

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



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

TESIS:

**DECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO PROTECTOR EN
EL DERECHO DEL TRABAJO A PARTIR DE LA TEORÍA
CONSTRUCTIVISTA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentado por:

M.Cs. FLORENTINO FONSECA MARTÍNEZ

Asesor:

Dr. JORGE LUÍS SALAZAR SOPLAPUCO

Cajamarca, Perú

2025



CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:

Florentino Fonseca Martínez

DNI: 42379111

Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas.
Programa de Doctorado en Ciencias. Mención: Derecho

2. Asesor: Dr. Jorge Luis Salazar Soplápuco

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 Trabajo de Investigación:

Deconstrucción dogmática del principio protector en el derecho del trabajo a partir de la teoría constructivista de la interpretación jurídica

6. Fecha de evaluación: **12/01/2026**

7. Software antiplagio: **X TURNITIN** URKUND (OURIGINAL) (*)

8. Porcentaje de Informe de Similitud: 23 %

9. Código Documento: **3117:545467326**

10. Resultado de la Evaluación de Similitud:

X APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: **13/01/2026**

Firma y/o Sello
Emisor Constancia

Dr. Jorge Luis Salazar Soplápuco
DNI: 26719195

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2025 BY
FLORENTINO FONSECA MARTÍNEZ
Todos los derechos reservados



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

MENCIÓN: DERECHO

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

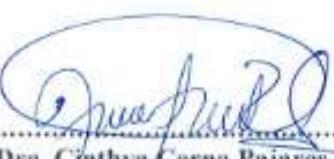
Siendo las 17:30 horas, del dia 20 de diciembre del año dos mil veinticuatro, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, **Dr. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR** y en calidad de Asesor el **Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO**. 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: **DECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL DERECHO DEL TRABAJO A PARTIR DE LA TEORÍA CONSTRUCTIVISTA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA**; presentada por el Maestro en Ciencias Mención: Derecho Civil y Comercial, **FLORENTINO FONSECA MARTÍNEZ**.

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 **DA ELS. 15... (B.V.E.NA.)** la mencionada Tesis; en tal virtud, el Maestro en Ciencias Mención: Derecho Civil y Comercial, **FLORENTINO FONSECA MARTÍNEZ**, 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 18:20 horas del mismo dia, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Asesor


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Presidente - Jurado Evaluador


.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador


.....
Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A mis amados hijos, **Jordi y Thiago**, por ser mi mayor inspiración y la razón de cada esfuerzo. Cada página de esta tesis está impregnada del amor y la esperanza que me brindan día a día. Que este logro les recuerde siempre que los sueños se alcanzan con perseverancia, esfuerzo y mucha fe.

Todo esto es por ustedes y para ustedes.

AGRADECIMIENTO

A mi esposa **Irene Soledad**, por su amor, paciencia y apoyo incondicional durante todo este proceso.

Al Dr. Nixon Castillo por ser quien me dio la idea y me guio en el proceso inicial para el desarrollo de tesis como Asesor y al Dr. Jorge Luis Salazar al haber asumido luego mi asesoramiento, por dedicación y valiosas orientaciones que hicieron posible este trabajo.

A mis hermanos y familia, por ser mi fortaleza y motivación constante. Y a todos mis amigos y profesores que, de una u otra manera, me brindaron su ayuda, palabras de aliento y confianza para alcanzar esta meta.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
LISTA DE ABREVIACIONES	x
GLOSARIO	xi
RESUMEN	xii
<i>ABSTRACT</i>	xiv
INTRODUCCIÓN	xiv
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1.CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA O PROBLEMÁTICA.....	1
1.2.PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
1.3.FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.4.JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	5
1.5.ÁMBITO DEL PROBLEMA	7
1.6.TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	7
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	7
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	8
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	8
1.7.HIPÓTESIS.....	9
1.8.OBJETIVOS.....	9
1.8.1. Objetivo general	9
1.8.2. Específicos	9
1.9.MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	10
1.9.1. Métodos generales	10
A. El método analítico.....	10
B. El método sintético	11
C. Método deductivo	11
1.9.2. Métodos específicos del derecho	11
A. Método hermenéutico.....	11
B. Método dogmático.....	12
1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	12
1.10.1. Análisis de contenido documental	12
1.10.2. Las fichas	12

1.11.	ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	13
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....		14
2.1.FUNDAMENTOS <i>IUSFILOSÓFICOS</i>		14
2.2.CONSTRUCCIÓN Y DECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO		19
2.2.1. El Derecho como construcción social.....		19
2.2.2. Deconstrucción del Derecho		20
2.3.LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO		22
2.3.1. Definición de principio		22
2.3.2. Los principios en el Derecho		22
2.3.3. Los principios generales del derecho		23
2.3.4. Los principios en el Derecho del Trabajo en particular.....		25
2.4.CONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL DERECHO DEL TRABAJO		29
2.4.1. Definición del principio protector		29
2.4.2. Reglas de operatividad del principio protector.....		32
A. La regla <i>in dubio pro operario</i>		32
B. La regla de la norma más favorable		34
C. La regla de la condición más beneficiosa.....		36
D. La regla de la norma mínima.....		37
2.4.3. El desequilibrio de poder como fundamento del principio protector ..		38
2.4.4. El principio protector en el Derecho Internacional		40
2.4.5. El principio protector en el derecho comparado		41
A. El principio protector en la Unión Europea		41
a. En la legislación española		42
B. El principio protector en Latinoamérica		43
C. El principio protector en el derecho laboral peruano		44
2.4.6. El principio protector ¿Realmente tiene como único fin el equilibrio de poder en la relación laboral?		46
2.5.VALOR ONTOLOGICO DE LA PERSONA EN EL PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA.....		52
2.5.1. El paradigma neoconstitucionalista		52
2.5.2. Significado del término persona		55
2.5.3. La persona en la tradición del derecho		56
2.5.4. La persona como sujeto de derecho		58
2.5.5. La dignidad humana.....		60
2.5.6. Revalorización de la persona en el neoconstitucionalismo		62

2.6. RELEVANCIA DEL TRABAJO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	67
2.6.1. Estado Social de Derecho	67
2.6.2. ¿Qué se entiende por trabajo?	69
2.6.3. El trabajo como un deber y un derecho.....	71
2.6.4. El trabajo como derecho fundamental en el Estado Social de Derecho	73
2.7. EFECTOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN LABORAL TRADICIONAL	77
2.7.1. ¿Qué se entiende por nuevas tecnologías?	77
2.7.2. Impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo.....	79
2.7.3. Trabajo en plataforma digital	80
2.7.4. Huida a los sistemas de protección tradicional.....	85
2.8. TEORÍA CONSTRUCTIVISTA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	87
2.8.1. El constructivismo en la teoría del conocimiento	87
2.8.2. El constructivismo en la teoría de la interpretación jurídica.....	89
2.8.3. Teoría constructivista de la interpretación jurídica	93
2.8.4. Fases de la interpretación constructiva	100
CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	107
3.1. EL VALOR QUE LA PERSONA HUMANA HA ADQUIRIDO ONTOLOGICAMENTE PARA EL DERECHO BAJO EL PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA.....	110
3.2. TRASCENDENCIA DEL BIEN JURÍDICO TRABAJO PARA LA REALIZACIÓN INDIVIDUAL Y SOCIAL DE LA PERSONA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	119
3.3. CARÁCTER IMPERSONAL DE LA RELACIÓN LABORAL GENERADA POR EL DESARROLLO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS SISTEMAS LABORALES TRADICIONALES.	126
CAPÍTULO IV: PROPUESTA.....	134
ELABORACIÓN DEL CONTENIDO DOGMÁTICO DEL PRINCIPIO PROTECTOR DESDE LA TEORÍA CONSTRUCTIVISTA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	134
CONCLUSIONES.....	144
RECOMENDACIONES	146
LISTA DE REFERENCIAS.....	147

LISTA DE ABREVIACIONES

Abreviaturas

art.: artículo

Exp.: Expediente

p: página

pp: páginas

s.: siglo

Siglas

DPEJ: Diccionario Panhispánico de Español Jurídico

FJ: Fundamento jurídico (en referencia a los fundamentos de una sentencia)

OIT: Organización Internacional del Trabajo

RAE: Real Academia Española

TC: Tribunal Constitucional

TIC: Tecnologías de la información y la comunicación

GLOSARIO

Impersonalización de la relación laboral: En esta expresión para efectos de esta investigación, el término impersonalización no se entenderá en el sentido de la definición del adjetivo impersonal, el cual según el Diccionario de la Real Academia Española, lo describe en su primera acepción: “que no tiene o no manifiesta personalidad u originalidad” y en su segunda: “que no se aplica a nadie en particular”, sino que se entenderá en el sentido de que la relación entre empleador y trabajador ya no se realiza de manera directa, sino por medio de plataformas digitales y bajo la apariencia de una vinculación de carácter autónomo.

RESUMEN

El contenido dogmático del principio protector es claro que se ha ido construyendo sobre aquel propósito de lograr la igualdad, frente al desequilibrio que existe en la relación laboral. Sin embargo, en la actualidad con la consolidación del neoconstitucionalismo, la persona adquiere un valor preponderante. Dejando de ser una construcción jurídica pasa a convertirse en el fin supremo de la sociedad y el Estado, por ende, también del Derecho. Donde la dignidad humana se constituye en un principio inalienable, fundante de todos los demás derechos fundamentales.

De otro lado, en un modelo de Estado Social, el trabajo es un deber de toda persona y un derecho fundamental a la vez. Es una condición básica para la subsistencia humana, así como para su desarrollo y realización plena, desde su dimensión individual y social. Con el trabajo, el ser humano se perfecciona a sí mismo y contribuye al desarrollo de la familia humana e incrementa el patrimonio de la humanidad.

Además, con las nuevas tecnologías se va impersonalizando la relación laboral, no solo por el contacto directo con las plataformas digitales, sino por la aparente existencia de una vinculación de carácter autónomo. Todo ello, con el fin de excluirlos del sistema de protección tradicional, deshumanizando una vez más al trabajo y volviendo a convertirlo en una mercancía.

En este sentido, desde una óptica constructivista postulamos que el principio protector desde una mejor perspectiva se sustenta dogmáticamente, no en la desigualdad entre el binomio empleador-trabajador, sino en aquel propósito general del Derecho. Esto es, en la protección de la persona humana y su dignidad como

fines supremos de la sociedad y del Estado; así como, en la relevancia del trabajo como bien jurídico de atención prioritaria del Estado.

PALABRAS CLAVES

Derecho del Trabajo, principio protector, deconstrucción dogmática, dignidad humana, desequilibrio en la relación laboral, Neoconstitucionalismo, teoría constructivista.

ABSTRACT

The dogmatic content of the protective principle is clear that has been built on the purpose of achieving equality, in the face of the imbalance that exists in the employment relationship. However, at present, after the consolidation of the neo-constitutionalism, the person acquires a preponderant value. Ceasing to be a legal construction, it becomes the supreme end of society, the State and therefore also of Law, where human dignity is constituted as an inalienable principle, foundation of all other fundamental rights.

On the other hand, in a model of Social State, work is a duty of every person and a fundamental right at the same time. It is a basic condition for human subsistence, as well as for its development and full realization, from its individual and also social dimension. It is through work that the human being perfects himself and contributes to the development of the human family and increases the patrimony of humanity.

In addition, with new technologies the employment relationship is getting impersonalized, not only because of direct contact with digital platforms, but in the sense that the existence of an autonomous relationship appears: all this in order to exclude them from the traditional protection system, once again dehumanizing work and turning it back into a commodity.

In this sense, from a constructivist perspective we postulate that the protective principle from a better perspective, is dogmatically based, not on the inequality between the employer-worker binomial, but on that general purpose of the Law. That is, in the protection of the human person and his dignity as supreme ends of society and the State and in the relevance of work, as a legal good of priority attention of the State.

KEYWORDS

Labor Law, protective principle, human dignity, legal good, imbalance in the labor relationship, New constitutionalism, constructivist theory.

INTRODUCCIÓN

El principio protector en el derecho del trabajo sin duda constituye la razón de ser de esta rama del derecho, que le imprime de particularidad. A diferencia del derecho civil que se preocupa por la igualdad entre las partes contratantes, el derecho del trabajo tiene como propósito alcanzar una mayor protección de una parte de ellas, el trabajador.

En el discurrir histórico del derecho del trabajo, este fin tutelar o principio protector se ha ido construyendo dogmáticamente, sobre la base del desequilibrio de la relación laboral. En aquella desigualdad evidente que existe entre el trabajador desposeído de toda libertad, frente al pleno poder que tiene el empleador, como dueño del capital para establecer las condiciones de trabajo. Es ahí, que desde esta perspectiva tradicional debe intervenir el legislador para evitar los abusos de poder y por voluntad de la ley alcanzar esa igualdad real, por medio de una desigualdad jurídica, que se expresa en un trato diferenciado, preferente, de la parte débil en la relación laboral, el trabajador.

Aunque este fundamento es plenamente válido en los albores del Derecho del Trabajo, donde el trabajo es un derecho de clase, que por medio de la lucha ante la explotación de la clase trabajadora se busca el reconocimiento de ciertos derechos, como bien lo expresa el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. En una época, en la cual al mismo ser humano se concibe como una construcción jurídica, olvidando que éste es el verdadero fin supremo de la sociedad y del Estado, por ende, también del Derecho. Donde el trabajo ni siquiera se vislumbra como un bien jurídico de atención prioritaria del Estado y menos como un derecho fundamental, sino es una simple mercancía.

Pero hoy en día, con la consolidación de un nuevo paradigma en el Derecho con el neoconstitucionalismo, donde el valor preponderante de la persona, entendido ontológicamente como ser racional superior al mundo de la irracionalidad, que se traduce en la dignidad humana como principio y valor inalienable, fundante de los demás derechos fundamentales, así como, también en la base de toda estructura social, política, jurídica, económica, etc.

Por otro lado, en un Estado Social que se consolida el trabajo como un derecho económico y se convierte no solo en un derecho sino en un deber de toda persona, como una condición básica para la subsistencia humana y como un medio de realización plena del ser humano, no solo desde una dimensión personal y sino también social. Es por medio del trabajo que el ser humano se realiza a sí mismo, pero también, contribuye a la realización de la familia humana e incrementa el patrimonio de la humanidad. Ello es evidente, sin el trabajo, no existiría el avance científico, ni tecnológico que permita el desarrollo de las sociedades.

