ejerce el trabajo sexual dependiente.

CAPÍTULO II

AUTORIDAD COMPETENTE DEL TRABAJO SEXUAL

(ONTSP)

Artículo N°5.- Oficina Nacional de Trabajo Sexual

La Oficina Nacional de Trabajo Sexual del Perú se encuentra adscrita al Ministerio de Trabajo, tiene función la protección de las trabajadoras sexuales, y otras previstas en su reglamento.

Artículo N°6.- La autorización a los centros nocturnos

La autorización de los centros nocturnos y/o night club donde se ofrecen y prestan los servicios de índole sexual estarán bajo responsabilidad de los Gobiernos Municipales. Precisando, que los centros nocturnos deberán cumplir con las condiciones de salubridad, que garantizan un trabajo en condiciones dignas.

CAPÍTULO III

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA TRABAJADORA SEXUAL

Artículo N°7.- Requisitos para el ejercicio del trabajo sexual

- Ser ejercida por personas mayores de 18 años.
- El trabajo haya sido elegido de forma voluntaria, sin ningún tipo de violencia y/o amenaza.
- Carnet de Sanidad emitido por la Autoridad de Salud competente.
- Certificado de Registro como Trabajadora Sexual, emitido por la Oficina Nacional de Trabajo Sexual del Perú.
- Recibir una remuneración equitativa y suficiente, acorde a la normativa laboral.

Artículo N°8.- De los derechos de la trabajadora sexual

- No ser discriminados por el tipo de trabajo ejercido.
- Las condiciones laborales deben ser dignas.
- Recibir métodos anticonceptivos.
- Obtener capacitaciones por parte de la Oficina Nacional de Trabajo Sexual del Perú sobre los derechos sexuales y reproductivos.
- Negarse ante cualquier situación que menoscabe su dignidad, y proceder a realizar la denuncia ante la autoridad competente.
- Tienen derecho a decidir el modo y/o forma en que proporcionar sus servicios sexuales con el cliente.
- A formar sindicatos.

Artículo N°9.- De las obligaciones de la trabajadora sexual

- a. Registrarse en el Registro Nacional de Trabajadoras Sexuales, y en el ejercicio de la actividad deberá portarse dicha identificación.
- b. Realizar sus controles sanitarios ante la Autoridad de Salud competente.
- c. Utilizar métodos anticonceptivos o de protección de enfermedades de transmisión sexual.
- d. Someterse a los exámenes médicos que se exijan para el ejercicio de esta actividad.
- e. Cumplir con sus obligaciones contractuales.

Artículo N°10.- Beneficios sociales de la trabajadora sexual dependiente

- a. Un mes de descanso vacacional pagado, por cada ciclo anual de trabajo.
- b. Una compensación por tiempo de servicios, equivalente a la suma que percibe por un mes de descanso vacacional, por cada ciclo anual de trabajo.
- c. Afiliación, como afiliado regular, al régimen contributivo que administra EsSalud.
- d. Afiliación, como asegurado facultativo a un régimen de pensiones.

Artículo N°11.- Descanso vacacional para la trabajadora sexual dependiente

Para que la trabajadora sexual tenga derecho a las vacaciones anuales tiene que haber cumplido por lo menos doscientos sesenta (260) días de labor efectiva al año, de conformidad con el D. Leg. 713. La determinación del descanso vacacional se determina en función a un cronograma que será propuesto de común acuerdo entre la trabajadora sexual y el empleador. El pago por el descanso vacacional se debe dar previamente al goce de este beneficio.

Artículo N°12.- Compensación por tiempo de servicios para la trabajadora sexual dependiente

La CTS se devenga mensualmente desde el primer mes en que la trabajadora sexual presta servicios en el centro nocturno.

El depósito de la CTS debe ser realizado por el empleador a razón del 8.33% del pago mensual que percibe la trabajadora sexual por mes calendario, en la entidad que ésta elija libremente.

El depósito mensual de la CTS debe ser efectuado dentro del primero cinco (05) días del mes siguiente de realizada la labor, eligiendo la trabajadora si es en moneda nacional, extranjera o en ambas.

