

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN REGULAR EL PERIODO DE PRUEBA LEGAL Y CONVENCIONAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentado por:

M.Cs. ÁNGEL MARIO GUTIÉRREZ VALDIVIEZO

Asesora:

Dra. CINTHYA CERNA PAJARES

Cajamarca, Perú

2025



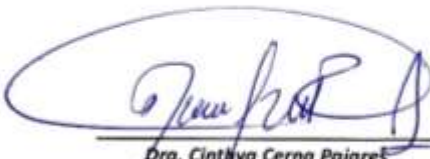
**Universidad
Nacional de
Cajamarca**
"Norte de la Universidad Peruana"



CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
Angel Mario Gutierrez Valdiviezo
DNI: 08310679
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho. Programa de Doctorado en Ciencias con Mención: Derecho
2. Asesora: Dra. Cinthya Cerna Pajares
3. Grado académico o título profesional
☐ Bachiller ☐ Título profesional ☐ Segunda especialidad
☐ Maestro ☒ Doctor
4. Tipo de Investigación:
☒ Tesis ☐ Trabajo de investigación ☐ Trabajo de suficiencia profesional
☐ Trabajo académico
5. Título de Tesis:
"FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE JUSTIFICAN REGULAR EL PERIODO DE PRUEBA LEGAL Y CONVENCIONAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO EN LA LEGISLACION PERUANA"
6. Fecha de evaluación: **11/11/2025**
7. Software antiplagio: ☒ TURNITIN ☐ URKUND (OURIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: **18%**
9. Código Documento: **1:3407023497**
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
☒ **APROBADO** ☐ PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES ☐ DESAPROBADO

Fecha Emisión: **12/11/2025**

<small>Firma y/o Sello Emisor Constancia</small>
 Dra. Cinthya Cerna Pajares DNI: 47288627

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2025 by
ÁNGEL MARIO GUTIÉRREZ VALDIVIEZO
Todos los derechos reservados



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N.º 080-2018-SUNEDU/CD

Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERÚ



UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS


Siendo las 5:40pm horas del día 26 de setiembre de dos mil veinticinco, reunidos en el aula 1Q-206 de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA** y en calidad de asesora la **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES** quienes, actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la Sustentación de la tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE JUSTIFICAN REGULAR EL PERIODO DE PRUEBA LEGAL Y CONVENCIONAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO EN LA LEGISLACION PERUANA**; presentada por el **Maestro en Ciencias, Mención Derecho, ANGEL MARIO GUTIERREZ VALDIVIEZO**.


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 DIECISEIS (16) la mencionada tesis; en tal virtud, el **Maestro en Ciencias, Mención Derecho, ANGEL MARIO GUTIERREZ VALDIVIEZO**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS** de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, mención **DERECHO**.

Siendo las 7pm horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Asesora


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


.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador


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

DEDICATORIA

Para Gerson y Christopher, a quienes sacrifique sus horas de atención para un futuro mejor. No tuve un plan perfecto para ellos, pero si un gran sueño de ser el impulsor para que puedan alcanzar la fuerza, la distancia y la altura, que necesitan para tomar las estrellas.

EPÍGRAFE

«El derecho lleva intrínseca la misión de hacer prevalecer el orden constituido que, en la sociedad capitalista se introduce en la explotación del trabajo asalariado. Es así que el derecho convierte en normal, natural la dominación de una clase, dejándolo encubierta tras un supuesto consenso social»

Santisteban/Delgado. *La Huelga en el Perú*

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	v
EPÍGRAFE	vi
TABLA DE CONTENIDO.....	vii
LISTA DE ABREVIATURAS	xi
GLOSARIO.....	xii
RESUMEN	xiv
<i>ABSTRACT</i>	xvi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
1. ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	3
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1.1.1. Contextualización de la problemática.....	3
1.1.2. Descripción del problema.....	10
1.1.3. Formulación.....	13
1.2. JUSTIFICACIÓN	13
1.3. HIPÓTESIS	14
1.4. OBJETIVOS	15
1.4.1. General	15
1.4.2. Específicos.....	15
1.5. DELIMITACIÓN	16
1.5.1. Espacial.....	16
1.5.2. Temporal	16
1.5.3. Temática	16
1.5.4. Teórica	16
1.6. LIMITACIONES.....	16
1.7. TIPO Y NIVEL	17
1.7.1. Nivel de investigación.....	17
A. De acuerdo al fin que persigue.....	17
a. Básica	17
B. De acuerdo al diseño de investigación	17
a. Descriptiva	17
b. Explicativa	18
c. Propositiva	18

C. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	19
a. Cualitativa	19
1.8. MÉTODOS	19
1.8.1. Genéricos	19
A. Método deductivo	19
B. Método analítico – sintético	20
1.8.2. Propios del derecho	20
A. Método dogmático	20
B. Método Hermenéutico	21
C. Método argumentativo	21
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	22
1.9.1. Técnica	22
A. Análisis de contenido	22
B. Discurso argumentativo	22
1.9.2. Instrumentos	23
A. Hojas resumen	23
1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN	24
CAPÍTULO II	27
2. MARCO TEÓRICO	27
2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO	27
2.2. MARCO JURÍDICO Y DOCTRINAL	40
2.2.1. Principio jurídico	40
2.2.2. Principio de Razonabilidad	42
2.2.3. La Ponderación: premisas previas	45
2.2.4. La Ponderación: el método	48
A. Subprincipio de idoneidad	49
B. Subprincipio de necesidad	49
C. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto	50
2.2.5. El abuso del derecho	50
2.2.6. El Estado Constitucional de Derecho	52
A. La dignidad	54
B. El Estado Social de Derecho	58
C. Los Derechos Fundamentales	61
a. Teoría dual de los Derechos Fundamentales	61
b. Definición	63
2.2.7. El Período de prueba	64

A.	Denominación	64
B.	Definición	65
C.	Características del periodo de prueba	68
a.	Sujetos.....	70
b.	Objeto.....	71
c.	Causa	73
d.	Obligatoriedad	74
e.	Forma	74
f.	Duración	75
D.	Efectos jurídicos.....	76
a.	Es un periodo generador de derechos laborales	76
b.	Pone límites a la estabilidad laboral	77
c.	Extinción	77
2.2.8.	La relación laboral desde el enfoque convencional y constitucional	80
A.	La relación laboral y el contrato de trabajo	80
B.	El contrato de trabajo, fuente del derecho al trabajo desde el enfoque convencional y constitucional	82
a.	Enfoque convencional	82
b.	Enfoque constitucional.....	84
2.2.9.	La precarización del trabajo	86
2.2.10.	El Derecho de Empresa	87
A.	La libertad de empresa como contenido de la libertad de contratación del empleador	90
CAPÍTULO III		93
3.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	93
3.1.	Análisis y Discusión respecto de los objetivos planteados en la investigación	95
3.1.1.	Garantizar el principio de razonabilidad evitando el cese de la relación laboral mediante una decisión incausada.	95
3.1.2.	Protección contra el despido arbitrario	98
3.1.3.	Necesidad de la regulación del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado en la legislación peruana vigente	102
A.	La Ponderación frente a la ruptura de la relación laboral por parte del empleador según lo regulado en la legislación peruana vigente	105

a. El <i>test</i> de Proporcionalidad en la norma-regla sobre periodo de prueba.....	108
b. Análisis desde un enfoque del principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	120
3.1.4. Protección adecuada a la dignidad del trabajador y al derecho del trabajo del laborante en el periodo de prueba	125
3.1.5. El ejercicio de la libertad de contratación del empleador evitando el ejercicio abusivo de sus derechos	127
CAPÍTULO IV	131
PROPUESTA NORMATIVA DE REFORMA LEGISLATIVA	131
LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 10 DEL TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 728 - LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N.º 003-97-TR.....	131
Análisis desde un enfoque del principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	148
CONCLUSIONES.....	154
RECOMENDACIONES	157
LISTA DE REFERENCIAS	159

LISTA DE ABREVIATURAS

Conts.:	Constitución Política del Perú.
DADDH:	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DD. FF:	Derechos fundamentales.
DD. HH.	Derechos Humanos.
DUDH:	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Exp.:	Expediente.
PIDESC:	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
STC:	Sentencia Tribunal Constitucional.
TUO:	Texto Único Ordenado.

GLOSARIO

Libertad de Empresa

Como libertad del individuo desarrolla, permite y reconoce al ser humano como un ente libre, es decir, como un ser creativo y proyectivo.

Libertad de Contratación

Es el derecho que tiene las partes contratantes para decidir celebrar contratos, y con quien hacerlos, así como la libertad para determinar su contenido.

Razonabilidad

Constituye la actuación del hombre con arreglo a la razón o conforme a la razón. Obliga a analizar la razonabilidad en cada caso concreto, cuyo sustento pasan por la aceptación de las razones por el ciudadano medio que comparte las razones que al caso concreto se expresan.

Proporcionalidad

Constituye un instrumento metodológico para resolver conflictos jurídicos que nacen entre normas-reglas y normas principios en el seno de un caso concreto

Dignidad

Representa el valor supremo que cautela el Estado y en su faz negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, por tanto, poseedores de respeto por su condición de tal.

Periodo de prueba legal

Es legal, porque la norma jurídica estipula de forma categórica y cerrada el tiempo obligatorio que las partes trabajador-empleador, tiene que cumplir.

El periodo de examen de tres meses a que se encuentra sometido todo trabajador común, al inicio de la relación laboral para ser merecedor de un trabajo si supera la prueba.

Periodo de prueba convencional

Es convencional porque el trabajador y empleador, de mutuo acuerdo, extienden el periodo de examen.

Constituye la ampliación del periodo de prueba de 6 meses a un año, tratándose de trabajadores calificado de confianza o de dirección, respectivamente, previo acuerdo de las partes, a fin de conservar el trabajo que viene desarrollando, superando la evaluación correspondiente.

Contrato de trabajo a plazo fijo

Es aquel celebrado entre trabajador y empleador cuya fecha de inicio, y fecha de culminación se conoce de antemano.

Contrato de trabajo a plazo indeterminado

Es el que celebran trabajador y empleador con conocimiento de fecha de inicio de la relación laboral y sin fecha de conclusión.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca cuestionar el artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 003-97-TR y su reglamento el Decreto Supremo N.º 001-96-TR; para ello se identificó como núcleo central del problema que el marco normativo actual permite que el empleador cese la relación laboral unilateralmente, sin expresión de causa, durante el periodo de prueba; independientemente de si el contrato es a plazo fijo o indeterminado; o de la calificación del trabajador: de confianza o de dirección. Esta facultad del empleador, da pie a un modelo laboral flexible que deja al trabajador en una posición vulnerable que amenaza su estabilidad laboral y el derecho al trabajo por la materialización de despidos. Por ello se formuló la pregunta de investigación ¿Por qué es necesaria la regulación del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado en la legislación peruana vigente? Sobre la base de esta pregunta y gracias a los métodos dogmático, hermenéutico y argumentativo, se confirmó la hipótesis planteada en los siguientes términos: En la legislación peruana vigente es necesaria una mejor regulación del periodo de prueba (legal y convencional) en el contrato de trabajo, sea este a plazo fijo o indeterminado; debido a que al final de la prueba se extingue la relación laboral mediante una decisión incausada generando conflicto de derechos de rango constitucional en perjuicio del trabajador y vulnera la razonabilidad que debe estar presente cuando el empleador decide romper unilateralmente el vínculo laboral ya iniciado. Cambios que al introducir a la norma-regla, en nada se afecta la libertad de empresa y el derecho a la libertad de contratación, más por el contrario se protege y garantiza la

dignidad, el derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario, aún en periodo de prueba.

Palabras Clave: razonabilidad, proporcionalidad, periodo de prueba, contrato a plazo fijo.

ABSTRACT

The present research aims to question Article 10 of the Consolidated Text (TUO) of Legislative Decree No. 728, Law on Productivity and Labor Competitiveness, approved by Supreme Decree No. 003-97-TR, and its regulation under Supreme Decree No. 001-96-TR. The central issue identified is that the current legal framework allows the employer to unilaterally terminate the employment relationship, without cause, during the trial period—regardless of whether the contract is for fixed or open-ended terms, or of the worker’s classification as a trusted or managerial employee. This employer prerogative gives rise to a flexible labor model that leaves the worker in a vulnerable position, threatening job stability and the right to work because of unjustified dismissals. Therefore, the research question formulated was: Why is it necessary to regulate the legal and conventional trial period in both fixed-term and open-ended employment contracts under the current Peruvian legislation? Based on this question, and through the use of the dogmatic, hermeneutic, and argumentative methods, the proposed hypothesis was confirmed as follows: Under current Peruvian law, a better regulation of the trial period—both legal and conventional—is necessary in employment contracts, whether fixed-term or open-ended. This is because, at the end of the trial period, the employment relationship may be terminated without cause, generating a conflict of constitutional rights to the detriment of the worker, and violating the principle of reasonableness that should guide the employer’s decision to unilaterally end an established employment relationship. Introducing such changes to the legal framework would in no way affect free enterprise or freedom of contract; on the contrary, it would safeguard and guarantee human dignity, the right to work, and protection against arbitrary dismissal—even during the trial period.

Keywords: *Reasonableness, proportionality, trial period, fixed-term contract.*

INTRODUCCIÓN

La legislación laboral peruana respecto a la regulación del periodo de prueba se enmarca en un modelo flexible que otorga amplia discrecionalidad al empleador; esto debilita la protección del trabajador en su legítimo derecho a la estabilidad laboral y precariza el contrato de trabajo. La relación empleador- trabajador se ha tornado débil de manera unilateral, poniendo de manifiesto que el actual modelo económico fomenta la ausencia de criterios de razonabilidad para proteger al trabajador frente al despido arbitrario.

En este sentido, y para mejor entendimiento, se ha creído conveniente estructurar la presente investigación en capítulos y subcapítulos divididos de la siguiente manera:

En el primer capítulo se aborda el planteamiento metodológico, y se incluyen elementos tales como: el planteamiento, contextualización y formulación del problema, la justificación de la investigación, las hipótesis y objetivos propuestos, su delimitación, las limitaciones encontradas, el tipo y nivel de investigación, así como los métodos, técnicas e instrumentos empleados y el estado de la cuestión. Acá se llega a definir la pregunta de investigación.

El segundo capítulo muestra el marco teórico, para lo cual se recurre a la revisión de la literatura existente respecto al tema de investigación, se inicia con un marco iusfilosófico que explica la forma de entender el derecho; posteriormente se desarrolla y analiza la teoría respecto al periodo de prueba, su denominación, definición y sus características. También se trata el principio de razonabilidad y ponderación con sus respectivos elementos. En los subcapítulos siguientes se analiza el abuso del derecho, los derechos fundamentales, el periodo de prueba, sus características y efectos jurídicos; la relación laboral desde un enfoque

convencional y constitucional; el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la libertad de contratación, previstos en la Constitución.

En el tercer capítulo se contrastó la hipótesis, mediante un análisis de los objetivos planteados, la postura iusfilosófica adoptada y los métodos empleados; analizando la configuración normativa, constitucional y doctrinaria referente al periodo de prueba legal y convencional en el régimen laboral peruano. Asimismo, se analiza la facultad omnímoda que posee el empresario en el desarrollo del período de prueba y la necesidad de una mejor regulación de la norma-regla a los efectos de no dejar desprotegido al trabajador, incorporando la necesidad de que el dueño del negocio brinde razones o argumentos válidos que justifiquen la no continuación de la relación laboral, y no sólo limitarse a una expresión lacónica, que el laborante no superó el periodo de prueba. Etapa, que debe ser objeto de un control ex post por autoridad competente para su revisión. Además, se desarrolla el test de ponderación, como garantía del principio de razonabilidad que evite el cese de la relación laboral a causa de una decisión unilateral e incausada; que dan lugar a una reflexión sobre la estabilidad laboral a partir de la protección contra el despido arbitrario, todo ello conducente a adoptar una postura iusfilosófica incluyente que integre contenido moral para comprender el fenómeno jurídico de manera integral.

Como cuarto capítulo se plantea una propuesta normativa que busca modificar el artículo 10 del Decreto Supremo N.º 003- 97-TR.

Como último punto se redactan las conclusiones y sugerencias conforme a los objetivos planteados.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización de la problemática

El concepto del periodo de prueba¹ laboral, en nuestro país, tiene una extensa historia, la Ley N° 4916 de junio de 1928, esbozó la primera norma al respecto. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, no ha experimentado modificaciones significativas, en cuanto a la facultad otorgada al empresario para su implementación; por el contrario, las normas y sus reformas que han ido surgiendo a lo largo del tiempo han sido sustanciales y desfavorables desde la perspectiva del trabajador.

Todo trabajador sujeto al régimen laboral privado debe pasar un periodo de prueba, ya sea que se vincule mediante un contrato temporal o indefinido. Solo se exime si hay un acuerdo explícito con la empresa. En efecto, se ha hecho notar que esta figura jurídico-laboral responde a la necesidad de establecer una etapa previa en la que ambas partes intervinientes en la relación laboral realicen un análisis de las implicancias de su relación y de la idoneidad del trabajador antes de poder consolidar la estabilidad laboral. Durante este periodo, las partes pueden confirmar el contrato de trabajo en caso de resultados positivos, considerando también las limitaciones

¹ La primera norma la encontramos en los artículos 6 y 7 del Reglamento de la Ley N.º 4916, Resolución Suprema s/n, de fecha 22 de junio de 1928.

del mercado laboral. Al concluir esta etapa satisfactoriamente, se puede garantizar al trabajador su derecho a un empleo estable.

La legislación laboral y el periodo de prueba surge como un tipo de respuesta del derecho al trabajo y a la necesidad de equilibrio entre los intereses de quien ostenta el título de empleador y la protección del trabajador que busca una fuente de trabajo permanente. En tal sentido, la temporalidad del periodo de prueba ha ido incrementándose a lo largo del tiempo, iniciando con un periodo de tres meses, luego seis meses hasta llegar a un año; pero también se ha ampliado el ámbito de aplicación hasta los trabajadores de confianza o de dirección que pueden estar sujetos a regímenes especiales o comunes y hasta a quienes tienen contratos modales o contratos a plazo indeterminado.

Esta figura tiene antecedentes legislativos remotos, a saber, es desde 1928 en que se ha venido regulando esta figura legal. Primero, con la Resolución Suprema s/n de fecha 22-06-1928, Norma reglamentaria de la Ley N.º 4916, luego en 1930 se promulga la Ley N.º 6871 (Promulgada el 02-05-1930). El 19 de octubre de 1962 el Decreto Ley N.º 14218. Posteriormente el 21 de marzo de 1978 se emite el Decreto Ley N.º 22126. En 1996, le sigue la Ley N.º 24514 (Promulgada el 04-06-1996). Años después, el 8 de octubre de 1991, la legislación laboral moderna incorpora el Decreto Legislativo N.º 728, norma que busca consolidar la política de estabilidad relativa; fue aprobada por el D.S. N.º 003-97-TR y, su reglamento aprobado por D.S. N.º 001-97-TR. También la Ley

N.º 26513, publicada el 27 de julio de 1995, dicha ley modificó los artículos 8º y 11º y el y segundo párrafo del artículo 15º de la Ley de Fomento del Empleo Decreto Legislativo N.º 728.

También es oportuno hacer mención que el periodo de prueba guarda relación directa con el bloque de laboralidad constitucionalizado y reconocido, en nuestra Carta política. que a su vez incide en el enriquecimiento de la disciplina del derecho al trabajo.

Como ya se ha dicho esta figura tiene sus orígenes en la Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, que reglamentó la Ley N.º 4916, donde se establecieron las diferencias entre obreros y empleados para aplicar los beneficios laborales. y con sucesivas normas terminando en el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, contando aproximadamente con 97² años de existencia.

La importancia entonces, de investigar al periodo de prueba, reside en la exigencia de resaltar su impacto al instaurar el periodo de prueba, que como mecanismo ha expandido su ámbito de aplicación y duración poniendo en juego el derecho al trabajo y a la dignidad del trabajador, así como su realización a nivel personal y familiar, habida cuenta que tangibiliza el respeto por medio del trabajo de su propia dignidad. En esa misma dinámica, a su vez, el derecho al trabajo, también se involucra directamente con la intervención del periodo de prueba, pues de ser negativo el resultado de esta, desaparece ipso facto, el derecho al trabajo. De allí la importancia de identificar a

²Ese derrotero histórico también permite evidenciar que el periodo de prueba ha atravesado por la vida de varias constituciones (desde la constitución de 1920, 1933, 1979 y 1993).

plenitud el contenido normativo que trae el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR.

Esto encuentra su respaldo en nuestra Carta Magna, que en su artículo 27 señala que se debe tener un marco legal adecuado que proteja al trabajador de despidos injustificados. Por consiguiente, merece especial atención y reflexión, el cómo se viene desarrollando la fase inicial del contrato de trabajo, a través del periodo de prueba bajo la normativa vigente. Máxime, si es una etapa obligatoria por la que todos los trabajadores atraviesan y marca el destino de conservar o no el empleo que viene desarrollando, en un país donde el trabajo es un bien escaso.

El escenario actual que fomenta la norma vigente, posiciona al empresario en un nivel muy privilegiado en la que se encuentra habilitado para poder despedir al trabajador sin necesidad de justificar la decisión, aunque cumpla con las calidades profesionales y personales adecuadas para el empleo. Esta acción, desde la perspectiva constitucional, contravendría los artículos 22 y 23 de nuestra Carta Magna, que garantizan el derecho al trabajo y la protección estatal. No obstante, está facultado a realizarlo por el marco legal actual.

Los cambios introducidos en el ámbito laboral desde los años 90, han traído consigo una exacerbada asimetría en las relaciones laborales a causa de una serie de reformas laborales que han ido modificando la relación laboral de manera unilateral, con reformas

sustancialmente desfavorables para el trabajador, donde se privilegia el ejercicio económico por encima de la seguridad del trabajador.

Es preciso mencionar, como un fenómeno que influyó en el ámbito laboral y en las relaciones de trabajo, el llamado neoliberalismo implementado en el Perú en la década de los 90, donde la flexibilidad laboral fue su principal característica destacando la liberalización del mercado, la desregulación de contratos temporales, subcontrataciones, entre otros; que tuvo efecto negativo en los derechos laborales del trabajador. La irrupción del fenómeno de flexibilización laboral en nuestro país, se vio estrechamente vinculado con la crisis económica y la incorporación del país en el contexto de la globalización, en donde la apertura comercial y la liberalización económica fueron factores determinantes para reorientar las políticas económicas y laborales. Es en esta época donde el sector empresarial empieza a tener una marcada influencia en la política económica y laboral, trayendo consigo el debilitamiento de los derechos laborales y la precarización del contrato de trabajo. Esta flexibilización laboral impulsada por la ideología neoliberal fue entendida entonces como necesaria para la generación de empleo, situación que en lugar de fomentarlo terminó afectando directamente la estabilidad laboral, así como los salarios y los beneficios sociales, aduciendo que los llamados males económicos eran consecuencia de una legislación laboral rígida. (Aparicio Valdez, 2011.pp 217-219).

Por otro lado, el proceso de reforma laboral peruano, según refiere Pasco Cosmópolis (2002) se divide en tres etapas:

- 1) La primera, anterior a 1992, bajo la constitución de 1979, se caracterizó por una protección rígida que garantizaba la estabilidad laboral, la participación en utilidades y la constitucionalización del derecho a la huelga.
- 2) El segundo periodo, comprende entre 1992 y 1995, aquí se delegaron facultades para profundizar las reformas con un enfoque de equilibrio en busca de apoyo al sector empresarial. En este periodo en el país gobernaba Alberto Fujimori, quien fomentó cambios en el ámbito laboral que terminaron favoreciendo con exclusividad al sector empresarial.
- 3) La tercera etapa, se inicia con el autogolpe de Estado en 1992, liderado por el entonces presidente Alberto Fujimori, lo que marcó la implementación de una profunda reforma plasmada en la Constitución de 1993, que redujo la configuración de los derechos laborales.

Este periodo se caracterizó por una reducción de los derechos de los trabajadores que se ha prolongado hasta la actualidad, trayendo consigo un cambio radical de un modelo con fuerte protagonismo estatal a un modelo laissez faire o de abstencionismo estatal, reduciendo así el número y sentido tuitivo de las normas (Rodríguez Gamero, 2011. Pág. 95).

Esta etapa cambió la estabilidad laboral absoluta por una estabilidad relativa, aquí se instauró el sistema privado de pensiones, lo que contribuyó a una desregulación del derecho laboral.

La relación capital y trabajo en nuestro país se regula mediante un cuerpo normativo que constantemente debilita la seguridad del trabajador, siendo un punto de continua controversia la aplicación obligatoria del periodo de prueba, que equivale a un escenario de abuso y arbitrariedad; el empleador fomenta este escenario y lo utiliza para cubrir contrataciones de carácter temporal cargadas de precariedad contractual bajo el argumento de una supuesta “no superación del periodo de prueba o evaluación”.

De otra parte, el Estado cobija al empresariado para una mejor protección y lo hace garantizando la libertad de empresa y de contratación (artículo 2 inciso 14 y artículo 59 de la Constitución); sin embargo, estos derechos no constituyen derechos absolutos, su ejercicio debe respetar la interdicción de la arbitrariedad y el llamado Estado de Derecho Constitucional como señala el artículo 38 de la Constitución; en tal sentido es necesario que la legislación del periodo de prueba considere tanto fuentes normativas internas como externas y además se someta a un control constitucional con el fin de eliminar la decisión incausada del empleador, fijando parámetros objetivos con razones válidas que justifiquen la no continuación del vínculo laboral tras la etapa de evaluación.

Por lo tanto, constituye un interés urgente, cambiar el cese de la relación laboral de manera unilateral sin expresión de causa por parte del empleador, ya que se ha comprobado a lo largo de los años que esta decisión unilateral ha traído consigo agravio claro y latente a los derechos laborales del trabajador. Esta errónea facultad del empleador ha acarreado un conflicto entre la protección contra el despido arbitrario y la libertad de empresa y contratación; sin embargo, ninguna relación laboral puede obviar el derecho laboral que debe estar presente incluso en el periodo de prueba para garantizar la protección del trabajador frente a un despido arbitrario proveniente de la falta de justificación que rompe la relación laboral.

1.1.2. Descripción del problema

El régimen laboral y el marco normativo vigente señala un periodo obligatorio de prueba para todos los trabajadores; indistintamente de su modalidad contractual; sin embargo, el periodo de prueba debería ser un periodo de evaluación bilateral, en la que ambas partes verifiquen aptitudes y evalúen el puesto en términos económicos y de satisfacción personal. No obstante, la realidad es otra, como país atravesamos una escasez de empleo formal y la ejecución de las evaluaciones son sesgadas, con evidente perjuicio para la parte más débil de la relación laboral, en donde el trabajador carece de capacidad de negociación o de elección real; mientras que, por otro lado, el empleador ostenta un control absoluto que solo maximiza sus intereses, este ve amparada su

conducta en la facultad concedida por la norma vigente, para que de manera unilateral pueda finalizar la relación laboral sin que medie alguna justificación. Esta libertad irrestricta promueve y facilita prácticas abusivas, como la contratación eventual, temporal y cíclica con el propósito de eludir beneficios sociales como vacaciones, gratificaciones, etc., que se impide en gran medida con la afectación del principio de continuidad en el contrato de trabajo, perpetuando la precarización del empleo y la negación de derechos laborales (Neves, 2020).