Donde, además, con el avance las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, la relación laboral se impersonaliza, no solo por el contacto con las plataformas y medios digitales, perfiles, etc., sino que esta relación se reviste de autonomía en la prestación del servicio. Estos nuevos modelos lógicamente obligan a los sistemas tradicionales de protección laboral a flexibilizar sus conceptos y categorías jurídicas y adaptarlos a las nuevas exigencias de la realidad, a fin de alcanzar una protección adecuada a este grupo de prestadores de servicios.

Es en este sentido, el principio protector del Derecho al trabajo, hoy en día no se puede sustentar en la desequilibrio de la relación laboral, sino que adaptando su contenido dogmático a la realidad contemporánea, desde la óptica de la teoría

constructivista de la interpretación jurídica, se puede concluir que la mejor representación del fin protector, tiene mayor sentido, si se sustenta en la propia dignidad humana, como fin supremo de la sociedad y el Estado y en el bien jurídico trabajo, como condición básica para subsistencia humana y medio de realización personal y social.

Desarrollando lo esbozado en esta introducción, la presente tesis se estructura en cinco capítulos. El primer capítulo está destinado a describir los aspectos metodológicos, como la formulación de problema, la justificación, hipótesis, objetivos, métodos y técnicas utilizada en la investigación.

En el segundo capítulo se comprende al marco teórico, comenzando por los fundamentos *iusfilosóficos*, sobre la base de los principios pospositivistas que orientan esta tesis, y que evidencia en el paradigma neoconstitucionalista y la teoría constructivista de la interpretación jurídica. Se desarrolla el concepto del principio protector y su contenido dogmático desde una perspectiva tradicional, sustentada en el desequilibrio de poder en la relación laboral, para luego, ir vislumbrando al valor ontológico que adquiere la persona para el Derecho en el paradigma neoconstitucionalista. Así como, la importancia del bien jurídico trabajo en un Estado Social, como condición básica para la subsistencia de la humanidad y como medio de realización personal y social. Se continúa en este capítulo analizando los efectos de las nuevas tecnologías que conllevan a la impersonalización de la relación laboral y hacia una reinterpretación de los conceptos tradicionales a fin de alcanzar una protección a este grupo de trabajadores. Para luego concluir con el estudio de la teoría constructivista de la interpretación jurídica, comprendiendo sus fundamentos, se estudia las fases de la interpretación.

En el tercer capítulo se contrasta la hipótesis desarrollando cada uno de sus componentes. Se concluye con el cuarto capítulo realizando la propuesta, de elaboración del nuevo contenido dogmático del principio protector en el derecho del trabajo, siguiendo los fundamentos interpretativos de la teoría constructivista de la interpretación jurídica.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA O PROBLEMÁTICA

El problema de la tesis doctoral se sitúa en el ámbito del Derecho Constitucional y el Derecho Laboral peruano.

A nivel del Derecho Internacional de Trabajo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se origina con el propósito de tutelar y mejorar los derechos del trabajador como una expresión de justicia social, manifestado en el preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919. En su texto, expresa que al existir condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, cuyo descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; por lo que considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, entre otros objetivos, las partes contratantes (Estados) convienen en crear la organización. Asimismo, en su artículo 19, numeral 08, reconoce que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Estado miembro, no deroga en el Estado que lo ratifica, a las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos que garantice a los trabajadores condiciones más favorables.

En la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, realizada Ginebra el 10 de junio de 2008, reafirma que: “la importancia de la relación de trabajo debería reconocerse como un medio para ofrecer protección jurídica a los trabajadores”.

En el Perú, a nivel constitucional, el artículo 26 de la Constitución Política del Perú reconoce que en la relación laboral se respetan entre otros principios el de “3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.” Aunque lo denomina principio, dicho enunciado no es más que una regla de operatividad del principio protector, o una manifestación de este conforme a los criterios doctrinales.

A nivel legal, en el ámbito procesal el principio protector se manifiesta como un sustento de equilibrio entre las partes de la relación laboral, conforme al artículo III del título preliminar de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, se impone al juzgador el deber de alcanzar la igualdad real de las partes evitando las desigualdades que afecten al desarrollo y resultado del proceso.

En materia de convenios colectivos el artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, prescribe que “En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad.”

En el ámbito jurisprudencia, el principio protector se identifica con el principio *in dubio pro operario*, el Tribunal Constitucional en el Expediente 0008-2005-PI/TC entiende que “el principio *in dubio pro operario* será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma.”

La doctrina coincide que el principio protector es uno de los principios más importantes del derecho del trabajo, según Pla Rodríguez, dicho principio es el más importante, cuya manifestación se expresa bajo las reglas de

operatividad del *in dubio pro operario*, la norma más favorable y la condición más beneficiosa, a lo que coincide también Pasco Cosmópolis y el extinto profesor Neves Mujica.

A este principio también se le ha denominado “como ‘principio de disparidad social’ (Trueba Urbina) o ‘correctivo de la desigualdad social’ Nicollie o de ‘desigualación compensatoria’, en tanto que procura eliminar o, al menos, atenuar o disminuir el desequilibrio creando nuevas desigualdades de signo inverso” (Pasco Cosmópolis, 1994, p. 97).

Por su parte, Gamonal Contreras (2013) en resumen señala que se denomina principio tuitivo, protecciónista o de favor y se fundamenta en la falta de libertad inicial y consecuente del trabajador. La cual constituye la causa inmediata de la desigualdad de los empleados y explica la protección del derecho del trabajo, que se manifiesta en diversas latitudes, tanto en Latinoamérica, como en Europa y países de otros continentes (p. 427)

Por su parte, Pasco Cosmópolis (1994), señala que:

Pla Rodríguez coloca como el principal de los principios del Derecho del trabajo el principio protector, cuyo fundamento responde al propósito de nivelar desigualdades. Citando a Radbruch, anota: ‘La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad entre las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; y a Couture: ‘El procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades’. (p. 97)

Por su parte, Hernáinz Márquez citado por Pla Rodríguez (1998), sobre la vigencia del propósito protector del derecho del trabajo expresa:

Cuando el derecho del trabajo tuvo, sobre todo en sus comienzos, un claro sentido de derecho de clase, de protección de los económicamente débiles que prestaban un servicio por cuenta ajena, pudo estimarse tal norma interpretativa como un auténtico principio de derecho laboral. Pero hoy día con el

triunfo decidido de las tendencias objetivas, sólo puede tener una limitada aplicación. (p. 78)

Los autores españoles Bayón Chacón y Pérez Botija citados por Pla Rodríguez (1998):

Expresan que estos principios interpretativos 'son simples postulados que, sociológicamente primero y jurídicamente después, por disposiciones legales o por resoluciones judiciales, se han convertido en criterios de orientación del legislador y del juez, en defensa de la parte que se estimó más débil en la relación laboral, para restablecer, con un privilegio jurídico, una desigualdad social'. (p. 81)

En el Perú el Profesor Neves (2018) lo señala del siguiente modo:

Constatado el desequilibrio real entre los sujetos laborales individuales, el propósito del derecho del trabajo es el de compensarlo con otro desequilibrio en el nivel jurídico, de signo opuesto al anterior: la protección del contratante débil. Este es el sentido de la intervención tutiva del Estado en esta área. (p. 11)

Como es de observar en las citas textuales, los autores son unánimes en expresar que el carácter protector del derecho del trabajo surge del desequilibrio manifiesto en la relación laboral, en la falta de libertad del trabajador.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La construcción dogmática elaborada a nivel doctrinal sobre principio protector se justifica en la naturaleza propia de la relación laboral donde existe una evidente desigualdad. El mismo derecho del trabajo es producto de las constantes luchas sociales por el reconocimiento de los derechos laborales, ante la explotación laboral, por lo que surge la necesidad de intervención estatal protegiendo al más débil. Sin embargo, hoy en día cuando existe un derecho laboral suficientemente estructurado, la

justificación en el desequilibrio material de la relación laboral, queda supeditada a una justificación puramente sociológica, hasta piadosa y solidaria, perdiendo todo matiz de juridicidad, evidenciando una decadencia de la vocación protectora del derecho del trabajo. Lo que no puede ocurrir, por cuanto constituye la esencia de nuestra rama del derecho, su propio desarrollo no puede conducirlo a su extinción. Por lo que, es necesario reconstruir la dogmática del principio protector basado en el valor que tiene la persona para el derecho y la importancia del trabajo para su realización tanto personal como social. Sobre todo, hoy en día, con la reestructuración global de la producción basado en las nuevas tecnologías y la flexibilización de los sistemas laborales que modifican sustancialmente las relaciones de trabajo.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la deconstrucción dogmática del principio protector en el derecho del trabajo a partir de la teoría constructivista de la interpretación jurídica?

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se justifica por su trascendencia teórica en la búsqueda por reconstruir la dogmática del principio protector al amparo de las nuevas perspectivas del derecho y su interpretación. El constitucionalismo por un lado que reconoce la preponderancia de la persona y su dignidad, para el derecho, y el valor que reconoce a los

principios constitucionales el pospositivismo. Así, bajo la teoría constructivista de la interpretación jurídica, los valores y principio adquieren mayor relevancia, puesto que son ellos quienes determinan y justifican una forma de entendimiento y aplicación de las reglas.

Hoy en día, el principio protector como el principio más importante que informa al Derecho del Trabajo no puede supeditar su justificación sino en la relevancia que tiene la persona del trabajador como eje central del del Derecho mas no como mero observador, a quien se le impone tal o cual obligación; y, la importancia del trabajo para la realización personal y social, siendo el trabajo, además, objeto de protección prioritaria para el Estado, conforme lo estable la propia Constitución.

La vocación protectora del derecho al trabajo, cuyo fundamento es la esencia de su particularidad. En tanto, el derecho común incesantemente busca mantener la igualdad de los participantes, el Derecho del Trabajo su razón de ser la encuentra en la mayor proyección del trabajador. Por lo que se puede decir que el principio protector es la esencia del Derecho del Trabajo, por tanto, el avance en su estructura no puede constituir una amenaza de su propia extinción.

En la práctica, se puede observar que existe una gran tendencia a la regulación de reglas concretas de operatividad del principio protector como el *in dubio pro operario* del artículo 26 de nuestra Carta Magna, las reglas de la norma más beneficiosa y la condición más favorable desarrolladas largamente por la doctrina, lo cual expresa una preocupación por la objetividad del principio perdiendo su esencia de tal, por cuanto se vacía

de contenido, pues como principio debe cumplir las funciones propias de tal. Esto es, creativa, integradora e interpretativa.

Por otro lado, en su aplicación hoy en día no se encuentra decisiones judiciales cuyo sustento principal de la decisión sea el principio protector, sino que se utiliza siempre como un argumento complementario y adicional a lo decidido; lo cual conlleva a pensar que modernamente su contenido dogmático no es suficientemente fuerte como para ocupar el lugar predominante en la decisión.

En tal sentido, se hace necesario repensar su contenido dogmático bajo los nuevos paradigmas del derecho a fin de garantizar su plena vigencia.

1.5. ÁMBITO DEL PROBLEMA

El problema de la presente tesis, temporalmente, se sitúa de las normas del derecho de trabajo vigentes que expresan una manifestación positiva del principio protector, como el artículo 26 de la Constitución Política del Perú, al artículo III del título preliminar de la Ley 29497, Nueva ley procesal del trabajo y el artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, que rigen en el territorio nacional.

1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue

Según el fin que persigue la presente investigación es una investigación básica, porque tiene el propósito de reconstruir el

contenido dogmático del principio protector cuya regla de operatividad se encuentra regulado en el artículo 26, numeral 3 de la Constitución Política, a partir de la teoría constructivista de la interpretación jurídica.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

Según el diseño, la presente investigación es de tipo explicativa - propositiva a) Es Explicativa, por cuanto busca explicar el contenido tradicional del principio protector a partir del desequilibrio que existe en la relación laboral en la dicotomía empleador-empleado, que justifica la vocación protectora del derecho del trabajo. b) Es propositiva, en la medida que pretende establecer un nuevo contenido dogmático del referido principio a partir de la teoría constructivista de la interpretación jurídica y las nuevas perspectivas del derecho contemporáneo.

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

Según los métodos y procedimientos la presente investigación es de tipo cualitativa. Esta tesis no se pretende medir el comportamiento de las variables, sino únicamente reconstruir el contenido dogmático del principio protector en función al valor de la persona y la importancia del trabajo para su realización personal y social.

1.7. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que justifican la deconstrucción dogmática del principio protector en el derecho del trabajo a partir de la teoría constructivista de la interpretación jurídica son:

- a. El valor que la persona ha adquirido ontológicamente para el derecho bajo el paradigma neoconstitucionalista.
- b. La relevancia del bien jurídico trabajo para la realización individual y social de la persona en el Estado Social de Derecho.
- c. El carácter impersonal de la relación laboral generada por el desarrollo de las nuevas tecnologías y la flexibilización de los sistemas laborales tradicionales.

1.8. OBJETIVOS

1.8.1. Objetivo general

Establecer los fundamentos jurídicos que justifican la deconstrucción dogmática del principio protector en el derecho del trabajo a partir de la teoría constructivista de la interpretación jurídica.

1.8.2. Específicos

- a. Analizar la construcción dogmática del principio protector en el derecho del trabajo desde su concepción tradicional.
- b. Explicar el valor que la persona ha adquirido ontológicamente para el Derecho bajo el paradigma neoconstitucionalista, como fundamento del principio protector en el derecho del trabajo.

- c. Determinar la relevancia del bien jurídico trabajo para el desarrollo individual y social de la persona en el Estado Social de Derecho, como justificación del carácter protector del derecho del trabajo.
- d. Analizar los efectos de las nuevas tecnologías y la flexibilización de los sistemas laboral en los niveles de protección del sistema laboral tradicional.
- e. Elaborar el contenido dogmático del principio protector en el derecho del trabajo a partir de la teoría constructivista de la interpretación jurídica.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

La presente tesis doctoral se realizó utilizando una combinación de los métodos: analítico, sintético, deductivo, hermenéutico y dogmático.

1.9.1. Métodos generales

A. El método analítico

En método analítico nos ha permitido estudiar los elementos constitutivos del principio protector, partiendo de su origen y el desarrollo histórico en el Derecho del Trabajo a nivel global. Así como, alcances, límites, regulación y sus reglas de aplicación en las diversas legislaciones del derecho comparado y en el derecho peruano.

B. El método sintético

El método sintético como método general de la investigación científica nos ha permitido extraer las conclusiones generales a partir de los elementos del principio protector estudiados a través del método analítico.

C. Método deductivo

El método deductivo como forma de razonar y explicar la realidad partiendo de leyes o teorías generales nos ha permitido arribar a conocimientos particulares. En la presente investigación este método partiendo de la comprensión de principio protector y de los presupuestos del neoconstitucionalismo, el Estado Social de derecho, aplicando la teoría constructivista ha hecho posible deducir la existencia de nuevos fundamentos dogmáticos del principio protector.