Artículo N°13.- Las obligaciones del empleador de las trabajadoras sexuales dependientes:

a. Cumplir con las obligaciones laborales y cargas sociales.

- b.** Contar con la licencia de funcionamiento expedida por el Gobierno Local.
- c.** Estar inscrito en el Registro de Centro Nocturno en la Oficina Nacional de Trabajo Sexual del Perú.
- d.** Contar con instalaciones sanitarias que garanticen salubridad para la trabajadora sexual y los clientes.
- e.** Otorgar Seguridad y Salud a las trabajadoras sexuales.
- f.** Exigir a la trabajadora sexual el carnet de sanidad y el certificado de registro de trabajadora sexual.
- g.** Contar con un Libro de Contratos de las Trabajadoras Sexuales, donde obre los contratos y las constancias de pago por los servicios prestados por cada trabajadora sexual.
- h.** Capacitar a las trabajadoras sexuales sobre derecho reproductivos y sexuales.
- i.** Facilitar la inspección por parte de las autoridades.
- j.** Otorgar la constancia de cese de labor de la trabajadora sexual.
- k.** Remitir mensualmente la relación de trabajadores afiliados a EsSalud al MTPE, SUNAT, y actualizarla.

CAPÍTULO IV

DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Artículo N°14.- Régimen de salud

Las trabajadoras sexuales dependientes son afiliados regularmente al Seguro Social de Salud, percibiendo los beneficios que en tal

condición les corresponde. El depósito mensual será efectuado por los empleadores dentro del mes siguiente realizada la labor.

Artículo N°15.- Régimen previsional

Las trabajadoras sexuales dependientes tienen derecho a pensiones por invalidez, jubilación y sobrevivencia, pudiendo darle cobertura a través del sistema nacional de pensiones o sistema privado de administración de fondo de pensiones, como asegurados facultativos, según elijan libremente estas trabajadoras.

Los aportes al sistema de pensiones elegido por la trabajadora estarán a cargo de la trabajadora sexual que le prestan servicios.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera: El poder ejecutivo a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo reglamentará la presente Ley en un plazo de 90 días.

Segunda: Los gobiernos Locales emitirán la normatividad que correspondan a la implementación de la presente ley en un plazo de 180 días.

Conclusiones

1. Los principales principios jurídicos que sustentan la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú son el principio de primacía de la realidad, principio protector, principio de igualdad de oportunidades, y principio de irrenunciabilidad de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la Ley.
2. El Principio de Primacía de la Realidad sustenta la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú, debido a que permite corroborar que en el trabajo sexual concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son prestación personal de servicios, remuneración, y subordinación.
3. El Principio Protector sustenta la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú, en virtud que el objeto del contrato laboral es *sui generis*, consecuentemente la parte débil de la relación laboral es la trabajadora sexual que necesita tutela por parte del derecho laboral.
4. El Principio de Igualdad de Oportunidades sin Discriminación sustenta la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú, debido a que la prostitución es lícita, seguidamente la trabajadora sexual tiene derecho a no ser discriminada por el oficio que ha elegido libremente, y tiene derecho a que le sean reconocidos sus derechos como cualquier otro trabajador.
5. El Principio de Irrenunciabilidad de derechos reconocidos en la Ley y en la Constitución, sustenta la naturaleza laboral de la prostitución en el Perú, debido a que las trabajadoras sexuales tienen derecho a la dignidad, derecho a la igualdad, derecho a la libre determinación, y derecho al trabajo.

Recomendaciones

1. Se recomienda que el Ministerio de Trabajo al haber registrado en el Registro de Organizaciones Sindicales al Sindicato Nacional de Trabajadoras Sexuales del Perú, debe de promover la no discriminación a las trabajadoras sexuales, debido a que es la autoridad competente para promover el empleo decente y productivo, y es el encargado de proteger a grupos vulnerables como son las trabajadoras sexuales.
2. Se recomienda que la Superintendencia de Fiscalización Laboral SUNAFIL en las intervenciones que realicen con el Ministerio Público y la Municipalidad no solo deben de prevenir delitos como explotación laboral, trata de personas, trabajo forzoso y otros⁷; sino que en su calidad de garantizadora del respeto de los derechos de los trabajadores deberían de verificar las relaciones laborales encubiertas en los centros nocturnos.