Este desequilibrio entre la facultad del empleador y la protección del trabajador está desprovisto de la exigencia del primero, de fundamentar su decisión ante el resultado negativo de no superar el periodo de prueba, como lo señala el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, lo cual trae consigo un escenario de vulnerabilidad para el trabajador en la que muchas veces se ve expuesto a abusos por parte de quien emplea la mano de obra necesitada por periodos cortos sin otorgar beneficios laborales completos, provocados por su sola decisión y desaparecer el derecho a la estabilidad laboral. Esta situación al no requerir justificación estaría infringiendo el espíritu de protección que la constitución otorga a la relación laboral y contraviniendo los artículos 22, 23 y 27 del mismo cuerpo normativo donde se garantiza con meridiana claridad la protección contra el despido arbitrario y el derecho al trabajo.

Desde esta perspectiva, la permisividad que otorga el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, constituye claro ejemplo de asimetría de

poder inherente hoy en día en las relaciones de trabajo; donde se suma la ausencia de un mínimo de razonabilidad para decidir el término del vínculo laboral durante el periodo de prueba, acción que otorga ventaja a la parte empleadora es decir al capital sobre el trabajo. Esta falta de justificación anula el carácter tutelar del derecho laboral y lo convierte en una norma funcional a la flexibilidad precarizadora; asimismo su uso abusivo amparado en la libertad de contratación y el derecho de empresa no puede ser jurídicamente sostenible debido a que estas actitudes contravienen el principio de buena fe y además el mandado de interdicción de la arbitrariedad; agravando y desequilibrando aún más la desventaja histórica del trabajador frente al empleador en la larga data del conflicto: capital- trabajo.

Por todo ello, es imperativo cuestionar jurídicamente la regulación actual sobre el periodo de prueba, porque la norma al permitir la desvinculación incausada, no solo precariza el contrato de trabajo, sino también vulnera la seguridad y estabilidad del trabajador, así como vacía de contenido al derecho al trabajo. Siendo insostenible la tesis por el cual, la libertad de contratación y el derecho de empresa justifican su potestad discrecional para extinguir una relación laboral iniciada, máxime si esta potestad conduce al ejercicio abusivo del derecho y a una contratación cíclica y precaria. Por tanto, es necesaria una reforma que aplique parámetros de objetividad y la obligación de motivar la decisión de no superar el periodo de prueba, para reestablecer el equilibrio que la relación

laboral requiere protegiendo los derechos fundamentales del trabajador, tal como lo garantiza la Constitución.

1.1.3. Formulación

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la regulación del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado en la legislación peruana vigente?

1.2. JUSTIFICACIÓN

Desde la perspectiva social, la relación trabajador-empleador ha traído consigo la aplicación del denominado periodo de prueba que ha originado una herramienta de uso indiscriminado por parte del empleador para doblegar al trabajador en una asimetría de poder en el que el empleador puede prescindir del trabajador sin expresión de causa; mientras que el subordinado se ve completamente desprotegido, con la terminación del vínculo laboral que es complicado no solo para él sino para su familia. Por mucho tiempo se ha escuchado la frase “hasta aquí nomas” como sinónimo de conclusión de los servicios prestados y la desvinculación laboral. Este amparo infraconstitucional al poder abusivo del empleador requiere de una urgente revisión acorde a lo señalado en nuestra Carta Magna que protege los derechos constitucionales, entre ellos el derecho al trabajo, la prohibición de limitar el ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos, la dignidad del trabajador, así como la protección contra el despido arbitrario.

En este sentido, mediante el presente trabajo se pretende determinar los fundamentos jurídicos que justifiquen la regulación del periodo de prueba

en el contrato de trabajo, siendo este correctamente entendido como una herramienta que busca armonizar el interés empresarial con la protección de la dignidad del trabajador, incluyendo el principio de razonabilidad y ponderación que garantice el cumplimiento de obligaciones laborales por parte del empleador sin dejar de lado la responsabilidad que también tiene el trabajador, todo ello sujeto a un control judicial y constitucional.

Además, desde la perspectiva teórica, esta investigación va a contribuir al conocimiento existente sobre el Derecho Laboral, en general, y en específico en cuanto al periodo de prueba. Pues se ha revisado legislación y doctrina que permita a futuros investigadores retomar los hallazgos y profundizar los conceptos acá revisados. Así, al fundamentar la necesidad de la regulación del periodo de prueba en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado, no solo se llena este vacío teórico, sino que también se fomenta el debate académico para las futuras investigaciones.

1.3. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que justifican la regulación del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado en la legislación peruana vigente, son:

- a) Garantizar el principio de razonabilidad evitando el cese de la relación laboral mediante una decisión incausada.
- b) Protección adecuada contra el despido arbitrario.
- c) Protección de la dignidad y al derecho del trabajo del laborante en el periodo de prueba.

- d) El ejercicio de la libertad de contratación del empleador evitando el ejercicio abusivo de sus derechos.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la regulación del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado en la legislación peruana vigente.

1.4.2. Específicos

- A. Analizar el principio de razonabilidad como criterio adecuado para evitar el cese de la relación laboral mediante una decisión incausada.
- B. Desarrollar la regulación actual del periodo de prueba a fin de establecer que es insuficiente para lograr una protección adecuada contra el despido arbitrario.
- C. Desarrollar la protección de la dignidad y al derecho del trabajo del laborante en el periodo de prueba como fundamento para la regulación del periodo de prueba.
- D. Analizar el ejercicio de la libertad de contratación del empleador en relación con el ejercicio abusivo de sus derechos.
- E. Elaborar una propuesta de modificación del artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, para regular el periodo de prueba para superar el *test* de ponderación y lograr un equilibrio razonable en los intereses duales trabajador-empleador.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. Espacial

La naturaleza de investigación dogmática hace que esta delimitación sea la equivalente al alcance legal de la legislación en análisis. En este caso corresponde ser de alcance nacional, por lo que, la interpretación y el análisis será aplicable al territorio peruano.

1.5.2. Temporal

La investigación dogmática se realiza sobre las disposiciones normativas vigentes al momento de la realización del trabajo de investigación.

1.5.3. Temática

La investigación trata del periodo de prueba, regulado por el artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado mediante D.S. N.º 003-97-TR.

1.5.4. Teórica

La investigación se encuentra dentro de las teorías del Derecho Laboral, Derecho al Trabajo y Derechos Fundamentales.

1.6. LIMITACIONES

Todas las limitaciones han sido superadas.

1.7. TIPO Y NIVEL

1.7.1. Nivel de investigación

A. De acuerdo al fin que persigue

a. Básica

En esta investigación se explicó la necesidad de la regulación del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado en la legislación peruana vigente. De este modo se realiza el análisis de la regulación adecuada del periodo de prueba para garantizar derechos laborales, evitando abusos por parte de los empleadores.

Las investigaciones básicas se definen por su objetivo de aumentar los conocimientos teóricos. Estas investigaciones son más formales y buscan realizar generalizaciones que contribuyan al desarrollo de teorías fundamentadas en principios y leyes. Según Solís Espinoza (2022, p. 122), “pretende el incremento de los conocimientos teóricos; es también más formal y pretende generalizaciones con miras al desarrollo de una teoría basada en principios y leyes” (p. 122).

B. De acuerdo al diseño de investigación

a. Descriptiva

Una investigación es descriptiva cuando se enfoca en determinar las propiedades, características y perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos u otros

fenómenos sujetos a análisis (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2014, p. 92). En este caso se cumple; por ejemplo, analizar la legislación peruana vigente en relación con el periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado, o determinar la razonabilidad en la ruptura de la relación laboral por parte del empleador según lo regulado en la legislación peruana vigente. Estos son elementos claves que se han abordado y descritos en el capítulo correspondiente de la tesis.

b. Explicativa

En la investigación explicativa lo que interesa es “explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta” (Hernández Sampieri et al., 2014, p. 95). La naturaleza explicativa de esta investigación, en el sentido jurídico (Tantaleán Odar, 2015) radica en su enfoque en desentrañar las razones detrás de la necesidad de la regulación del periodo de prueba, analizando sus implicaciones y ofreciendo una comprensión más clara de su importancia en el contexto del derecho laboral peruano.

c. Propositiva

Una investigación jurídica es propositiva cuando propone algún cambio legal (Witker Velásquez, 2016, p. 128). Es propio de la presente investigación desarrollar un análisis crítico de la forma como se viene abordando en nuestro país

el ejercicio del periodo de prueba y para ello se tiene como insumo necesario la norma vigente sobre la materia, en correlato con el respeto de sus características que lo dotan de su propia fisonomía, cuyo horizonte se enmarca en una propuesta legislativa que contribuya con un mejor diseño normativo en aras de no desnaturalizar su propio carácter, estando presente en esa tarea todo un trabajo de explicación y argumentación.

C. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

a. Cualitativa

La investigación adopta un enfoque cualitativo, dado que para contrastar la hipótesis no se emplean datos estadísticos de ningún tipo (Hernández Sampieri et al., 2014, p. 7). Al ser doctrinaria, su desarrollo implica el uso de diversos métodos jurídicos de investigación que permiten examinar los problemas vigentes en la legislación peruana, identificando vacíos o ambigüedades que afectan tanto a empleadores como a trabajadores con relación al periodo de prueba. Este análisis contribuye a comprender la necesidad de una regulación más clara.

1.8. MÉTODOS

1.8.1. Genéricos

A. Método deductivo

Se realizó con este método pues se partió de premisas generales (leyes, doctrinas, principios) para aplicarlos al caso

del periodo de prueba, luego se logró obtener conclusiones específicas. El método deductivo se puede resumir afirmando que se razona de lo general a lo particular para determinar cómo la norma se relaciona con un hecho concreto (Ramos Sujo, 2004, p. 466).

B. Método analítico – sintético

Este método posibilitó, primero, descomponer (analizar) el concepto del periodo de prueba en sus elementos esenciales (normativa, jurisprudencia, duración, derechos y obligaciones). Luego, se reconstruyó (sintetiza) la información obtenida para comprender su funcionamiento integral y su aplicación en casos específicos, y su necesidad de regularla adecuadamente según los fundamentos del Derecho Constitucional. Esto se logró por cuanto la síntesis lleva a conocer los datos interconectados entre sí (Ramos Sujo, 2004, p. 481).

1.8.2. Propios del derecho

A. Método dogmático

Se siguió el método dogmático, pues se desenvuelve sobre el análisis de la ley que regula el periodo de prueba y dentro del engranaje jurídico no está desligada del examen de la jurisprudencia y la doctrina que, en su conjunto, forman parte del sistema jurídico, pero en específico “el método dogmático es el que permite conocer ¿qué dicen las normas? Por lo que es el

método por excelencia de la ciencia jurídica” (Arce Ortíz, 2022, p. 66).

Esto implica, de una parte, un estudio formal crítico de la figura del periodo de prueba; y, de otra, la realización de un análisis y explicación de las razones que justifican su imposición en los contratos de trabajo a plazo fijo, pero evaluando los derechos de quienes se someten a este periodo de prueba para fundamentar su regulación; es decir, todo en la interpretación del contexto normativo.

B. Método Hermenéutico

Este método permitió interpretar adecuadamente y en forma orgánica las disposiciones normativas de carácter laboral referidas al periodo de prueba, sentando sus raíces, inclusive, en su detallado estudio de sus caracteres, con el objeto de comprender la verdadera dimensión legal y aplicativa de nuestro objeto de estudio. Se tomó en cuenta que:

cuando se interpreta un texto se lo debe hacer buscando saber qué significó y qué significa lo que nos dice, por lo que incluye a la exégesis y a la contextualización actual como parte de ella. Para lograr lo anterior, la hermenéutica tiene un conjunto de reglas o principios a tener en cuenta. (Sánchez Zorrilla, 2011, p. 341)

C. Método argumentativo

En esta investigación se desarrolló un análisis crítico de la forma como se viene abordando en nuestro país el ejercicio del periodo de prueba y, para ello, se tuvo como insumo necesario la norma vigente sobre la materia, en correlato con su verdadera

naturaleza jurídica, cuyo horizonte se enmarca en una propuesta legislativa que contribuya con un mejor diseño normativo en aras de no desnaturalizar su propio carácter, estando presente en esa tarea todo un trabajo de explicación y argumentación.

En ese sentido, la forma en que se entiende el método argumentativo es en el sentido empleado por Atienza (2008a), pues se han dado las razones a favor de la postura asumida y se han desvirtuado las posturas que contradicen lo afirmado.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

1.9.1. Técnica

A. Análisis de contenido

Por medio del cual se pudo describir sistemáticamente todo el material escrito y que, a través de esta técnica se pudo obtener información destacada de su propio contenido. Permitió la recolección de información doctrinaria del contexto nacional y del contexto internacional, así como la jurisprudencia nacional. La información referida al periodo de prueba fue reunida y sistematizada en el Word para que el análisis y manejo sea más eficiente en la labor argumentativa.

B. Discurso argumentativo

Como se sabe, Robert Alexy (2018), considera a la argumentación jurídica como un caso especial del discurso

práctico general y por ello formula reglas específicas del discurso: “Las dogmáticas jurídicas son instrumentos que pueden producir resultados que no serían posibles únicamente con los medios del discurso práctico general” (p. 260). Entonces, Alexy asume las reglas del discurso en general a las cuales agrega las que llama “Reglas y forma del discurso jurídico” (suelen aparecer como apéndice den sus libros).

Se debe entender que el discurso es la puesta en acto lingüística de esa estructura ante un auditorio institucional (tribunal, contraparte, comunidad jurídica) y que esta no es otra cosa que la plasmación coherente y convincente de las ideas que el autor de esta tesis va a defender.

1.9.2. Instrumentos

A. Hojas resumen

Se recopiló información sobre la doctrina nacional e internacional, así como legislación y jurisprudencia, almacenando la información en archivos virtuales en documentos *Word*, que luego fueron impresas y sirvieron para el análisis en conjunto.

Lo mismo se hizo para el registró de la información más relevante derivada de análisis de sentencias y casuística encontrada sobre el periodo de prueba laboral.

También permitió que se realice una redacción inicial del trabajo siguiendo los lineamientos del discurso argumentativo para defender las ideas aquí expuestas.

1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se hizo la búsqueda en diversos repositorios tales como RENATI en donde se encontraron investigaciones similares a la realizada, por lo cual se va a presentar un breve análisis de las investigaciones que más se asemejen a esta. Se decidió citar las de mayor grado que se encontraron, y ellas fueron las de maestría, se las presentará en orden cronológico decreciente.

Flores Enriquez (2023) presentó una investigación de naturaleza documental y dogmática. El autor es claro al señalar que:

“la regulación de la prueba en el ordenamiento nacional ha ocasionado que se cometan despidos abusivos o atentatorios de derechos fundamentales, los mismos que no son debidamente tutelados por el órgano jurisdiccional” (p. 133).

En efecto, el autor detecta esta realidad y propone dos alternativas para que el empleado no quede completamente desprotegido en el periodo de prueba, en la primera señala que, para derechos laborales como la libertad sindical, discriminación (incluyendo a madres trabajadoras) y tutela judicial efectiva (artículo 29 de la LPCL), se debe ejercer la acción de nulidad de despido. Entonces se nota que existe la misma preocupación que en esta tesis, pero la alternativa de solución es distinta, como se verá.

Monroy Llallico (2023) se preocupa por analizar la situación de los trabajadores especialmente protegidos por la Constitución, como madres, menores y personas con discapacidad, durante el periodo de prueba laboral debido a su vulnerabilidad. La autora también detecta la vulnerabilidad en esta regulación del periodo de prueba, pero restringe su investigación a madres, menores y personas con discapacidad y plantea una protección especial. Además, llega a afirmar que es necesario

“aplicar la teoría ecléctica del periodo de prueba, mediante el cual se justifique la necesidad de la objetivación de este, complementando la regulación actual, que beneficiaría preferentemente a los grupos especialmente protegidos” (p. 54).

Se trata de solo una afirmación que realizó y que no la sustenta adecuadamente en su tesis, además que la restringe solo para su grupo de estudio. Si bien es cierto que en dicho trabajo se comparte la idea de mejorar la regulación actual, la propuesta se va a basar en argumentos sólidos que no están presentes en la citada investigación.

Otra investigación importante a la que se tuvo acceso es la de Villanueva Gaitán (2019), quien va a fundamentar que el derecho al trabajo de la trabajadora gestante debe primar frente a la libertad de empresa en el periodo de prueba. Por ello, sostiene que en este periodo se la debe proteger de una mejor forma de todo acto de discriminación, para lo cual manifiesta que debe existir la “posibilidad de que el empleador que justifique y pruebe de manera fehaciente la razón que motiva un posible despido durante el periodo de prueba” (p. 111).

Tanto, esta investigación como la anterior dirigen su propuesta a un grupo restringido de trabajadores que realizan el periodo de prueba y, en ambas

investigaciones, no es el contenido central de su tesis, a diferencia de la propuesta que aquí se fundamentará.

Vite Talledo (2018) tiene una tesis similar a la de Villanueva Gaitán (2019).

En efecto, a Vite Talledo también le interesó hacer notar que la situación laboral de la madre gestante durante el periodo de prueba muestra su vulnerabilidad y justifica la necesidad de una protección reforzada que garantice sus derechos, en línea con la igualdad y el derecho al trabajo.

Se trata de una investigación mejor trabajada que la de Villanueva Gaitán (2019), pues no solo se limita a lo indicado, sino que también se analiza el despido laboral y busca explicar las razones por las que esta figura puede resultar adaptable cuando se dé una actuación arbitraria por parte del empleador a una trabajadora gestante durante el periodo de prueba. Asimismo, se justifica la necesidad de implementar una medida de protección constitucional que garantice que una madre gestante tenga acceso al trabajo en dicho periodo. El autor propone el cumplimiento de la debida motivación y el debido procedimiento, y se argumenta la necesidad de una reforma legislativa referente al periodo de prueba.

Los antecedentes muestran que existe disconformidad por parte de la doctrina en lo referente a la regulación del periodo de prueba, por cuanto el empleador hace mal uso de este periodo en desmedro del trabajador; no obstante, no se ha propuesto un análisis y alternativa de modificación al artículo 10 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, tal cual se formula en la presente investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

Esta tesis se enmarca en la postura iusfilosófica del positivismo incluyente de Waluchow, pues el positivismo incluyente admite que un sistema legal puede incluir criterios morales en sus reglas de validez, de modo contingente. La doctrina contemporánea, especialmente a través de Waluchow, ha desarrollado esta visión integradora. Para él, el positivismo incluyente constituye una respuesta equilibrada a las tensiones entre formalismo y moralismo jurídico, al admitir que “la moral puede desempeñar un papel en la determinación de la validez del derecho, siempre que ello sea coherente con las prácticas institucionales de la comunidad” (Waluchow, 2007, p. 45).

Es preciso, distinguir aquí, que aludimos a la moral política, que aplicada a la ley en general; y, en especial, a la norma materia de nuestro estudio, permite justificarla y juzgarla para imprimirle valores como la igualdad, la libertad, la equidad y, como no, la justicia (2007).

A diferencia del positivismo puro o excluyente que no admite ninguna relación del derecho con la moral para la validez de las normas y que solo exige el cumplimiento de procedimiento predeterminados y ser dictados por órgano competente, sin importar si esta es justa o injusta, porque el contenido moral no puede estar presente para la validez de la norma.

Convendría a bien, entonces, establecer los parámetros de discusión en los que se ubica el positivismo incluyente, del cual queremos echar mano, para poder tener más claro el sentido de esta teoría filosófico-jurídica. Y,

tratándose de la presente investigación que propone una modificación del artículo 10 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, es pertinente traer a colación la regla de cambio que formula Hart (como fuera citado por Himma Kenneth, 2014, p. 357) por medio del cual una sociedad busca crear, eliminar y modificar normas validas, que es la que pretendemos en esta investigación dado que su contenido normativo tiene valores subyacentes que deben ser tomados de modo contingente habida cuenta que la norma regla vinculada a la Constitución para preservar su validez no debe colisionar con ella, que de hacerlo obliga a su modificación o eliminación según sea el caso, por cuanto al tratarse de un periodo de evaluación que el empleador ejerce sobre el trabajador se corre el riesgo de vulnerar derechos los constitucionales del derecho al trabajo, la protección contra el despido arbitrario, la dignidad, etc.

Siguiendo el análisis de H. L. A. Hart, el sistema jurídico no puede remitirse solamente a la letra escrita, sino que tiene que superar las dicotomías con el iusnaturalismo clásico, hiato que había sido claramente marcado por Hans Kelsen al diferenciar la causalidad de la imputabilidad. Siendo esto así por parte del pensador alemán, la norma solo podría ser considerada de manera estrictamente jurídica, lo que la vedaría de cualquier conexión con los principios más básicos y universales que se podrían establecer en la humanidad. Es así como el pensador inglés Herbert Lionel Adolphus Hart, de corte filosófico analítico, establecía la necesidad de comprender integralmente el fenómeno jurídico. Siguiendo las teorías filosóficas de J. Austin y sus *speech acts*, Hart sostiene que debe mantenerse una tajante diferenciación semántica entre la moral y el

derecho, sin que esta semántica perjudique la vinculación práctica (Hart, 1998, pp. 117-118 y 134-135). Esta vinculación práctica se da, específicamente, mediante el desarrollo de una moralidad crítica. Para ello, establezcamos los dos tipos de moral que expone el profesor de Oxford.

En su famoso libro *The Concept of Law*, Hart sostiene señala la diferencia entre la moral positiva y la moral crítica, siendo la primera la referida al conjunto de reglas y prácticas sociales que una comunidad establece en un tiempo y espacio determinad (Hart, 1998, p. 318). Podemos ver claramente que este tipo de moral, en tanto catálogo de valores y conjunto de virtudes que guían a una comunidad, representan un conjunto de percepciones comunitarias a todas luces relativo. Hoy por hoy, por ejemplo, no aceptaríamos una moral de esclavos bajo ningún contexto, así como tampoco aceptaríamos una moral religiosa en la que Dios decidiría las penalidades o, tanto peor, los culpables y sentenciados. La moral, en tanto propiedad creada por los humanos, está en constante evolución, reflejo de los cambios sociales que impone su adecuación; dicho progreso solamente se realiza a través del segundo tipo de moral que nos entrega Hart: la moral crítica. Esta es la que se apoya en principios sobre todo filosóficos que establecen la capacidad de enjuiciar las normas que poseemos actualmente, ahora sí de manera independiente al espacio y el tiempo. Así, la moral positiva se puede entender como cualquier prejuicio que hemos heredado de la comunidad, mientras que la moral crítica es la capacidad que tenemos de redefinir nuestra moral positiva en base a un enjuiciamiento racional, una suerte

de sano escepticismo filosófico, lo que se entiende aquí es que Hart está preservando la crítica moral del derecho (Delgado, 2024, p. 190).

No obstante, esta postura, que *prima facie* señala una perspectiva bastante razonable y válida, no estuvo exento de respuestas críticas bastante fuertes hacia ella, como fue el caso de su alumno Donald Dworkin. Para este filósofo, la postura hartiana es ineficiente para dar una explicación coherente sobre la toma de decisión de los jueces, pues estos toman la moral solamente como parte constitutiva del derecho que están ejecutando en cada sentencia (recordemos que estos debates se realizan bajo el modelo del *Common Law*). En su libro, *Taking Rights Seriously* (1978, específicamente en los dos primeros capítulos), este pensador mantiene que con ese hecho hay una evidencia patente de que los jueces hacen una diferencia entre lo que es moral y lo que es jurídico, en tanto que ellos los consideran como principios inalienables e ideales de justicia, siendo ahora más realista una lectura interpretativa de la relación norma-moral.

La crítica voraz dworkiana, en apariencia restaría dejar inhabilitada la tesis positivista de corte hartiana. A pesar de ello, existen reinterpretaciones que permiten solventar el asunto y volver a enrumbar el debate en pos de un positivismo que incluya adecuadamente los preceptos morales sin perder la capacidad crítica y racional de los jueces. Debemos recordar que el contexto de estos debates es crucial: los años sesenta y setenta del siglo pasado fueron décadas de arduos cambios políticos, con cruciales debates éticos gracias a las nuevas ideas que conllevaban las

revueltas estudiantiles o los replanteamientos morales que exigían las clases emergentes.

Esos años significaron grandes cambios, algunos de tinte incluso crítico, gracias a los cuales hoy tenemos una visión distinta. Incluso, podríamos decir que sirvieron de bisagra para establecer una forma distinta de relacionarnos con la moral, pues, por ejemplo, se dio el paso a la liberación femenina y una crítica fuerte al machismo soterrado. Previo a ello, recordemos, el derecho penal inglés establecía una sanción ante actos que eran considerados inmorales, a saber, cualquiera que diera cierta cuota de libertad a la mujer. Gracias a esto es que entendemos que era crucial debatir los límites y alcances entre la moral y el derecho, así como la autoconcepción crítica de uno a otro. En palabras del historiador y crítico cultural Mark Kurslansky (2004), esos años, específicamente el del '68 al que refiere su libro, "lo singular fue que la gente se rebelaba por cuestiones dispares y sólo tenía en común ese deseo de rebelarse, ideas sobre cómo hacerlo, un sentido de alienación del orden establecido y un profundo disgusto por el autoritarismo" (p. 38). Es evidente que el debate en cuestión era central para dar respuesta a estos asuntos que vinculaban moral y derecho, para evitar que este último solo sea una herramienta que permita pervivir formatos éticos que, hoy por hoy, consideraríamos inmorales.

Ante este *impasse*, emerge una forma de dar cuenta del contexto sociopolítico que se vivía, pero, a la vez, responder (e incluso solventar) las críticas que Dworkin había hecho al positivismo de Hart. Nos estamos refiriendo al positivismo incluyente del filósofo canadiense Waluchow.

Cabe señalar que, desde su primer libro *Inclusive Legal Positivism* (1994), se nota una clara oposición a las objeciones que Dworkin esboza a Hart (incluso, de palabras de Waluchow, él pudo discutir estas perspectivas, que iniciaron siendo parte de su tesis doctoral, con el mismo Ronald Dworkin (AEJ, 2014). Es decir, la teoría de Waluchow se encuentra enmarcada en esos debates y busca dar cuenta de una postura que legitime una correcta relación entre moral y ley, sin olvidar también su crítica fuerte al modelo raziano (Waluchow, 2000, pp. 49-50).

La conexión que plantea el filósofo canadiense se apoya en lo que podría llamarse una “separación débil”, pues la moral tiene la capacidad y posibilidad de establecer reglas que sean reconocidas como pábulo para la validez jurídica sin que esto la ate a una obligatoriedad lógica de que así se realice; en otras palabras, “el positivismo jurídico incluyente afirma que es conceptualmente posible, pero no necesario, que una regla de reconocimiento incluya criterios morales para la validez de las normas” (Fabra, 2018, p. 27). El derecho mismo es una posibilidad de articular los preceptos morales, sin que esa posibilidad sea rigurosa y obligatoria para todos los casos. Las críticas dworkianas a la propuesta de Hart no demuestran una desconexión total, sino más bien que existe un criterio más atenuado de su uso. En efecto, si seguimos la historia constitucional de los países, podemos observar que los preceptos morales son considerados dentro de sus artículos, tales como igualdad o libertad, mientras que se critican y dirimen algunos preceptos morales que han quedado anticuados (entiéndase, por ejemplo, la esclavitud o la discriminación a la mujer). Desde esta perspectiva, los jueces se sienten

capacitados para no permitir una ley que contravenga principios morales básicos. Aquí, pues, la moral no solo se constituye como un fundamento, sino más aun como un límite infranqueable que la comunidad jurídica no debe permitir que se quiebre.

He ahí el motivo de ser llamado como “incluyente”, puesto que se diferencia tanto el positivismo *stricto sensu*, el cual rompe toda relación entre lo moral-natural y la norma creada, como también con el iusnaturalismo, el cual tiene una conexión obligatoria entre los preceptos morales (que se presuponen siempre universales e inmanentes a lo humano) y las normas jurídicas (que los seres humanos crean siempre siguiéndose de lo moral). La fórmula de la inclusión, pues, es una cláusula de incorporacionismo (a esto es lo que hemos llamado como criterio “débil”); es decir, deja abierta la sana posibilidad de que el legislador incluya y considere normas morales desde un criterio racional en los casos que se consideren necesarios.