1.9.2. Métodos específicos del derecho

A. Método hermenéutico

A través del método hermenéutico se ha estudiado al principio protector, desde su aspecto regulado en normas positivas del derecho internacional del trabajo y en las diversas legislaciones del derecho comparado, así como, en el derecho peruano, partiendo específicamente del artículo 26 de la Constitución Política del Perú.

B. Método dogmático

El método dogmático nos ha permitido estudiar al principio protector desde su ámbito conceptual, diferenciándose entre principios, normas y reglas. Así como, establecer cuáles son sus reglas de aplicación y de ese modo, llegar a establecer su contenido a partir de la teoría constructivista de la interpretación jurídica.

1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Análisis de contenido documental

Esta técnica nos ha permitido analizar el contenido del material bibliográfico y documental seleccionado y clasificado durante la recolección de información.

1.10.2. Las fichas

Las fichas como instrumentos han hecho posible registrar los datos que se han ido obteniendo durante el análisis de contenido documental en la recolección de información. Entre ellas, se han utilizado fichas bibliográficas, textales, de resumen y mixtas, cabe precisar que dichas fichas se elaborarán de modo digital, las mismas que se incorporan al texto de la tesis.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Habiendo revisado tanto el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) la página web de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU); así como, el Registro Nacional de Trabajos Conducentes a Grados y Títulos en la página web de Acceso Libre a Información Científica para la Innovación (ALICIA) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC) no se ha encontrado, como antecedente trabajos de tesis relacionas al contenido dogmático del principio protector en el derecho del trabajo desde una perspectiva constructivista de la interpretación jurídica.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. FUNDAMENTOS *IUSFILOSÓFICOS*

La presente tesis doctoral tiene como propósito la deconstrucción dogmática del principio protector a partir de la teoría constructivista de la interpretación jurídica. Para ello, a fin de construir el marco filosófico de nuestra tesis es necesario comprender la construcción existente del principio protector para luego aterrizar en el fundamento que sustenta la reconstrucción.

El hombre en su búsqueda incesante por alcanzar el conocimiento ha trazado dos grandes líneas de pensamiento, denominadas corrientes filosófica, tales como: el racionalismo y el empirismo. Para la primera, la razón es la fuente del conocimiento; en tanto, la segunda confía en la experiencia y el único medio para alcanzar la verdad de las cosas son los sentidos.

La filosofía del derecho no ha sido ajena a su influencia, en tanto, el iusnaturalismo apela a la razón humana como fuente de compresión de las leyes divinas y naturales como único derecho válido que “desemboca toda su construcción en la obtención de normas rígidas, que importan una regulación justa, eterna y universalmente aceptada, válida para todos los tiempos, todas las épocas y todos los pueblos” (Álvarez Gardiol, 1998, p. 136).

El positivismo se preocupó por la científicidad del derecho, al cual le concibe como un fenómeno objetivo y neutral, como un sistema de normas jurídicas cuya validez deriva de la autoridad. Bajo el predominio extenso y evidentemente positivista es que el derecho se ha ido construyendo en su viaje por el tiempo, como un derecho dependiente de la formalidad, como si se tratara de un objeto físico, como un producto acabado que está listo para

aplicarlo y usarlo, incapaz de involucrar al participante, de tal modo que le permita identificarse con el sistema y sentirse parte de él, sino que lo coloca en la posición de observador externo, un receptor pasivo sin la posibilidad de obtener soluciones prácticas a la cuestiones como qué debo hacer o porqué debo obedecer al derecho (Calsamiglia, 1997). Así, el derecho ha sido estudiado desde su más profunda objetividad, como un fin en sí mismo, olvidando que no es otra cosa, sino un instrumento al servicio de la persona humana, por decirlo de manera técnica, un instrumento para alcanzar objetivos sociales.

Después de la segunda guerra mundial ante las injusticias más atroces cometidas en nombre del derecho, se llega a sostener con la teoría de Gustav Radbruch que el derecho extremadamente injusto no es derecho. En tal sentido, no solo se hizo necesario sino obligatorio, repensar las teorías positivistas, pasando por el positivismo incluyente no solo en el sentido, de que, entre el derecho y la moral hay una conexión solo contingente como ha sostenido Jules Coleman (Alexy, 2008), sino que, además, como la teoría de Hart que incorpora la regla del reconocimiento, según la cual, la validez del derecho depende de la aceptación social (Hart, 2009). El sujeto participante inicia a tener el papel activo en la concepción del derecho.

Finalmente, dentro de las aportaciones más influyentes, Dworkin consolida la idea de existencia de los principios en los sistemas normativos cuyo contenido es enteramente de índole moral, que permite a los jueces aplicar el derecho sin apelar a la discrecionalidad, ante la inexistencia de norma expresa.

En este orden, el pospositivismo cambia la agenda y su centro de atención se ubica en la indeterminación del derecho y la relación entre el derecho y la moral; cuyo objetivo primordial es la protección efectiva de los derechos fundamentales de la persona. Lo cual genera un cambio del paradigma pasando de un modelo legalista a un constitucional, donde el culto a la ley y el poder del legislador todo poderoso se va desvaneciendo. Éste encuentra su límite en el reconocimiento de los derechos y las garantías de los derechos fundamentales. La Constitución como norma fundamental y como texto normativo “está integrado básicamente por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos” (Añon Roig, 2002, p. 27). Desde esta óptica la persona adquiere un valor primordial, pues los derechos fundamentales reconocidos a ésta, a la persona, son el contenido básico del sistema jurídico y que a su vez constituyen los límites al poder, tanto estatal como particular. Las leyes no son más que delimitaciones de los derechos fundamentales, que permiten su concreción práctica, cuya validez está supeditada al respeto de los derechos, principios y valores contenidos en la Constitución. Desde este paradigma constitucionalista, la persona es un fin en sí mismo, por hacer referencia a la concepción Kantiana, no solo el derecho está a su disposición sino también el Estado y la sociedad, nuestra Constitución así lo reconoce en su primer artículo: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

De este modo, el derecho no es más un sistema de normas, sino un instrumento para lograr objetivos sociales que a su vez incorpora valores morales racionalmente fundamentados. Asimismo, en este sistema de

pensamiento destaca la necesidad de justificar razonablemente las decisiones, no se trata de aplicar la norma por la norma, sino de justificar por qué tal o cual norma es aplicable al caso concreto, de allí que el derecho se ha visto como una actividad interpretativa desde la teoría de Dworkin o argumentativa desde el pensamiento de Manuel Atienza (Lifante Vidal, 2008).

Es, bajo este último esquema de justificación que el Derecho del Trabajo tiene como punto de partida no la igualdad sino el desequilibrio en la relación laboral, cuyo fundamento político se encuentra en modelo de Estado Social de Derecho que tiene como propósito alcanzar una igualdad real dentro de la sociedad. Lorenz Von Stein uno de los más notables precursores de este modelo, defendía que “el fin principal de la administración es la solución del problema social mediante la protección y asistencia a los más débiles” (Villar Borda, 2007, p. 83).

Así, en el Derecho del Trabajo, en tanto, el patrón dotado del poder de decisión y dirección, el empleado solo le debe obediencia. Es ese orden, se origina el Derecho del Trabajo con la finalidad brindar protección al trabajador como una expresión de justicia social, justificándose de ese modo la presencia del principio protector. El derecho laboral no es ya un medio de poder sino un instrumento de protección del trabajador. En tanto, el derecho común incesantemente busca salvaguardar la igualdad de las partes contratantes, el derecho laboral busca la mayor protección de la dignidad del trabajador como persona humana. Eh allí la esencia de su particularidad y su razón de ser; cuyo fundamento no se encuentra más en la voluntad del legislador, quien dispone la protección del trabajador por ser la parte débil en la relación material, como una disposición piadosa, solidaria, como respuesta a las

exigencias de lucha por la libertad e igualdad social; sino en la importancia que tiene la persona para el derecho, desde el paradigma constitucional (fin supremo de la sociedad y el Estado) y su prevalencia sobre cualquier otra finalidad (finalidad económica, en este caso del patrón).

De otro lado, el trabajo como actividad humana, además de ser un deber y un derecho, es un valor fundamental, es un medio de realización de la persona, tanto de manera individual como social. Además, el trabajo como resultado o producto es una expresión personal del sujeto que lo realiza, en él queda impreso su propia personalidad, su manera de pensar, su manera de ser en sí mismo.

Siendo ello así, no se puede entender al principio protector sino desde una concepción filosófica pospositivista, pensamiento que guiará la presente investigación, ya que no se trata de una regla sino de un principio cuya validez no descansa sobre criterios formales, dependiente de la autoridad, sino reposa sobre criterios materiales basados en el principio de justicia e igualdad, como bien diría Aguiló Regla (2007) se trata de una norma necesaria o de un principio. Las normas necesarias son válidas por su contenido “se trata de normas inderogables en el sentido que su eliminación implicaría no el cambio de algunas normas sino el cambio del sistema jurídico mismo” (p. 672). Además, no se aplica a los casos que existen reglas prescritas, sino que sirve para solucionar los casos difíciles “cuando la solución no proviene de la aplicación de una regla del sistema sino hay que buscarla como respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa” (Aguiló Regla, 2007, p. 674), donde exige ponderar

el derecho para el caso y no hay libertad sino responsabilidad de justificar la solución.

Es por ello, que la presente tesis doctoral se propone reconstruir el contenido dogmático del principio protector, bajo la sombra del paradigma neo constitucional y desde la óptica de la teoría constructivista de la interpretación jurídica. La misma, que parte del presupuesto, que el derecho es “una práctica social destinada a satisfacer ciertos valores” (Lifante Vidal, 2018, p. 187) con prevalencia sobre la autoridad. En términos de Dworkin, “la interpretación constructiva trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece” (Lifante Vidal, 2018, 182).

2.2. CONSTRUCCIÓN Y DECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO

2.2.1. El Derecho como construcción social

El Derecho y la sociedad son dos realidades íntimamente ligadas entre sí, como bien lo expresa el aforismo latino *ubi societas, ibi ius*, donde hay sociedad hay Derecho. Lógicamente la sociedad no sólo constituye un alberge del Derecho, sino es creadora del Derecho; por tanto, está sujeto a los constantes cambios que se producen en la realidad social. De modo que, el Derecho es una construcción social, un producto del hombre, que se genera a partir de la constante interacción humana, impulsado por la necesidad de mantener una estructura u orden social.

Alexy (2008) sostiene que el Derecho a pesar de su anclaje con el mundo real, no puede reducirse a una clase natural o a un objeto. Evidentemente, el Derecho no tiene su origen en la realidad natural o biológica, sino en la convención social, producto de la constante interacción humana. Prueba de ello, es la costumbre como fuente del Derecho.

Incluso, si entendemos al Derecho desde su perspectiva objetiva, conforme lo describe el positivismo. Diremos que el Derecho es un conjunto de reglas que regulan el comportamiento humano, o un hecho social, que emana de la autoridad competente, en un momento histórico dado y dentro de un contexto cultural y social determinado. Así descrito, el Derecho no deja de ser una construcción humana, pues proviene de la autoridad competente, por tanto, sujeta al cambio de la realidad social, que justifica y se evidencia en la constante modificación legislativa.

2.2.2. Deconstrucción del Derecho

El término deconstrucción hay que entender que no es un término jurídico propiamente dicho, por lo que para entender su significado basta recurrir a su definición general. La Real Academia Española (RAE) la define en su segunda acepción como: “Desmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis”. Asimismo, en su primera acepción indica que deconstrucción es la acción y el efecto del verbo deconstruir, al cual lo define como: “Deshacer analíticamente algo para darle una nueva estructura.”

Aunque, desde su definición genérica en la lengua española, la deconstrucción bien se puede entender como una estrategia o un método, pero la deconstrucción no se agota en la mera descomposición de los elementos de la estructura, para su mejor comprensión como lo hace el método analítico, sino que la deconstrucción haciendo uso del análisis crítico busca crear una nueva y remodelada estructura.

Para efectos de la presente tesis, la deconstrucción no se entiende como una estrategia o un método de análisis, sino como una forma de pensamiento que “exige acercamientos críticos y creativos, no afirmativos o esquemáticos” (Krieger, 2004, p. 187) de una determinada realidad.

En el ámbito del Derecho, la deconstrucción se entiende como la reorganización o reconstrucción de un concepto, principio o institución jurídica, que en modo alguno pueden concebirse con significados estructurales o absolutos, sino que están sujetos al análisis crítico y creativo, condicionados a los contextos sociales y culturales, por tanto, son realidades cambiantes y adaptables. En la medida que la sociedad progresá, exige que el Derecho se adapte a la dinámica de la práctica social. Lo que significa que el Derecho por su misma naturaleza se construye y destruye contantemente.

2.3. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO

2.3.1. Definición de principio

En términos generales “principio” hace referencia al inicio, así como a la causa u origen óntico del ser. La RAE, al definir el término principio, en su quinta acepción hace alusión a “las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.” Es importante resaltar esta acepción, en tanto, principio se refiere a las verdades fundamentales sobre las cuales se sustenta una ciencia o un arte. Es decir, que, son la razón de ser de tal o cual ciencia o arte. Son las verdades que le otorgan entidad. En su sexta acepción, acercándonos más al Derecho, lo define como “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.” Conforme a esta acepción, podemos entenderlo como un valor fundamental que determina el modo de actuar de las personas o de un determinado grupo social.

2.3.2. Los principios en el Derecho

Con certeza se puede afirmar que los principios en la teoría del derecho están íntimamente ligados al *iusticialismo*, el cual se sostiene sobre la idea de “la existencia de un derecho trascendente y anterior al derecho positivo” (Marcone, 2005, p. 126). Que, por lo demás, se relaciona a la notable discusión sobre la vinculación entre el derecho y la moral. En el Derecho Contemporáneo, como sostiene Suárez-Rodríguez (2016) “La teoría de los principios surge como una reacción al positivismo jurídico, que se hace conceptualmente

insuficiente e inadecuado para explicar el fenómeno jurídico en los Estados constitucionales contemporáneos" (p. 54).

Dworkin (1989) al establecer su teoría sobre los principios, abiertamente sostiene que se propone hacer un ataque general contra el positivismo, en la versión de Hart, partiendo de la idea en que el positivismo bajo una estructura de reglas jurídicas es incapaz de responder de manera adecuada a los casos difíciles, en cuyo razonamiento y discusión jurídicas, a menudo se echa mano a estándares que no funcionan como reglas, sino como principios. Dworkin entiende por principios a aquellos estándares que han de ser observados como "una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad" (p. 72).