⁷ Hecho acreditado con las actas de intervención del Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú.

LISTA DE REFERENCIAS

TEXTOS

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alvaro García, M. (2010). *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?* Lima: Gaceta Jurídica.

Angelats, J. E. (1983). *Derecho del Trabajo* (Primera ed.). Perú: Eddili.

Arce Ortiz, E. (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú Desafíos Deficiencias*. Perú: Palestra .

Cárdenas Quirós, C. (2005). *La Constitución Comentada : Análisis Artículo por Artículo* (Primera ed., Vol. II). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Carmen Ortega , C. (2011). *Aproximación moral de la prostitución*. Las Palmas de Gran Canaria.

Castillo Guzmán, J., Demartini Rivera, F., Flores Buendía, R., Feria Valverde, P., Angulo Jugo, J., & Pineda Abuhadba, L. (2015). *Compendio de Derecho Laboral Peruano* (Sétima ed.). Lima: ECB Ediciones S.A.C.

Cornejo Vargas, C. (2013). Homenaje Aniversario de la SPDTSS. En S. P. Trabajo, *Derechos Laborales en General*. Lima: El Búho E.I.R.L.

Díaz Aroco, T. (2000). *Derecho Individual del Trabajo - Parte General*. Lima: Gráfica Horizonte.

- Espinoza Espinoza, J. (2008). La Autonomía Privada: Sus limitaciones frente a las Leyes imperativas y al Orden Público. En J. Gaceta, *Código Civil Comentado* (Vol. I). Perú: Gaceta Jurídica.
- Ferrero, R. (1989). *Derecho Constitucional - Derecho del Trabajo*. Lima: Ausonia S.A.
- Gomez Valdez, F. (2000). *El Contrato de Trabajo Parte General* (2000 ed.). Perú: Editorial San Marcos.
- Gonzales Ramírez, L. (2013). *Primacía de la Realidad y medio probatorios* (Primera ed.). Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Haro Carranza, J. (2010). *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: San Marcos E.I.R.L.
- Landa Arroyo, C. (2014). El Derecho al Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización. Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. En A. C. Themis, *Revista de Derecho* (págs. 219-241). Lima: Themis.
- Medina Otazú, A. (2016). ¿Tienen derechos laborales las trabajadoras sexuales? *Soluciones Laborales*, 84-90.
- Meneses, C., Solana, J., López Insausti, R., Baringo, D., Hernández Oliver, B., & Martínez, A. (2007). *La Prostitución una Realidad Compleja*. Madrid: Caritas Española.
- Mondragón Sevillano, T. (Primera Quincena de Junio de 2005). Las condiciones de trabajo. *Actualidad Empresarial*(90), V1-V3. Recuperado el 21 de Noviembre de 2018

- Neves Mujica, J. (2004). *Introducción al Derecho del Trabajo* (Segunda ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ojeada Avilés , A., & Igartua Miró, M. (s.f.). *La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes.* en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 73.
- Organización Internacional de Trabajo. (1988). The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southheast Asia. *Revista de la OIT Núm. 27* , 21-26.
- Pacheco Zerga, L. (2015). Los principios del Derecho al Trabajo. En Sociedad Peruana Derecho del Trabajo, *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis* (Primera ed., pág. 926). Lima: El Búho E.I.R.L.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2008). *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. II). Lima, Perú.
- Plá Rodríguez, A. (2009). *Los Principio del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano.* Perú: Grijley E.I.R.L.
- Sanguineti Raymond, W. (2013). *Derecho del Trabajo.* Perú: Grijley E.I.R.L.
- Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y la SC. (2015). *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis de la Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.* Lima: El Búho E.I.R.L.
- Toyama Miyagusku, J. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Toyama Miyagusuku, J. (2011). *Derecho Individual del Trabajo.* Lima: Gaceta Jurídica.