De esta misma vena proteccionista parte la teoría del gran teórico italiano Luigi Ferrajoli, el más egregio discípulo de Norberto Bobbio. En su magnánima y célebre obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, el jurista de Florencia sostiene que todo tipo penal que se establezca en cualquier código siempre debe considerar como límite punitivo a los derechos fundamentales del ser humano. Al respecto, sobre su garantismo sostiene que:

Una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas -es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo (Ferrajoli, 1995, p. 852).

Si bien es correcto afirmar que Ferrajoli (1995, pp. 853) parte de una separación entre moral y derecho, el paralelo con la teoría filosófica que queremos acoger se valida en el concepto de frontera o límite jurídico. El límite siempre será la negación de esa asimetría que caracteriza al Estado como quien impone la “ley del más fuerte”, como una suerte de velado estado de naturaleza, pues la defensa de los derechos humanos logra entender la necesidad de una minimización de la pena (recordemos que la aplicación teórica del libro apunta al ámbito penal, pero que se puede aplicar adecuadamente a los demás ámbitos jurídicos, tales como: penal, civil, laboral, etc., de forma liminal: límite claros y funcionales para defender y cuidar a las personas, en tanto una revalorización de que, en una democracia bien llevada, la política del Estado debe ser siempre la de velar por la “ley del más débil” (Ferrajoli, 1995, p. 335). El Estado no es un órgano que funciona como fin en sí mismo, apartado de los individuos que lo conforman; muy por el contrario, el fin siempre es el individuo (como dicta el artículo 1 de nuestra Constitución) y él, el Estado, es siempre un medio para tutelar los derechos del ser humano. Independientemente de la validez jurídica de *quién* decida, lo que importa también es *qué* se decide: los derechos fundamentales debidamente garantizados.

En honor a la verdad, esta teoría también tiene sus críticos (Comanducci, 2011, p. 66 ss.); sin embargo, esas críticas –consideramos– no parten de lo más real de una norma: su afán proteccionista. Esto no genera, como sostienen estas críticas, una “indeterminación” o su falta de actualidad en las normas (Comanducci, 2011, p. 67), pues la aceptabilidad en el derecho

contemporáneo de un criterio “débil”, tal como lo hemos descrito líneas arriba, no fuera intrínseca a la misma dinámica de análisis de cualquier jurista: es imperativo comenzar a comprender que las normas no son armas punitivas para mantener las prerrogativas del *más fuerte*, sino herramientas para cultivar una sociedad que proteja y vele por los *más débiles*. En el caso de nuestra presente investigación, es evidente que los más débiles o desposeídos en una relación laboral siempre son los trabajadores, puesto que los empleadores son poseedores de los medios de producción. Dicha asimetría real desemboca en entender que el positivismo incluyente muestra la vía para una convivencia jurídica más adecuada, justa y, sobre todo, más democrática.

Kenneth Himma (2014), por su parte, explica que el positivismo incluyente se diferencia del excluyente en que no impone una separación conceptual necesaria entre derecho y moral. Lo que distingue ambos modelos no es la aceptación de la moral como valor, sino su estatus dentro de la regla de reconocimiento: mientras el positivismo excluyente niega toda referencia moral como fuente de validez, el incluyente sostiene que el propio sistema puede incorporarla como criterio jurídico.

En América Latina, autores como Etcheverry (2012) han enfatizado el valor práctico de esta corriente en los sistemas constitucionales contemporáneos, donde los principios fundamentales poseen fuerza normativa. Según este autor, el positivismo incluyente “restituye la unidad del derecho en contextos constitucionalizados, al reconocer que la moral institucionalizada participa de su estructura de validez” (Etcheverry, 2012, p. 78). Así, el derecho deja de concebirse como un conjunto cerrado de

reglas, para presentarse como un sistema dinámico, en el que los principios morales positivizados operan como criterios de interpretación y control normativo.

Esta visión es especialmente relevante para el derecho laboral, pues permite justificar la validez de las normas que regulan la relación de trabajo no solo por su origen legislativo, sino también por su conformidad con los principios de justicia social y dignidad humana. La norma sobre el periodo de prueba, bajo esta perspectiva, solo puede considerarse legítima si armoniza con los valores constitucionales que orientan la protección del trabajador frente al poder económico y el riesgo de arbitrariedad.

Bajo ese contexto el positivismo jurídico incluyente sirve de respaldo para la presente investigación en la medida que hay una conexión entre el derecho y la moral, es decir que bajo el análisis de una norma que justifique su cambio se hace con una mirada constitucional conforme a los principios antes anotados. Esto es lo que permite comprender a plenitud la pertinencia de recurrir a este marco iusfilosófico mencionado, puesto que las leyes y sentencias en el marco del derecho laboral requieren de bordes morales, a los efectos garantizar relaciones equidistantes entre trabajador y empleador. Estos funcionan tanto como alimento para que puedan los jueces y legisladores crear y replantear normas, pero mucho más como fronteras que no pueden pisarse si queremos mantener una sociedad democrática y constitucional.

Es precisamente la Constitución la encarnación de esa moralidad que nos sirve de pábulo para las normas; siguiendo lo acotado por Waluchow (y también por Ferrajoli), todo aquello que contravenga los principios

morales básicos que nuestras normas materializan debe de ser reconsiderado como legal. La teoría del positivismo incluyente de Waluchow funciona para nuestra investigación como ariete para poder plantear nuestra crítica al mal uso del periodo de prueba por parte del empleador, en tanto que quiebra los bordes mínimos de la moral que sostiene nuestra sociedad. El ejercicio abusivo de una norma en pos de un acto inmoral debe ser replanteado de entrada por los legisladores. He ahí el porqué de nuestra postura de modificación de la mencionada norma, puesto que nuestra constitución parte de una moral en la que la persona es el bien supremo y cualquier acto de maltrato hacia ella es sumamente reprochable.

En este marco, se toma en cuenta la ponderación dentro de un positivismo incluyente, que adopta e incorpora principios morales, dejando de lado criterios de validez convencional; abriendo nuevas puertas a la aplicación del derecho positivo que resuelve conflictos normativos aplicando criterios racionales mediante la flexibilización de decisiones que permite reconfigurar la validez jurídica con mayor racionalidad y previsibilidad.

En esa perspectiva, nos adscribimos a la corriente filosófica del Positivismo Incluyente que es tributaria de una teoría que reconoce la posibilidad que el ordenamiento jurídico incorpore valores morales, conducentes a la solución de los conflictos dotados de valores, que es la que se persigue alcanzar en el estudio de la norma infra constitucional.

La verdadera vía conducente hacia una convivencia jurídica más democrática es, precisamente, recuperar el espíritu de las normas como protección ante los ciudadanos y con mayor énfasis en los trabajadores

que son objetos de prueba, desde el inicio de toda relación laboral. Este espíritu filosófico es el que queremos encarnar en nuestra tesis.

El positivismo incluyente no plantea una subordinación del derecho a la moral, sino una interacción institucional. Como afirma Hart, el derecho conserva su estructura autónoma, pero no puede ser indiferente a los valores que la sociedad reconoce como fundamentales. De ahí que la moral jurídica, aquella incorporada en la Constitución o en principios superiores del ordenamiento, funcione como una referencia normativa vinculante.

En este sentido, la regulación del periodo de prueba en el derecho peruano puede ser analizada desde la coherencia del sistema normativo con los valores de razonabilidad, proporcionalidad y justicia. Una norma que permita al empleador extinguir unilateralmente la relación laboral durante el periodo de prueba, sin justificación objetiva, podría entrar en tensión con la exigencia de racionalidad legislativa propia del Estado social de derecho. El positivismo incluyente, por tanto, ofrece el marco teórico para evaluar la validez moralmente condicionada de dichas disposiciones, sin abandonar la estructura positivista del sistema.

Aunque el positivismo incluyente y el realismo jurídico pertenecen a tradiciones distintas, ambos coinciden en un punto esencial: el derecho es una práctica social dotada de racionalidad normativa. El primero enfatiza la validez moralmente condicionada del derecho; el segundo, su efectividad interpretativa. Juntos, ofrecen una visión integral que explica tanto la legitimidad formal del derecho como su realización práctica.

En el contexto del periodo de prueba laboral, esta convergencia se traduce en una doble exigencia. Por un lado, la norma debe ser válida, es decir, compatible con los principios constitucionales que garantizan la dignidad del trabajador. Por otro, debe ser interpretada y aplicada racionalmente por los jueces, de modo que su ejecución no genere desigualdades injustificadas ni vacíe de contenido los derechos fundamentales.

De este modo, el positivismo incluyente asegura la coherencia del sistema normativo, mientras que el realismo jurídico garantiza su efectividad a través de la interpretación judicial. Ambas corrientes, al interactuar, consolidan una visión del derecho laboral como orden jurídico racional, dinámico y protector, donde la autoridad de la norma y la justicia de su aplicación se equilibran de manera armónica.

Aplicar estas corrientes al análisis del periodo de prueba en el derecho peruano implica reconocer que la norma no es un simple instrumento de política laboral, sino una manifestación del equilibrio constitucional entre libertad empresarial y dignidad del trabajo. Desde el positivismo incluyente, la validez de esta regulación depende de su compatibilidad con los principios constitucionales del trabajo, mientras que, desde el realismo jurídico, su eficacia dependerá de la interpretación judicial que preserve la finalidad protectora del derecho laboral.

En otras palabras, el periodo de prueba no puede entenderse como un espacio de desprotección o como una excepción a la estabilidad laboral, sino como una institución jurídica que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Solo así puede afirmarse que cumple

con los estándares de validez y legitimidad propios del Estado social y democrático de derecho.

El análisis conjunto del positivismo jurídico incluyente y del realismo jurídico permite afirmar que el derecho laboral peruano debe concebirse como un sistema normativo racional, abierto y garantista, en el cual la validez de las normas depende tanto de su institucionalizado origen formal como de su coherencia con los principios morales en la Constitución. El periodo de prueba, como figura jurídica, solo adquiere legitimidad cuando su regulación responde a fines constitucionalmente válidos y su aplicación judicial asegura la protección efectiva de los derechos fundamentales del trabajador.

De este modo, el marco iusfilosófico desarrollado en el presente capítulo proporciona los fundamentos teóricos necesarios para comprender la regulación del periodo de prueba laboral desde una perspectiva de racionalidad jurídica y coherencia constitucional, sirviendo de sustento para el análisis jurídico que se abordará en los capítulos siguientes.

2.2. MARCO JURÍDICO Y DOCTRINAL

2.2.1. Principio jurídico

Para Alexy (2012, p. 67) son principios aquellos que son mandato de optimización por medio del cual se dictan normas que establecen realizar algo lo mayor posible siempre que el ordenamiento jurídico y la realidad existente lo permita. Mientras que las reglas validas, por su naturaleza, pueden ser cumplidas o

no, es decir, el contenido normativo de las reglas se cumple o no se cumple, ese es su límite.

En ese contexto, los principios despliegan una mayor labor interpretativa y argumentativa conducentes a no anular ningún principio y a preservar la unidad de la Constitución. Allí reside su importancia.

Identificada su definición, cabe destacar que el tema de principio desde el ámbito iusfilosófico, exige hacerlo con su par norma-regla, a fin de distinguirlo de la mejor manera. Más aún, si la palabra principio, está impregnada de múltiples significados (Grández Castro, 2016, p. 13).

En el ámbito del derecho constitucional ha tomado significativa importancia, el estudio de la norma-regla y la norma-principio, que buscan resolver problemas complejos de relevancia jurídica con alta repercusión en los derechos básicos. Pues las normas de estos derechos son llamados principios (Alexy, 2012, p. 64) y así lo reconoce igualmente Grández Castro (2016, p. 13).

Parafraseando a Alexy (2012, p. 63), la diferenciación entre reglas y principios no solo fundamenta una teoría normativa de los derechos constitucionales; sino que también esta diferenciación es el marco de la teoría misma, la diferencia radica en que la división cualitativa existente entre reglas y principios.

Así las cosas, en la cotidianeidad de los litigios judiciales, encontramos la presencia de conflictos entre reglas y conflictos entre principios, con resoluciones distintas para cada caso.

En el supuesto de colisiones entre reglas, su respuesta estará dada por la incorporación de una cláusula de excepción en algunas de las reglas para poner fin al conflicto, con lo cual una de ella deviene en inválida (Alexy, 2012, 69). También es plausible de dar solución en este tipo de conflictos recurriendo a través de la regla: *Lex posterior derogat legi priori; lex specialis derogat legi generali*.

Mientras que los conflictos entre principios, que son los casos más complejos, deberán ser resueltos con criterio distinto al anterior. Frente a este tipo de conflictos lo que corresponde es que uno de ellos tiene que ceder frente al otro, sin llegar al nivel de expulsarlo del ordenamiento jurídico por inválido. Solo es posible que un principio ceda ante el otro y ello es posible a través del peso que pueda poseer un principio sobre el otro.

En estricto el principio como herramienta interpretativa, está llamado a dar soluciones en los casos difíciles cuyos derechos fundamentales presentes en un litigio concreto deben pasar por el *test* de ponderación.

2.2.2. Principio de Razonabilidad

La razonabilidad o denominado también de “racionalidad” (Plá Rodríguez, 1978, p. 283), es un principio transversal a todo el derecho, dado que en todo momento la actuación humana con relevancia jurídica, debe desarrollarse razonable y específicamente en el terreno del derecho laboral. Empero, qué debemos entender por “razonable” o “razonabilidad”. Este es un concepto elevado a la categoría de principio, cuyo contenido resulta muy elástico, lo que

sugiere analizar cada caso concreto con lógica y sentido común en las diversas materias del derecho. Además, no escapa a la vista su alta dosis de subjetividad, ya que, a la persona o al juez que le corresponda analizar una actuación humana con relevancia jurídica en una situación concreta y que está en debate, lo hará desde su punto de vista, desde la perspectiva de lo que entiende por razonable. No obstante, su dosis de subjetividad, las razones que exponga deben tener sustento objetivo, en vista que ello no puede significar un aliciente a la arbitrariedad, por tanto, las razones que exponga, pasan por la aceptación del ciudadano medio que también comparte el buen juicio argumentativo y las razones expresadas en cada caso particular.

El Tribunal Constitucional, describe el principio de razonabilidad como un principio fundamental del Estado Constitucional de Derecho, donde la justicia se entrelaza con las actuaciones de los distintos poderes del Estado procurando controlar su arbitrariedad, exigiendo que las decisiones que se tomen se justifiquen y se basen lógicamente en los hechos y circunstancias concretas. Es decir, se ejerce un mecanismo de control que limita el ejercicio del poder para evitar decisiones arbitrarias. (Exp. N.º 1803-2004-AA/TC FF.JJ. 12).

Es oportuno destacar que el uso de este principio, lo adoptamos como herramienta jurídica para brindar soluciones a los diversos conflictos jurídicos que se presentan en el *iter* procesal como sustantivo, en materia de derecho laboral, a saber: sobre temas de valoración de pruebas, sobre excepciones deducidas con algún grado de

complejidad en su resolución, sobre el reconocimiento o negación de algún beneficio social que emana de una relación triangulada (inmediación o tercerización por mencionar algunos). En los casos acotados, el operador jurisdiccional debe responsablemente dar respuesta teniendo como faro de iluminación al principio de razonabilidad. Lo que supone estar dotada o impregnada de razón, verdad y justicia (Sapag, 2008) porque es tributaria de sólidos argumentos indesligables de la verdad y que revelan una fuerte manifestación de justicia, por ende, toda persona pública poseedora de algún grado de decisión, debe desenvolverse, como parte de su labor habitual, aplicando el citado principio.

Por todo ello, estamos convencidos que este principio conduce a que la actuación del hombre en todo momento considere la razonabilidad o actúe conforme a esta (Plá Rodríguez, 1998, p. 284).

Con los argumentos expuestos, es menester destacar que nuestro alto tribunal, en sus resoluciones suele emplear el término razonabilidad y proporcionalidad como sinónimos (Grández Castro, 2024, p. 22), pero conducentes a dar respuesta a conflictos de grueso nivel, manifestado en las aparente colisiones entre principios contenidos explícitamente o implícitamente en nuestra Constitución, así como conflictos entre normas-reglas y normas-principios (Alexy, 2012) y con ese propósito recurre al test de proporcionalidad. Sin embargo, nuestra aplicación al principio de razonabilidad se direcciona en el ejercicio argumentativo, adherido de buenas razones, de verdad y justicia (Sapag, 2008, p. 161), para resolver como hemos

indicados los conflictos surgidos en el seno de todo proceso laboral y cuya respuesta, naturalmente debe ser el resultado del ejercicio pleno del principio de razonabilidad.

En la presente investigación, por ejemplo, nos hallamos con un aparente conflicto jurídico entre la libertad empresarial y el periodo de prueba, igualmente, entre el derecho a contratar libremente con la misma figura, y que es oportuno desatar argumentativamente esos aparentes conflictos recurriendo al principio de razonabilidad como resultado de la modificación normativa que se pretende del artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR.

2.2.3. La Ponderación: premisas previas

Como se vio, la ponderación es uno de los aportes del pospositivismo, probablemente sea la cumbre de varias de sus premisas. Se llega a esta técnica cuando se está frente a principios, donde surge la ponderación como método para resolver los conflictos entre ellos. La ponderación implica sopesar los principios en juego, considerando las circunstancias del caso concreto, para determinar cuál prevalece en esa situación específica. Este proceso requiere una argumentación racional y justificada.

Pero, Pero, para llegar a la ponderación es necesario que se distinga dos tipos de norma, los principios y las reglas. A este respecto considerando a Alexi (2012), se distinguen crucialmente los principios de las reglas, en la teoría de los derechos fundamentales, lo que constituye una dicotomía ius fundamental. Esta diferenciación, que concibe los principios como mandato de

optimización, es decir aquello que debe realizarse en la mayor medida posible, se torna como elemento esencial en la solución de los conflictos jurídicos. En materia laboral esta perspectiva es relevante debido a que considera la interpretación de normas que consagran derechos máximos como son la dignidad y la estabilidad laboral. Además, la judicatura constitucional u ordinaria hace uso de esta distinción como herramienta necesaria para ponderar valores y principios que se encuentran en disputa, incluso si se tratan de aquellos que se encuentran previstos en la Constitución. Por lo tanto, esta tarea de optimización que realiza el operador de justicia va a permitir que se interprete conforme a la Constitución los casos particulares donde las reglas son insuficientes o pueden generar colisiones. (pp. 62, 67-68)

Por otro lado, las reglas surgen en contraste a los principios como normas de aplicación alternativa que señalan su cumplimiento o incumplimiento sin grado de aplicación. Esta relación todo o nada facilita la determinación de la validez y aplicación en casos fácticos; sin embargo, el ejercicio del derecho, sobre todo en el ámbito laboral, donde existe una basta y compleja normativa, surgen a menudo conflictos entre reglas que requieren una solución mediante una cláusula de excepción. (García Figueroa, 2010, p. 251).

En este sentido, el positivismo jurídico ofrece criterios para resolver las antinomias normativas que pudieran surgir: el principio de que la ley posterior deroga a la anterior y la ley especial deroga a la

general. Estos criterios no hacen más que procurar eliminar el conflicto mediante la exclusión o derogación de una de las reglas enfrentadas en los casos que se presentan. (García Figueroa, 2010, pp. 69-70).

Ante ello, podemos decir que la rigidez del modelo de resolución de conflictos entre reglas toman en cuenta los principios clásicos del positivismo jurídico para luego optar por eliminar una de las normas enfrentadas en busca de brindar certeza y seguridad jurídica, donde, especialmente en materia laboral, la subordinación y la necesidad de predictibilidad son altas, y la decisión adoptada puede resultar insatisfactoria sobre todo cuando se enfrentan reglas que tutelan derechos en igualdad de legitimidad. En este sentido, cabe considerar la perspectiva de Alexi que permite la ponderación de los intereses al juego, contrario a una anulación; en busca de una solución óptima que minimice la afectación de ambos sin que una de las reglas sea sacrificada en su totalidad. Por el contrario, considero que esta ponderación va a permitir realizar una justicia más adecuada que aborde la complejidad axiológica de los derechos fundamentales, sobre todo en materia laboral, garantizando un equilibrio entre la libertad de empresa y los derechos de los trabajadores. (CID, 2008. Caso Acevedo Buendía y otros “Cesantes y jubilados de la Contraloría Vs. Perú”)

En el ámbito del derecho, no solo existen reglas, sino también principios. No es inusual que surjan situaciones de conflicto entre principios, cuyo desenlace no implica la invalidez de uno sobre otro,

sino que uno prevalece temporalmente sobre el otro. La determinación de cuál principio predomina se realiza caso por caso, evaluando el peso relativo de cada uno (García Figueroa, 2010, pp. 70-71).

Consecuencia de lo anterior es que se incluya otro concepto clave, la derrotabilidad de una norma. Bajo esta idea se supone que ésta puede ser superable por otra siempre y cuando sea una norma-principio que se encuentra constitucionalizada (García Figueroa, 2010, p. 262).

2.2.4. La Ponderación: el método

La ponderación viene a ser una herramienta jurídica con relevancia creciente que busca resolver conflictos que se pudieran generar por la intervención de los poderes públicos en los derechos fundamentales; en este contexto este principio es crucial para dirimir las posibles tensiones que se pudiesen presentar entre normas, reglas y principios. Respecto al problema identificado, esto es el conflicto presentado en el artículo 10 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR y el artículo 27 de la Constitución, es decir entre la norma que permite el cese sin causa y la protección contra el despido arbitrario, la ponderación, inherente a la proporcionalidad va a permitir evaluar adecuadamente si la regla que restringe la protección contra el despido arbitrario durante el periodo de prueba cumple con los requisitos constitucionales, asegurando un límite. Esto sugiere que la aplicación del principio de proporcionalidad debe operar sobre la base tripartita de los subprincipios de

idoneidad, necesidad y proporcionalidad, como medida limitativa para alcanzar un fin legítimo, para elegir las medidas menos restrictivas del derecho fundamental y como evaluación de los beneficios que se van a limitar superen los costos o afectación al derecho fundamental. Sobre la concurrencia de estos tres elementos se puede hablar de la constitucionalidad de la intervención del poder público en materia laboral. Por lo tanto, su aplicación, de forma rigurosa y transparente requiere de juicios de valor que busquen la protección del derecho.

A. Subprincipio de idoneidad

Este subprincipio, busca que la medida adoptada debe ser la adecuada si se quiere alcanzar el fin propuesto; si no lo hace resultaría ser una medida inadecuada. La idoneidad busca asegurar que la intervención que se realice sea apropiada y efectiva para lograr un objetivo constitucionalmente legítimo. (Bernal Pulido, 2007, p. 693).

B. Subprincipio de necesidad

El subprincipio de necesidad sugiere que la medida que limite los derechos fundamentales debe ser aquella que es menos restrictiva, pero que contribuya a lograr el objetivo, según Bernal Pulido (2007, p. 740).

Esto sugiere que una intervención legislativa válida constitucionalmente se necesita que el método considerado sea único y además sea el más benigno, es decir que sea el método que cause menos afectación al derecho.

C. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Bernal Pulido (2007) establece que este subprincipio es esencial en la lógica del principio de proporcionalidad, refiriéndose a la intensidad de la intervención sea justificable en la medida que convenga a tal fin. Aquí se trata de la idea de compensación entendida como el modo en que se afecta de manera negativa un derecho y de cómo esta debe ser equilibrada o en todo caso superada por el modo en cómo se satisface un objetivo constitucional legítimo, es decir se debe buscar evitar el sacrificio innecesario del derecho fundamental en cuestión. Para ello el intérprete judicial debe determinar correctamente el peso abstracto y concreto de los principios y derechos en conflicto para garantizar que la solución legislativa sea armoniosa acorde al orden constitucional. (p. 763).

Esta justificación sugiere que las intervenciones estatales deben regular las relaciones entre particulares: empleador- trabajador, mediante lo que sugiere Bernal Pulido, una metodología rigurosa para la revisión judicial legislativa, que va a generar que se actúe de manera arbitraria; sin embargo, se presentan algunas dificultades en cuanto a la cuantificación de la importancia del fin y el grado de afectación, según sugiere Alexy (2012).

2.2.5. El abuso del derecho

El llamado ejercicio abusivo del derecho o simplemente “abuso del derecho”, como principio forma parte de la teoría general de derecho y está caracterizada por la articulación efectiva de un derecho

subjetivo auténtico reconocido por la ley a su titular quien lo ejercita abusivamente (Fernández Sessarego, 1990, p. 85), produciendo efectos nocivos a terceros.

El valor solidaridad inherente al grupo social, desaparece con la actuación excesiva o ilimitada del titular de un derecho, porque entra en conflicto con otros derechos igualmente protegidos o garantizados por el ordenamiento jurídico y en esencia el abuso de derecho pone de manifiesto una denuncia abierta para que el individuo ejercite su derecho sin atropellar derechos de otros, es decir, siguiendo a Fernández Sessarego (1990) “lo que se busca es que el individuo no ejercite sus legítimos derechos antisocialmente, sino más bien de modo normal, regular” (p. 87).

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra recogido en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil:

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho (...), igualmente nuestra Constitución Política del Perú consagra este principio en el artículo 103: (...) La Constitución no ampara el abuso del derecho. Herramientas que habilitan a cualquier operador jurídico a ejercitar su proscripción y al mismo tiempo, cualquier persona poseedora de un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico tiene como límite el ejercicio razonable de su derecho que viene precedida de la moral social. (Fernández Sessarego, 1990, p. 91)

Armonizadora de la convivencia entre seres humanos que desean vivir en paz. Habida cuenta, como afirma Fernández Sessarego (1990):

Se tiene la convicción que el derecho subjetivo no es absoluto, que no es un poder ilimitado concedido a su titular por el ordenamiento (...), el derecho por ser relación entre sujetos, se despliega indefectiblemente en el plano de la intersubjetividad, por lo cual el derecho subjetivo se correlaciona, necesariamente con el interés ajeno. (p. 98)

Por todo ello, el ejercicio intersubjetivo del individuo, supone necesariamente hacerlo mirando al otro que también es merecedor del respeto de su derecho a fin de alcanzar una paz social en justicia.

2.2.6. El Estado Constitucional de Derecho

La transición del Estado legal al Estado de Derecho, marca una fase en la que la Constitución deja de ser una ley más y pasa a ser el referente supremo de las decisiones judiciales. Para Ferrajoli (2020) se está superando la fase donde la Constitución solo tenía la supremacía inusual que centraba todo el engranaje jurídico.

Sin embargo, esto no es suficiente considerando la actualidad política, social, económica y cultural, pues a decir de Zagrebelski (1997) este formalismo causaba un vacío de contenido político y constitucional porque se omitían los fines primordiales del Estado y la naturaleza propia de la ley (pp.22)

Al respecto, consideramos que lo señalado por Zagrebelski muestra la insuficiencia de un Estado de Derecho donde la arbitrariedad del poder era común, por lo tanto, la transición a un Estado de Derecho trae consigo cierta garantía de se puede regular el empleo mediante la incorporación de valores como son la dignidad y la justicia social como mecanismo que limita y restringe el poder empresarial.

Este cambio paradigmático que confrontó la dialéctica del positivismo jurídico y el iuspositivismo, nos lleva a reconsiderar que la ley no solo demanda el cumplimiento de los aspectos formales, sino que también se debe considerar los valores y principios consagrados en la Constitución; la doctrina cita a Scheler para señalar que los valores

tienen una realidad propia e independiente, que le otorga a la norma un contenido intrínseco (Alexy, 2012. P.150)

Con esto quedaría claro que, aunque las normas sean válidas formalmente, se debe considerar su validez tomando en cuenta los valores, de tal manera que se impida que las normas (aunque válidas formalmente) no deben contravenir los principios constitucionales como el de progresividad o el *in dubio pro operario*; esto nos lleva a plantear un reto epistemológico y continuo en el ejercicio de la práctica judicial.