En este sentido, la presencia de los principios en la teoría del derecho no solo representa un desafío para el positivismo jurídico, poniendo en evidencia, la insuficiencia de la regla de reconocimiento, excluyendo la discrecionalidad judicial o estableciendo una vinculación necesaria entre Derecho y moral (Prieto Sanchís, 2013) sino sobre todo, trae consigo una nueva concepción de Derecho, que más adelante implicará un cambio de paradigma, a tal punto que en el neoconstitucionalismo se llegará a concebir a los derechos fundamentales como principios, en la teoría de Alexy.

2.3.3. Los principios generales del derecho

Según el mandato constitucional los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En estos casos

deben aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario (Const., 1993, Inc. 8, art. 139). De este modo, los principios generales constituyen fuente de derecho, que para la doctrina iusnaturalista consisten en “un conjunto de verdades jurídicas establecidas universalmente por la recta razón” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (DPEJ). En tanto, desde una perspectiva formal son aquellos “valores deducidos de los propios procesos aplicativos de las normas positivas, que contribuyen a orientar su aplicación ajustada a los ideales de justicia” (DPEJ).

Con el predominio del positivismo jurídico la doctrina contemporánea se ha convencido que los principios generales del derecho no corresponden a los principios del derecho natural. Justamente el uso de los términos, principios generales del derecho, surge en oposición al término principios del derecho natural que se acogió en sus orígenes en el Código Civil de Austria de 1811, el cual en su artículo 7, disponía que: “en ausencia de la ley y a falta de disposiciones análogas, el caso deberá decidirse según los principios del derecho natural” (Díaz Couselo, 1971, p. 30)

Del Vecchio (1933) define a los principios generales del derecho como “las verdades supremas del derecho *in genere*, o sea a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que, por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos” (p. 8). Aunque puede criticarse lo histórico de la cita, su contenido sigue vigente. Primero, en las teorías principalistas actuales, iniciada por Dworkin, seguida por Alexy, Atienza, no cabe duda de que los

principios tienen un contenido eminentemente moral, ético. Segundo, al ser generales son virtualmente comunes a todos los pueblos, es decir, se basan en la idea de universalidad.

2.3.4. Los principios en el Derecho del Trabajo en particular

Para hablar de los principios del Derecho del Trabajo es necesario acotar que estos no se identifican plenamente con los principios generales del derecho. En tanto los principios generales como fuentes del derecho inspiran todas las ramas del derecho como su propio nombre, con lo de generales lo expresa; en tanto, los principios del Derecho del Trabajo son aplicables únicamente a esta rama del derecho.

Los principios son entendidos bajo diferentes connotaciones. En el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy se consolida la idea de que los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización, “que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas” (Alexy, 1993, p. 86). Con ello se hace referencia directamente a aquellos principios positivizados en la Carta Fundamental, que según el mismo autor se diferencian de las reglas en cuanto éstas son mandatos definitivos, que sólo pueden ser cumplidas o desobedecidas, no admiten términos medios o cumplimiento en grados.

Sin embargo, cuando nos referimos a los principios del Derecho del Trabajo hacemos referencia a aquellas normas que sin estar positivizadas constituyen directrices ordenadoras del sistema jurídico laboral. Pla Rodríguez (1998) recoge algunas definiciones y señala que: Alonso García los define como "aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo" (p. 13). En tanto, "De Castro que son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídico-laboral" (p. 13).

Pla Rodríguez (1998) los define como: "Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones por las que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos" (p. 14). Lo que significa que los principios al ser parámetros de orientación o líneas directrices se encuentran presentes desde la creación de la norma, así como en su interpretación y finalmente, en la aplicación.

El Tribunal Constitucional refiriéndose a los principios constitucionales del Derecho del Trabajo indica que son "aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas." (Exp. 008-2005-PI/TC, 2005, F.J. 20); por su parte la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica que "son aquellas reglas rectoras

que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, que sirven de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas" (Casación Laboral 4936-2014, Callao, 2015, F.J. 19).

Como es de observar, la definición de Pla Rodríguez se puede decir que mejor recoge las tres funciones propias de un principio y que de algún modo son recogidas por la jurisprudencia peruana.

En el Derecho del Trabajo se identifican una serie de principios. Por citar a Pla Rodríguez (1998) enumera a los siguientes: 1. El principio protector. 2. El principio de irrenunciabilidad de los derechos. 3. El principio de continuidad de la relación laboral. 4. El principio de primacía de la realidad. 5. El principio de razonabilidad. 6. El principio de buena fe. 7. El principio de no discriminación.

Arévalo Vela (2016) enumera a los siguientes: a) Principio protector, b) Principio de igualdad, c) Principio de irrenunciabilidad, d) Principio de primacía de la realidad, e) Principio de continuidad, f) Principio de razonabilidad, g) Principio de buena fe, h) Principio de no discriminación.

Neves Mujica (2018) por su parte, aunque no señala al de continuidad, razonabilidad y buena fe, agrega al principio de igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades, así como a los principios *in dubio pro operario*, norma más favorable y condición más beneficiosa, aunque en estos tres últimos creemos que no son principios propiamente dichos sino reglas de operatividad del principio protector, tal como

sostienen Pla Rodríguez y Pasco Cosmópolis, como lo veremos más adelante.

En la doctrina, se ha dicho que los principios cumplen una triple función: informadora, normativo o integradora e interpretadora. De Castro lo expresa que es informadora por cuanto inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico. Es normativa por que actúan como fuente supletoria, en caso de ausencia de la ley, integrando el derecho. Interpretadora es en el sentido que operan como criterio orientador del juez o del intérprete (Pla Rodríguez, 1998).

Por su parte, Neves Mujica (2018) por su parte siguiendo a Pla sostiene que los principios del Derecho del Trabajo como “líneas directrices que informan a las normas e inspiran soluciones y sirven en diversas fases de la vida normativa” (p. 129). En resumen, el mismo autor señala que el carácter protector cobra especial importancia en la creación de las normas. El principio *in dubio pro operario* en la interpretación. En tanto, en la aplicación, al resolver un conflicto interviene la norma más favorable o para retener alguna ventaja alcanzada a través de la condición más beneficiosa (Neves Mujica, 2018).

2.4. CONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL DERECHO DEL TRABAJO

2.4.1. Definición del principio protector

La doctrina no siempre coincide en la denominación del principio protector. Menéndez Pidal habla de principio tutelar, Russomano principio de protección tutelar, Kaskel – Dersch principio protectorio Barasi usa la expresión favor hacia el trabajador, en tanto Pla Rodríguez (1998) lo denomina principio protector.

Aunque no exista acuerdo en la expresión, todos los autores hacen referencia a la función tutelar o de protección hacia el trabajador. Que, sin duda, es el principio más importante que expresa la vocación propia y particular del Derecho del Trabajo, el de proteger al trabajador. En términos de Pla Rodríguez (1998) “se refiere al criterio fundamental que orienta al derecho al trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: El trabajador” (p. 61) continua el autor:

Mientras que, en el derecho común, una preocupación constante parece asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes. (p. 61)

Pasco Cosmópolis (1994) señala que en el ámbito procesal Trueba Urbina lo denomina principio de disparidad social, Nicollie lo denomina correctivo de la desigualdad social, o como desigualación

compensatoria, en tanto que procura eliminar o, al menos, atenuar o disminuir el desequilibrio creando nuevas desigualdades de signo inverso.

Por su parte, Gamonal Contreras (2013) en resumen señala que se denomina principio tuitivo, protecciónista o de favor y se fundamenta en la falta de libertad inicial y consecuente del trabajador. La cual constituye la causa inmediata de la desigualdad de los empleados y explica la protección del Derecho del Trabajo, que se manifiesta en diversas latitudes, tanto en Latinoamérica, como en Europa y países de otros continentes.

Por su parte, Pasco Cosmópolis (1994), señala que para Pla Rodríguez que el principio protector es el principal de los principios del Derecho del Trabajo el principio protector, cuyo fundamento responde al propósito de nivelar desigualdades.

Por su parte, Hernández Márquez citado por Pla Rodríguez (1998), sostiene que el propósito protector del Derecho del Trabajo en sus comienzos tenía un claro sentido de derecho de protección de los económicamente débiles y pudo estimarse tal norma interpretativa como un auténtico principio de derecho laboral. Pero hoy día con el triunfo decidido de las tendencias objetivas, sólo puede tener una limitada aplicación.

Los autores españoles Bayón Chacón y Pérez Botija citados por Pla (1998), en referencia genérica a los principios del Derecho del Trabajo sostienen que siendo simples postulados “se han convertido en criterios

de orientación del legislador y del juez, en defensa de la parte que se estimó más débil en la relación laboral, para restablecer, con un privilegio jurídico, una desigualdad social". (p. 81)

En el Perú, Neves Mujica (2018) lo señala del siguiente modo:

Constatado el desequilibrio real entre los sujetos laborales individuales, el propósito del derecho del trabajo es el de compensarlo con otro desequilibrio en el nivel jurídico, de signo opuesto al anterior: la protección del contratante débil. Este es el sentido de la intervención tutiva del Estado en esta área. (p. 11)

A nivel jurisprudencial el Tribunal Constitucional, sostiene que en virtud del principio protector o de igualación compensatoria, "reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma" (Exp. 008-2005-PI/TC, 2005, F.J. 20).

Como es de observar los autores son unánimes en expresar que el carácter protector del Derecho del Trabajo surge a partir del desequilibrio manifiesto en la relación laboral, en la falta de libertad del trabajador frente al poder de dirección y control del empleador.

La doctrina coincide que el principio protector es uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo. Según Pla es el más importante, cuya manifestación se expresa bajo las reglas de operatividad del *in dubio pro operario*, la norma más favorable y la condición más beneficiosa, a lo que coincide también Pasco Cosmópolis, aunque Neves Mujica los considera como principios.

2.4.2. Reglas de operatividad del principio protector

Aunque Neves Mujica sostiene que el *in dubio pro operario*, la norma más favorable y la condición más beneficiosa son principios del Derecho del Trabajo. El autor citado indica que en la creación de las normas se debe acudir al principio protector, en la interpretación el principio adecuado es el *in dubio pro operario*, y en la aplicación al resolver un conflicto se hace mediante la norma más favorable o se retiene ventajas alcanzadas por la condición más beneficiosa. Creemos con Pla Rodríguez y Mario Cosmópolis que las citadas normas son reglas de operatividad del principio protector. Las reglas se diferencian de los principios en cuanto constituyen mandatos concretos, con un supuesto de hecho específico; en tanto el principio se caracteriza por su generalidad. De este modo, tanto el *in dubio pro operario*, la norma más favorable y la condición más beneficiosa operan siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la regla específica formulada de manera concreta como analizaremos en seguida. Cabe precisar que hoy en día se identifica, aunque con menos trascendencia, una cuarta regla que se denomina la norma mínima.

A. La regla *in dubio pro operario*

La regla *in dubio pro operario* en nuestro ordenamiento jurídico ha sido elevado al nivel constitucional bajo la siguiente formulación: “Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma” (Const., 1993, art. 26, Inc. 3).

Pla Rodríguez (1998) sostiene que la regla del *in dubio pro operario* es el “criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador” (p. 84). Sobre las condiciones de su aplicación siguiendo a Davaleli afirma que dicha regla opera “a) solo cuando existe una duda insalvable. b) siempre que no esté en pugna con la voluntad del legislador” (Pla Rodríguez, 1998, pp. 87-88). Criterio seguido y citado igualmente por Cosmópolis (Pasco Cosmópolis, 1994).

Por su parte, Neves Mujica (2018) sostiene que “el principio *in dubio pro operario* enuncia que, si una norma le permite a su intérprete varios sentidos distintos, debe elegir entre ellos el que sea más favorable para el trabajador” (p. 155).

En tanto, el Tribunal Constitucional Peruano agrega que la aplicación de dicho principio está sujeta a cuatro condiciones. 1) En el proceso de interpretación de una norma jurídica, ésta ofrezca varios sentidos. 2) La duda no se pueda superar mediante la utilización de los métodos admitidos en el ordenamiento jurídico. 3) La obligación de adoptar el sentido normativo que ofrezca mayores beneficios para el trabajador. 4) El supuesto no sea de integración normativa (Exp. 008-2005-PI/TC, 2005, F.J. 21).

Es decir, tal como se encuentra formulado en nuestro sistema jurídico, el *in dubio pro operario* es una regla operatividad del principio protector que actúa únicamente en el ámbito de la

interpretación de una norma que ofrece duda insalvable sobre su sentido. Por tanto, no funciona al momento de la creación de la norma y menos en la aplicación, pues no constituye fuente de inspiración del legislador, así como, tampoco sirve para suplir la voluntad de éste. Lo que significa que no cumple de manera íntegra las funciones de un principio.

B. La regla de la norma más favorable

En el Perú la regla de norma más favorable positivizada puede identificarse únicamente en el ámbito de la convención colectiva. El Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, en su artículo 45 prescribe que en “En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable” al trabajador.

En el ámbito procesal hacia lo suyo la Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo, vigente hasta el 14 de julio de 2010, en su artículo II del Título Preliminar prescribía: “El Juez, (...) cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá (...) aplicar la norma que favorezca al trabajador.” Al ser derogada por la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, esta se limita a indicar, en su artículo IV del Título Preliminar, de manera genérica que los jueces “Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.”

Pla Rodríguez (1998) siguiendo a Alonzo García sostiene que esta regla en sentido propio sólo “surge cuando existen varias normas aplicables a una misma situación jurídica”. Continuando con la misma cita, bajo este presupuesto de la regla “no se aplicará la norma que corresponda a un orden jerárquico predeterminado, sino que en cada caso se aplica la norma más favorable al trabajador” (p. 100).

Siguiendo este mismo criterio Pasco Cosmópolis (2004) sostiene que en virtud de esta regla la prelación en el Derecho Laboral, salvo excepciones, en su aplicación prevalece la norma más favorable al trabajador cualquiera sea su rango, sea especial o general, anterior o posterior.

Neves Mujica (2018), por su parte sostiene que en la teoría general del derecho ante un conflicto normativo en la aplicación de la norma se ha propuesto tres criterios sucesivos de solución. El de jerarquía normativa, especialidad y temporalidad. No obstante, en el Derecho del Trabajo se ha formulado un principio específico: la norma más favorable, es cual expresa que “cuando dos normas regulen incompatiblemente el mismo hecho, debe seleccionarse la que conceda más ventajas para el trabajador” (p. 164). En sentido sostiene que no basta la condición de favorabilidad, sino que se respeta la estructura básica del sistema, de tal modo que en los supuestos de normas estatales de distinto rango (ley y reglamento) se aplica el principio de jerarquía y en normas estatales del mismo rango (dos leyes) se aplica los principios de especialidad y el de

temporalidad, por lo que en dichos supuestos no existe espacio para la norma más favorable.