Toyama Miyagusuku, J. (s.f.). Modificación de condiciones de trabajo:entre el poder de dirección y obediencia. *Derecho & Sociedad Asociación Civil*(21), 18. Recuperado el 17 de Noviembre de 2018

Tribunal Constitucional del Perú . (2006). *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral* (Vol. Primer Seminario). Lima: Gráficos SAC.

Valderrama, L., Navarrete, A., Díaz, K., Cáceres, J., & Tovalino, F. (2016). *Diccionario del Régimen Laboral Peruano Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.

Valdéz Dal Re, F. (2011). *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia*. España: Laborum.

Zelayarán Durand, M. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Aragón, E. J. (16 de Setiembre de 2009). *Informe sobre el fenómeno de la prostitución*. Obtenido de El Justicia de Aragón: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n003962_Informe%20sobre%20el%20fenomeno%20de%20la%20prostitucion.pdf

Córdova, E. (15 de Noviembre de 1997). *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/19.pdf>

Defensoria del Pueblo. (2017). *Trata de Personas con fines de Explotación Sexual en Agravio de Mujeres Adultas*. Defensoria del Pueblo, Lima. Biblioteca Nacional del Perú N° 2017-15160. . Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/I.A--041-2017-ADM--trata-de-mujeres.pdf>

Diario el Comercio. (09 de Enero de 2019). Las trabajadoras sexuales buscan un reglamento para su oficio. Recuperado el 09 de Enero de 2019, de <https://elcomercio.pe/peru/trabajadoras-sexuales-pais-buscan-reglamento-oficio-435901>

Diario La República. (22 de Noviembre de 2009). Reportan que 120 mil personas ejercen la prostitución insegura en Perú. Obtenido de <https://larepublica.pe/sociedad/434002-reportan-que-120-mil-personas-ejercen-la-prostitucion-insegura-en-peru>

Organización Internacional de Trabajo. (Junio de 1999). *Conferencia Internacional de Trabajo reunión 87*. Recuperado el 25 de Enero de 2019, de <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

Pacheco Zerga, L. (2012). *Repositorio Institucional PIRHUA*. Recuperado el 2018 de Marzo de 03, de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2663/Elementos_eseenciales_contrato_trabajo.pdf?sequence=1

REDTRASEX. (s.f.). *Red de Trabajadoras Sexuales*. Recuperado el 09 de Enero de 2019, de <http://www.redtrasex.org/-Sobre-Nosotras-.html>

Reportaje de Panamericana Televisión del Programa el Sexto Día, emitido el 10 de julio de 2011. Recuperado en <https://panamericana.pe/alsextodia/entretenimiento/88294>)

Rúha Cerna, J. (10 de Julio de 2016). Obtenido de El derecho a prostituirse. La prostitución a la luz del derecho laboral. Diálogos de Derecho y Política: [http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view File/12325/11173](http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/File/12325/11173)

S.A. Marta. (10 de Julio de 2016). *Filosofía de Raíz*. Obtenido de <https://filosofiaideraiz.wordpress.com/2016/04/22/la-prostitucion-y-su-evolucion/>

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Expediente N° 1124-2001-AA/TC. Lima. (2001) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 2906-2002-AA/TC. Lima. (2002) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 1944-2002-AA/TC. Lima. (2002) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 2382-2003-PA/TC. Lima. (2003) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 2945-2003-PA/TC. Lima. (2003) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 0689-2003-AA/TC. Lima. (2003) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Lima. (2003) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 2868-2004-AA/TC. Lima. (2004) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 4635-2004-PA/TC. Lima. (2004) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 090-2004-AA/TC. Lima. (2004) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 1417-2005-PA/TC. Lima. (2005) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 0008-2005-AI/TC. Lima. (2005) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 4840-2007-PA/TC. Lima. (2007) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 4922-2007-PA/TC. Lima. (2007) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 0016-2010-PA/TC. Lima. (2010) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 02101-2011/PA/TC. Lima. (2011) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>

Expediente N° 0020-2012-PA/TC. Lima. (2012) Sentencia del Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/>