Este giro epistemológico recaído en la ciencia jurídica, le otorga al órgano jurisdiccional un papel crítico y proyectivo, donde el juez es el llamado a resolver las controversias mediante la ponderación o eliminación de normas, reglas o principios, corriendo para ello las antinomias generadas por la divergencia entre la legislación y la constitución.

Alexi (2012) señala que la jurisprudencia adopta una función creadora con capacidad de objetar la norma mediante la diferenciación entre principios y reglas, que culmina en el ejercicio del control de constitucionalidad que el juez ejerce, quien en su papel de guardián de la Constitución busca garantizar que la norma máxima no sea lesionada. (Ferrajoli, 2020. p.34)

Por otro lado, si se toma en consideración lo sugerido por Montoya Brand (2005), que analiza la obra de Bobbio (2002) se estaría respaldando la idea de que la justicia como conjunto de valores y normas debe ser protegida por el derecho, considerando la ética como

punto de reflexión respecto de la validez del derecho dentro del sistema legal, no reduciendo la norma a sí misma ni a su efectividad; por el contrario, considerando elementos como validez y eficacia.

Respecto al enfoque epistemológico Ferrajoli (2020)

La concepción de la Constitución como norma fundamental o ley de leyes, establece el orden sistémico que según Kelsen (2015) establece una jerárquica dinámica que no hace otra cosa más que confirmar que la Constitución es principio y finalidad que consolida el Estado Democrático (p.147).

Si se habla de una validez intrínseca no contradictoria la Constitución debe ser la base sustancial a partir de la cual se predica todo lo demás. (Reale, 1985 pp. 139-140). Si llevamos esta consideración a términos filosóficos, consideraríamos que la Constitución como principio y fin es fuente estructural del Estado tanto social como política (Hegel, 1999. p. 216).

A. La dignidad

Dice muy bien Sosa Sacio (2013, p. 48), refiriéndose a la dignidad manifiesta que esta tiene pluralidad de significados y se encuentra contenido en varios instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que tiene por objeto velar por la defensa y respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Y enarbola un alto significado investido de gran contenido moral irradiando con gran potencia los derechos hacia el ser humano.

El mismo autor Sosa Sacio (2013), estima que la dignidad humana puede ser entendida desde cuatro aristas, a saber:

- a. Como un mandato de no instrumentalización del ser humano (la persona debe ser considerada siempre como un fin, nunca como medio ni ser tratada de modo indigno)
- b. Como un atributo o condición inherente a todo ser humano (todos somos iguales en dignidad).
- c. Como autonomía personal (capacidad para decidir racional y moralmente, o
- d. Como aspiración política normativa, es decir, como un “deber ser” (a todo ser humano se le debe garantizar una dignidad básica/condiciones dignas de existencia). (pp. 49-64)

La dignidad es un atributo de todo ser humano que merece el más alto respeto entre todos recíprocamente y por su gran valía e importancia está también garantizada en el ordenamiento jurídico nacional y supranacional.

Considerando, las dimensiones señaladas precedentemente, se entiende que la dignidad humana se erige como el foco axial y como condición indispensable de protección en un Estado Constitucional de Derecho. Por su parte Blancas Bustamante (2015) considera que la dignidad es el fundamento primordial de los derechos (p.94) protegiendo al ser humano de cualquier instrumentalización. Kant (2012) desde una perspectiva iusfilosófica consideraba la dignidad era distinta de la racionalidad utilitarista que estaba arreglada a fines, por el contrario, consideraba que el hombre era insustituible y este se encontraba muy por encima de cualquier costo o beneficio. (pp.118-119). Esta definición llevada al derecho laboral se entiende como aquella que

trasciende la relación contractual entablada, cualquiera que sea para proponer un trato respetuoso al trabajador dejando de lado la calificación de objeto, acogiendo el fundamento moral del positivismo incluyente y sistematizando su fuerza vinculante que exige el reconocimiento de la dignidad en la normativa constitucional. De aquí se desprende la raíz moral y filosófica de la dignidad, y su operatividad jurídica, tomando como base el positivismo incluyente toma como base la posición de la constitución que obliga al legislador traducir este valor en derechos exigibles en beneficio del trabajador.

En consideración de la premisa antropológica, Häberle (2003) enfatiza que, en el Estado Constitucional de derecho, la dignidad se concreta como una premisa antropológica-cultural, que pretende que el ser humano llegue a ser, sea y siga siéndolo; para ello se requiere el cumplimiento de una serie de derechos y deberes particulares que protejan la identidad individual, lo que se configura como el punto central de la dignidad entrelazando el desarrollo de la persona y la protección del ordenamiento jurídico(p.170).

Mediante el positivismo incluyente se valida esta relación para llegar a ser persona que se refiere al reconocimiento de los derechos sociales y económicos por parte del Estado que incorpore las exigencias de la dignidad en el contenido normativo constitucional. Este pensamiento replantea la concepción de la dignidad en garantías efectivas que den equilibrio a la capacidad

directriz del empleador y a la afectación de la identidad del trabajador.

En lo referente a la raíz ontológica de la dignidad, esta radica en la conciencia de sí y su subjetividad; noción que encuentra su base en los pensamientos de Descartes y Hegel. Vivir es vivirse, sentirse y existir; con esto se deslinda al ser humano de una realidad inerte, ciega a su propio ser. Tomar autoconciencia es la diferencia primordial que conlleva a un respeto irrestricto de la singularidad individual por parte del sistema jurídico. (Ortega y Gasset, 2004, p. 127).

Esta conciencia ontológica es vista por el positivismo incluyente como la base de la positivización de los derechos de la personalidad y del desarrollo de la personalidad mediante el cual se integra el yo filosófico al ámbito jurídico. En este punto la autoconciencia que promulga Ortega con la dignidad tienen una conexión lógica profunda; pero se debe cuidar que esta exaltación de la individualidad no varíe el carácter protector y colectivo del derecho, sino por el contrario reforzarlo al punto de garantizar que el trabajador ejerza su libertad de conciencia dentro de un marco adecuado de protección.

El respeto irrestricto a la persona y su dignidad, está reconocido por la norma suprema y como tal exige el cumplimiento de garantías efectivas ante cualquier amenaza de lesión, puesto que la persona es, como se señala en la Constitución, el fin supremo

de la sociedad y del Estado, esta definición constituye la base de un Estado Constitucional de Derecho, que para el positivismo incluyente es la brújula del reconocimiento material que incluye la validez e interpretación de las demás normas de menor jerarquía haciendo uso de los test de proporcionalidad específicos para cada caso.

B. El Estado Social de Derecho

Denominado también Estado Social o Democrático (Blancas Bustamante, 2011, p. 11), es una respuesta histórica al modelo liberal, donde el Estado reconocía únicamente las libertades individuales formales, consolidando un Estado con intervención mínima para garantizar la ley y la justicia (Bobbio, citado en Blancas Bustamante, 2011, pp.63-64).

La abstención estatal en esta época fomento el dominio burgués en la economía, lo que trajo consigo desigualdades y por ello el Estado social se compromete con la protección real y material de los derechos ciudadanos, incorporando para este fin derechos sociales con fuerza constitucional, que en materia laboral esta intervención positivizada garantiza la igualdad material y supera el reconocimiento formal del contrato de trabajo.

La génesis burguesa de los derechos humanos reside, de acuerdo a Bobbio en la lucha intelectual entablada entre la clase media y la burguesía en busca del reconocimiento de la dignidad y la conquista de libertades (Cisneros, 2014. p.101). La gestación de

este proceso busca facilitar al ciudadano la capacidad de determinar su propia conducta, con base en los derechos humanos como garantía ante el abuso de poder por parte del Estado. (Cisneros, 2014. p. 273). Atienza por su parte corrobora la idea de que estos logros surgen de las relaciones humanas encabezadas por la libertad y la igualdad y que el Estado reafirma mediante la reivindicación de la individual como centro de la moralidad. (2008.pp. 9-10). En el ámbito laboral esta subjetividad protege al trabajador contra el poder arbitrario del empleador.

El Estado Constitucional y el Estado Social son indisolubles, este último se alza como respuesta al repliegue estatal y demanda su reorientación para la defensa de los derechos. García Pelayo, citado por Blancas Bustamante (2011) señala que el Estado Social es una especie de regulador del modelo liberal, que pone de relieve los derechos como la libertad, seguridad e igualdad. (pp. 65-79).

En esta línea de ideas, Háberle (2003) señala el carácter indisoluble del Estado Social de Derecho y lo califica como el elemento importante en el Estado Constitucional. Esta fusión de carácter material y formal genera una doble vinculación para los poderes públicos. (p. 225).

El formato contemporáneo del Estado social tiene su base en la filosofía alemana, donde juristas como Habermas, Alexy, Háberle, coinciden en que el constitucionalismo de los derechos humanos es una resistencia contra el abuso político como base de la

democracia, lo que implica dejar el rol de sujeto jurídico privado para adoptar la posición de ciudadano miembro de una comunidad constituida libremente. (Barberis, 201. p.333).

Aunque existe un reconocimiento de la vinculación moral del derecho, su validez depende de su positivización, por ende, se debe promover una moral crítica que regule la participación colectiva.

Respecto a la teoría de la acción comunicativa de Habermas sugiere que el derecho adquiera la categoría discursiva, que supere las limitaciones de un sistema capitalista. La producción de normas es un lugar de integración social que sugiere que los actores adopten una perspectiva de ciudadanos. (p.151). Esta posición integradora de Habermas potencia la noción del derecho como fuerza social.

Alexy adopta esta postura y señala que la norma es un instrumento de cohesión social y participación democrática. Alexy (1997, p. 151)

En el Perú, el Estado social entra en vigencia en la interpretación constitucional del TC, donde se destaca el principio de solidaridad. (Expediente N.º 0048-2004-PI/TC). De igual modo, el Exp. N.º 06089-2006-PA/TC, califica al Estado Social y Democrático como la exigencia de condiciones materiales, para lo cual articula posibilidades reales y objetivas del Estado, más la participación ciudadana. Esto sugiere un compromiso del aparato público en

base a valores y principios constitucionales (Exp. N.º 03149-2004-AC/TC).

C. Los Derechos Fundamentales

Estos derechos tienen varias acepciones desde el punto de vista filosófico, semántico, histórico, etc. citamos como ejemplo a Peces Barba (1980) que encuentra varias definiciones al respecto como son: derechos humanos, materiales, naturales, fundamentales del hombre, públicos, y también los llama libertades fundamentales y garantías individuales, entre otros.

De otro lado, Maldonado Muñoz (2018) hace referencia a : derechos fundamentales, humanos, naturales, básicos, personalísimos, etc.

Sin embargo, tomaremos la acepción más difundida y aceptada la de derechos fundamentales.

a. Teoría dual de los Derechos Fundamentales

Esta teoría constituye un postulado ineludible para el positivismo incluyente, nos remontamos a la fuente de los derechos fundamentales que se polariza entre el iusnaturalismo referido a la vida, libertad y propiedad (Maldonado Muñoz, 2018, p. 28), y el positivismo que restringe su estatus a lo reconocido por el ordenamiento jurídico (Peces Barba, 1980. pp. 18).

Esta bipolaridad busca trascender el debate entre un contexto global en el que prima el respeto a la dignidad de la persona como pilar de la democracia. (Maldonado Muñoz, 2018, p. 21)

De lo que resulta que el positivismo incluyente acepta la fuerza moral de la dignidad, pero a su vez condiciona que este valor sea integrado y positivizado en el sistema jurídico.

Peces Barba (1980) incluye la concepción dualista como vía para la reconciliación de las posturas antagónicas, siendo los derechos humanos la combinación de estas dos realidades, tanto valores como el derecho positivo en una sociedad. Esta tesis rechaza la sola validez formal y exige que toda norma suprema tenga un contenido mínimo de justicia. Además, la tesis dual sirve como fundamento metodológico para el positivismo incluyente que legitima la integración de valores morales en el derecho. De otro lado, el anclaje material de los valores, mediante la concepción dualista que defiende la autonomía de la realidad de los valores de los derechos fundamentales. En esta perspectiva se analizan las condiciones concretas referentes al contexto histórico, económico, social, cultural y político a la par del pensamiento político y filosófico dominante. (pp.15, 25). La conjunción de estos factores determina la filosofía de los derechos fundamentales en un periodo de tiempo determinado, lo que convierte al derecho fundamental no en un ideal abstracto sino en un resultado dinámico producto de la interacción entre moralidad y estructura de poder, para entender el alcance de los derechos sociales.

En la evolución de los derechos fundamentales se toma en cuenta la transición de valores filosóficos a normas jurídicas positivas que se configuran como derechos subjetivos, lo que según Peces Barba (1980), es un proceso esencial que concretiza la teoría delimitando su ejercicio, sus fuentes y garantías (p. 27). Esta conexión entre valores y normas estructura la funcionalidad de los derechos fundamentales y da pase al cimiento intelectual para la ponderación que caracteriza al Estado Constitucional, al establecer la dualidad se impone el deber de lograr un equilibrio entre el ideal axiológico y la realidad normativa; buscando una solución óptima que maximice el valor subyacente al principio. La dignidad humana como foco central y fundamento irrenunciable de los derechos merece todo tipo de garantías para evitar lesionarla.

b. Definición

Con lo señalado precedentemente, Peces Barba (1980), define los derechos fundamentales como la facultad de protección a la persona en lo concerniente a su existencia, su libertad, igualdad y participación tanto a nivel político como social; es decir en todo aquello referente a su desarrollo integral y social, pudiendo buscar la protección del Estado en caso de observarse alguna infracción (p. 66).

Se devela aquí cierto acercamiento entre iusnaturalismo y positivismo, lo que trae como consecuencia una mejor definición de los derechos fundamentales.

Reconocida la importancia de los derechos fundamentales, es preciso destacar que en ella se encuentra inscrita el derecho al trabajo y, por su valía está reconocida en instrumentos jurídicos internacionales a los que nos avocaremos más adelante.

2.2.7. El Período de prueba

Esta figura Esta figura se constituye el eje de esta investigación, en virtud de la cual se han elaborado la hipótesis y los objetivos; para arribar a conclusiones que resuman los hallazgos encontrados que permitan dar respuesta a las interrogantes esbozadas.

A. Denominación

Luego de efectuar una revisión de las diversas concepciones sobre la materia, encontramos una denominación predominante: el llamado Periodo de Prueba (De la Cueva, 1970, 346; Grisolia, 1999, p. 223), pero tenemos otros como: Pacto de Prueba (Del Val Tena, 1998), Contrato de Prueba (Alonso García, 1975, p. 458; Camerlynk & Lyon Caen, 1974, p. 112; Zelayarand Durand, 1989, p. 69), Período de Espera (Romero Montes, 1979) y Contrato de Ensayo (De Ferrari, 1969), entre otros.

En la legislación peruana es común hablar del “Periodo de Prueba”, Rendón Vásquez (1995, p. 44), señala que esta denominación surge con el reglamento de la Ley N.º 4916 (artículos 6 y 7), aprobada mediante R.S. del 22 de junio de 1928 que en concordancia con el artículo 4º de la Ley N.º 6871, que acuña la denominación tiempo de

prueba, luego con el Decreto Ley N.º 14218 y el artículo 2º de la Ley N.º 24514 y actualmente con el Decreto Legislativo N.º 728³, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, este dispositivo legal que es reglamentado por el Decreto Supremo N.º 001-96-TR. (Artículo 16).

B. Definición

La delimitación de las instituciones estudiadas y su concepción van a depender de una delimitación conceptual clara, de acuerdo al tema de estudio; en esta investigación hemos ido decantando diversas definiciones respecto a los elementos hipotéticos, considerando para ello los aportes jurídicos y doctrinario existentes.

Respecto al periodo de prueba, se puede resumir las siguientes características:

- a. Constituye un periodo de evaluación unilateral, únicamente del empleador al trabajador y, en beneficios único del empleador.
- b. Es un periodo de evaluación de ambas partes, tanto del contrato de trabajo como del beneficio que se obtiene.
- c. El empleador busca que el trabajador demuestre su aptitud profesional y personal; el trabajador por su parte, evalúa la conveniencia de las condiciones de trabajo ofrecidas
- d. Nace del acuerdo de ambas partes o, por mandato de la ley.

³ Hoy es el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728. aprobado mediante Decreto Supremo N.º 003-97-TR. (Artículo 10)

e. Cualquiera de las partes pueden prescindir la relación laboral, sin que implique indemnización ni preaviso.

Antes de proponer una definición, partimos, del hecho que el periodo de prueba o experimental busca tanto el beneficio del empleador como del trabajador, además es un periodo en el que ambas partes evalúan las condiciones según sus intereses particulares, teniendo cierta desventaja quien necesita de la fuente de trabajo.

Se dice que el periodo de prueba va a depender del acuerdo de las partes o en otros casos se puede dar por mandato expreso de la ley. Comúnmente este acuerdo de partes enmascara la imposición del empleador, poniendo en evidencia una asimetría de poder que obliga a que se brinde una protección real al trabajador.

Más aún, ante la ausencia de una ley imperativa se presume la inexistencia de un acuerdo válido que somete al trabajador a prueba invocando la protección del más débil en la relación; esto exige que se interprete el supuesto acuerdo como una alineación a los principios constitucionales, neutralizando la simple voluntad formal del empleador con el contenido material de la norma protectora.

El acuerdo de voluntades pareciera una ficción, sin embargo, la interpretación constitucional debe limitar el alcance del artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, la doctrina tradicional señala que durante el periodo de prueba cualquiera de las partes está facultada a extinguir la relación laboral sin indemnización ni previo aviso, esta postura

demanda su revisión debido a que esto repercute seriamente en la protección de la estabilidad laboral, que con la creciente falta de empleo requeriría una justificación razonable acerca del motivo del cese.

Esta laxitud regulatoria del periodo de prueba promueve una mala praxis empresarial, pues se fomenta rotaciones abusivas de trabajadores bajo la figura del periodo de prueba, lo que conlleva a eludir responsabilidades y sobre todo afectar severamente el principio de continuidad. Esta práctica fraudulenta perpetua la inestabilidad laboral, y continuará a menos que se le imponga al empleador consecuencias jurídicas que limiten la continuidad cíclica de ceses en periodos de prueba sin justificación.

Se debe dejar de lado la definición tradicional del periodo de prueba que ampara esta etapa inicial y obligatoria bajo definiciones de aptitud y conveniencia, preponderante hacia el empleador; y, por el contrario, se debe integrar una exigencia material de razones válidas para la desvinculación, en la que el periodo de prueba sea visto como una etapa de examen cuyo resultado sea fruto de un desarrollo sustentado en razones suficientemente válidas y con justificaciones argumentativas que alineen la norma al principio de justicia.

Con base de todo lo indicado, la definición legal vigente, conforme lo tiene regulado el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, sería: “etapa inicial y obligatoria del contrato de trabajo que atraviesan trabajador-empleador con fines distintos. Del lado del empleador, apreciar la

aptitud profesional y personal del trabajador; y, del lado del trabajador, apreciar las conveniencias de las condiciones de trabajo, sin que suponga una indemnización o necesidad de preaviso para finalizar la relación laboral en cualquier momento”. Esta definición, responde al estado de la cuestión actual, a la luz de nuestra normatividad vigente. No obstante, y dada la preocupación de que esta definición merece enfocarse al compás del principio de la proscripción de la arbitrariedad, y como tal, integramos a la definición propuestas lo siguiente; “etapa inicial y obligatoria del contrato de trabajo que atraviesan trabajador-empleador con fines distintos. Del lado del empleador, apreciar la aptitud profesional y personal del trabajador; y, del lado del trabajador, apreciar las conveniencias de las condiciones de trabajo, sin que suponga una indemnización o necesidad de preaviso para finalizar la relación laboral en cualquier momento; siempre que se dé razones válidas para ello”. Definición, que la iremos sustentando en el desarrollo de este trabajo, máxime, si el empleador no pierde ningún atributo en su calidad de tal, si decide dar por terminada la relación laboral, ofreciendo argumentos que justifiquen la decisión adoptada.

C. Características del periodo de prueba

El periodo de prueba como institución jurídica requiere una clarificación conceptual. La doctrina hace referencia a características, elementos o sinónimos Salas Franco (1997, pp. 344-349), More Benavente (1965, p. 110) y De Ferrari (1969, p. 40). Sin

embargo, se debe señalar que si se opta por elementos éstos deben poseer la suficiente identidad que en conjunto nos conduzca a referirnos a la figura jurídica en cuestión; y, bastaría que falte algunos de sus elementos, para que ya no se pueda hablar del comentado instituto, porque estaríamos ante otro producto jurídico.

Insistimos, hablar de elementos de una determinada figura jurídica, es referirnos a todos aquellos “ingredientes”, necesarios e indispensable que da una determinada configuración y no otra, porque, posee una estructura específica y/o puntual que, al no ser así, no es posible denotar con seguridad al denominado periodo de prueba, porque arroja otro resultado.

En segundo lugar, si identificamos al instituto jurídico por sus características, lo que estamos diciendo de ella son sus cualidades, o sus propias circunstancias que permite distinguirla, es decir, sus características le construyen un sello individual. En esa perspectiva, los caracteres de una determinada figura, pueden ser pocas o muchas, pero que ante cualquier omisión de algunas de ellas no hace que estemos hablando de otra cosa, sino de lo mismo, en este caso del periodo de prueba.

En esa perspectiva, optamos por identificar a la figura jurídica periodo de prueba, por sus características, y son: sujetos

(trabajador-empleador), objeto, causa o fin, forma, duración y extinción⁴, los cuales iremos desarrollando uno a uno.

a. Sujetos

El binomio, El binomio trabajador- empleador es la esencia estructural del contrato de trabajo, y se encuentra presente en todo momento (Alonso García, 1975.p. 461). Esta dualidad establece una relación jurídica donde una parte aporta fuerza y trabajo y la otra otorga una contraprestación; en este sentido la superación del periodo de prueba se manifiesta como una condición para la continuidad de esta relación bilateral. Por ende, la ley debe reconocer y proteger esta bilateralidad, sobre todo en la etapa inicial de este contrato donde la asimetría de poder amenaza la libre voluntad del trabajador; y si existiera algún intento de fracturar esta relación, este debe ser neutralizado por el ordenamiento jurídico.

Esta bilateralidad vista por el positivismo incluyente como un axioma del contrato laboral debe ser reconocida legalmente para ser material y no solo formal; por lo tanto, la ley debe asegurar que tanto la contraprestación como la continuidad reflejen la dignidad del trabajador evitando que el mal uso de esta bilateralidad oculte una relación de subordinación económica.

⁴ Alonso García (1975, pp. 458-466) lo desarrolla bajo la nomenclatura de elementos (sujetos, objeto, causa, forma y término); sin embargo, consideramos que más apropiado es referirnos como características, por las razones ya señaladas.

Las modernas modalidades contractuales como la intermediación laboral (Ley N.º 27626), la terciarización (Ley N.º 29247), el teletrabajo (Ley N.º 31572), no excluyen la bilateralidad funcional, por el contrario, esta persiste articulándose en la búsqueda del verdadero empleador. La ley debe cuidar de que el uso indebido de estas modalidades contractuales encubra la relación directa trabajador -empleador, transfiriendo la calidad del empleador y las responsabilidades a la empresa usuaria o principal.

La solidez del concepto de empleador ante la innovación contractual constituye una estrategia jurídica fundamental sobre todo en los casos en los que las modalidades de contratación indirecta distorsionan la bilateralidad; la continuidad y estabilidad del trabajador van a depender de la identificación correcta del sujeto obligado y reforzando la tutela de los derechos fundamentales en el periodo de prueba, en base al principio de primacía de la realidad y al principio protector, asegurando los derechos del trabajador aunque se encuentre vinculado a una empresa intermediadora.

b. Objeto

El objeto del periodo de prueba nos conduce a la pregunta cuál es el objetivo, o finalidad que persigue la figura citada. La respuesta debe ser lo suficientemente sólida para justificar su ejercicio al extremo de consentir su intervención en la relación

laboral que desde el día uno, que viene impregnado del principio de continuidad como soporte del derecho a la estabilidad en el empleo envuelto con el derecho al trabajo que garantiza el artículo 22 de nuestra constitución.

Para identificar entonces el objeto del periodo de prueba, podemos obtenerla a partir de las siguientes interrogantes: ¿Qué busca el trabajador? Y ¿que busca el empleador?

El trabajador busca acceder al puesto de trabajo, Identificar las condiciones económicas (contraprestación por el servicio que va a desarrollar) e Identificar su desarrollo profesional. Mientras que el empleador busca cubrir el puesto de trabajo disponible, Identificar la aptitud y capacidad del trabajador en el puesto que va a desempeñar y que le signifique un beneficio dentro de la actividad que desarrolla.

El propósito entonces, que persigue el periodo de prueba es que ambas partes: trabajador-empleador, desde sus propios intereses, se sometan a un periodo de evaluación que les permitan consolidar el contrato de trabajo si la prueba ha sido positiva. Y como afirma Alonso Olea (1975, 461), esa prestación de servicios tiene que ser lícita, posible y determinada o determinable.

En ese horizonte, este periodo de evaluación, es precisamente un periodo de examen de ambos lados, cuyo ejercicio no debe perseguir otros fines que puede eventualmente desembocar en

la ilicitud o ejercicio abusivo del derecho cuando se recurre a la figura pretextando su uso que conduce casi siempre en la desprotección del derecho al trabajo y consecuentemente en la vulneración del derecho a la estabilidad laboral.

c. Causa

El Código Civil no contempla la definición de causa; sin embargo, contempla la denominación de fin lícito como una figura que se encuentra en la teoría general del acto jurídico usado en la práctica como elemento esencial para la validez del acto jurídico; además en el periodo de prueba al ser parte de un contrato de trabajo, visto este como acto jurídico, este debe tener el fin lícito contemplado en el artículo 219.4 del Código Civil.

La finalidad del periodo de prueba como fin lícito en el ámbito laboral sirve para seleccionar al mejor trabajador; no obstante, para evitar la nulidad de este fin se debe procurar su respaldo con una norma más objetiva que evite su cuestionamiento judicial por desaprobación a un empleado basándose en la subjetividad del empleador en lugar de tomar en cuenta criterios objetivos.

Alonso García (1975), desarrolla la naturaleza jurídica de la causa, y propone la aceptación del contrato de prueba como relación autónoma y la naturaleza doble de la causa (como función social y económica), lo que lo diferencia del contrato de

trabajo; agregando el valor de la experiencia a la contraprestación económica. (p.462).

d. Obligatoriedad

El establecimiento del periodo de prueba dentro del contrato de trabajo, solo será posible si es por mandato legal. De no existir ley que exija su sometimiento, el trabajador no estará obligado a cumplirlo, porque en nuestro concepto, es una limitante que afecta el derecho a la estabilidad laboral, y en ese orden también afecta el derecho al trabajo consagrado en los artículos 22 y 27 de nuestra Constitución. De tal modo, que si la política laboral es de no imponer ese periodo experimenta en la fase inicial, ello no impide el nacimiento del contrato de trabajo.

En nuestro caso, los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada están obligados a someterse al periodo inicial del contrato de trabajo, por mandato expreso del artículo 10 de la Ley y artículo 16 de su reglamento. No será obligatorio, si las partes así lo acuerdan por escrito.

Cuando se trata de un periodo un periodo de prueba convencional, este debe constar por escrito.

e. Forma

Consideramos que nuestra legislación es muy escueta al tratar esta fase inicial del contrato de trabajo y solo lo hace en el

artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR y artículos 16 y 17 del su reglamento aprobado mediante D.S. N.º 001-96-TR.