Sobre las condiciones de aplicación Pasco Cosmópolis (2004) señala que son tres: a) Preexistencia de varias normas reguladoras de la misma situación o relación jurídica. b) Todas las normas en concurso son susceptibles de aplicación al caso. c) Contenidos normativos diversos.

Con lo cual no cabe duda de que dicha regla a diferencia del *in dubio pro operario*, que adquiere especial importancia en la interpretación de la norma más favorable opera en el ámbito de aplicación de las normas, constituye un mandato al juez para que al momento de resolver el caso, de encontrarse en el supuesto de concurso de normas aplicables, debe elegir la norma más favorable al trabajador.

C. La regla de la condición más beneficiosa

Las citas de Pla Rodríguez, aunque pueden parecer monótonas, al estudiar los principios seríamos egoístas si no reconocemos su trascendencia. En este sentido, una vez más el autor refiere que esta regla “supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse” (Pla Rodríguez, 1998, p. 108).

Arévalo Vela bajo la cita de Boza Pro indica que este principio “supone la conservación de las mejores ventajas o derechos

alcanzados por un evento anterior frente a otro posterior que pretende su eliminación o sustitución peyorativa" (Arévalo Vela, 2016, p. 90).

Neves Mujica (2018) por su parte refiere que el citado principio obtiene relevancia en la hipótesis de sucesión normativa o no normativa de disminución de los beneficios que venían disfrutando los trabajadores antiguos y que ahora se rebaja o se suprime. Es con tal propósito que se ha constituido el principio de la condición más beneficiosa que le permite retener al trabajador las ventajas alcanzadas.

D. La regla de la norma mínima

Esta regla, aunque poco conocida en nuestro medio, adquiere relevancia en la determinación de normas relativamente imperativas, las mismas que establecen determinadas condiciones, que pueden ser modificadas por otra norma de inferior rango sin ser infraccionadas, pero solo si dichas condiciones son mejoradas, no pudiendo ser reducidas. Esta regla implica que los mínimos de derechos que establecen las normas con rango superior no podrán ser menoscabados por las normas de inferior rango. Señala Neves Mujica (1987) que "la relación de este tipo por excelencia es la que se produce entre la ley y el convenio colectivo" (p. 32). No siendo el único supuesto, se puede citar a las normas internacionales como por ejemplo las dispuestas por la Organización Internacional del Trabajo, que operan como condiciones mínimas y que pueden ser

mejoradas por las normas de derecho interno. Así lo reconoce el art. 19.8 del Tratado de Constitución de la OIT, que los convenios o recomendaciones en ningún caso “menoscabarán cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables”. Igualmente, en base a esta regla al empleador se le está permitido que por medio del contrato o normas internas de la empresa se puedan mejorar las condiciones como reducir la jornada máxima, otorgar mejores remuneraciones que la remuneración mínima, mayores descansos o pagos por vacaciones, etc., pero no se le está permitido disminuir las condiciones establecidas en la ley. Señala Neves Mujica (1987) que en estos casos existe una relación de complementariedad normativa, en tanto, “las normas son autónomas entre sí, considerándose que se aplican simultáneamente, dado que la materia de una ha sido absorbida y mejorada por la otra, que supone la anterior” (p. 32).

2.4.3. El desequilibrio de poder como fundamento del principio protector

El origen del principio protector está ligado al mismo origen del Derecho del Trabajo, el cual surge como respuesta a la explotación de diversa índole, por parte de la empresa hacia el trabajador. El trabajo no siempre se concibió bajo los términos actuales. En la antigüedad el trabajo era de los esclavos. En la industrialización de los siglos XVIII y XIX pasa al poder de la clase trabajadora, sustentada en la libertad de contratación. Dada la desigualdad de poder entre empleador como dueño del capital y el trabajador como simple prestador de servicios, conllevó igualmente a la explotación. Pla Rodríguez (1998) lo describe

el siguiente modo: “Históricamente el Derecho del Trabajo surgió como consecuencia de que la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas” (p. 63).

Esta situación real de desigualdad de poder hacía intolerable a la ficción legal de igualdad en el contrato de trabajo, de modo que, al no poder sostenerse dicha igualdad, el legislador tenía que intervenir dictando disposiciones a favor del trabajador, dando origen al incipiente Derecho del Trabajo, como una rama independiente. Es por ello que, el principio protector está ligado a la misma razón de ser del Derecho del Trabajo, en su origen. En este sentido, Pla Rodríguez (1998) concluye que “el Derecho del Trabajo responde fundamentalmente al propósito de nivelar las desigualdades” (p. 63). Idea que, como señala el mismo autor ha sido aceptada por la mayoría de los tratadistas, no solo del Derecho del Trabajo, sino de manera general, como el jurista alemán Gustav Radbruch; Ludovico Barassi, jurista italiano; el jurista brasileño, Cesarino Junior; Krotoshkin, jurista alemán; el jurista venezolano Rafael Caldera, Jean L'Homme, Hueck y Nipperdey, cada cual a su propio modo, pero todos coinciden en que el propósito del Derecho del Trabajo es la protección del trabajador por ser la parte débil de la relación laboral. Barassi por ejemplo en la cita de Pla Rodríguez lo expresa del siguiente modo: “Tanto la Constitución como el Código Civil han abandonado el viejo y muy superado principio de la igualdad de derecho en que estaban informados los códigos anteriores para

acerarse a la igualdad de hecho con la protección del contratante económicoamente más débil" (Pla Rodríguez, 1998, p. 64).

En el mismo sentido Arévalo Vela (2016) sostiene que "este principio parte de la premisa que dentro de toda relación laboral el trabajador es la parte débil de la misma frente a su empleador, por lo que es necesario que la ley acuda en su amparo para evitar abusos en su contra" (p. 87)

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sostiene que: "El Derecho del Trabajo se erigió como una rama necesaria a fin de equiparar condiciones entre trabajador y empleador, y esa forma restablecer el desequilibrio contractual derivado de la desigualdad económica entre las partes, mediante la regulación de condiciones mínimas en beneficio del trabajador" (Exp. 10777-2006-PA, 2007, F.J. 4)

2.4.4. El principio protector en el Derecho Internacional

La OIT justamente se origina con el propósito de tutelar, fortalecer y mejorar los derechos de los trabajadores en el desarrollo de profesión laboral. La propia Constitución de la OIT (1919), manifiesta en su preámbulo que existiendo condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, cuyo descontento constituye una amenaza para la paz y armonía universales; por lo que considera que es urgente mejorar dichas condiciones. Además, en su artículo 19, numeral 08 establece que es de aplicación las condiciones más favorables a los trabajadores

reconocidas en los países miembros ya sea por ley, sentencia, costumbre o acuerdo, las cuales no se menoscaban por convenio o por recomendación.

Asimismo, en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (1944) reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, entre ellos, en su artículo I señala que “el trabajo no es una mercancía” y en su artículo III reconoce dentro de sus obligaciones fomentar programas entre las naciones del mundo, entre otros, con el fin de “(g) proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones”.

En la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, realizada Ginebra el 10 de junio de 2008, reafirma que: “la importancia de la relación de trabajo debería reconocerse como un medio para ofrecer protección jurídica a los trabajadores”. Con ello se evidencia, el carácter protector y la importancia que ostenta para el Derecho Internacional del Trabajo.

2.4.5. El principio protector en el derecho comparado

A. El principio protector en la Unión Europea

Munita Luco (2014) siguiendo la concepción tradicional sostiene que el propósito protector del derecho al trabajo, por la realidad social en que nace, fue más intensa en sus inicios; sin embargo con la existencia de una avanzada legislación laboral, la actividad sindical y los importantes niveles de protección que en la actualidad

otorga el derecho por la vía judicial y administrativa se unen a la mayor conciencia de las empresas sobre dignidad de sus trabajadores y esa necesidad de protección se ve atenuada.

Las condiciones de trabajo justas y equitativas ha sido el objetivo del Derecho del Trabajo a nivel mundial, a lo cual se ha conseguido un gran avance, sin embargo, esa constante preocupación por la mayor protección no ha sido abolida. Así, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) regula en su título IV los derechos de solidaridad en los cuales contempla que:

1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad.
2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas (art. 31)

Así como, también regula sobre la protección de la salud de los trabajadores, prohibición de trabajar a niños menores de quince años y protección a la mujer embarazada. No obstante, prevé que las disposiciones comunitarias no excluyen la posibilidad de que cada país pueda establecer condiciones más favorables.

a. En la legislación española

Aunque en Latinoamérica existe coincidencia que el principio protector se manifiesta bajo las reglas de la *in dubio pro operario*, la norma más favorable y la condición más beneficiosa, en el derecho europeo también se habla del principio de norma mínima.

En España el Real Decreto Legislativo 2/2015, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 03 inciso 02, dispone que las normas reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar. Asimismo, regula el principio de norma más favorable estableciendo que los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador.

Lo que significa que el propósito protector del Derecho del Trabajo no se agota en el reconocimiento de los derechos y condiciones de trabajo justas y equitativas, sino que también se extiende al contexto interpretativo y aplicativo del Derecho del Trabajo.

B. El principio protector en Latinoamérica

En Latinoamérica, señala Gamonal Contreras (2013), que el principio protector constituye el fundamento del Derecho del Trabajo, las legislaciones latinoamericanas, como Brasil, Argentina, Chile contemplan normas de orden público que operan como mínimos irrenunciables, en materia de remuneraciones, higiene y seguridad, descansos, capacidad laboral, feriado, término de contrato, etc. Además, en el ámbito procesal cuentan con procedimientos especiales para la solución pronta de los conflictos

de trabajo y contempla la vigilancia administrativa de la ejecución del contrato por medio de la Dirección o Inspección del Trabajo.

En Chile, Gamonal Contreras (2013) refiere que siempre se ha sostenido por la doctrina que el sentido tuitivo o protector constituye un fundamento esencial del derecho al trabajo. El mismo autor indica que Lagos en la década de los 50 “Precisaba que la legislación social está destinada a crear una libertad efectiva entre las partes, compensando al trabajador en su inferioridad económica con una superioridad jurídica” (2013, p. 433) y en la actualidad respecto a la libertad de contratación reconocida en la Constitución en palabras de Nogueira, Pfeffer y Verdugo en materia laboral “dicha autonomía opera sobre los mínimos establecidos en la ley para proteger a la parte débil de la relación laboral” (Gamonal Contreras, 2013, p. 435). Además, señala que según Irureta recogiendo los criterios de la doctrina constitucional “enfatiza que la Constitución chilena, al igual que la de Weimar, consagra expresamente la protección del trabajo humano reconociendo la preeminencia del trabajo como principio ordenador del sistema jurídico” (Gamonal Contreras, 2013, 436).

C. El principio protector en el derecho laboral peruano

En el Perú sin duda el derecho al trabajo se sustenta sobre la base del principio protector, conforme al artículo 23 de la Constitución reconoce al trabajo como objeto de atención prioritaria del Estado. Además, regula diversos derechos como el derecho al

remuneración equitativa el pago de beneficios laborales como prioridad sobre otras obligaciones, la jornada ordinaria de ocho horas y establece como principios que se deben respetar en la relación laboral: la igualdad de oportunidades sin discriminación; la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley; y en su artículo 26 numeral 3, establece la regla del *in dubio pro operario* el cual implica la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

La Corte Suprema en la Casación Laboral 10406-2016, Lima señala que:

Dentro de las relaciones laborales el trabajador constituye la parte débil frente al empleador, pues, este último mantiene una clara ventaja económica por su posición de propietario o poseedor de los medios de producción; es en ese punto, en el cual aparece el principio protector, reconocido en el artículo 23º de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual el Derecho del Trabajo apartándose de la igualdad formal existente entre las relaciones de naturaleza civil o mercantil, acude en su ayuda por medio de una disparidad jurídica que permita equiparar la desigualdad existente en la realidad. (FJ. 9)

El Tribunal Constitucional siguiendo la posición adoptada por Pasco Cosmópolis sobre la asimetría de la relación laboral, señala que “la relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte “fuerte” e “imponente” y el trabajador en la parte “débil” e “impotente” (Exp. 008-2005-PI/TC, FJ. 03).

En la doctrina, Neves Mujica (2018) señala que el derecho al trabajo “entiende que hay una falta de libertad real, para cuya

subsanación instituye reglas de tutela al contratante desfavorecido, tras las cuales este adquiere la igualdad y libertad jurídicas" (p. 25).

Por su parte, Arévalo Vela (2016) sostiene que el principio protector "parte de la premisa que dentro de toda relación laboral el trabajador es la parte débil de la misma frente a su empleador, por lo que es necesario que la ley acuda en su amparo para evitar abusos en su contra" (p. 87). Lo que significa que tanto la jurisprudencia como la doctrina peruana reconocen que el principio protector en el Derecho del Trabajo se sustenta en el desequilibrio en la relación laboral que exige la intervención estatal protegiendo a la parte más débil.

2.4.6. El principio protector ¿Realmente tiene como único fin el equilibrio de poder en la relación laboral?

Es indiscutible que hasta la actualidad mayoritariamente la doctrina se inclina por sostener que el fin protector del Derecho del Trabajo, se sustenta en el desequilibrio de poder en la relación laboral, en la necesidad de proteger a la parte débil del contrato, el trabajador. De modo que, bajo esta concepción, el Derecho del Trabajo solo se puede entender, si se piensa en clave histórica. Pla Rodríguez (1998) señala que "Todo el derecho del trabajo nació a impulso de un propósito protector. Si este no hubiera existido, el derecho del trabajo no hubiera nacido." (p. 57)

Estamos de acuerdo en que el sentido protector constituyó y justificó el origen de esta rama del derecho, aunque en la actualidad se discute su

vigencia, creemos que el sentido protector no ha perdido valor alguno, por el contrario, se ha consolidado. Empero, su justificación no se encuentra más en esa función igualitaria o en el “propósito de nivelar desigualdades” (Pla Rodríguez, 1998, p. 63) en la relación laboral. Cessari citado por Pla Rodríguez (1998) siguiendo a Santoro-Pasarelli ya advertía que:

“La razón profunda del espíritu protector del derecho del trabajo es doble: la inseparabilidad de la prestación del trabajo de la persona del trabajador y la normal exclusividad de la dedicación del trabajador a la empresa, de la cual extrae el único o principal recurso para su subsistencia.” (p. 67)

Aunque esta idea no fue desarrollada con mayor detalle en la referida cita, podemos advertir que, para dicho autor, la razón de ser o razón profunda como lo denomina, del principio protector no es la de igualar la desigualdad que existe por naturaleza en la relación laboral, sino lo que busca es la protección de la persona misma del trabajador, que constitucionalmente se puede entender como la dignidad humana que se compromete en el trabajo y, por otro lado, la protección del trabajo mismo, por su trascendencia e indispensabilidad para la subsistencia humana.