Conforme con nuestra normativa laboral, el periodo de prueba al ser de carácter obligatorio para todo trabajador, puede adoptar la forma verbal o escrita, así también lo hace notar Alonso García (1975, p. 462).

Solo es obligatorio que sea por escrito cuando se trata del periodo de prueba convencional, es decir, cuando las partes contratantes pactan la ampliación del plazo, siempre que la naturaleza de la labor a cumplir lo requiera.

f. Duración

Si nos referimos al periodo de prueba legal, el plazo es de tres meses; si se trata del periodo de prueba convencional, el trabajador de confianza puede pactar su ampliación hasta seis meses; si es trabajador de dirección su ampliación puede ser hasta un año.

El periodo de prueba legal lo cumplen todos los trabajadores sin excepción. Sin embargo, en el caso del periodo de prueba convencional, la ampliación del plazo está sujeta al acuerdo escrito celebrado entre las partes, siempre que esa ampliación esté debidamente justificada en razón de la capacitación o adaptación en la labor a cumplir o también porque ella es compleja o es poseedora de algún grado de responsabilidad.

La duración del periodo de prueba está sujeta a cada ordenamiento jurídico, por lo cual se pueden encontrar diferentes periodos. (Hernández Tovar, 1971, p. 333). Sin embargo, cualquiera que sea su duración, el periodo de prueba debe responder a la idoneidad, aptitud y adaptación del trabajador, ya que no podría prolongarse más allá de lo estricto como lo precisa Martín Valverde (1976.p. 299).

D. Efectos jurídicos

a. Es un periodo generador de derechos laborales

Desde el primer momento en que se ejecuta el periodo de experimentación, existen obligaciones y deberes de ambas partes. Del lado del trabajador, prestar sus servicios como lo hace cualquier trabajador que tiene garantizada y ganada su estabilidad laboral, es decir, cumplir con una jornada de trabajo establecido por el empresario, acatar las órdenes del empleador relacionado con el contrato de trabajo, entre otros. Del lado del empleador abonar las remuneraciones como contraprestación de las labores efectuadas en su favor, reconocer los derechos sociales a que tiene derecho todo trabajador en general, cumpliendo los requisitos para alcanzar aquellos (CTS, Vacaciones, gratificaciones, etc.).

b. Pone límites a la estabilidad laboral

El efecto directo e inmediato, que provoca la implementación del periodo de prueba, es poner barreras al derecho a la estabilidad en el empleo que propende todo trabajador, como fuente de ingresos económicos para subvenir sus necesidades y la de su familia.

La protección ante esta facultad arbitraria del empleador se encuentra medianamente descrita en el artículo 27 de la Constitución, que señala la adecuada protección contra el despido arbitrario; de modo pues, que superado el periodo de prueba, el trabajador puede recién asegurar su puesto de trabajo.

Nada habría que objetar, si la prueba resulta negativa, producto de una evaluación objetiva y sin ningún sesgo que ponga de manifiesto que en efecto el trabajador no posee las condiciones que busca el empleador para el puesto de trabajo. Sí devendría en ilegal poner límites a la estabilidad laboral cuando el trabajador supero satisfactoriamente la evaluación y no es admitido en el empleo por decisión unilateral del principal.

c. Extinción

El periodo de prueba en el contrato de trabajo posibilita una evaluación recíproca por parte del empleador como del trabajador para consolidar la relación, pero también permite que

se de una extinción unilateral sin indemnización si en caso la prueba no resulte satisfactoria para el empleador. Esta premisa, avalada por la normativa nacional, le confiere al empleador una posición en situación de dominio y la facultad de romper el vínculo laboral en el momento que lo desee sin expresión de causa.

Al respecto surge una discrepancia crucial puesto que una parte de la doctrina sostiene que existe una irresponsabilidad absoluta y la otra parte, representada por De Ferrari (1996) rechaza esta solución y sostiene que el predominio patronal no debe estar exento de responsabilidad si se prescinde los servicios del trabajador en forma inmotivada (pp. 34-36).

Estas posiciones discordantes generan tensión entre la evaluación del periodo y la prohibición constitucional de la arbitrariedad, optando la posición del positivismo incluyente se debe rechazar la irresponsabilidad, puesto que la validez formal de la extinción no puede subsistir si esta contraviene la dignidad del trabajador. El sistema jurídico debería exigir que la extinción este vinculada a una causa objetiva relacionada a la insuficiencia de aptitudes, debidamente acreditada.

Continuando con la discrepancia que genera el periodo de prueba, esta encuentra su eje central en la permisibilidad del empleador para extinguir el vínculo sin fundamento justificable, lo que convierte al periodo de prueba en un poder discrecional y arbitrario que atenta contra la estabilidad de la relación

contractual, como bien lo advirtió De Ferrari (1969). Además, es preciso considerar que este ejercicio abusivo desnaturaliza los fines de la prueba y a su vez vulnera la dignidad del trabajador, sobre todo cuando el ejercicio abusivo va acompañado de razones inválidas o falta de razones.

En este caso, la motivación como barrera a la arbitrariedad contribuye al respeto a la dignidad y previene el uso fraudulento del periodo de prueba, la motivación debe ser vista como un requisito de validez material de la extinción. Dieguez (1998) señala que la facultad resolutoria absoluta contradice el objeto de prueba (p. 189). De otro lado, Guerrero (1963) refiere que la motivación positiviza la vinculación moral del derecho y le permite al trabajador demandar tutela judicial efectiva a su derecho (p. 68).

Con lo indicado precedentemente, se puede concluir que la inclusión de la motivación es necesaria a la facultad discrecional del empleador, de tal modo que esta postura argumentativa evite la instrumentalización del periodo de prueba. Valverde (1976) sostiene que el despido durante la prueba debe tener justificación en la falta de aptitud o adaptación, admitiendo una revisión judicial de fondo. (p.299). Exigir razones válidas no implica necesariamente una indemnización automática; sin embargo, genera responsabilidad al empleador al prescindir del servicio inmotivadamente. La exigencia de una justificación

válida promueve el paso de una potestad discrecional a una potestad reglada que alinea la legislación vigente con el principio de proscripción de la arbitrariedad. De Ferrari (1996) señala que la consecuencia jurídica de la falta de justificación debe ser la declaración de nulidad del acto extintivo que se equipara a un despido arbitrario y garantizar que el trabajador no quede desamparado.

2.2.8. La relación laboral desde el enfoque convencional y constitucional

A. La relación laboral y el contrato de trabajo

En el ámbito laboral, la interacción jurídica se articula mediante la relación trabajo y/o contrato de trabajo, que se materializa mediante el acuerdo de voluntades para la prestación. (Cueva, 1982, p. 184) y se puede contratar para una ejecución futura. Pero, la relación de trabajo se da de manera inmediata y efectiva en el momento en que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza laboral (Nikisch, citado por Caldera, 1990, p. 263).

Esta prestación efectiva es el núcleo central del derecho laboral, que habilita la directriz ejercida por el empleador y obliga a la contraprestación. Caldera (1960) señala que puede darse el caso de un contrato sin relación laboral, pero toda relación laboral subyace en un contrato (p.263).

Por tanto, la prelación conceptual de la relación sobre el contrato trae consigo un profundo análisis del vínculo laboral, que señala que el contrato de trabajo no ostenta el centro de la construcción jurídica del derecho del trabajo, aunque mantiene una relevancia innegable, la potencia de la relación de trabajo supera la existencia de un contrato escrito para garantizar los derechos (Caldera 1960, pp. 260-261), la ejecución inmediata del contrato trae consigo una bloque inescindible y objetivado por la prestación personal de servicios. En los casos de prestación futura se habla de una disociación temporal y se activa la relación laboral al materializarse la prestación. El reconocimiento de la prevalencia de la relación asegura que los derechos del trabajador no dependan de la existencia o perfección de un documento, sino de la ejecución subordinada de la prestación personal en beneficio del empleador.

La relación laboral adquiere pues una fuerza normativa superior que trasciende la mera formalidad contractual, y se erige como fuente primaria de garantía de los derechos laborales del trabajador que provee de fuerza de trabajo al servicio del principal. Esta supremacía impone reconocimiento del ordenamiento jurídico al vínculo trabajador- empleador, independientemente de los acuerdos preliminares que se adopten.

De este modo el empleador ejerce su poder sobre la base de un marco protector del derecho laboral que le prodiga al trabajador desde el momento cero de la prestación, y de la cual emergen los

derechos de continuidad y estabilidad. La relación de trabajo es elevada a la categoría de fuente normativa.

B. El contrato de trabajo, fuente del derecho al trabajo desde el enfoque convencional y constitucional

a. Enfoque convencional

La relación laboral al traducirse en el contrato de trabajo como hecho constitutivo del trabajo subordinado (De la Cueva, 1982, p.188) posee implícitamente el derecho al trabajo con su naturaleza ineludible. Este derecho surge de la propia relación cuenta con un nutrido bloque de garantías supranacionales que confirman su carácter fundamental.

Instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 23.1), el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 6.1) pregonan el el derecho al trabajo en condiciones de equidad, de protección contra el desempleo y de libre elección. Estas fuentes internacionales bajo el paradigma del positivismo incluyente son reconocidas como instrumentos que dotan al derecho interno de un contenido material en contraposición a la legislación ordinaria.

Se establece una vinculación del contrato como forma y del derecho al trabajo como contenido esencial que debe ser incorporado al derecho interno para ostentar una fuerza normativa directa traducida en políticas activas de empleo. La soberanía del Estado le permite adoptar compromisos internacionales

materializados en la suscripción de tratados (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 17), cuya entrada en vigor requiere cumplimiento obligatorio en todos los estamentos públicos y órganos jurisdiccionales; esta obligatoriedad encuentra su fundamento en el artículo 55 de nuestra Carta Magna que determina la integración de los tratados internacionales como parte del derecho nacional, y que los órganos del Estado se someten a los tratados y se obligan a no desfigurar sus objetivos y fines (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 9). En este mismo sentido, el Protocolo de San Salvador se reviste de particular importancia al garantizar la estabilidad de los trabajadores y del derecho a la indemnización o readmisión en caso de despido injustificado (Art. 7, literal d), de este modo se interpreta como un mandato de contenido que condiciona la validez de la legislación peruana sobre el despido.

Por otro lado, el control de convencionalidad surge como un instrumento necesario que garantiza la aplicación directa y la supremacía del derecho internacional de los Derechos Humanos que se nutre de la Convención Americana y sus protocolos. En este sentido resulta de trascendental importancia el rol de los operadores de justicia por la complejidad que resulta administrar justicia y la exigencia de la interpretación jurídica en base a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Asimismo, se ejerce control de convencionalidad sobre

determinadas normas cuando su contenido afecta directamente a la convención, como en el caso de la ley de Amnistía-Barrios Altos (Landa Arroyo, 2016, pp. 32-33). Este control garantiza la protección de la estabilidad laboral.

b. Enfoque constitucional

El abordaje constitucional de la relación laboral demanda un reconocimiento histórico que se consolida con las constituciones de Querétaro (1917) y Weimar (1919), elevando los derechos laborales a rangos supremos y dando inicio a la constitucionalización del Derecho del Trabajo (Boza Pro, 2011). Esta trascendencia ha generado consecuencias relevantes en el ordenamiento jurídico, dando protección a los derechos laborales ante una desfiguración legislativa, ante lo cual la constitución ha establecido un límite infranqueable (Ermidas, citado en Boza Pro, 2011, p. 25-26). Esta elevación jerárquica convierte el trabajo en el eje central del derecho constitucional del trabajo (Blanca Bustamante, 2007, p. 78), postergando la autonomía de la voluntad privada en favor de la predeterminación de los derechos fundamentales del trabajador (Blanca Bustamante, 2007, p. 14).

Aquí se destaca a la constitucionalización como acto de poder transformador de la norma laboral, que incorpora valores sociales (Monereo, citado en Blanca Bustamante, 2007, p. 80) exigiendo que la ley no sea sustancialmente distinta de lo que la Constitución requiere; esta fuerza vinculante limita que la legislación ordinaria reduzca las garantías mínimas. El contexto

nacional exhibe una histórica contradicción en la protección laboral; por un lado, la Constitución de 1979 plasmó un reconocimiento significativo con dieciséis artículos, la Constitución de 1993, por el contrario, minimiza la dimensión axiológica y ubica a los derechos en el capítulo de derechos sociales y económicos con ocho artículos y un contenido laxo reflejando una doctrina neoliberal (Ochoa Cardich, 2020, pp126-127). A pesar de esta reducción formal no se ha extinguido el sustrato tutelar, pues el modelo constitucional actual mantiene un carácter democrático equilibrado y dinámico que demanda la intervención tutelar del Estado en las relaciones laborales.

Esta involución constitucional formal, no ha logrado desaparecer el valor de la protección laboral (Sanguinetti Raymond, 2007, p. 26). La judicatura constitucional ha desempeñado un rol fundamental y proactivo, extrayendo los valores protectores que subyacen en la Carta de 1979 (Ochoa Cardich, 2020, p. 126). Fallos emblemáticos del Tribunal Constitucional como el del Expediente N.º 1124-2001-AA/TC sobre el despido incausado han dinamizado el derecho laboral, reconfigurando el derecho al trabajo y aplicando límites efectivos a la ley. Este activismo judicial garantiza la permanencia del sustrato democrático superando la neoliberalidad y asegurando la intervención tutelar del Estado. Se incorpora el valor de la protección como norma vinculante mediante el control de constitucionalidad, resaltando la función correctora de la jurisprudencia.

2.2.9. La precarización del trabajo

Las transformaciones sociales y tecnológicas han traído consigo desigualdad y precarización en el empleo, que ha afectado seriamente las relaciones laborales; sobre todo en la pérdida de derechos del trabajador y la inestabilidad contractual generada por la discrecionalidad del empleador durante el periodo de prueba. La insuficiencia de normas que regulen el periodo de prueba y su adaptación a la dinámica del mercado, se han tornado ineficaces frente al auge de las modalidades atípicas de contrato, que debilitan al contrato a plazo indeterminado y con la garantía de la preservación del puesto de trabajo, lo cual ha ido generando injusticia moral y social traducida en una precarización del trabajo y la erosión de los derechos sociales.

El derecho del trabajo surge precisamente en esa pugna capital trabajo que le es inherente una relación asimétrica entre patrono-trabajador imposible de equilibrar; sin embargo, el ordenamiento jurídico laboral de algún modo busca compensar esa desigualdad con normas protectoras dirigidas a la parte más débil de la relación laboral cuyo contenido se ha venido a menos bajo el embate de reformas laborales plenamente flexibilizadoras, bajo la excusa de no perder competitividad en el mercado, pero que en la realidad de los hechos han generado fraudes laborales que ha alimentado inestabilidad laboral y por consiguiente un debilitamiento del contrato de trabajo que por excelencia es de naturaleza indeterminada; es decir, nace

para fortalecerse en el tiempo y ello implica necesariamente el respeto a la conservación del puesto de trabajo (derecho a la estabilidad), que en gran medida compromete que la ley otorgue al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

El escenario actual, con la norma regla en cuestión, el contrato de trabajo padece de una severa precarización, al que urge brindarle garantías a los acordes de los principios y valores reconocidos en los artículos 1, 22, 23 y 27 de nuestra Carta Política, a fin de dotarle de un contenido normativo válido para solucionar las lagunas mediante la ponderación de principios constitucionales. .

2.2.10. El Derecho de Empresa

En el Perú el derecho de empresa se institucionaliza a partir de 1979 y se perfecciona con la Constitución de 1993, que garantiza la libertad de empresa el comercio y la industria enmarcado en el modelo de economía social de mercado (Art. 58 y 59). Esta libertad le otorga al empleador atribuciones esenciales para la actividad productiva, donde se incluye la facultad de dirección, organización y planificación (Exp. N.º 03116-2009-PA/TC). Sin embargo, esta libertad fundamental no es ilimitada, su ejercicio está sujeto al ordenamiento jurídico y no debe ser lesivo a la moral, salud o seguridad pública. Por lo tanto, el poder de directriz del empleador se ve condicionado por los límites de la Constitución en favor del interés social y la protección del trabajador.

Esta libertad de empresa como un derecho reglado, no absoluto, no debe subordinar los derechos laborales al poder empresarial, al extremo de anularlo: La garantía constitucional que se le otorga a la empresa debe coexistir con el respeto al derecho al trabajo, imponiendo en la legislación laboral la tarea de diseñar mecanismos que concilien ambas esferas sin sacrificar la parte débil de la relación laboral.

La libertad de empresa abarca cuatro vertientes esenciales, destacando la libertad de organización que abarca la libertad de contratación de personal y la libertad de cesar actividades (Exp. N.º 3330-2004-AA). La libertad de libre contratación debe sujetarse a los cánones del respeto del derecho al trabajo que protege la subordinación. Por tanto, proponer una limitación razonable al uso del periodo de prueba no afecta la libertad de empresa ni de la contratación siempre que se respete el objeto de la figura; esta modulación se justifica por un interés supremo que es la protección de un sector significativo de la comunidad: los trabajadores, que ven vulnerado su estabilidad bajo una regulación laxa. Esta contingencia social como justificación al límite de la libertad contractual sujeta al orden público y a fines lícitos desarrollada en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución, exige parámetros de verificación objetiva para el periodo de prueba como una discrepancia compensatoria que equilibra la desigualdad manifiesta entre el patrón y el trabajador.

De este modo el periodo de prueba como institución jurídica inserta en el contrato de trabajo concebido para beneficio del empresario, generando asimetría que se mediatiza por la escasez de puestos y las condiciones salariales. Al igual que More Benavente (1965) coincidimos al señalar que en el periodo de prueba se condiciona la adquisición del derecho a la estabilidad del trabajador, generando una falta de equilibrio real y vacía y evidenciando una desviación teleológica que beneficia al poder patronal. Esta distorsión funcional del periodo de prueba se basa en el interés empresarial y su libre albedrío; por consiguiente, una modificación normativa debe considerar parámetros de verificación objetiva que someta y desvincule el periodo de prueba eliminando el libre albedrío del empleador, aun cuando el trabajador haya superado los perfiles del puesto, esta reforma no pone en riesgo la actividad económica no afecta los atributos del empresario, por el contrario, tiene incidencia en las expectativas del trabajador, fortaleciendo la confianza en el sistema y armonizando la libertad de empresa con la función social del trabajo. Esta intervención legislativa como necesidad social contribuye a la seguridad jurídica y a la expectativa de continuidad del trabajador, elevando el estándar de protección contra la arbitrariedad.

Es fundamental racionalizar el proceso de extinción durante la prueba, considerando la exigencia de objetividad sobre la subjetividad patronal. Esta exigencia garantiza que la decisión incida directamente en las aptitudes del trabajador y no en motivos discriminatorios o ajenos, centrándose en el objeto de la prueba y asegurando su uso

transparente y apropiado en los contratos a plazo fijo e indeterminado. La supeditación de la facultad resolutoria del empleador a la demostración objetiva fortalece el derecho a la estabilidad, considerando la racionalización de la extinción como eje primordial de la reforma que debe ser positivizada con criterios claros acerca de la razón objetiva del cese.

A. La libertad de empresa como contenido de la libertad de contratación del empleador

Si bien la libertad de empresa, ciertamente, se encuentra prevista en el artículo 59 de nuestra Carta Magna, no menos cierto es que el TC ha precisado en el Exp. N.º 3330-2004-AA que el contenido de este derecho, entre otros, está referido a la libertad de contratación de personal, pues es un atributo natural, precisamente porque como propietario de su unidad de producción esta se mueve con el capital humano necesario que el empresario lo selecciona según sus propios requerimientos y necesidades. Asimismo, el artículo 62º de la constitución consagra el derecho de las partes a la libertad de contratar, entendida como la facultad de celebrar y fijar libremente el contenido de los contratos.

Sin embargo, como bien decíamos antes y como es sabido ampliamente ya, ningún derecho es absoluto o ilimitado, todos se ejercen en armonía con la moral, la salud y seguridad públicas. Además, el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la libertad de contratación debe ejercerse respetando otros derechos,

igualmente, consagrados en la constitución, en este caso el derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, previstos en los artículos 22 y 27 de la carta magna.

Entonces, la exigibilidad del periodo de prueba en los contratos de trabajo a plazo fijo e indeterminado deben, necesariamente, tener presente la proscripción del ejercicio abusivo del derecho y superar el principio de razonabilidad, a efectos de justificar de manera adecuada su imposición y ejecución en el inicio de la relación laboral. Siendo que, la exigibilidad de ambos principios, en modo alguno significa entrar en conflicto con el derecho de empresa, y la libertad de contratación, dado que, como se ha dicho, los derechos del empresario encuentran sus límites en el interés social, como es el caso de la protección de un sector importante de la comunidad, que la constituye la parte débil de la relación laboral, específicamente del trabajador, asimismo la contratación se debe enmarcar sobre bases de contenido lícito que no contraríen las leyes de orden público, en ese contexto en el desarrollo de la relación laboral en periodo de prueba, subyace un contrato de trabajo oral o no escrito, que es la regla en los contratos de naturaleza indeterminada, cuya celebración no puede ni debe estar teñido de motivaciones ilegales, como puede ser someter a prueba como pretexto, a un servidor para no incorporarlo en las planillas de trabajadores de la empresa, vulnerando el derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario. Hacerlo con motivaciones descritas, recurre de modo

automático el ejercicio abusivo del derecho, transgresión a los artículos 22, 23 y 27 y por conexión, el artículo 1 de la Constitución.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La contrastación de la hipótesis se desarrolla sobre la base de la ley, la doctrina, principios, dogmas jurídicos, así como la jurisprudencia. En este capítulo vamos a evaluar el cumplimiento de los objetivos propuestos para esta investigación, acorde a la postura iusfilosófica adoptada y los métodos empleados; para justificar si es axiológica y normativamente probable la necesidad regular del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado, en la legislación peruana vigente.

En ese contexto se sustentan los fundamentos jurídicos que justifican dicha regulación, para ello se partió de la hipótesis de esta tesis doctoral que es: “Los fundamentos jurídicos que justifican la regulación del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado en la legislación peruana vigente, son:

- a) Garantizar el principio de razonabilidad evitando el cese de la relación laboral mediante una decisión incausada.
- b) Protección adecuada contra el despido arbitrario.
- c) Protección de la dignidad y al derecho del trabajo del laborante en el periodo de prueba.
- d) El ejercicio de la libertad de contratación del empleador evitando el ejercicio abusivo de sus derechos.

En ese contexto, se hace necesario revisar la norma-regla haciéndose exigible el cumplimiento riguroso del “objeto”, que constituye una característica esencial de la prueba, y que el cumplimiento de este requisito no genera perjuicio alguno

a la libertad de empresa ni a la libertad de contratación del empleador y; por el contrario, permitiría una protección adecuada al derecho al trabajo, con su consiguiente garantía de protección contra el despido arbitrario y a su vez el respeto irrestricto de la dignidad del trabajador en el periodo de prueba.

Se aprecia su complejidad, por lo que ha sido dividida en sus componentes hipotéticos que, a su vez, están conformes con los objetivos planteados y son la división de este capítulo.

La contrastación de la hipótesis se ha realizado siguiendo los métodos jurídicos expuestos en el capítulo uno. En conjunto han permitido la redacción de las secciones que se presentan en este capítulo. El razonamiento seguido fue el siguiente, en las secciones del 3.1. al 3.4 se han producido un análisis conjunto de la postura que defiende en esta investigación (tesis) para lo cual se le ha enfrentado a supuestos que la contradicen (antítesis) y, luego de este debate, se ha presentado la postura principal de esta tesis en 3.4.

En cuanto al empleo del método dogmático, se centró en el análisis sistemático, lógico y formal de las normas jurídicas vigentes, para conocerlas e interpretar el articulado específico sobre el periodo de prueba (esencialmente, el artículo 10 del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Este método, en conjunto con el método hermenéutico permitieron que las razones presentes en la hipótesis: a, b, c, d no sean tomadas como invenciones sin fundamento, sino, por el contrario, como principios subyacentes que dan sentido a la norma y limitan su aplicación, evitando que se convierta en una herramienta de arbitrariedad; por lo que, existe una necesidad de regulación del

periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado. El método argumentativo, en su rol de herramienta lógica y discursiva permitió la exposición de resultados y discusión de todo este capítulo, se usó para validar esos fundamentos confrontándolos con la jurisprudencia, la lógica y los principios que forman parte de nuestra legislación (su aceptación se expuso en el marco iusfilosófico).

En conjunto, esta triangulación metodológica le da a la investigación una solidez incuestionable, pues no se basa en una sola perspectiva, sino que aborda el problema desde la letra de la ley, su espíritu y el análisis de las jurisprudencias existentes, las cuales se presentan gracias al discurso argumentativo expuesto en la parte correspondiente del método. De este modo el objetivo B se cumple en la sección 3.1.1., El objetivo A se cumple en las secciones 3.2.1 y 3.2.2. El objetivo C se cumple en 3.3. En el acápite 3.4. se cumple el objetivo D. Según las especificaciones del protocolo el objetivo final, el E, se cumple en el capítulo 4. Todo presentado según las observaciones realizadas por el jurado de esta tesis.

3.1. Análisis y Discusión respecto de los objetivos planteados en la investigación

3.1.1. Garantizar el principio de razonabilidad evitando el cese de la relación laboral mediante una decisión incausada.

Se recuerda que el primer objetivo específico es analizar el principio de razonabilidad como criterio adecuado para evitar el cese de la relación laboral mediante una decisión incausada y en las líneas siguientes se realizará su cumplimiento.

Es de advertir que el diseño normativo de la figura del periodo de prueba, en los términos que actualmente está vigente, exige su pronta revisión, a fin de imprimirle un contenido constitucionalmente válido y sea contributiva en la adecuada selección de personal, para los propósitos que persigue el empresario en el desarrollo de su propia actividad productiva, garantizada plenamente por los artículos 2.14 y 59 de la Constitución, colocando la mirada hacia al empleador. Empero, desde la ubicación del operario, también debe respetarse los derechos que le garantiza la Constitución, que para este caso está contenida en el artículo 27, con conexión del artículo 1, 22 y 23 de nuestra máxima carta política y jurídica.

Lograr, armonizar los derechos de ese binomio: capital trabajo o trabajador-empresario, a partir de los cambios que se deben incorporar a la norma-regla, exige un respeto al principio de razonabilidad, que en mayor magnitud recae en el lado empresarial.

El principio de razonabilidad, para el caso peruano viene establecido en la parte in fine de artículo 200 de la carta magna, y sobre el cual, el Tribunal Constitucional le ha sabido dar un contenido expansivo que irradie a todo el ordenamiento jurídico (Rubio Correa, 2005, p. 240). En esa medida al tratarse de un precepto constitucional, el TC, sostiene que: “La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal vincula al Estado y la sociedad en general” (Exp. N.º 1124-2001-AA/TC, p. 5); en esa dimensión, su observancia se extiende en la sociedad en forma vertical y horizontal, es decir el respeto le viene exigido a todas las autoridades, desde el

nivel más alto, hasta el nivel más bajo en la estructura organizativa del Estado. Del mismo modo, es exigible su observancia a todo ciudadano sin excepción, en el ejercicio de los derechos intersubjetivos.

Entonces pues, el empleador en el ejercicio de sus derechos subjetivos, y bajo la dirección y manejo de su propio negocio, debe y tiene que actuar en todo momento razonablemente. Que en los términos plasmados por el máximo intérprete de la constitución se debe entender como: “encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos” (Exp N.º 1803-2004-AA/TC, p. 12). Lo que implica actuar con la razón, en cada momento de nuestras vidas, y desde luego, aplicable también en el seno de la empresa que está nutrido de actividad humana.