La desigualdad en la relación laboral se puede compensar por otros mecanismos que la misma historia del Derecho del Trabajo lo ha demostrado, como el desarrollo y la implementación del derecho colectivo del trabajo. Aquí es válida parcialmente la crítica al principio protector que realiza Héctor Ruiz Moreno, citado igualmente por Pla Rodríguez (1998), quien consideró que en los inicios del Derecho del

Trabajo existiendo desigualdad entre las partes, derivada de la debilidad del trabajador, se justificó la protección preferente de este, pero con la fortificación de los sindicatos ha desaparecido la desigualdad.

Crítica que Pla Rodríguez contrarrestó señalando que el abandono del principio protector propuesta por el autor antes citado se debe reputar prematuro, por cuanto hay muchos sectores que no están sindicalizados y en otros, el grado de sindicalización es muy débil. Sin negar la exactitud de la observación, admite que “es indubitable que la sindicación ha contribuido decisivamente al equilibrio de las partes” (Pla Rodríguez, 1998, p. 71). Podemos compartir la idea de que la sindicalización puede desaparecer la desigualdad entre las partes en la relación laboral. Así también lo defiende Montoya Melgar (2023) al indicar que la colectivización de las relaciones laborales tiende a situar en una posición de paridad, y no de subordinación, el poder organizado de los trabajadores respecto del de los empresarios (p. 37) y más adelante señala que “el sindicalismo surge como una expresión de la voluntad de compensar una situación de poder monopolizado por los empresarios, creando un poder colectivo con el que hacer frente y neutralizar esa situación de monopolio” (p. 117).

Con todo ello, hoy en día ese propósito compensatorio a la desigualdad de poder, se supera indefectiblemente con el desarrollo y la implementación de los derechos colectivos, teniendo como instrumentos los derechos a la huelga, a la sindicalización, al convenio colectivo, entre otros.

Por otro lado, desde una perspectiva histórica Palomeque López y Álvarez de la Rosa (2022) aunque nos introducen a su libro “El derecho del Trabajo” con una cita de la Sentencia 3/1983, del Tribunal Constitucional español, en la cual se sostiene que la disciplina normativa (el Derecho del Trabajo), se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario, que se fundamenta no solo en la desigual condición económica de las partes en la relación laboral, sino y sobre todo, en la relación de dependencia y subordinación que los vincula entre uno y otro. De modo que ese carácter específico (protector del trabajador) se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente de las desigualdades fundamentales (p. 42).

Lo cierto es que para estos autores el fundamento del Derecho del Trabajo se encuentra en el singular conflicto social que se generó entre el trabajo asalariado y el capital en la sociedad capitalista industrial. El conflicto industrial es la base del Derecho del Trabajo; pues no surge como una respuesta al conflicto sociolaboral en general, por cuanto, históricamente todas las sociedades conocieron al trabajo como fuente del conflicto social; sino específicamente, el Derecho del Trabajo se originó como un instrumento de integración del conflicto sociolaboral que produjo la gran industria del siglo XIX, que se caracterizó por la doble concentración de capitales y de trabajadores (Palomeque López, 2022).

Desde esta perspectiva, el fin del derecho del trabajo no es solo la protección de los trabajadores, sino que cumple una función

pacificadora. Así, lo anotaba también el jurista brasileño Arion Sayao, citado por Pla Rodríguez (1998), al sostener que el Derecho del Trabajo en sus inicios era protecciónista de los trabajadores, pero con la evolución histórica ya no tiene ese exclusivo propósito, sino lo que busca es lo que siempre tuvo en la mira, normalizar las relaciones entre empleados y empleadores como un modo de asegurar la paz social.

Palomeque López y Álvarez de la Rosa (2022) justifican la finalidad pacificadora del Derecho del Trabajo, sosteniendo que, en la relación de intercambio de trabajo por salario, entre empresario y trabajador presupone una situación conflictiva. Esto es que la relación laboral estructuralmente es conflictiva. El conflicto está instalado desde su raíz, no solo porque aportan intereses distintos, sino porque los protagonistas poseen intereses contrapuestos, por cuanto, la satisfacción de los de unos, impliquen la insatisfacción de los intereses de los otros.

De modo que, el conflicto al constituir parte estructural de la relación entre quienes dominan los medios de producción y entre quienes aportan exclusivamente el trabajo dependiente. La implementación de los derechos colectivos, como la sindicalización, el derecho a la huelga, si bien, equilibran el poder de decisión en la negociación de las condiciones de la relación laboral, no eliminan la conflictividad estructural. De tal modo, que, superando la individualidad, adquiere una trascendencia social y el conflicto laboral se convierte en matriz del conflicto social (Palomeque López y Álvarez la Rosa, 2022). Por tanto, es allí donde surge la necesidad de la intervención estatal, erigiendo

así al Derecho del Trabajo con una función pacificadora del conflicto sociolaboral.

Ahora, esta intervención del poder estatal que constituye la juridificación del conflicto sociolaboral. Como bien se ha expresado en líneas anteriores, la relación laboral al contener estructuralmente intereses contrapuestos, necesariamente la satisfacción de los de unos conlleva a la insatisfacción de otros. Lo que significa que el poder estatal necesariamente tiene que preferir a alguno de ellos. La historia jurídica lo ha demostrado que el derecho del trabajo justamente tiene una finalidad protectora del trabajador. Así lo expresa Montoya Melgar (2023) que “el proceso histórico de la sujeción del trabajo al Derecho responde, antes que un propósito de buena ordenación productiva, a una exigencia universalmente sentida, de dignificación de las condiciones de vida y de trabajo” (p. 33); más adelante el mismo autor expresa que “la indubitable motivación moral que, en su conjunto, presenta la legislación laboral; una legislación que, comparada con otros sectores del Derecho acusadamente patrimonialistas, muestra desde sus orígenes una vocación humanitaria y social” (p. 33).

De lo expresado hasta aquí, podemos extraer que la teoría que propugna que el fin protector del Derecho del Trabajo se justifica en el desequilibrio natural que existe en la relación de trabajo, se encuentra muy debilitada. Pues el desequilibrio se supera con la implementación de los derechos colectivos. Por el contrario, es el carácter estructural conflictivo que existe en la raíz de la relación laboral o la necesidad de integración jurídica del conflicto sociolaboral, que exige la intervención

del poder estatal para regular las relaciones laborales, pero que necesariamente tiene que preferir ya sea a los valores productivos o a los valores sociales que conlleven a la dignificación de las condiciones de vida y de trabajo. La historia jurídica lo ha demostrado que el Derecho del Trabajo tiene una finalidad protectora del trabajador y busca su mayor dignificación como persona al constituir el fin supremo del Estado.

2.5. VALOR ONTOLÓGICO DE LA PERSONA EN EL PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA

2.5.1. El paradigma neoconstitucionalista

Por paradigma neoconstitucionalista aquí entenderemos como aquel modelo de teoría constitucional contemporáneo, cuyo origen se traslada a la segunda postguerra mundial y que se refleja en la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, iniciando en Europa por los años 70, alcanzó gran influencia en Latinoamérica.

Aunque hay quienes sostienen que se trata de una etiqueta meramente descriptiva que no necesariamente conlleva un nuevo modelo de constitución, la gran mayoría está de acuerdo que el neoconstitucionalismo implica cambios importantes al constitucionalismo clásico.

Carbonell (2010) sostiene que el neoconstitucionalismo explica a un conjunto de constituciones, que más allá de delimitar funciones o separar los poderes establecen normas sustantivas que determinan la actuación estatal orientada a ciertos fines u objetivos concretos.

Además, de establecer un marco renovado de relaciones entre Estado y sociedad por medio del establecimiento de amplios catálogos de derechos fundamentales. Es decir, que bajo este nuevo paradigma la constitución deja de ser un programa de orientación política y se convierte en una verdadera norma jurídica suprema, a la cual se subordina el poder del mismo legislador, asegurando la efectividad de los derechos fundamentales.

Siguiendo la clasificación tripartita del positivismo de Bobbio, Comanducci concibe al neoconstitucionalismo desde un punto de vista teórico, ideológico y metodológico.

En ese sentido, Comanducci (2016) sostiene que el neoconstitucionalismo teórico pretende describir el proceso de modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (lo que se denomina también como proceso de constitucionalización del Derecho), caracterizado por una constitución “invasora”, la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia de principios y una manera peculiar de interpretación y aplicación de la norma constitucional.

Como ideología, el neoconstitucionalismo pone en primer plano, no a la delimitación del poder estatal únicamente como el constitucionalismo clásico de los ss. XVIII y XIX, sino tiene como objetivo principal garantizar los derechos fundamentales, resalta la importancia de los mecanismos institucionales y destaca la exigencia de que las actividades legislativas y judiciales estén directamente

encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución (Comanducci, 2016).

Finalmente, el neoconstitucionalismo como metodología asume la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, donde los principios constitucionales y derechos fundamentales constituyen el punto de encuentro entre derecho y moral (Comanducci, 2016).

Con el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, es evidente que la persona humana adquiere preponderancia, que se refleja en la gran preocupación de garantizar los derechos fundamentales. Esta conciencia y convicción de la necesidad de una protección vigorosa de los derechos fundamentales, sin duda, surge del terror de la actuación Nazi y la Segunda Guerra Mundial. Así lo sostiene Habermas (2010) al indicar que las Naciones Unidas en sus documentos fundacionales estableció una conexión explícita entre los derechos humanos y la dignidad humana como una clara respuesta a los crímenes masivos cometidos bajo el régimen nazi y las masacres de la Segunda Guerra Mundial.

En la comunidad internacional, con la finalidad de asegurar el reconocimiento, su aplicación universal y efectiva de los derechos fundamentales, que se concretiza en La Declaración Universal de Derechos Humanos, promulgada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948. La misma que parte por reconocer en su artículo 1 que: "Todos los seres humanos

nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” Siguiendo dichos lineamientos, el Consejo Europeo promulgó en 1950, La Convención Europea de Derechos Humanos, dicha convención en su artículo 2 parte por prescribir que: “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”.

En este sentido, acogiendo esa idea necesaria de protección efectiva de los derechos fundamentales de la persona por el simple hecho de ser tal, con el conjunto de factores que caracterizan al neoconstitucionalismo se representa en las constituciones de Europa Occidental, como la portuguesa de 1976, la española de 1978, y en Latinoamérica, la brasileña de 1988, la venezolana de 1991, la colombiana de 1998 y la ecuatoriana del 2008, por citar ejemplos (Carbonell, 2010), porque sin duda también podemos citar a la Chilena 1980, a la peruana de 1993, etc.

2.5.2. Significado del término persona

Sobre el término persona, si bien, entre los estudiosos del tema no existe consenso sobre su origen etimológico (Fernández Sessarego, 2001). La RAE, señala que persona proviene “del lat. *persōna* 'máscara de actor', 'personaje teatral', 'personalidad', 'persona', este del etrusco *φersu*, y este del gr. πρόσωπον *prósōpon*”.

Lo cierto es que en la antigua dramaturgia griega se utilizó el término *prosopon* (πρόσωπον) y en latín el término *persōna* derivado del verbo *personare* (resonar), al igual que el etrusco *φersu*, hacen

referencia a la máscara del actor. Coinciden Buriticá Zuluaga (2014) y Chávez-Fernández Postigo (2014), quien sigue a Javier Hervada en que fue la patrística cristiana que, en las disputas trinitarias y cristológicas, lo utilizó en el sentido latino de *substancia* (sustancia, esencia), con lo cual *prósopon* fue perdiendo su sentido original y se identificó con el término griego *hipóstasis* (ὑπόσταση). De este modo, Tertuliano definió a Dios como una *substancia -tres personae*, una esencia en tres personas" (Ratzinger, 1976, p. 166). Fue Boecio (1979) quien por primera vez lo definió de manera formal sosteniendo que "persona es la sustancia individual de naturaleza racional (*sic*)" (p. 557). Quedando así, definido el sentido filosófico y ontológico de la persona.

Explica Ratzinger (1976) que la teología contemporánea, conforme a lo expresado por Tertuliano, persona se entiende como relación, porque en la unidad de Dios se da la relación dialógica entre el Padre, el Hijo y el Espíritu Santo, que su vez revela y descubre la propia naturaleza relacional de la persona humana hacia el otro y hacia Dios. Entonces, desde esta perspectiva, persona, no solo implica aquella sustancia individual de naturaleza racional, sino también implica la naturaleza social, dialógica, relacional del ser humano.

2.5.3. La persona en la tradición del derecho

En el ámbito del Derecho para el formalismo positivista la persona no es otra cosa que una creación jurídica, es un conjunto unificado de normas que otorga facultades e imputa obligación. Kelsen (1979)

refiere que la persona física “no es un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que facultan y obligan a uno y el mismo hombre (*sic*). No se trata de una realidad natural sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho” (p. 184). De modo que, para Ferrara citado por Fernández Sessarego (2001) la persona “no es una realidad, un hecho, sino una categoría jurídica formal” (p. 309).

En tanto, para la corriente realista, la persona es una realidad natural, un objeto real que existe independientemente de las normas que le reconozcan derechos y les atribuyan obligaciones. Los defensores de esta corriente identifican la persona con el ser humano, con el hombre, entre ellos, Fernández Sessarego (2001) cita a Colin y Capitant, Borell y Gonella.

Por su parte, desde una visión ecléctica se sostiene que la persona no es una categoría meramente formal, así como tampoco es sólo una entidad natural, sino que ésta tiene la aptitud de ser el centro de imputación. De modo que un caballo no puede constituirse en centro de imputación de derechos y obligaciones. Spota sostiene que la persona no puede ser un mero centro ideal de imputación de derechos y deberes, por cuanto, no puede constituirse en centro de imputación si como ente real no tiene la aptitud de ser dicho centro de imputación (Fernández Sessarego, 2001). En el mismo sentido, Orgaz “considera que ninguna ‘cualidad jurídica’ puede existir por sí misma, sino que necesita de un soporte o sustrato real” (Fernández Sessarego, 2001, p. 312).

Finalmente, Fernández Sessarego (2001) siguiendo la concepción tridimensional, conjuga los tres elementos del derecho: hecho, valor y norma. De este modo que, para el autor la persona como ente natural es el ser humano que en su relación con los demás, vivencia sus valores, situándose en una relación intersubjetiva que, al ser regulada por la norma jurídica, se le atribuye un plexo de deberes y derechos.