Será entonces razonable, la actuación del empleador, someter al trabajador al periodo de prueba, para hallar, previo examen al mejor prospecto que contribuya con los objetivos que persigue en la organización empresarial. Ese periodo evaluativo, a que se encuentra el trabajador, no será objeto de ninguna clase de cuestionamientos, si expone los motivos debidamente sustentados, que ante la mirada o el escrutinio del resultado, por autoridad competente, se respalde la decisión adoptada. En esa medida, no existe posibilidad de invocar un despido por decisión incausada, pues se cuenta con todas las herramientas para respaldar el resultado negativo que produjo el trabajador y nada hay que proteger desde la perspectiva del derecho

subjetivo del trabajador, puesto que, no se ha vulnerado la garantía que la ley otorga al trabajador frente al despido arbitrario (artículo 27 de la Constitución).

El objetivo A se cumple en esta sección.

3.1.2. Protección contra el despido arbitrario

Esta garantía se encuentra consagrada en el artículo 27 de nuestra Constitución preceptuando que: “La ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario”. Con lo cual existe un mandato al legislador para diseñar la adecuada protección contra el despido arbitrario. Empero, el Alto Tribunal (Exp N.º 1124-2001-AA/TC, p. 12), ha destacado que sobre el dispositivo en mención se destacan tres aspectos, como son:

- a. Se trata de un “mandato al legislador”.
- b. Consigna el principio de reserva de la ley, a los efectos de garantizar la regulación de dicha protección.
- c. No determina la forma de protección contra el despido, sino que lo remite a la ley.

Dolorier Torres (2005, pp. 561-562), al abordar el estudio del artículo 27, puntualiza que el Tribunal Constitucional dota de mayor riqueza y contenido al artículo 27 cuando realiza una interpretación sistemática con el artículo 22; pues, mientras el artículo 22 alude a la conservación del empleo, el artículo 27 está referido al derecho a la estabilidad laboral de salida, que supone una prohibición al despido injustificado o arbitrario.

De otra parte, el Tribunal Constitucional (Exp N.º 976-2001-AA/TC), para dotarle de contenido al derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario ha puesto de relieve que dicha protección no puede limitarse solo al carácter indemnizatorio ante un cese arbitrario, pues resulta insuficiente para satisfacer el requerimiento contenido en la Constitución, por ello, para preservar el contenido esencial del derecho constitucional, ensancha la protección sobre dos ámbitos:

a. Ámbito sustantivo, que a su vez comprende:

a.1 carácter preventivo.

a.2 carácter reparador.

b. Ámbito procesal, que comprende:

b.1 eficacia resarcitoria.

b.2 eficacia restitutoria.

Sustantivo preventivo: La ley debe establecer que no se puede despedir arbitrariamente a un trabajador, sino mediante causa justa prevista en la ley y debidamente comprobada

Sustantivo reparador: La ley no evita que se produzca el despido, limitándose a reparar económicamente ese hecho.

El régimen procesal resarcitorio: El trabajador gana el juicio por despido arbitrario, pero no obtiene su reposición sino solamente una indemnización.

El régimen procesal restitutorio: restablece las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, esto es su reposición al empleo.

Bajo los presupuestos desarrollados, cualquier intento por dificultar el derecho a la estabilidad laboral, conduce a la negación del precepto normado en el artículo 27 y por tanto al derecho al trabajo.

En tal sentido el ordenamiento jurídico interno debe encaminarse en esa dirección, siendo ello así, el artículo 10 del Decreto Supremo 003-97-TR no armoniza con el precepto constitucional del derecho al trabajo (en su aspecto de conservar el empleo, que tiene reflejo directo con el derecho al trabajo), toda vez que el diseño normativo resulta muy abierto y sin ninguna clase de parámetros.

Entonces entra en juego el derecho a la estabilidad, que subsiste en la medida que se haya superado el periodo de prueba a partir del cual la constitución ofrece protección adecuada, sin embargo nuestro análisis se adentra en el contenido normativo previsto en el artículo 10 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, que no establece límites de actuación para el empleador, dado que en la fase de ejecución del periodo de prueba el empleador no tiene obligación de ofrecer razones para proceder a resolver la relación laboral, pese a que como afirma Ríos Holguín (2010) el trabajador “cuente y demuestre todas las capacidades personales y profesionales requeridas por su empleador y haya superado todas las pruebas establecidas” (p. 181), lo cual pone en evidencia una desprotección del derecho laboral que por esencia es tuitivo del trabajador y a su vez el derecho a la estabilidad previsto en el artículo 27 no puede ser comprendida si no es en armonía con el artículo 22, que consagra el derecho al trabajo,

pues no se puede pretender exigir una estabilidad en el empleo, si no existe el empleo (trabajo). Consecuentemente la norma que regula el periodo de prueba debe contener parámetros precisos que impidan vaciar de contenido al derecho al trabajo y su adecuada protección contra el despido arbitrario.

En ese sentido siguiendo a Castillo Montoya (2008):

resulta necesario que, en el contrato se establezcan claramente los factores o referente objetivos que el trabajador debe cumplir, los cuales realizados positivamente deben conducir a garantizar la permanencia del trabajador en la empresa y que, en caso de ser necesarios dichos factores puedan ser objetos de revisión a nivel judicial. (p. 186)

Sólo así podemos ejercer algún tipo de control contra la arbitrariedad y las razones ajenas a la finalidad del periodo de prueba que pueda provocar el empleador.

Por todo ello, el contenido previsto en el artículo 27, permite brindar una protección sobre la base de los ámbitos previstos, y será el trabajador quien optará por el tipo de protección que busca, con lo cual estaríamos ante una adecuada protección contra el despido arbitrario, que de presentarse en el examen de prueba, una lesión al derecho fundamental, regulado y sancionado en el artículo 27, estaría habilitado el trabajador para elegir el carácter indemnizatorio o restitutorio, según él decida.

3.1.3. Necesidad de la regulación del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado en la legislación peruana vigente

En este apartado, se va a desarrollar el objetivo planteado, que trata sobre la regulación del periodo de prueba a fin de demostrar que este es insuficiente para lograr una protección adecuada contra el despido arbitrario. De ahí que se trabajen las nociones previas para hacer notar que existe esta necesidad de modificación necesaria y urgente en la norma-regla que implementa el periodo de prueba en los contratos de trabajo a plazo fijo e indeterminado en la legislación peruana con claro objetivo de equilibrar los intereses de empleadores y trabajadores, garantizando derechos y evitando abusos.

Reiteramos que el periodo de prueba tiene 97 años de existencia en el Perú y ha pasado por cuatro constituciones; sin embargo, es inamovible el diseño pluriofensivo del empleador, provocado por la norma-regla y que inciden directamente en el cese de la relación laboral configurando un despido lesivo de derechos fundamentales.

Desde la constitución de 1979 y ahora con la constitución de 1993, hubo un fuerte influjo de pintar nuestra sociedad con alto contenido de un Estado de derecho Social, que se tradujo en el fortalecimiento de medidas legislativas orientadas a proteger inicialmente al menor trabajador y a la mujer, supuso un ligamen muy estrecho en la formación del derecho del trabajo (Blancas Bustamante, 2001, p. 32). En su momento Peter Haberle (como fuera citado por Blancas Bustamante, 2001, p. 35), puntualiza que, enriqueciendo el modelo de

Estado Social de derecho, se tendría un elemento esencial en el conjunto del Estado Constitucional y añade:

la justicia social está presente en un Estado Constitucional, y pone de manifiesto un hecho histórico, evidente que el Estado Social de Derecho resurge como una necesidad insoslayable de incorporar en las Constituciones nuevos derechos con alto contenido social, en beneficio de ese segmento que comprende el derecho laboral (Blancas Bustamante, 2001, p. 35).

En esa perspectiva histórica, aunado a que el Estado Peruano, se inscribe en el marco jurídico-constitucional de constituirse como un estado Social de Derecho y a su vez un Estado Constitucional; obliga, bajo estas circunstancias nutrir a las instituciones jurídicos laborales precisamente de los principios y valores contenidos en la Constitución. Es pues, imperativo auscultar detenidamente la estructura de la norma-regla.

La regulación del periodo de prueba señalado en el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, persigue teleológicamente un equilibrio de intereses, desde el lado del empleador, este busca la salvaguarda de su libertad de contratación y dirección, tal como lo señala la Constitución en sus artículos 62 y 59, evaluar la idoneidad, conocimiento y aptitud del trabajador antes de que se consolide la relación laboral; con este procedimiento se estaría previniendo la contratación que no se ajuste a los requerimientos y fines de la empresa.

Sin embargo, nace la preocupación por la arbitrariedad y el abuso cuando se genera un estado de incertidumbre para el trabajador,

afectando su dignidad, consagrada en el artículo 1 de la Constitución, y su potencial derecho al trabajo cuando no se le exige al empleador la motivación objetiva de la decisión de cese, aún en el periodo de prueba. La jurisprudencia, reconoce la necesidad de un estándar mínimo de motivación para proteger los derechos laborales, como el caso de STC N.º 05012-2009-PA/TC.

La matriz constitucional del derecho laboral está presente en el periodo de prueba; sin embargo, la no permisión al trabajador de impugnar un cese sin causa objetiva, coloca a éste en situación de indefensión que atenta contra su derecho al trabajo y contra su dignidad, ambos principios debieran guiar la interpretación del artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR.

El debate respecto al principio de razonabilidad como límite a la facultad resolutoria incausada del empleador durante el periodo de prueba a la luz del artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, se centra en la protección de la dignidad de la persona, exigiendo que la decisión de cese no sea arbitraria, garantizando un mínimo de debida motivación que concilie la libertad de contratación del empleador con la protección de la arbitrariedad del cese, tomando en cuenta que la relación laboral no puede ausentarse de los derechos fundamentales del trabajador.

A. La Ponderación frente a la ruptura de la relación laboral por parte del empleador según lo regulado en la legislación peruana vigente

Es preciso delimitar el conflicto en cuestión. Consideramos que estamos ante el conflicto de una norma-regla (artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, frente a una norma-principio (artículo 27 de la Constitución).

En forma puntual tenemos:

Constitución:

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

Decreto Supremo N.º 003-97-TR:

Artículo 10. El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

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

La norma-regla, somete al trabajador a un periodo de prueba legal o convencional según se trate de trabajadores para labores en general, o de trabajadores de confianza o de dirección, respectivamente. Sometido el trabajador a dicha evaluación, en cualquier momento y sin expresión de causa, el principal, puede cesar la relación laboral, pese a que la parte más débil, considere

que su evaluación es satisfactoria y ante dicha ruptura se le afecta en vía directa su derecho a la protección contra el despido arbitrario (y por conexión al trabajo como derecho, artículo 22; a la limitación del ejercicio de sus derechos constitucionales y desconoce la dignidad del trabajador, artículo 23; a la dignidad de la persona, artículo 1 de la Constitución).

Estamos frente a la capacidad omnímoda que le reconoce el D.S. N.º 003-97-TR, a todo empresario dotándolo de la facultad de evaluar capacidades y aptitudes de los postulantes a la empresa, sin embargo, la evaluación que realiza el empleador debe necesariamente responder al principio de razonabilidad sin cuestionamiento. .

No obstante, conforme está prevista en la Ley el periodo de prueba se hace extensivo a todo trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, en un contrato a plazo fijo o modal, y contrato de trabajo a plazo indeterminado, con evidente ausencia del principio de razonabilidad en su implementación, a saber:

Este tipo de contrato modal que no distingue la naturaleza de la labor, ni el tiempo para superar la evaluación, es decir no se tiene presente como afirma Martín Valverde (como fuera citado por Camacho Henríquez, 1961, p. 299), que “el periodo de prueba no puede prolongarse más allá de lo estrictamente preciso para comprobar la aptitud y adaptación del trabajador”. La Ley se le aplica a todo trabajador, sin una adecuada medición de tiempo, que

debe tener correlato con la facilidad o complejidad de la labor (esto último, sólo existe para trabajadores de confianza y de dirección, pero igualmente con alto grado de generalización para preceptuar seis meses y un año de ampliación, respectivamente).

Empero, lo más grave que arrastra la ejecución del periodo de prueba en el Perú, está dado por la alta subjetividad que posee el empleador, al momento de someter a examen al trabajador, lógicamente respaldado por una deficiente ley que no exige al principal que justifique su decisión adoptada y trae consigo, esa decisión de dejar sin empleo al evaluado, chocando frontalmente con el artículo 27 de la Constitución, referida a la protección contra el despido arbitrario, provocado por una norma-regla deficientemente estructurada que no pone límites a la decisión unilateral e incausada para cesar la relación laboral iniciada, pues el empleador actúa a su libre albedrio, sabiéndose ganador que su conducta no le irroga ningún tipo de consecuencia, no brinda las razones, que desemboca en una afectación del valor justicia, por todo ello hay una ruptura irrazonable del vínculo laboral.

Frente al panorama descrito, consideramos que el conflicto descrito nos conduce a su solución a través de la herramienta jurídica, como es el *Test* de ponderación.

a. El test de Proporcionalidad en la norma-regla sobre periodo de prueba

En esta investigación este análisis tiene especial relevancia, por lo que a continuación detallamos:

Test de proporcionalidad en la aplicación del artículo 10 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, frente al artículo 27 de la Constitución

Este test aplicado para evaluar el periodo de prueba previsto en el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR y el artículo 27 de la Constitución, debe tener en cuenta la aplicación de subprincipios como son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

De acuerdo a lo planteado en el marco teórico, corresponde al *test* en el caso concreto, para lo cual iniciaré con la siguiente pregunta:

¿El Periodo de prueba previsto en el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, supera el subprincipio de idoneidad?

Dicho de otro modo, el fin que persigue el legislador al afectar un derecho fundamental, tiene un fin legítimo. Además, si esta intervención resulta siendo la más idónea para alcanzar su finalidad legítima.

Sobre el primer aspecto, la intervención legislativa con la dación de la norma regla, en apariencia busca un fin legítimo, que es, que el empleador mediante la prueba pueda encontrar al trabajador, más idóneo y capaz, conocedor del puesto de trabajo que se pretende cubrir, en esa medida es legítimamente válido, como parte inherente del derecho de empresa y de la libertad de contratación, consagrados en el numeral 14 del artículo 2 y artículo 59 de nuestra Carta Magna; además de ser un derecho que todo empleador posee al ser dueño de los medios de producción y que desde, luego, no son derechos absolutos, sino por el contrario, deben guardar armonía con otros derechos igualmente constitucionales, a fin de preservar la unidad de la Constitución. Sin embargo, este subprincipio exige pasar al siguiente nivel para dotarle de validez la injerencia legislativa que incide sobre el derecho fundamental. Es decir, determinar si objetivamente resulta idónea o adecuada la intervención legislativa sobre el derecho fundamental para lograr alcanzar el fin.

A continuación, se procederá a analizar el segundo paso de este proceso: la norma establece que los trabajadores deben someterse a un periodo de prueba de tres, seis o doce meses, dependiendo de la naturaleza de sus labores (ordinarias, de confianza o de dirección).

Durante este periodo el empleador tiene la facultad discrecional de poder prescindir de los servicios del trabajador sin tener que justificar las razones de su decisión, aún a pesar de que el empleado haya demostrado cumplir con los estándares profesionales y personales que el empleador requiere.

Esta norma no solo exime al empleador de expresar los motivos que lo llevar a tomar la decisión del cese, sino que además esta no contempla un control posterior por parte de la autoridad administrativa laboral o del órgano jurisdiccional. De este modo, se configura un vacío legal que opera exclusivamente en beneficio del empleador durante la ejecución del periodo de prueba.

En esa medida, no exige al empleador motivar las razones de disponer el cese abrupto de la relación laboral, constituyendo un ejercicio abusivo del derecho y es atentatoria contra la proscripción de la arbitrariedad en evidente colisión con el derecho a la protección que debe dispensar la ley frente al despido arbitrario, que se halla previsto en el artículo 27, con repercusión directa en los artículos 1, 22 y 23 de nuestra Constitución.

El diseño normativo de la figura del periodo de prueba evidencia una desproporción que menoscaba el contenido esencial del derecho al trabajo y la protección contra el

despido arbitrario, al conceder al empleador una amplia facultad discrecional para cesar la relación laboral durante el periodo de prueba, sin necesidad de expresar causa. De este modo la norma está contraviniendo la esencia misma del derecho al trabajo, cuya naturaleza tuitiva es proteger a la parte débil, dicho de otro modo, este libre albedrío del empleador genera un vacío en la tutela jurídica del trabajador.

La ausencia de controles y mecanismos de fiscalización de la decisión empresarial sea en el periodo de prueba legal o convencional, agudiza la situación de vulnerabilidad y desprotección del trabajador, dado que el solo hecho de invocar el periodo de prueba como justificación del cese ignora cualquier deber de motivación, lo que va en contra de los principios de un Estado de Derecho social y democrático.

Así las cosas, la dación del D.S. N.º 003-97-TR, en los términos que viene dispuesto no es idóneo para proteger el despido arbitrario, por el contrario lo vacía de contenido bajo el manto aparente de la selección de personal que no justifica razonablemente los motivos por las cuales el servidor no superó la prueba o que superándola siga la misma suerte de extinguir la relación laboral, situación dañosa para el trabajador que sufre el menoscabo en virtud de lo que preceptúan los artículos 22, 23, 27 y artículo 1 de nuestra Constitución.

Con lo cual sería suficiente para declarar su invalidez y proceder a su modificación, porque el control y calidad del personal que se incorpora a la empresa siempre debe estar en manos del empleador y el examen debe merecer urgentemente una revisión que vaya impregnado de un resultado transparente, eficiente y motivado con razones objetiva que validen la decisión adoptada, en buena cuenta que sea una decisión que provenga del respeto estricto al principio de razonabilidad, como es natural, revestida de razón, verdad y justicia (Sapag. 2008).

Entonces la intervención legislativa no supera el subprincipio de idoneidad.

Sin perjuicio, de no superar el primer test, seguiremos evaluando el filtro del siguiente *test*, para determinar el grado de afección que ocasiona la norma en cuestión, ante lo cual postulamos la siguiente interrogante:

¿El artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, supera el subprincipio de necesidad?

El análisis de toda medida restrictiva de un derecho fundamental, exige confrontar diversos medios, así el T.C. postula que esta exigencia se fundamenta en la necesidad urgente de evaluar la proporcionalidad de la intervención para comparar el medio empleado de quien limita el derecho con los medios alternativos hipotéticos que se pudieran haber

adoptado para alcanzar el fin, y de este modo determinar si se optó por el medio menos restrictivo. :

En estricto, tal como lo señala Bernal Pulido (2007), se trata de identificar hasta qué punto la intervención legislativa resulta ser la más benigna recaída sobre un derecho fundamental, sobre otras opciones igualmente idóneas para alcanzar el fin perseguido (Bernal (p. 740).

Desde esta perspectiva, los medios alternativos son objeto de comparación sometido a dos exigencias:

- a. En primer término, si existen medios alternativos que poseen el mismo grado de idoneidad que la intervención legislativa, contributivas a alcanzar el mismo fin de esta última.
- b. Que el medio alternativo afecte negativamente en menor grado al derecho fundamental.

Al final, si el medio alternativo, cumple esas dos exigencias, la intervención legislativa deviene en inconstitucional (Bernal Pulido, 2007, p. 742).

Sobre el particular, cabe la siguiente interrogante: ¿Existen otros medios alternativos idóneos para alcanzar el mismo fin establecido por la intervención legislativa? Dicho de otro modo. ¿La finalidad que persigue el artículo 10 del D.S. N.º

003-97-TR, puede ser obtenido con otros medios alternativos para obtener el mismo fin?

En primer término, el *the* los del periodo de prueba visto desde el ángulo del empleador, es elegir previa evaluación, al mejor trabajador por su aptitud y capacidad para cubrir un puesto de trabajo y desarrollar su actividad bajo el principio de continuidad por el resultado positivo de la prueba de que fue objeto.

La norma-regla, tiene otros medios alternativos para alcanzar la finalidad o cumplir con el objeto. Por ejemplo, en los contratos de trabajo a plazo fijo sujeto a modalidad, el control evaluativo, está dado por su naturaleza temporal, en la que el empleador, desde el principio, sabe de antemano la fecha de finalización del contrato, periodo que le permite conocer exactamente la “calidad de trabajador”; si es negativa, ya no le renueva el contrato, con lo cual obtiene el mismo resultado que se obtiene con la intervención legislativa. Aún más, la ley permite la celebración de este tipo de contratos que incluyen el periodo de prueba, esto es, doble y excesivo control evaluativo, pues aun celebrando contrato modal, los trabajadores se encuentran obligados a pasar por el periodo de prueba.

Los trabajos a plazo indeterminado sin fecha de vencimiento, no están exentos de que puedan ser extintos, por ejemplo, el

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad Laboral (aprobado mediante Decreto Supremo N.º 003-97-TR) regula la extinción del contrato del trabajo por despido, siempre que concurren los elementos en la forma que la ley exige (Art. 16.g.) En el caso de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada con labores mínimas de cuatro horas diarias en el mismo empleador, el despido debe fundamentarse en una causa justa relacionada con la capacidad o conducta del trabajador (art. 22), además esta debe ser debidamente probada.

Con ese engranaje jurídico el empleador puede prescindir del trabajador si considera que su rendimiento es deficiente, y si considera que su capacidad se encuentra debajo del rendimiento promedio en labores y condiciones similares (artículo 23.b). Esto es, que el trabajador no está apto para cumplir con la labor encomendada en el puesto de trabajo designado, frente al cual el empleador tiene habilitado el despido por causa justa, en clave de bajo o deficiente rendimiento, que es el fin que persigue el periodo de prueba, pero obtenido por otros medios legales.

Existen pues, mecanismos alternativos idóneos para evaluar la calidad del trabajo al desempeñar labores encomendadas por el empleador, sin recurrir a la norma-regla.

Por otro lado, corresponde analizar, si el medio alternativo afecta en menor medida al Derecho fundamental.

Dado que el artículo 27 de la Constitución otorga protección al trabajador contra el despido arbitrario. Encontramos que esa protección viene garantizada de mejor manera, con los artículos 22 y 23 del D.S. N.º 003-97-TR, por medios de los cuales, el empleador posee las herramientas legales para cesar al trabajador que no es capaz o no rinde en el trabajo, que a fin de cuentas es lo que se busca con el periodo de prueba y desaparece por completo el criterio discrecional absoluto que ejercita sobre el periodo de prueba y con los dispositivos antes citados, el empleador debe acreditar la causa justa prevista en la ley para romper la relación laboral, lo que conllevaría a afectar en menor medida el derecho fundamental previsto en el artículo 27 de la Constitución.

En consecuencia, el contenido normativo que regula el periodo de prueba, es poseedor de otro medio alternativo, como son los artículos ya citados del D.S. N.º 003-97-TR. Por otro lado, la propuesta modificatoria a la ley, introduce mecanismos de control y fiscalización para que el periodo de prueba sea el resultado objetivo de la evaluación, dando cuenta al trabajador de su resultado, bajo parámetros objetivos, razonables y ser pasible de una fiscalización ante la autoridad administrativa y/o jurisdiccional cuando la

controversia gira sobre el resultado negativo del periodo de prueba en perjuicio del trabajador, le suministra a la norma-regla un efecto equiparador y razonable en los intereses duales de trabajador-empleador, y como tal adquiere una validez armoniosa con la constitución al preservar el bloque de laboralidad como sustento de protección de la parte más débil de la relación laboral: el trabajador.

En esa perspectiva, la norma-regla con su diseño actual y vigente, es violatoria del precepto constitucional, que exige la superación del periodo de prueba para proteger al trabajador frente a un despido arbitrario. Garantía constitucional que se diluye, desde que el examen está impregnado de un abuso del derecho, pues se emplea en forma indiscriminada y sin ofrecer el resultado objetivo de la evaluación, pasible de una contrastación que convalide el resultado negativo, materializándose el ataque a la proscripción de la arbitrariedad e imponiendo una conducta irrazonable de quien posee la decisión omnímoda de poner fin al vínculo trabajador- empleador, sin ninguna justificación, con lo cual se vacía de contenido la protección contra el despido arbitrario, y que por conexión también se lesiona los derechos previsto en los artículo 1, 22 y 23 de la Constitución.

En ese sentido, y de acuerdo a lo señalado precedentemente se concluye que la norma no supera el *test* de necesidad.

¿El artículo 10 supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto?

Respecto a esta interrogante, y teniendo en cuenta que no se ha logrado superar los dos subprincipios anteriores, vamos a continuar con el análisis de la norma respecto del subprincipio de proporcionalidad.

En este orden de ideas, hay que destacar que el análisis de este subprincipio, supone la superación a satisfacción de los subprincipios anteriores; no obstante, para fine académicos nos avocamos al estudio del último subprincipio.

Cabe resaltar en este apartado lo señalado por Bernal Pulido (2007) quien se refiere a la proporcionalidad como la intervención justificada que conseguir el fin de una intervención legislativa (pp. 763-764).

A su turno, el Tribunal Constitucional, en el Exp N.º 045-2004-PI/TC, p. 40, define la proporcionalidad en sentido estricto como una comparación entre la realización del fin constitucional y la intensidad de la intervención para buscar la igualdad, la comparación de estas variables debe darse de acuerdo a la ley de ponderación referida al grado mayor de la no satisfacción y la importancia de la satisfacción del otro.

En el ejercicio de este subprincipio, se observa que no recae en normas legales, sino en los principios constitucionales

afectados (Bernal Pulido, 2007, p. 764). Además, su ponderación exige hacerlo sobre tres intensidades: leve, medio y grave, y la aplicación de la escala de intensidad, se refleja en el caso en cuestión, ante la afectación de un derecho fundamental (Alexy, 2012, pp. 16-17).

Al caso concreto, de la norma-regla:

El periodo de prueba ordinario dura tres meses, tras lo cual el trabajador adquiere protección legal contra el despido arbitrario.

No obstante, las partes pueden convenir un plazo mayor de acuerdo a la naturaleza del puesto y de las actividades a realizar, además del grado de responsabilidad o formación específica. Esta ampliación debe documentada y no puede exceder los seis meses.

Del análisis en la disposición normativa, se pone de manifiesto que el ejercicio del periodo de prueba no tiene límites evaluativos, a saber:

- a. La ley no exige al empleador que se cumpla con el “objeto” de la prueba.
- b. No hay obligación de justificar, objetiva y razonablemente el resultado del examen.
- c. La autoridad administrativa o jurisdiccional no realiza control ex post sobre el resultado de la evaluación.
- d. El empleador goza de un excesivo poder discrecional para cesar la relación laboral en periodo de prueba.

b. Análisis desde un enfoque del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En primer término, debemos considerar lo sostenido por Bernal Pulido (2007), respecto a “Establecer una comparación entre la importancia de la afectación negativa que causa la intervención del legislador en el derecho fundamental y la importancia de la afectación positiva que dicha intervención genera en el fin mediato que persigue” (p. 766). De lo que se deduce que no es posible si antes no se ha fijado la magnitud de la afectación por la intervención legislativa sobre el derecho fundamental.

En esa medida, corresponde establecer el grado de restricción de la libertad de empresa y libertad de contratación, como consecuencia de la intervención legislativa; y en seguida, determinar el grado de satisfacción del derecho a la protección contra el despido arbitrario y con todo ello, determinar si la importancia de la satisfacción a la protección contra el despido arbitrario, justifica la intervención legislativa en los derechos a la libertad de empresa y libertad de contratación. Finalmente, determinar si esta afectación o satisfacción de los derechos o bienes pueden ser cuantificables considerando los niveles intenso, medio, leve.

Como segundo punto se debe establecer el grado de satisfacción del derecho a otorgar protección contra el despido arbitrario al trabajador (artículo 27 de la Constitución).

Para estos efectos, es menester tener presente la evaluación obtenida del primer paso, y relacionarlos sobre la base de las magnitudes: segura, plausible y no evidentemente falsa (Exp N° 0011-2013-PI/TC, p. 86).

En tercer lugar, se conjugan los resultados anteriores, para establecer si la satisfacción del derecho a la protección contra el despido arbitrario, justifica la intensidad de la intervención sobre las libertades de empresa y de libertad de contratación.

Como primer paso abordaremos el grado de afectación de los derechos pertenecientes al empresario

En primer término, se debe destacar que conforme está diseñada la norma-regla para el periodo de prueba, no afecta en lo más mínimo el derecho de empresa ni y la libertad de contratación, por ende, el empresario nada tiene que objetar al respecto y prueba de ello es el dato fáctico que por muchos años, no han planteado ningún tipo de cambio, por el contrario si alguna modificación ha sufrido la norma es para hacerlo más genérico, flexible y sin ningún tipo de fiscalización o control en su ejecución.

En este orden de ideas, la presente investigación procura modificar la norma regla haciendo exigible en su contenido que se visibilice el “objeto” del periodo de prueba que constituye una característica relevante en la figura; además, que el resultado del examen sea producto del desarrollo veraz y debidamente fundamentado; que la prueba final sea sometida a un control posterior por la autoridad administrativa de trabajo y el órgano jurisdiccional en materia laboral.

Desde la incorporación de estos cambios a la norma-regla, es permisible evaluar el grado de afectación de los bienes constitucionales que rodean al empleador, esto es, determinar cuál es el nivel de afectación al derecho de empresa y a la libertad de contratación, respectivamente.

En relación con el derecho de empresa habría una injerencia en su aspecto de autodeterminación (Exp N.º 0011-2013-PI/TC, p. 88) atribuible a todo empleador significando la capacidad que posee para decidir sin interferencia en sus aspectos administrativos, esto es, la manera de cómo organizarse desde el punto de vista de su capital humano. Al mismo tiempo, habría una injerencia en el plano de la libertad de contratación, que se traduce en su facultad de celebrar contratos libremente con cualquier persona con fines lícitos y en ese escenario de decidir libremente la contratación de cualquier trabajador. Sin embargo, tal injerencia es leve,

porque su capacidad de ejercitar el derecho de empresa no se altera, si se le exige desplegar una correcta conducta patronal a la hora de llevar a cabo el periodo de prueba con los ajustes a la norma en cuestión, máxime si esta proscrito el ejercicio abusivo del derecho. En igual sentido, resulta leve la intervención en el derecho de contratación, si se le exige contratar al trabajador que superó el periodo de evaluación, pues la norma así modificada protege de mejor manera el derecho consagrado en el artículo 27 de nuestra Constitución.

El grado de satisfacción del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario (artículo 27).

La modificación planteada a la norma-regla que desarrolla el periodo de prueba obligatorio a todos los trabajadores, traduce un alto grado de optimización en la protección contra el despido arbitrario, que se le dispensa a todo trabajador. La modificatoria solicitada garantiza de mejor manera que la prueba sea el resultado de un examen real, verificable ex post, en tal medida que se brinda de un modo más intenso la garantía de la protección contra el despido arbitrario y al mismo tiempo la figura del periodo de prueba cumplirá a plenitud su finalidad natural.

Conforme a todo lo descrito, el grado de satisfacción de la finalidad constitucional consignada en la figura del periodo de prueba alcanza su nivel más elevado de garantía, con lo cual

se confirma, la protección adecuada contra el despido arbitrario, que se le prodiga a todo trabajador.

Juicio de ponderación en función de los grados de satisfacción y afectación de los derechos en conflicto

En atención a lo antes desarrollado, se puede arribar a la conclusión que se logra alcanzar una elevada optimización al precepto constitucional consignado en el artículo 27 que preceptúa la protección contra el despido arbitrario. Resulta por demás evidente, que se alcanza la satisfacción en grado intenso, de la citada protección, justificando la intervención legislativa para la modificatoria al artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, y al mismo tiempo, se evidencia una afectación leve al derecho de empresa y a la libertad de contratación, porque se controla justificadamente que el periodo de prueba con las modificatorias sugeridas sea realmente producto de una correcta evaluación hecha al trabajador, desterrando todo atisbo de ejercicio abusivo del derecho.

Así las cosas, la modificatoria planteada a la norma-regla no resulta excesiva ni desproporcionada, por lo que urge habilitar con carácter de urgente los cambios solicitados

3.1.4. Protección adecuada a la dignidad del trabajador y al derecho del trabajo del laborante en el periodo de prueba

En seguida se va a cumplir con el objetivo específico de desarrollar la protección de la dignidad y al derecho del trabajo del laborante en el periodo de prueba como fundamento para regular el periodo de prueba.

La dignidad del trabajador y su protección se encuentra plasmada en nuestra Constitución de 1993 (artículo 23), y es poseedora de una garantía iusfundamental que a su vez se nutre jurídicamente de otro precepto iusfundamental, previsto en el artículo 1° que pone de relieve la protección de la dignidad de la persona como el fin supremo de la sociedad y del Estado, ambos, mediante los cuales reposa nuestra nación que viene envuelta con un ropaje que lo identifica como una república democrática y social, por ende garantizadora de los derechos de segunda generación, como lo es todo lo atinente al bloque de laboralidad consignada en nuestra carta política y de modo especial el derecho al trabajo con dignidad.

Sostiene Pacheco Zerga (2007) que:

“la centralidad del trabajo en la vida humana y su directa relación con la dignidad y el desarrollo de la personalidad inspiran el ordenamiento laboral español (...) Y al ser la empresa no solo una organización dirigida a la producción de bienes y servicios sino “una célula social en la que integran el hombre para su plena realización mediante el trabajo, privilegio, deber y vocación de la persona, el Derecho del Trabajo ha regulado las relaciones de convivencia que se origina por la ejecución del contrato de trabajo” (p. 43).

Si bien la autora desarrolla su análisis sobre la legislación española, ello no es ajeno a nuestra legislación, tanto más, si la dignidad se encuentra prevista en nuestra Carta Magna.

El tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de poner de manifiesto este valor indicando que:

“la dignidad de la persona trae así, consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatarios, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se estaría negando el valor normativo del mismo principio de dignidad”. (Exp N.º 2262-2007-PA/TC, p. 10).

En esa perspectiva, el respeto a la dignidad del trabajador en tanto persona humana, es erga omnes.

El trabajo es el medio ideal de realización máxima, de la persona humana de allí su importancia y protección, pues como ha dejado establecido el TC:

“La verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo. La importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos: a) esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales; b) vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de la vida; 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”. (Exp 8-2005-PI/TC, p. 18).

No cabe duda pues, que el trabajo humano y dignidad son consustanciales a su existencia, en tal sentido, el derecho al trabajo se impregna de dignidad, y su protección es inescindible, porque se protege la dignidad de la persona en cualquier circunstancia, por lo que, atravesar el periodo de prueba de modo irregular, como viene diseñado por la norma infraconstitucional, definitivamente, licua el derecho al trabajo y su dignidad de la persona que la padece.

3.1.5. El ejercicio de la libertad de contratación del empleador evitando el ejercicio abusivo de sus derechos

Sobre el particular, se presentan los argumentos que permiten cumplir el objetivo específico referido a analizar el ejercicio de la libertad de contratación del empleador en relación con el ejercicio abusivo de sus derechos.

Empezaremos indicando que la libertad de contratación del empleador hoy en día constituye un punto esencial en el modelo económico, sin embargo, tal como lo señala Gómez Valdez (2007) existe el riesgo de que se cometa un ejercicio abusivo de sus derechos. Si bien, los derechos del desarrollo de la actividad económica del empresario se ven garantizados en la Constitución, mediante la contratación de personal, hay que tener en cuenta que este derecho no es absoluto, y en este sentido el Tribunal Constitucional ha delineado límites a la libertad de empresa al indicar que esta libertad debe ejercerse dentro del marco de un Estado Social de Derecho sin ser lesiva para la moral, la salud o seguridad públicas. Esta jurisprudencia señala que la autonomía empresarial debe estar condicionada por una función social que equilibre la actividad económica y los derechos fundamentales. Este marco regulatorio resulta fundamental para una perspectiva iusfilosófica incluyente, debido a que como señala Blancas Bustamante (2007) el poder de dirección y organización del empleador exigen razonabilidad sin menoscabar la dignidad de los trabajadores.

Este equilibrio entre libertad y control requiere un análisis teleológico de la norma y sus efectos palpables, por un lado se entiende a la libertad de contratación como parte del sistema económico de mercado que está sujeto

a los límites constitucionales y jurisprudenciales (Landa, 2000), y por otro, como el máximo intérprete de la constitución señala, que la libertad de contratación, forma parte de una de las cuatro dimensiones de la empresa, siendo este punto fundamental para analizar cómo la discrecionalidad en la contratación puede ser instrumentalizada para evadir las protecciones laborales.

De este modo, se debe tener en cuenta que la facultad del empresario de establecer vinculación personal, garantizada en los artículos 2.14 y 59 de la Constitución, pueden generar prácticas abusivas que vacían de contenidos los derechos laborales y que urge tomar medidas correctivas dentro del marco de un Estado Social de Derecho. (Exp N.º 3330-2004-AA-TC)

El ejercicio de esta prerrogativa, surge de modo natural y necesario porque emana del atributo de contar con la plena libertad de organización en el seno de su empresa, es decir, todo empresario diseña según su leal saber y entender la organización de su empresa, bajo los fines de obtener utilidad o ganancia dentro del marco de la ley, con respeto irrestricto de la moral, salud y seguridad públicas, que constituyen los límites que delinea la constitución, lo cual confirma que los derechos reconocidos por ésta no son absolutos.

Por otra parte, se pone de manifiesto que todo empresario tiene plena libertad para ejercer el derecho a la libre contratación, que por mandato de la norma infraconstitucional le habilita para someter a periodo de prueba a todo trabajador que desea ser admitido en el puesto de trabajo que el principal pretende cubrir.

En el ejercicio de sus propias atribuciones el empleador no hace sino, practicar la prueba sobre todo trabajador al inicio de la relación laboral, cuyo resultado final es objetivamente desfavorable al servidor, que ante la verificación por un tercero (autoridad competente) debe arribar a la misma conclusión, traduciendo transparencia en el ejercicio de la libertad de contratación del empleador, encontrándose en el marco de lo que establece la ley, es decir, el empleador decide no celebrar el contrato de trabajo, premunido de su facultad respaldado por los artículos antes aludidos y consignados en la constitución del empresariado. Esta es la forma correcta de implementar el periodo de prueba y sobre el cual no es posible manifestar algún cuestionamiento. Escenario distinto, sería si el empleador al ejercer esta facultad, lo hace con notables defectos lesivos a los derechos fundamentales del trabajador.

De modo que, en el ejercicio de la libertad de empresa, todo empresario que ejercita su atribución del derecho de contratación, no lo puede hacer de modo ilimitado cuando ese accionar anula otros derechos, como el caso de la celebración del contrato de trabajo sujeto a condición suspensiva señalado por Espinoza Espinoza, (2008, p. 261), cuya definitividad, se sujeta a la condición de superar o no la prueba, pero cuyos resultados son únicamente conocidos por el empleador; o la decisión de no continuar con la relación laboral significa una expresión sin causa lo que representa para el evaluado no contar con la fuente de ingresos producto de la extinción de su relación laboral.

Conforme a lo antes descrito, el empleador o empresario, no sufre afectación al derecho de empresa y derecho a la contratación, si se le exige que la

extinción de la relación laboral se produzca con expresión de causa, vale decir, brindar razones objetivas en el resultado negativo de la evaluación que fue objeto el servidor, y estimamos que esa conducta pone de relieve el respeto al Estado social y democrático de derecho que se retroalimentan con la manifestación real de la supremacía de la Constitución, la limitación del poder, y el reconocimiento y tutela de derechos como bien lo señalan Espinosa-Saldaña Barrera, (2001, p. 19), por consiguiente no hay forma de estimar el atropello al derecho que tiene el empresario de celebrar contratos libremente con cualquier trabajador, en la medida que su libertad está enmarcada en el resultado final de la prueba, es decir, si la prueba es negativa objetivamente demostrable ante terceros imparciales, el empresario tiene toda la garantía y derecho de no estar obligado a celebrar el contrato de trabajo definitivo, pues no se superó la prueba a que se encuentra obligado todo trabajador al inicio de la relación laboral. Distinta es la situación, si la prueba es completamente positiva, vale decir, el servidor supero la prueba que fue objeto, por consiguiente adquirió automáticamente la protección contra el despido arbitrario y, ante la negativa del principal, de celebrar el contrato de trabajo subyace, en forma peyorativa el ejercicio abusivo del derecho subjetivo que la norma infraconstitucional le reconoce, pero que sus efectos son lesivos para el trabajador, por lo que se plantea su modificatoria como propuesta de solución al problema en cuestión.

En definitiva, conocer por el lado del trabajador los verdaderos o auténticos motivos del cese, no afecta para nada el espacio jurídico que se le reconoce al empresario para desarrollar el derecho a la contratación, como expresión natural del derecho de empresa.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA NORMATIVA DE REFORMA LEGISLATIVA

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 10 DEL TUO DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 728 - LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N.º 003-97-TR

Bajo el amparo del artículo 107 de la Constitución Política del Estado, en la que establece: “El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes”; concordante, con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, respecto a los 207 requisitos y presentación de las proposiciones, a iniciativa del que suscribe la presente tesis se presenta la siguiente propuesta de modificación legislativa para la incorporación de un artículo.

Artículo 1.- Objeto de la Ley

Modificación del artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo N 728, Ley de Productividad y competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N 003-97-TR.

Artículo 2.- El texto modificado del artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, sería el siguiente:

El periodo de prueba puede tener una duración de hasta tres meses, la misma que se establece en función de la naturaleza y complejidad de la labor a desempeñarse.

Tratándose de trabajadores calificados o de confianza y personal de dirección, si las labores exigen un periodo de capacitación o adaptación, atendiendo al grado de responsabilidad, las partes

pueden pactar por escrito un término mayor que, en todo caso, no debe superar los seis meses.

El empleador deberá en todos los casos, justificar los motivos por los que el servidor sometido a periodo de prueba no ha superado los requerimientos exigidos para el puesto de trabajo sujeto a evaluación, la misma que debe observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Superado el periodo de prueba el trabajador tiene derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Artículo 3.- Agréguese el siguiente artículo a la Ley del TUO del Decreto Legislativo N 728, Ley de Productividad y competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N 003-97-TR, en los siguientes términos:

Artículo 10-B.- El Ministerio de Trabajo y Fomento del Empleo es el ente encargado de evaluar y verificar las razones objetivas, para someter al trabajador a periodo de prueba y a su ampliación de ser el caso.

Si se evidencia la ausencia de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y las razones objetivas que invoque el empleador para someter a periodo de prueba incurren en simulación o fraude, automáticamente el trabajador gozará de la protección adecuada contra el despido arbitrario desde el primer día de la relación laboral y se ordenara su reposición.

Artículo 4.- Exposición de motivos

El Periodo de Prueba, está por cumplir cien años desde que se instauró en el Perú, mediante la Resolución Suprema s/n, de fecha 22 de junio de 1926. Su finalidad, es establece un examen dual, patrono-trabajador, cada uno con intereses distintos. Por el lado del principal, es hallar al trabajador idóneo que cubra un determinado puesto vacante a los efectos de alcanzar los objetivos que traza la empresa en su proceso productivo. En cambio, el trabajador, busca obtener trabajo, con una remuneración que atienda sus necesidades básicas para él y su familia, además de encontrar un ambiente laboral propio que contribuya a su desarrollo laboral.

Es una prueba obligatoria para todos los trabajadores, desde trabajadores ordinarios, trabajadores de confianza y trabajadores de dirección, que va desde tres meses, seis meses y hasta un año, respectivamente que abarca a todos los regímenes laborales privados.

La figura en cuestión, ha significado, casi siempre una herramienta jurídico laboral que con mayor provecho y ventaja le ha servido a la parte patronal, desde luego, permitido por la propia norma legal, que en el transcurso del tiempo ha quedado incólume la facultad del

empleador de cesar la relación laboral, sin expresión de causa y sin ningún tipo de responsabilidad por la decisión adoptada.

Con la dación de la Ley N.º 26513 del 27 de julio de 1995, el ámbito de protección del periodo de prueba se ensanchó en favor del empleador y en claro perjuicio del trabajador, permaneciendo hasta la fecha los cambios que la mencionada ley introdujo.

Dado el tiempo transcurrido, y pese a haber atravesado cuatro constituciones (1920, 1933, 1979, y 1993), el modelo de desprotección por el lado del trabajador se mantiene hasta ahora, es decir, se sigue desarrollando el periodo de prueba, bajo el control exclusivo y excluyente del empleador, en un ambiente laboral en que se visibiliza cada vez más la escasez de empleo, por ende, la parte más desmejorada de la relación empleador-trabajador tiene poco o nada que exigir, a riesgo de perder inmediatamente el empleo en el tiempo que dura la prueba. Situación que cada vez precariza el contrato de trabajo y en esa línea lesiona, el derecho al trabajo, y afecta el normal curso de la relación laboral iniciada, limitando el ejercicio de los derechos constitucionales que conducen a desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, todo ello envolventes del también derecho vulnerado a la protección

adecuada contra el despido arbitrario (Artículos 1°, 22, 23 y 27 de la Carta Magna).

Todo este escenario, se desarrolla “normalizando” una situación insostenible para los trabajadores, que el artículo 10 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, propicia por mucho tiempo, pese a que su contenido normativo se contrapone al derecho al trabajo, y sobre todo digno, colisionado abiertamente con los principios y valores constitucionales que sirven de soporte al Estado Social y Democrático que el Perú ha consignado como basamento de sociedad en su Carta Fundacional.

Esta fase de evaluación en la que está sometido el trabajador, pone de manifiesto el riesgo a la conservación del puesto de trabajo, que es inherente al derecho al trabajo garantizado por nuestra Constitución, que el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 05650-2009-AA) ha remarcado que el derecho al trabajo tiene dos aspectos: acceder a un empleo y no ser despedido sin causa justa. Ello es implicate en el resultado de la evaluación conforme al diseño normativo actual, pues inobserva el pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución. Y aún más, el artículo 22 también indica que el trabajo es un medio para la realización personal y dignificación del individuo, funcionando además como fuente de ingresos económicos. El Estado

debe promover y defender este derecho, garantizando la máxima dignidad del trabajador.

De otro lado, las normas internacionales y tratados ratificados complementan el derecho al trabajo, formando parte del ordenamiento jurídico interno según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Estos instrumentos legales refuerzan la obligación del Estado de proteger el trabajo y evitar la vacuidad del contenido del derecho al trabajo, especialmente ante el Artículo 10 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. Por lo que es necesaria una modificación, con la finalidad de tener una regulación razonable, al respecto.

La modificación de la propuesta normativa propone introducir el principio de razonabilidad que obliga a que el cese sea únicamente por causa objetiva y verificable, eliminando la discrecionalidad absoluta. Asimismo, busca proteger la dignidad del trabajador y el derecho al trabajo, otorgándole un derecho de defensa, formalizando el proceso de cese y dignificando su posición. También se pretende regular el ejercicio abusivo mediante la garantía de que el ejercicio de la facultad resolutoria del empleador no sea abusivo ni arbitrario, logrando un equilibrio razonable.

Tomando en cuenta la tesis de doctorado llamada “Fundamentos jurídicos que justifican regular el periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo en la legislación peruana” del M. Cs. Ángel Mario Gutiérrez Valdiviezo, en donde se realizó un *test* de ponderación con los siguientes resultados:

A. Test de proporcionalidad en la aplicación del artículo 10 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, frente al artículo 27 de la Constitución

Corresponde en esta parte de la investigación efectuar el *test* de proporcionalidad entre el periodo de prueba previsto en el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR y el artículo 27 de la constitución y para este efecto analizaremos y aplicaremos el test de proporcionalidad a través de sus tres subprincipios: subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación.

Con base a lo expuesto en el marco teórico, corresponde al *test* en el caso concreto, para lo cual iniciaré con la siguiente pregunta:

¿El Periodo de prueba previsto en el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, supera el subprincipio de idoneidad?

Es decir, el fin que persigue el legislador al afectar un derecho fundamental, tiene un fin legítimo. Y si esta intervención es la más idónea para alcanzar su finalidad legítima.

Sobre el primer aspecto, la intervención legislativa con la dación de la norma regla, en apariencia busca un fin legítimo, por el cual, el empleador mediante la prueba pueda encontrar al trabajador, más idóneo y capaz, conocedor del puesto de trabajo que se pretende cubrir, en esa medida es

legítimamente válido, como parte inherente del derecho de empresa y del derecho a la libertad de contratación, consagrados en el numeral 14 del artículo 2 y artículo 59 de la Constitución, que posee todo empleador como dueño de los medios de producción y que desde luego, no son derechos absolutos, por ello deben guardar armonía con otros derechos igualmente constitucionales, a fin de preservar la unidad de la Constitución. Sin embargo, este subprincipio exige pasar al siguiente nivel para dotarle de validez la injerencia legislativa que incide sobre el derecho fundamental.

Analicemos, el segundo paso. La norma-regla dispone que los trabajadores sean sometidos a periodo de prueba de tres meses, seis meses y un año, según se trate de trabajadores para labores ordinarias, de confianza o de dirección, respectivamente. Examen en la que el empleador dispone de amplia facultad discrecional para la toma de su propia decisión, sin más, prescindir de los servicios del trabajador sea cual fuere la calidad del trabajador, pese a que éstos haya cumplido con los estándares profesionales y personales requeridos. La norma-regla no establece ninguna obligación de expresar las razones para cesarlo, tampoco tiene establecida la posibilidad de algún tipo de control ex post, ya sea por la autoridad administrativa de trabajo o por el órgano jurisdiccional. Simple y llanamente se ha instaurado una zona

gris en favor del empleador cuando ejecuta el examen en cuestión.

Entonces, la norma-regla no exige al empleador motivar las razones de disponer el cese de la relación laboral, situación que representa un ejercicio abusivo del derecho y atenta contra la proscripción de la arbitrariedad en evidente colisión con el derecho a la protección que le debe dispensar la ley frente al despido arbitrario, previsto en el artículo 27, con repercusión directa en los artículos 1, 22 y 23 de nuestra Constitución.

Pues el diseño normativo de la figura del periodo de prueba es desbordante al punto que vacía de contenido al derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, transgrediendo, inclusive, la esencia misma del Derecho del trabajo, que ostenta una naturaleza sumamente tuitiva de la parte débil de la relación laboral, por cuanto propicia un espacio de zona liberada de protección en perjuicio del trabajador, al no existir límite para la decisión del empresario durante el periodo que dura la prueba ya sea legal o convencional.

De otra parte, la ley no establece los controles o la fiscalización ex post, de la decisión adoptada por el empresario ya sea en el periodo de prueba legal como convencional, toda la justificación que se brinda para el cese

del trabajador es que se encontraba en periodo de prueba, sin más.

Así las cosas, la dación del D.S. N.º 003-97-TR, en los términos que viene dispuesta no es idónea para brindar la adecuada protección contra el despido arbitrario, por el contrario lo vacía de contenido bajo el manto aparente de la selección de personal que no justifica razonablemente los motivos por las cuales el servidor no superó la prueba o que superándola siga la misma suerte de extinguir la relación laboral, situación dañosa para el trabajador que sufre el menoscabo en virtud de lo que preceptúan los artículos 22, 23, 27 y artículo 1 de nuestra Constitución.

Con lo cual sería suficiente para declarar su invalidez y proceder a expulsarlo del ordenamiento jurídico, o en todo caso, proceder a su modificación, porque el control y calidad del personal que se incorpora a la empresa siempre debe estar en manos del empleador y el examen debe merecer urgentemente una revisión que vaya impregnado de un resultado transparente, eficiente y motivado con razones objetiva que validen la decisión adoptada, en buena cuenta que sea una decisión que provenga del respeto estricto al principio de razonabilidad, como es natural revestida de razón, verdad y justicia (Sapag. 2008).

Entonces la intervención legislativa no supera el subprincipio de idoneidad.

Sin perjuicio, de no superar el primer test, seguiremos evaluando el filtro del siguiente *test*, para descubrir el grado de afección que ocasiona la norma en cuestión.

¿El artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, supera el subprincipio de necesidad?

Conforme sostiene el Alto Tribunal, se debe analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad, lo cual conduce a examinar la relación de medio-medio, esto es comparar el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin:

En estricto, se trata de identificar hasta qué punto la intervención legislativa resulta ser la más benigna recaída sobre un derecho fundamental, entre otras opciones que sean igualmente idóneas para alcanzar el fin perseguido (Bernal Pulido, 2007, p. 740).

Desde esta perspectiva, los medios alternativos son objeto de comparación sometido a dos exigencias:

- a. Si existen medios alternativos que poseen el mismo grado de idoneidad que la intervención legislativa, contributivas a alcanzar el mismo fin de esta última.
- b. Que el medio alternativo afecte negativamente en menor grado al derecho fundamental.

Al final, si el medio alternativo, cumple esas dos exigencias, la intervención legislativa deviene en inconstitucional (Bernal Pulido, 2007, p. 742).

Sobre el particular, cabe la siguiente interrogante: ¿La finalidad que persigue el artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, puede ser obtenido con otros medios alternativos para obtener el mismo fin?

En primer término, el *telos* del periodo de prueba desde la óptica del empleador, es elegir previa evaluación, al mejor trabajador por su aptitud y capacidad para cubrir un puesto de trabajo y desarrollar su actividad bajo el principio de continuidad por el resultado positivo de la prueba de que fue objeto.

La norma-regla, tiene otros medios alternativos para alcanzar la finalidad o cumplir con el objeto, propios del periodo de prueba. Por ejemplo, en el caso de los contratos de trabajo a plazo fijo sujeto a modalidad, el control evaluativo, está dado por su naturaleza temporal, esto es, desde el inicio de la celebración del contrato a plazo fijo, el empleador sabe de antemano la fecha de finalización del contrato, periodo que le permite conocer exactamente la “calidad de trabajador”; si es negativa, ya no le renueva el contrato, con lo cual obtiene el mismo resultado que se obtiene con la intervención legislativa. Aún más, la ley permite celebrar contratos de trabajo a plazo fijo, con inclusión del periodo de prueba, esto es, doble y excesivo control evaluativo, pues aun celebrando

contrato modal, los trabajadores se encuentran obligados a pasar por el periodo de prueba.

Tratándose de trabajadores sujetos a contratos a plazo indeterminado. Para este tipo de trabajadores con esta modalidad contractual, el ordenamiento jurídico laboral ha desarrollado mecanismos legales para poner punto final al contrato de trabajo aun siendo de naturaleza indeterminada. Así, tenemos:

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 003-97-TR (en adelante D.S. 003-97-TR), recoge la causa de extinción del contrato de trabajo por despido, en los casos y forma permitido por ley (Artículo 16.g). Dentro de ello ubicamos el despido de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, bajo el presupuesto ineludible de la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, la misma que puede comprender, causa justa relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador (artículo 22).

Con ese engranaje jurídico el empleador puede despedir al trabajador si el rendimiento es deficiente, relacionada con la capacidad y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares (artículo 23.b). Esto es, que el

trabajador no está apto para cumplir con la labor encomendada en el puesto de trabajo designado, frente al cual el empleador tiene habilitado el despido por causa justa, en clave de bajo o deficiente rendimiento, que es el fin que persigue el periodo de prueba, pero obtenido por otros medios legales.

Existen pues, mecanismos alternativos idóneos para evaluar la calidad del trabajador en el desempeño de la labor encomendada por el empleador, sin recurrir a la norma-regla.

Por otro lado, corresponde analizar, si el medio alternativo afecta en menor medida al Derecho fundamental.