2.5.4. La persona como sujeto de derecho

La expresión sujeto de derecho se descubre en la escolástica española del siglo XVI, como una noción filosófica que responde a la preocupación de establecer quién puede ser el titular del dominio y de los derechos subjetivos en general. Con las aportaciones de Leibniz entre 1670 a 1676, entendiéndose al sujeto como sustentante o sustrato de las cualidades morales (derechos y deberes), se identificó a la persona con el sujeto, aunque inicialmente se comprendió también a las cosas, luego se limitó exclusivamente con la persona humana viviente o no y personas sobre naturales, en referencia la persona divina. Fue Christian Wolff (1679 - 1754), que vinculó al sujeto únicamente con las personas humanas vivientes. Immanuel Kant (1724 - 1804) complementando lo anterior entendió que sujeto designa a la persona como substancia pensante, al yo mismo, entendido en oposición al objeto o lo que está fuera de la conciencia (Guzmán Brito, 2002).

Admite, Rodatá (2012) que el *subjectum juris* (sujeto de derecho) de Leibniz implicaba la afirmación de la subjetividad como una manera

de atribuir planitud a la persona, por lo que, sin duda, constituye uno de los logros más grandes del derecho moderno, pero que su complejo desarrollo, después lo llevaría a caer en los bajíos del individualismo extremo. En la modernidad los procedimientos abstractos, como el sujeto, habían asumido una deliberada finalidad de neutralización, que a través de conceptos y categorías jurídicas ocultaban la misma realidad. Así, por ejemplo, durante mucho tiempo la subjetividad de la mujer quedó anulada, la plenitud de la subjetividad sólo recaía en el burgués varón, mayor, alfabetizado y propietario. Los excesos de la dogmática al hacerlo perder su fuerza histórica y teórica de la invención del sujeto lo han llevado al aislamiento del individuo y a la separación de todo contexto.

Aquí, nos permitimos hacer una cita extensa, por cuanto, refleja metodológicamente la crítica al formalismo, que en el fondo ha llevado a reducir el valor de uno de los grandes éxitos del derecho moderno, como es la invención del sujeto de derecho y que en el derecho contemporáneo está siendo sustituido por la persona, como entidad real.

Ricardo Orestano había analizado este punto para subrayar que, al querer reducir toda la experiencia a «sistema», se negaba «unas veces un aspecto de la realidad histórica, otras veces otro, para dejar sanos y salvos los conceptos, constriñendo, amputando, sacrificando lo concreto de la vida —que es vida del hombre en la sociedad y de la sociedad en el hombre— en nombre de un esquematismo rígido que pretendía suplantar la realidad inmolada ante las exigencias de un pretendido ‘análisis científico’». (Rodatá 2012, p. 137)

En el derecho contemporáneo, si aún se conserva al sujeto, sobre todo en la codificación civil, este ha vuelto a su significación originaria,

se entiende en el sentido de que la persona ya sea de forma individual (persona natural) o colectivamente organizados (persona jurídica), es la única titular de los derechos y obligaciones. El Código Civil Peruano (1984) en su artículo 1 prescribe que: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”. Explicando dicho artículo Monge Talavera (2020) sostiene que “la categoría de sujeto de derecho es utilizada, exclusivamente, para referirse a las diversas fases de la vida del ser humano. De lo cual se desprende que es el hombre el único y natural sujeto y destinatario del Derecho” (p. 70).

2.5.5. La dignidad humana

La dignidad hoy en día, sin duda, es uno de los principios de más alta importancia, desde el punto de vista del Derecho. Ello no quiere decir que exista concedo en su conceptualización. Millan Puelles (1973) señalaba que cuando hablamos de dignidad al menos se puede entender en dos sentidos. Unas veces implica un sentimiento que lleva a comportarse rectamente. En ese sentido, no a toda persona puede atribuirse la dignidad sino solo aquellos que actúan de manera recta y decorosamente. Otras veces, significa importancia o superioridad que corresponde a un ser. Es en este último sentido, cuando se habla de la dignidad de la persona en general, se piensa en que “todo hombre por el hecho de ser persona tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional” (p. 15).

Waldron (2019) por su parte sostiene que la dignidad se trata como ideal moral desde la filosofía moral y desde el derecho como principio

jurídico. Aunque sostiene, siguiendo a Raz, que la dignidad es una categoría propiamente jurídica y la filosofía moral lo ha hecho suya a fin de dar sustento a otras categorías morales básicas como el valor o el respeto. Sustenta esta idea en que según los filósofos morales entienden a la dignidad como estatus, el cual, según indica tiene un contenido propiamente jurídico. La dignidad estaba relacionada con el rango. Donde la dignidad es gradual. La del monarca era superior a cualquier otra dignidad, del obispo o del profesor. De este modo, refiere que, si algo hereda la concepción moderna en su conexión con el rango de la antigüedad, sería el rango superior e igualitario de toda persona.

Aunque sobre esto tampoco existe conceso, Habermas (2010) contrariamente a lo dicho por Waldron, sosteniendo como una de sus tesis que la dignidad constituye la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento, señala que la dignidad como concepto legal después de más de doscientos años de historia del constitucionalismo moderno configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho. Pues desde esta perspectiva, entonces, la dignidad originariamente sería un concepto moral que es incorporado al derecho para convertirse en el fundamento de los demás derechos fundamentales.

En este mismo sentido, la Suprema Corte de México al señalar que el principio de dignidad reconocido en el artículo 1 de su Constitución, se debe considerar como un derecho humano a partir del cual se

reconoce la superioridad de la persona frente a las cosas, y es la base de los demás derechos humanos (Apáez Pineda, 2021).

El Tribunal Constitucional peruano igualmente ha venido sosteniendo que la dignidad humana, tal como lo reconoce nuestra Constitución “no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento” (Exp. 2273-2005-PHC/TC, LIMA, FJ. 5).

En ese sentido, la dignidad humana como principio supremo se convierte en fuente de la cual derivan los demás derechos fundamentales. Esta idea se evidencia si leemos el artículo 3 de nuestra Constitución como cláusula abierta, señala que la enumeración de derechos fundamentales “no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre”. Esa misma lógica se verifica en los instrumentos jurídicos del derecho internacional. El preámbulo tanto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene como base la dignidad intrínseca o inherente a toda persona.

2.5.6. Revalorización de la persona en el neoconstitucionalismo

El Derecho no posee naturaleza propia, no tiene esencia o sustancia, en sí misma, es accidente, su existencia presupone la existencia de

la persona en relación. De allí que la persona al constituir la razón de ser, del origen y del fin del Derecho es que en el neoconstitucionalismo se busque ponerlo en el lugar que le corresponde. Luego de que el liberalismo e individualismo extremo lo hayan conducido hacia los más bajos estadios.

Siguiendo los escritos de Fernández Sessarego (2001) tenemos que, impulsado por el pensamiento filosófico, existencialista y personalista del siglo XX, de Sartre, Heidegger, Mareel, Jaspers, Mounier, Zubiri, entre otros, que después de veinte siglos se vuelve la mirada a la persona humana como centro del pensamiento filosófico. En el Derecho se evidencia una gran preocupación por la revalorización de la persona. José León Barandiarán, desde 1962 designaba a la persona como tema central del Derecho e instaba a la constante recapacitación sobre ella. El jurista cordobés Alfredo Ugaz en 1946 recalcó el papel decisivo de la persona en la sistemática jurídica, señalando que al respecto se tiene que fijar un concepto claro y preciso sobre ella. En 1947, Ramón Alsina sostenía que todo examen sobre la sociedad, el Estado y el Derecho necesariamente se tiene que realizar en torno a la persona humana como principio, medio y fin de ellos. En España José Castán Tobeñas, en 1952 afirmaba que el hombre es el centro del Derecho y Ulrich Klug jurista y filósofo del Derecho reafirmaba dicha aseveración, indicando que ciertamente el hombre es el centro del Derecho, especialmente en el pensamiento jurídico moderno. En Alemania Ennecerus, veía en la persona la condición previa de todos los derechos. En Francia Savatier, admitía

que la persona se ha convertido en el centro de la meditación jurídica contemporánea. En este sentido, afirma Fernández Sessarego (2001) que “La persona, contrariamente a lo que acontecía en siglos anteriores donde la protección de la propiedad era la principal preocupación del derecho, es actualmente considerada como el eje y el centro del derecho” (p. 290).

Pensamiento que la comunidad internacional lo acoge, con esa finalidad y con el único propósito de brindarle la protección efectiva. En 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por primera vez se establecen los derechos y libertades de toda personal, por el solo hecho de ser persona, como sustancia racional, de manera inalienable y en condiciones de igualdad. Así lo expresa su primer artículo: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Es bajo este sistema de pensamiento que con el neoconstitucionalismo se concretiza, una expresión real de la persona y su protección como ente de naturaleza racional y fin en sí mismo. De modo que, las constituciones, tanto de Europa como de Latinoamérica dictadas bajo esta influencia, buscan la protección efectiva de los derechos fundamentales, como una nueva forma de limitación del poder, respecto al constitucionalismo clásico. Sobre todo, se evidencia la centralidad de la persona tal como lo expresan los mismos textos, veamos:

En Europa: la Constitución de Portugal (1976), en su art. 1, prescribe: “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona y en la voluntad popular y empeñada en construir una sociedad libre, justa y solidaria.” La Constitución de España (1978), art. 10, en el mismo sentido reconoce que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

En América Latina, la Constitución de Brasil (1988) art. 1, señala que: La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (entre otros) la dignidad humana”. La Constitución de Paraguay (1992) art. 1, del mismo modo establece que: “La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.” La Constitución Política del Perú (1993) art. 1, indica: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), art. 3, señala: “El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad...”

En esta misma línea, más reciente: La Constitución Política de la República de Chile (2005), art. 1 comienza por reconocer que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Y luego

señala que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común...” La Constitución de la República del Ecuador (2008), desde su preámbulo refiere: Decidimos constituir: Una nueva forma de convivencia ciudadana (...) Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”. En su art. 3 establece que son deberes primordiales del Estado: “1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.”

Finalmente, en los últimos años, la Constitución de la República de Cuba (2019) establece que: “Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos...”

Sin duda, con lo descrito se evidencia la preponderancia de la persona para la constitución de los estados, constituye el fundamentos y fin de su organización política, así como el fin de la misma sociedad. Sobre todo, pone de manifiesto la preponderancia de la persona para el sistema jurídico contemporáneo, que tiene a la Constitución como norma jurídica suprema.

2.6. RELEVANCIA DEL TRABAJO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

2.6.1. Estado Social de Derecho

El Estado Social de Derecho como forma de organización política de una determinada sociedad, constituye por así decirlo la superación del Estado Liberal, también conocido como Estado de Derecho, el cual se consolidó en los siglos XVIII y XIX, teniendo como centro de atención las libertades individuales y la propiedad del ciudadano, parte de la idea de que el bienestar del individuo genera el bienestar común, ideal que condujo a grandes desigualdades. De allí que, el Estado social sin abandonar plenamente los ideales liberales, acentúa su atención ya no solo en el individuo sino en el bienestar común, subordinado el individualismo a los intereses de la comunidad. De allí que, Díaz (1966) señale que “el calificativo social hace referencia a la corrección del individualismo clásico liberal a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social” (p. 66). Siguiendo a Lucas Verdú, sostiene Díaz (1966) que, en el Estado Social, junto a los derechos de libertad aparecen los derechos sociales y tiene como meta el bienestar social.

Por más histórica que parezca la cita, se sigue sosteniendo en la doctrina, que el modelo económico de Estado Social pretende alcanzar una sociedad debidamente organizada, “donde se garantice, en forma efectiva, no sólo la vida, sino la total vigencia de la justicia social” (González Ojeda, 2004, p. 149). Se concibe como aquel modelo de Estado que desde su Constitución acepta e incorpora al

orden jurídico, “derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles” (Villar Borda, 2007, p. 82). Dentro de estos derechos sociales, encontramos al derecho al empleo y a un salario justo.

García Toma (2010) entiende que el Estado Social hace alusión a una comunidad política, que, sobre las bases de las exigencias del Estado de Derecho, busca organizar la convivencia dentro de un orden económico y social, en la cual se efectivice la justicia social; y, por ende, generar una sociedad con igualdad de oportunidades para todos. Señala el autor que, la justicia social significa que “mediante acciones equitativas y redistributivas se aseguren las posibilidades de desarrollo personal y familiar de aquellos grupos desplazados en lo relativo a las condiciones de existencia” (García Toma, 2010, p. 176).

Es este modelo que, ante la insuficiencia del Estado de Derecho para hacer efectivo el principio de igualdad, el Estado Social se propone favorecer la igualdad social real, asumiendo la obligación de proteger los derechos como el derecho al empleo, seguridad social y asistencia médica, el de educación y los derechos de los más desfavorecidos (Villar Borda, 2007).

En concreto se puede decir que el Estado Social de Derecho implica una superación del modelo de Estado Liberal, que se sustenta básicamente en tres elementos fundamentales. Primero en la incorporación de los derechos sociales y económicos como el derecho al trabajo, la seguridad social, la educación, la asistencia médica, etc.

Los mismos que a diferencia de los derechos civiles y políticos, que son derechos negativos de defensa, en tanto buscan evitar que sean conculcados o desconocidos. Estos nuevos derechos son positivos, porque obligan a determinadas prestaciones por parte del Estado o de los particulares (Villar Borda, 2007). Un segundo elemento característico del Estado social es la consecución de la justicia social, que “conlleva un impulso dinámico de la realización del bien común” como afirma Fernández Vázquez citado por García Toma (2010, p.164). El reconocimiento de la dignidad humana hace que, junto a los derechos individuales, se reafirme la dimensión social del ser humano. El Estado asume un rol protagónico, desplegando acciones positivas busca satisfacer las necesidades colectivas básicas, como el empleo, seguridad social, vivienda, salud, etc. El tercer elemento es el fortalecimiento del derecho fundamental a la igualdad, procura la igualdad de oportunidades sobre todo en favor de los sectores menos favorecidos y busca eliminar los obstáculos y dificultades que impiden su plena realización (García Toma 2010, pp.164-165).

2.6.2. ¿Qué se entiende por trabajo?

El DPEJ define al trabajo con el “esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición a capital.” Aunque se trata de una definición objetiva del trabajo, considerado como factor de producción. No obstante, expresa también el aspecto subjetivo, es esfuerzo humano, propio del ser humano.