Dado que el artículo 27 de la Constitución establece que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Encontramos que esa protección viene garantizada de mejor manera, con los artículos 22 y 23 del D.S. N.º 003-97-TR, por medios de los cuales, el empleador posee las herramientas legales para cesar al trabajador que no es capaz o no rinde en el trabajo, que es la finalidad que persigue el periodo de prueba y desaparece por completo el criterio discrecional absoluto que ejercita sobre el periodo de prueba y con los dispositivos antes citados, el empleador para romper la relación laboral debe acreditar la causa justa prevista en la ley y debidamente comprobada.

En ese contexto, se afecta en menor medida la protección del derecho fundamental previsto en el artículo 27 de la Constitución.

En consecuencia, el contenido normativo vigente que regula el periodo de prueba, es poseedor de otro medio alternativo, que es la propuesta modificatoria a la ley, introduciendo mecanismos de control y fiscalización del resultado del examen en el periodo de prueba de que es objeto el trabajador, Es decir, que el periodo de prueba sea el resultado objetivo de la evaluación, dando cuenta al trabajador de su resultado, bajo parámetros objetivos, razonables y ser pasible de una fiscalización ante la autoridad administrativa y/o jurisdiccional cuando la controversia gira sobre el resultado negativo del periodo de prueba en perjuicio del trabajador.

Finalmente, la norma-regla es violatoria del precepto constitucional, que exige la superación del periodo de prueba para brindar al trabajador protección contra el despido arbitrario. Garantía constitucional que se diluye, desde que el examen está impregnado del ejercicio abusivo del derecho, pues se emplea en forma indiscriminada y sin ofrecer el resultado objetivo de la evaluación, pasible de una contrastación que convalide el resultado negativo, materializándose el ataque a la proscripción de la arbitrariedad e imponiendo una conducta irrazonable por

parte del empleador, que posee la decisión omnímoda de poner fin a la relación laboral sin ninguna justificación, con lo cual se vacía de contenido la protección contra el despido arbitrario, previsto en el artículo 27 y que por conexión también se lesiona los derechos previstos en los artículos 1, 22 y 23 de la Constitución.

En ese sentido, y con las argumentaciones expuestas, es evidente que la norma tampoco supera el *test* de necesidad.

¿El artículo 10 supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto?

Al igual que el *test* anterior al no haber superado el segundo subprincipio sería suficiente para que la norma sea expulsada del ordenamiento legal. No obstante, seguiremos con el análisis.

En este orden de ideas, hay que destacar que el análisis de este subprincipio, supone la superación a satisfacción de los subprincipios anteriores, y solo quedaría evaluar el último de estos. Aun cuando en nuestra investigación los subprincipios anteriores no fueron superados. No obstante, como labor pedagógica, pretendemos recorrer el *test* a plenitud.

Bernal Pulido (2007) refiriéndose a la proporcionalidad en sentido estricto, afirma que debe comprenderse como: “La importancia de la intervención en el derecho fundamental

debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa” (pp. 763-764).

A su turno, el Tribunal Constitucional, ha precisado que la proporcionalidad en sentido estricto “proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad”. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la ley de ponderación conforme a esta: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Exp N.º 045-2004-PI/TC, p. 40).

En el ejercicio de este subprincipio, se observa que no recae en normas legales, sino en los derechos fundamentales o principios constitucionales afectados (Bernal Pulido, 2007, p. 764). Además, su ponderación exige hacerlo sobre tres intensidades: leve, medio y grave, y la aplicación de la escala de intensidad, se ve plasmada en el caso concreto, ante la afectación de un derecho fundamental (Alexy, 2012, pp. 16-17).

Al caso concreto, el diseño de la norma-regla:

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

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

Del análisis en la disposición normativa, se pone de manifiesto que el ejercicio del periodo de prueba no tiene límites evaluativos, a saber:

- e. El dispositivo legal, no exige al empleador que se cumpla con el “objeto” de la prueba.
- f. No hay obligación de justificar, objetiva y razonablemente el resultado del examen.
- g. No existe control ex post de la autoridad administrativa de trabajo y/o de la autoridad jurisdiccional, sobre el resultado de la evaluación.
- h. Excesivo poder discrecional del empleador para cesar la relación laboral en periodo de prueba.

Análisis desde un enfoque del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Primero: Como sostiene Bernal Pulido (2007), “Establecer una comparación entre la importancia de la afectación negativa que la intervención del legislador causa en el derecho fundamental y la importancia de la afectación positiva que dicha intervención genera en el fin mediato que persigue”

(p. 766). Ello no es posible si antes no se ha fijado la magnitud de la afectación por la intervención legislativa sobre el derecho fundamental.

En esa medida, para el caso en estudio corresponde establecer el grado de restricción de la libertad de empresa y libertad de contratación, como consecuencia de la intervención legislativa; en seguida, determinar el grado de satisfacción del derecho a la protección contra el despido arbitrario y con todo ello, determinar si la importancia de la satisfacción a la protección contra el despido arbitrario, justifica la intervención legislativa en los derechos a la libertad de empresa y libertad de contratación. Finalmente, la determinación del grado de afectación o satisfacción de cada uno de los derechos y/o bienes se puede cuantificar según una escala triádica que considere los siguientes niveles: leve, media e intensa.

Segundo: Consiste en establecer el grado de satisfacción al derecho fundamental, en este caso, del derecho a otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario (artículo 27 de la Constitución).

Para estos efectos, es menester tener presente la evaluación obtenida del primer paso, y relacionarlos sobre la base de las magnitudes: segura, plausible y no evidentemente falsa (Exp N.º 0011-2013-PI/TC, p. 86).

Tercero: Se conjugan los resultados de los pasos anteriores, a fin de establecer si el grado de satisfacción del derecho a la protección contra el despido arbitrario, justifica la intensidad de la intervención sobre las libertades de empresa y de libertad de contratación.

Como primer paso abordaremos el grado de afectación de los derechos pertenecientes al empresario.

En primer término, se debe destacar que conforme está diseñada la norma-regla para desarrollar el periodo de prueba, no afecta en lo más mínimo el derecho de empresa y la libertad de contratación, por ende, el empresario nada tiene que objetar al respecto y prueba de ello es el dato fáctico que por muchos años, no han planteado ningún tipo de cambio, por el contrario si alguna modificación ha sufrido la norma es para hacerlo más genérico, flexible y sin ningún tipo de fiscalización o control en su ejecución.

En este orden de ideas, la presente investigación procura modificar la norma regla haciendo exigible en su contenido que se visibilice el “objeto” del periodo de prueba que constituye una característica relevante en la figura; además, que el resultado del examen sea producto del desarrollo veraz y debidamente fundamentado; que la prueba final sea sometida a un control posterior por la autoridad administrativa de trabajo o por el órgano jurisdiccional en materia laboral.

Desde la incorporación de estos cambios a la norma-regla, es permisible evaluar el grado de afectación de los bienes constitucionales que rodean al empleador, esto es, determinar cuál es el nivel de afectación al derecho de empresa y a la libertad de contratación, respectivamente.

En relación con el derecho de empresa habría una injerencia en su aspecto de autodeterminación (Exp N.º 0011-2013-PI/TC, p. 88) atribuible a todo empleador significando la capacidad que posee para decidir sin interferencia en sus aspectos administrativos, esto es, la manera de cómo organizarse desde el punto de vista de su capital humano. Al mismo tiempo, habría una injerencia en el plano de la libertad de contratación, que se traduce en su facultad de celebrar contratos libremente con cualquier persona con fines lícitos y en ese escenario de decidir libremente la contratación de cualquier trabajador. Sin embargo, tal injerencia es leve, porque su capacidad de ejercitar el derecho de empresa no se altera, si se le exige desplegar una correcta conducta patronal a la hora de llevar a cabo el periodo de prueba con los ajustes a la norma en cuestión, máxime si esta proscrito el ejercicio abusivo del derecho. En igual sentido, resulta leve la intervención en el derecho de contratación, si se le exige contratar al trabajador que supero el periodo de evaluación, pues la norma así modificada protege de mejor manera el derecho consagrado en el artículo 27 de nuestra Constitución.

El grado de satisfacción del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario (artículo 27).

La modificación planteada a la norma-regla que desarrolla el periodo de prueba en forma obligatoria a todos los trabajadores, incluido los trabajadores de confianza y de dirección, traduce un alto grado de optimización en la protección contra el despido arbitrario, que se le dispensa a todo trabajador. La modificatoria solicitada garantiza de mejor manera que la prueba sea el resultado de un examen real, verificable ex post, en tal medida que se brinda de un modo más intenso la garantía de la protección contra el despido arbitrario y al mismo tiempo la figura del periodo de prueba cumplirá a plenitud su finalidad natural.

Conforme a todo lo descrito, el grado de satisfacción de la finalidad constitucional consignada en la figura del periodo de prueba alcanza su nivel más elevado de garantía, con lo cual se confirma, la protección adecuada contra el despido arbitrario, que se le prodiga a todo trabajador.

Juicio de ponderación en función de los grados de satisfacción y afectación de los derechos en conflicto.

En atención a lo antes desarrollado, se puede arribar a la conclusión que se logra alcanzar una elevada optimización al precepto constitucional consignado en el artículo 27 que preceptúa: “La ley otorga al trabajador adecuada protección

contra el despido arbitrario”. Resulta por demás evidente, que se alcanza la satisfacción en grado intenso, de la citada protección, justificando la intervención legislativa para la modificatoria al artículo 10 del D.S. N.º 003-97-TR, y al mismo tiempo, se evidencia una afectación leve al derecho de empresa y a la libertad de contratación, porque se controla justificadamente que el periodo de prueba con las modificatorias sugeridas sea realmente producto de una correcta evaluación hecha al trabajador, desterrando todo atisbo de ejercicio abusivo del derecho.

Así las cosas, la modificatoria planteada a la norma-regla no resulta excesiva ni desproporcionada, por lo que urge habilitar con carácter de urgente los cambios solicitados.

Artículo 5.- Análisis Costo Beneficio

El presente proyecto de ley no genera egreso alguno al erario nacional.

Entre los beneficios que se tendría con la vigencia de la ley es la protección específica de los derechos laborales de los trabajadores dentro del periodo de prueba.

CONCLUSIONES

Las presentes conclusiones sintetizan los hallazgos arribados referentes a la regulación del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado en la legislación peruana, por ello en el marco de los objetivos e hipótesis planteados se han arribado a las siguientes conclusiones:

1. Se ha corroborado la hipótesis planteada, en lo referente a la determinación de los fundamentos jurídicos que justifican la regulación del periodo de prueba legal y convencional en el contrato de trabajo a plazo fijo e indeterminado, estos fundamentos se articulan la potestad de dirección del empleador y el equilibrio que debe existir entre la necesidad empresarial para evaluar la idoneidad del trabajador y la protección contra el despido arbitrario, dejando notar la necesidad de modificar el artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, con el fin de regular el periodo de prueba legal y convencional en los contratos de trabajo a plazo fijo e indeterminado, en concordancia con los principios establecidos por la constitución vigente y con el propósito de ampliar, proteger y garantizar los derechos laborales de la parte menos favorecida de la relación laboral.
2. El principio de razonabilidad se erige como el criterio primordial para evitar la extinción injustificada de la relación laboral durante el periodo de prueba. De su rigurosa aplicación va a depender el sometimiento de la decisión de cese a un escrutinio de causalidad y proporcionalidad para impedir una decisión incausada que vulnere la buena fe. La primacía de este principio de razonabilidad, va a exigir que el empleador explique las razones válidas

por las cuales el servidor no ha superado las exigencias de la prueba previstas para el cargo que es materia de examen.

3. El derecho al trabajo y la protección frente al despido arbitrario deben equilibrarse con la libertad de contratación empresarial, conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ambos derechos están garantizados por la Constitución y su ejercicio debe priorizar los valores que sostienen el Estado social de derecho. La regulación actual del periodo de prueba resulta siendo insuficiente para lograr una adecuada protección contra el despido arbitrario. Por cuanto no se le exige al empleador que explique las razones objetivas y válidas por las cuales el servidor no ha superado las exigencias previstas para el cargo que es materia de examen.
4. La protección de la dignidad y al derecho del trabajo del laborante en el periodo de prueba constituyen el fundamento primordial para justificar la reforma regulatoria, al exigir que el cese laboral se sustenten en bases objetivas y no solo en meras discrecionalidades por parte del empleador; por lo tanto, obrar en sentido distinto es generar espacios de nula protección para el trabajador y dejar sin contenido a los derechos previstos en los artículos 22, 23 y 27 de nuestra carta fundamental y lesionado el derecho a la dignidad como persona-trabajador, previsto en el artículo 1 de la Constitución.
5. La insuficiencia regulatoria respecto del periodo de prueba puede generar un ejercicio abusivo del derecho en el Perú, al no proporcionar una protección adecuada y efectiva contra el despido arbitrario y no establecer los mecanismos de control suficientes ni un deber de motivación claro sobre

el cese durante este periodo al inicio de la relación laboral; esto ha generado continuas situaciones que encubren discriminación, fraude a la ley, falta de voluntad patronal para incorporar al examinado en planillas de trabajadores.

RECOMENDACIONES

Las recomendaciones propuestas están dirigidas a los actores clave en el sistema jurídico laboral, con la finalidad de que se superen las deficiencias identificadas en el desarrollo de la presente investigación, respecto a la regulación del periodo de prueba legal y convencional; en consecuencia, se pueda encaminar hacia la búsqueda de un equilibrio razonable entre la facultad empresarial y los derechos fundamentales de los trabajadores:

1. Como primer punto y en aras de promover una motivación normativa para garantizar el principio de razonabilidad, se recomienda al poder legislativo y ejecutivo la revisión y subsiguiente modificación del artículo 10 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, que implementa el periodo de prueba, a fin de que en su aplicación responda de manera expresa la obligatoriedad de que el cese de la relación laboral durante el periodo de prueba se debe regir por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, exigiendo a su vez una motivación objetiva y verificable relacionada expresamente con la insuficiencia de las capacidades del desempeño del trabajador para las funciones encomendadas. Esta reforma es esencial para evitar decisiones incausadas y para asegurar que la norma esté en armonía con los preceptos constitucionales que protegen la dignidad y el derecho al trabajo de la persona, que viabilice el respeto irrestricto hacia una adecuada protección contra el despido arbitrario, aun estando en periodo de prueba.
2. Recomendar a los legisladores la pertinencia de incluir en el artículo 10 del TUO Decreto Legislativo. N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad

Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 003-97-TR, la asignación de la competencia de supervisión y verificación de la causalidad del cese; pues no hace referencia al ente encargado de evaluar y verificar las razones objetivas para someter al trabajador a periodo de prueba, es decir no hay una asignación de responsabilidad; lo cual hace necesaria una modificación de la norma al respecto, para que sea la Autoridad Administrativa de Trabajo quien asuma esa responsabilidad de evaluar y verificar las razones objetivas invocadas por el empleador para el cese laboral en el periodo de prueba, sobre todo en los casos en los que haya ejercicio abusivo del derecho de contratación.

3. Recomendar a la comunidad académica e investigadora, profundizar en el análisis del andamiaje jurídico de los contratos de trabajo a plazo fijo e indeterminado, desde una perspectiva social y constitucional a fin de no colisionar con los principios y valores que la Constitución contiene y a su vez, evitar que la interpretación y aplicación de las normas laborales no vacíen de contenido a los artículos 22 y 27 de la Carta Política. Caso contrario, se debe ver el periodo de prueba como el marco de la estabilidad laboral y como tal requiere de una interpretación que lo vincule con una protección constitucional.

LISTA DE REFERENCIAS

- AEJ, Proyecto Grado Cero (2014). *El Positivismo Jurídico Incluyente, una entrevista con el Dr. Wilfrid Waluchow*. <https://www.youtube.com/watch?v=IXral74izsE>.
- Albuquerque, R. (2009). Eppus si muove. En: Actualidad del Derecho del Trabajo. Lima: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Asociación Escuela de Graduados de Iure.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (2ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2018). *Teoría de la argumentación jurídica* (2ª ed.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alonso García, M. (1975). *Curso de Derecho del Trabajo*. (5ª ed.). Barcelona: Editorial Ariel.
- Aparicio Valdez, L. (2011). La crisis económica y la flexibilidad laboral. En: Análisis Laboral El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez. Lima: AELE.
- Atienza, M. (2008a). *Ideas para una Filosofía del Derecho*. Lima: Inca Garcilaso de la Vega.
- Atienza, M. (2008b). *Marx y los derechos humanos*. Lima: Palestra.
- Barberis, M. (2015). *Juristas y filósofos. Una historia de la filosofía del derecho*. Communitas.

- Bernal Pulido, C. (2007). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. (3ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Blancas Bustamante, C. (1991). *El Derecho de Estabilidad Laboral en el Trabajo*. Lima: ADEC-ATC.
- Blancas Bustamante, C. (2001). *La Cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Blancas Bustamante, C. (2007). *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Blancas Bustamante, C. (2011). *La Cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*. Lima: Fondo editorial PUCP.
- Blancas Bustamante, C. (2015). *Derechos fundamentales laborales y estabilidad laboral en el trabajo*. Lima: Palestra.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Témis.
- Bogliano, P. (1957). *La Estabilidad en el Contrato de trabajo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Boza Pro, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Cabanellas, G. (1949). *Tratado de Derecho Laboral. Contrato de Trabajo*. (t. 2). Buenos Aires: Ediciones El Gráfico.

- Cabanellas, G. (1963). *El Contrato de Trabajo. Parte General* (t. 1). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Omeba.
- Caldera, R. (1960). *Derecho del Trabajo*. (t. 1). (2ª ed.). Buenos Aires: El Ateneo Editorial.
- Camacho Henríquez, G. (1961). *Derecho del Trabajo*. Bogotá, Themis.
- Camerlynck, G.H. y Lyon-Caen, G. (1975). *Derecho del Trabajo*. (J. Ramírez Martínez, trad.). Madrid: Editorial Aguilar.
- Carro Igelmo, A. J. (1985). *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Castillo Alva, J. L. (2013). *Proscripción de la Arbitrariedad y Motivación*. Lima: Editorial Grijley.
- Castillo Montoya, N. (2008). El ejercicio de la libertad sindical individual en periodo de prueba: derecho en pugna y mecanismo de protección del trabajador. *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 8.
- Cisneros, Isidoro. (2014) *Norberto Bobbio: de la razón del estado al gobierno democrático*. Guadalajara: Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco.
- Comanducci, P. (2011). La interpretación jurídica. En J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (eds.) *El realismo jurídico genovés* (pp. 51-70). Madrid: Marcial Pons.
- De Ferrari, F. (1969). *Derecho del Trabajo*. (t. 2). (2ª ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.

De la Cueva, M. (1970). *Derecho Mexicano del Trabajo*. (t. 1). (12ª ed.). México: Editorial Porrúa.

De la Cueva, M. (1982). *El Nuevo Derecho del Trabajo*. (t. 1). (8ª ed.). México: Editorial Porrúa.

De Val Tena, A. L. (1998). *Pacto de Prueba y Contrato de Trabajo*. Madrid: Editorial Civitas.

Delgado, S. (2024). Hart: la moral crítica y el concepto de obligación jurídica. *Conpedi Law Review. XII Encontro Internacional do Conpedi Urugai*, 10(1), 185 – 205.

Dieguez, G. (1988). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. (2ª ed.). Madrid: Civitas.

Dolorier Torres, J. (2005). Protección contra el despido arbitrario. En *La Constitución comentada* (t. 1). Lima: Gaceta Jurídica.

Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press. (Trad. cast. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, 1989).

Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2001). Prólogo. En: *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara.

Fabra, J. L. (2018). Wilfrid J. Waluchow: el positivismo incluyente y el constitucionalismo del “árbol vivo”. *Diálogos de saberes*, (49), 25-41.

Fernández Pastorino, A. (1975). *Lineamientos del Contrato de Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Fernández Sessarego, C. (1990). El abuso de derecho. En *Tratado de Derecho Civil* (t. 1). Lima: Fondo Editorial de Universidad de Lima.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2020). *Pasado y futuro del estado de derecho*. Recuperada de <https://goo.su/hVgi>
- Flores Enríquez, J., (2023). *La afectación de los derechos fundamentales del trabajador durante el periodo de prueba* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/24590>
- García Figueroa, A. (2010). Neoconstitucionalismo y derrotabilidad. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Edit.). *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Valdez, F. (2004). *Derecho social del trabajo la empresa y el empleador*. Lima. Editorial San Marcos.
- Grández Castro, P. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Grández Castro, P. P. (2025). *El Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Grisolia, J. A. (1999). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (7ª ed.). Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Guerrero, E. (1963). *Manual de Derecho del Trabajo*. (2ª ed.). México: Editorial Porrúa.
- Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. Lima: UNAM y PUCP.

- Habermas, J. (2000). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.
- Hegel, F, (1999). *Principios de la filosofía del derecho o del derecho natural y ciencia política*. Buenos Aires: Edhasa.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Hernández Tovar, V. (1971). *Curso de Derecho del Trabajo*. Caracas: Talleres de Tipografía Vargas.
- Himma Kenneth, E. (2014). Positivismo Jurídico Incluyente. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 8, 533-430 <https://goo.su/M2OIDX>
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2015). *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. San José: IIDL.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación de una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (2015). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Krotoschin, E. (1965). *Tratado práctico de derecho del trabajo*. (2ª ed.). (t. 1). Buenos Aires. Ediciones de Palma.
- Kurlansky, M. (2004). *1968: el año que conmocionó al mundo*. Editorial Destino.
- Landa Arroyo, C. (2000). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra.

- Landa Arroyo, C. (2016). Los estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Sobre la interpretación constitucional y convencional. Un enfoque transversal en el derecho*. Lima: Editorial Palestra.
- Maihofer, W. (2008). *Estado de Derecho y Dignidad Humana*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Maldonado Muñoz, M. (2018). *Los Derechos Fundamentales un Estudio Conceptual*. Lima: Ara.
- Martín Valverde, A. (1976). *El Periodo de Prueba en el Contrato de Trabajo*. Editorial Montecorvo.
- Martínez Emperador, R. (1983). Estabilidad en el Empleo y Contratación Temporal. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social (IELSS).
- Monroy Llallico, V., (2023). *Los sujetos laborales especialmente protegidos por la Constitución y necesidad de un plus de tutela durante el periodo de prueba* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/26325>
- Montoya Brand, M. (2005). Derecho y política en el pensamiento de Bobbio: una aproximación. *Revista Estudios Políticos, del Instituto de Estudios Políticos de Colombia*, 26.
- More Benavente, F. (1965). Periodo de Prueba en el Derecho del Trabajo. *Revista de Derecho del Trabajo UNMSM*, 2.
- Novak Fabián, S. E. (2000). *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

- Ochoa Cardich, C. (2020). *El Estado Social en la Constitución de 1993. Evolución, interpretación y proyección garantista en el Perú*. Lima: Palestra Editores.
- Ortega y Gasset, J. (2004). *¿Qué es filosofía? / Unas lecciones de metafísica*. México: Porrúa.
- Pacheco Zerga, L. (2007). *La Dignidad Humana en el Derecho al Trabajo*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Pasco Cosmópolis, M. (2002). Balance de la Reforma Laboral. En *La Reforma Laboral en el Perú. El Derecho del Trabajo y la Política Laboral del Estado*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UIGV.
- Peces Barba, G. (1980). *Derechos Fundamentales*. (3ª ed.). Madrid: Latina Universitaria.
- Plá Rodríguez, A. (1978). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. (2ª ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo* (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. (2ª ed.). Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra.
- Ramos Sujo, J. A. (2004). *Elabore su tesis en Derecho. Pre y Postgrado*. Lima: San Marcos.
- Reale, G. (1985). *Introducción a Aristóteles*. Barcelona: Herder.

- Rendón Vásquez, J. (1995). *Derecho del Trabajo Individual. Relaciones Individuales en la Actividad Privada*. Lima: Ediciones Dial.
- Ríos Holguín, C. A. (2010). El Periodo de Prueba desde la óptica del Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional*, 34.
- Rodríguez Gamero, M. (2011). Entrevista al Dr. Alfredo Villavicencio Ríos (Efectos de la flexibilización laboral a los 20 años de vigencia: La casi eliminación del mejor instrumento de inclusión social que ha inventado el capitalismo. *Derecho & Sociedad*, 37.
- Romero Montes, F. J. (1979). *Fórum Estabilidad Laboral en la Constitución de 1979*. Lima: Editor Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo.
- Salas Franco, T. (1997). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. (11ª ed.). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: Características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 14, 317-358.
<https://goo.su/SsFmuZF>
- Sanguineti Raymond, A. (2007). *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sanguineti, W. (1989). El Derecho de Estabilidad en el Trabajo en la Constitución peruana. En *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco Editores.
- Sapag, Mariano A. (2008) *El Principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado*. Disponible en: <https://goo.su/eEiy2uP>

Sentencia Exp N.° 1124-2001-AA/TC Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://goo.su/kcQjLph>

Sentencia Exp N.° 976-2001-AA/TC Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://goo.su/h7dZr>

Sentencia Exp. N.° 00004—2010-PI/TC Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://goo.su/matF>

Sentencia Exp. N.° 03116-2009-PA/TC Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://goo.su/sFhRnJA>

Sentencia Exp. N.° 03149-2004-AC/TC Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://n9.cl/ahpu5>

Sentencia Exp. N.° 045-2004-PI/TC Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://n9.cl/kzmfw>

Sentencia Exp. N.° 05650-2009-AA Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://n9.cl/tktfm>

Sentencia Exp. N.° 06089-2006-PA/TC. Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://n9.cl/s7shl>

Sentencia Exp. N.° 06534-2006-PA/TC Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://n9.cl/qd6w4>

Sentencia Exp. N.° 10324-2006-AA/TC Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://n9.cl/d9ces>

Sentencia Exp. N.° 3330-2004-AA-TC Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://n9.cl/4clhq>

Sentencia Exp. N.º 579-2008-PA/TC Tribunal Constitucional Peruano. Recuperada de <https://n9.cl/vuhn0>

Solís Espinoza, A. (2022). *Metodología de la investigación jurídico social* (4ª ed.). Lima: Ffecaaf.

Sosa Sacio, J. M. (2013). *La satisfacción de las necesidades básicas como fundamento para los derechos humanos y su relación con los derechos fundamentales y constitucionales en el ordenamiento constitucional peruano*. (Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Constitucional. PUCP). Disponible en: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/4959>

Spinoza Espinoza, J. (2008). *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.

Tantaleán Odar, R. (2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 41 <https://n9.cl/3ij0j>

Toyama Miyagusuku, J. (2005). Deber y Derecho al Trabajo. En *La Constitución Comentada* (t. 1). Lima: Gaceta Jurídica.

Vallespín, F. (1997). ¿Reconciliación a Través del Derecho? En J. A. Gimbernat, *La Filosofía Moral y Política de J. Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva.

Valverde, A. M. (1976). *El Periodo de Prueba en el Contrato de Trabajo*. Madrid: Editorial Montecorvo.

Villanueva Gaitán, R., (2019). *Prevalencia del derecho al trabajo de la trabajadora gestante frente a la libertad de empresa en el periodo de prueba* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Cajamarca]. <https://n9.cl/govna>

- Vite Talledo, F., (2018). *Hacia una reforzada protección constitucional de la madre gestante durante el periodo de prueba en una relación laboral del régimen privado* [Trabajo de investigación de maestría, Universidad de Piura]. <https://hdl.handle.net/11042/3676>
- Waluchow, W. J. (1994). *Inclusive legal positivism*. Oxford Clarendon Press.
- Waluchow, W. J. (2000). Authority and the practical difference thesis: A defense of inclusive legal positivism. *Legal Theory*, 6(1), 45-81.
- Waluchow, W. J. (2007). *Positivismo Jurídico Incluyente*. Madrid: Marcial Pons.
- Witker Velásquez, J. (2016). *La investigación jurídica*. (3ª ed.). México, D.F.: Publilex.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El Derecho Dúctil. Ley derecho y justicia*. (2ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Zelayarand Durand, M. (1989). *Derecho del Trabajo*. Lima: Peruvian Pictures Editorial.