Engels (1876) por su parte sostenía que no solo es un medio de producción de riqueza, es mucho más que eso. “Es la condición básica y fundamental de toda la vida humana. Y lo es en tal grado que, hasta cierto punto, debemos decir que el trabajo ha creado al propio hombre.” Ello en razón de que, producto del trabajo, el hombre se ha ido perfeccionado a sí mismo, desarrollando nuevas habilidades, incrementando su propia capacidad, física e intelectual, en su búsqueda por alcanzar el dominio de la naturaleza.

Coincide, Juan Pablo II (1981) en que “el trabajo constituye una dimensión fundamental de la existencia humana sobre la tierra” (p. 6). Cuyo bien, encuentra su dignificación no en el tipo de trabajo, o sea, en su dimensión objetiva, sino en el sujeto que lo realiza, la persona. Porque independientemente de qué acciones se realiza en el proceso de trabajo, éstas sirven para la realización de su humanidad, para el perfeccionamiento de esa vocación de persona, que tiene en virtud de su misma humanidad (Juan Pablo II, 1981). De modo que, siendo el trabajo un bien del hombre no solo es útil, o que sirve para disfrutar, sino que es un bien digno. En cuanto, expresa la dignidad de hombre. En tal sentido, siendo un bien del hombre, es un bien de la humanidad, “porque mediante el trabajo el hombre no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más, en un cierto sentido ‘se hace más hombre’”. (p. 14).

El Tribunal Constitucional siguiendo esta misma línea de pensamiento, sostiene que: “El trabajo se identifica inseparablemente

con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre. A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano” (Expediente 008-2005-PI/TC, Lima, F.J. 18). Así, se expresa esa íntima relación entre el ser humano y el trabajo, en el trabajo el ser humano deja su marca o huella. Es decir, deja impregnado parte de sí, de aquello que le caracteriza como tal.

Por otro lado, Juan Pablo II (1981), desde la función teleológica del trabajo explica que, su relevancia no se limita al ámbito personal, individual, sino que “El trabajo es, en un cierto sentido, una condición para hacer posible la fundación de una familia, ya que ésta exige los medios de subsistencia, que el hombre adquiere normalmente mediante el trabajo” (p. 15) y no solo ello, sino que el trabajo se orienta también al incremento del bien común de una sociedad, en tanto, “sirve para multiplicar el patrimonio de toda la familia humana, de todos los hombres que viven en el mundo” (p. 15). Eh allí, entonces la razón de ser del trabajo, como bien de la humanidad, digno de protección jurídica.

2.6.3. El trabajo como un deber y un derecho

El trabajo según nuestra Constitución Política (1993) “es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona” (art. 22). Dicha regulación constitucional, sin duda, recoge los tres ámbitos de incidencia del trabajo, el individual, el familiar y el social. El trabajo es el medio por el cual se sostiene el individuo, satisface las necesidades de su familia, coadyuva el bien común e

incrementa el patrimonio de la humanidad. Resalta de ese modo la esencialidad del trabajo en la vida humana.

En tal sentido, el trabajo como deber se constituye en una obligación moral, de todo ser humano. Juan Pablo II (1981) lo expresa del siguiente modo:

El hombre debe trabajar por respeto al prójimo, especialmente por respeto a la propia familia, pero también a la sociedad a la que pertenece, a la nación de la que es hijo o hija, a la entera familia humana de la que es miembro, ya que es heredero del trabajo de generaciones y al mismo tiempo coartífice del futuro de aquellos que vendrán después de él con el sucederse de la historia. (p. 26)

En ese sentido, el ser humano tiene el deber de coadyubar a la realización de la familia humana, hacer que el legado de la humanidad crezca, en conocimientos científicos, técnicos y así alcanzar la existencia de países más prósperos. Es decir, toda persona tiene el deber de coadyuvar al perfeccionamiento de la humanidad, por medio del trabajo.

Por otro lado, el trabajo es un deber de toda persona, en tanto, ser racional, libre y social que es, tiene que hacerse responsable de sí mismo, de su familia y de la misma sociedad. No puede esperar que el Estado le provea de todos los recursos para la satisfacción de sus necesidades o vivir del trabajo de otros. Lo cual implica que, el trabajo es un mandato implícito impuesto por la propia naturaleza humana.

Asimismo, el trabajo es un derecho de toda persona, que le otorga la potestad de exigir al Estado la posibilidad de obtener un empleo, en

condiciones seguras y dignas. De allí, que el Estado tiene la obligación de asumir el derecho al trabajo de sus ciudadanos, como un bien jurídico de atención prioritaria.

2.6.4. El trabajo como derecho fundamental en el Estado Social de Derecho

Sin lugar a duda el derecho al trabajo es uno de los derechos más importantes, en la lógica de la consolidación del Estado Social de Derecho. Aunque es imposible por la gran cantidad de antecedentes establecer el momento histórico exacto en que el trabajo deja de ser una mera realidad económica o una mercancía, para convertirse en un verdadero derecho (Badilla, 2008). Es claro que, en la Constitución de la OIT (1919) en su preámbulo, expresó la gran preocupación en la comunidad internacional que existía para la época, sobre el trabajo como bien jurídico de atención prioritaria y la necesidad de propiciar condiciones dignas de trabajo. Que a la letra dice:

“Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones...”

Con la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (1944) (Declaración de Filadelfia), la OIT adoptó como principio que “el trabajo no es una mercancía” (artículo I). Bajo estas directrices la OIT asume como obligación fomentar en todo el mundo programas que permitan. “(a) lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida;” así como: “(b) emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan

tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común" (artículo III).

Como es de observar, aunque no se habla de manera expresa de un derecho al trabajo, la comunidad internacional lo asume como obligación de fomentar el pleno empleo. Es decir que busca propiciar condiciones para que toda persona pueda acceder a un puesto de trabajo, y de ese modo alcanzar su plena realización. Es con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que en el nivel internacional se establece de manera expresa que: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo" (art. 23.1).

Ideales acogidos por los Estados Europeos y de gran influencia en Latinoamérica, que se van reflejando en cada una de sus Constituciones, como necesidad de una protección real del derecho al trabajo, consagrándolo como un derecho fundamental. Así, la Constitución de España (1978) consagrando a España como un Estado social y Democrático de Derecho (artículo 1), en su artículo 35.1. prescribe: "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio..." En la misma línea, la Constitución de Portugal (1976) establece que Portugal siendo un Estado Democrático, busca "alcanzar la democracia económica social" (art. 2), para en su artículo 58, expresar que: "Todos tienen derecho al trabajo." Y precisa que para asegurar

este derecho el Estado se encargará de promover políticas de pleno empleo y la igualdad de oportunidades.

En Latinoamérica igualmente, podemos citar la Constitución del Perú de 1979, la cual es su artículo 42 establecía que “el trabajo es un derecho y un deber social”. Además, precisaba que: “El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato.” Asimismo, en el artículo 72, disponía que: “El Perú en una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo”. En tanto, la Constitución de 1993 (actualmente vigente) reconociendo en su artículo 22, que el trabajo es un deber y un derecho, precisa que “es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.” Y en su artículo 43, del mismo modo que la anterior, reconoce al Perú como una república democrática y social.

La Constitución de Brasil (1988) consagrándose como Estado Democrático, señala que se fundada, entre otros sobre los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa privada (art. 1), para luego establecer en su artículo 6 los derechos sociales, entre ellos “el trabajo” Además, de disponer en su artículo 193 que: “El orden social se fundará en la primacía del trabajo y dirigido al bienestar social y la justicia.”

La Constitución de Colombia (1991), señalando que “Colombia es un Estado social de derecho” precisa que se “fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la

integran y en la prevalencia del interés general” (art. 1). Para luego en su artículo 25 establecer que: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

La Constitución de Paraguay (1992) en su artículo 01, estableciendo que Paraguay “se constituye en Estado social de derecho” en su art. 86, prescribe que: “Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas.” Y párrafo seguido precisa que: “La ley protegerá el trabajo en todas sus formas, y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables.”

La Constitución de Venezuela (1999), reconociéndose como un Estado Social y Democrático de derecho (art. 1), en su art. 87 establece que: “Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar” en tanto “el Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna.”

La Constitución de Chile (2005) definiéndose como un República Democrática (art. 5) en su artículo 16 establece que: “Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

En tanto, la Constitución de Ecuador (2008) definiéndose como “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático” (art.

1), en su artículo art. 33, señala que “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad”.

Finalmente, la Constitución de Cuba (2019), definiendo su modelo de Estado, como “socialista de derecho y justicia social...” (art. 1), establece en su art. 31 que: “El trabajo es un valor primordial de nuestra sociedad. Constituye un derecho, un deber social y un motivo de honor de todas las personas en condiciones de trabajar”

Ello evidencia, con meridiana claridad la relevancia del trabajo en un Estado Social de Derecho, como condición básica para la subsistencia y el desarrollo personal y social del ser humano. Lo que significa que sin el trabajo no sería posible concretizar la dignificación del ser humano. A través del trabajo la persona se realiza a sí mismo.

2.7. EFECTOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN LABORAL TRADICIONAL

2.7.1. ¿Qué se entiende por nuevas tecnologías?

Por tecnología en la lengua española, según la RAE se entiende como “conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico”. En este mismo sentido coinciden Castells, Harvey Brooks y Daniel Bell al definir a la tecnología como “el uso del conocimiento científico para especificar modos de hacer cosas de una manera reproducible” (Carrasco Fernández, 2016, p

.21) y dentro de las nuevas tecnologías se cita a la tecnologías de la información que comprenden a la microelectrónica, la informática que incluye a las máquinas y *software*, las telecomunicaciones como televisión, radio y la optoelectrónica, así como la ingeniería genética (Carrasco Fernández, 2016).

Coincide también Schwab citado por Ambesi (2019), quien sostiene que la cuarta revolución comprende al conjunto de tecnologías físicas, con los vehículos autónomos, la impresión 3D, la robótica avanzada entre otros; las tecnologías digitales, con internet de las cosas, los registros encadenados *blockchain* y las plataformas digitales; y, las tecnologías biológicas, con la ingeniería genética, la nanotecnología y la neurotecnología, etc.

De modo que, con el desarrollo de la tecnología en la información y las comunicaciones, se ha llegado a lo que hoy se llama la cuarta revolución industrial, era o sociedad digital. La primera revolución industrial comenzó por los años 1770 con la invención de la maquina a vapor y el ferrocarril. La segunda desde 1860 con la electrificación, el petróleo y la química. La tercera, desde los años 1960 en adelante que introduce los ordenadores, la computación y la telemática. Finalmente, en las últimas décadas del siglo XX se produce la cuarta revolución con la adopción masiva de las tecnologías digitales, con el internet y el uso de los teléfonos móviles inteligentes, la computación y la capacidad de almacenamiento a bajo costo y otras tecnologías (González-Páramo, 2018).

2.7.2. Impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo

Bencomo, citado por Carrasco Fernández (2016) sostiene que las nuevas tecnologías han presentado una constante transformación en las estructuras económicas, sociales y culturales e inciden en los diversos aspectos de la vida, sin que sea ajeno el acceso al mercado de trabajo. El desarrollo de las tecnologías de la información que conlleva un proceso de integración y convergencia han transformado todas las prácticas de trabajo y de manera particular los paradigmas, métodos y sistemas productivos. Especialmente la automatización y la informática están generando nuevas formas de organización de trabajo y figuras que exigen mayor calificación y preparación del trabajador. Ante tal fenómeno las empresas vienen respondiendo con la descentralización de los procesos productivos y la descentralización de tareas, donde la intermediación cumple uno de los papeles más importantes y el trabajo por plataforma digital se ha incrementado exponencialmente, cuya intermediación pretende redefinir los conceptos tradicionales de la misma relación laboral. Por otro lado, con el impulso del teletrabajo, trabajo virtual o remoto, pone en entredicho ciertos derechos, como el respeto del descanso al que tiene derecho el trabajador, la jornada máxima de 8 horas diarias, etc.

Sostiene Boza Pro (2021) que a raíz del confinamiento dictado por la pandemia causada por el Coronavirus de tipo 2 (SRAS-CoV-2) o COVID-19, estas nuevas formas de trabajo se han propagado de manera exponencial, las cuales también han evidenciado “una notoria intromisión del empleador en la relación laboral y la consecuente

afectación tanto de diversos derechos laborales como de los no típicamente laborales o de ciudadanía laboral” (p. 45).

Siguiendo a Blancas, sostiene Boza Pro (2021), que si bien, por un lado, la hiperinformación permite recabar una gran cantidad de información de diversa índole, pero también supone la invasión a la misma vida privada de las personas; y, hiperconectividad, por su parte, permite una comunicación fluida, directa y permanente, facilitando la toma de decisiones, la impartición de órdenes e instrucciones, la coordinación de acciones, también coloca en zona gris la separación entre el hogar y el trabajo para las personas.

Es decir que, con el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, se facilita de manera eficiente la interacción entre empleador y trabajador, pero esa presencia constante y permanente, en muchos casos hasta agobiante, pone en tela de juicio el derecho a una jornada máxima de trabajo, el respeto a intimidad del trabajador, a la salud y la conciliación del trabajo con la vida familiar. Estas situaciones, en nuestro país ha conducido a la emisión del Decreto de Urgencia 127-2020, reglamentado por el Decreto Supremo 004-2021-TR, con la finalidad de resguardar la intimidad y el descanso al cual tiene derecho el trabajador (Boza Pro, 2021).

2.7.3. Trabajo en plataforma digital

El desarrollo tecnológico y el trabajo siempre ha constituido un campo de discusión abierto. Hoy en día con la globalización y el desarrollo de la economía digital, a la cual nos ha conducido las tecnologías de la

información y la comunicación. La vida en sus diversos aspectos se ha ido transformando, no solo las relaciones interpersonales sino también en los sistemas de producción. Por ello, no es extraño ver nuevas formas de trabajo, como el reimpulso del teletrabajo o los servicios prestados por plataformas digitales. Cuyas nuevas modalidades de trabajo comparten en común, “el uso de diversas herramientas tecnológicas, como computadoras, microprocesadores, teléfonos y una interconexión rápida y fluida a través del internet, que permiten la ejecución del servicio de manera deslocalizada” (Boza Pro, 2021, p. 45).

A estas nuevas formas de trabajo, siguiendo a Sanguineti (2021) podemos clasificarlo en cuatro grupos: a) plataformas de intercambio, venta o alquiler, b) plataformas de prestación de servicios profesionales, c) plataformas de externalización *on line* de tareas, y d) plataformas de trabajo a demanda *off line*. En el primer y segundo grupo, en las cuales las plataformas actúan como meras intermediarias no entra en fricción con el Derecho del Trabajo. Pues en estos casos las plataformas agotan su papel tan solo al poner en contacto a los prestadores del servicio con los potenciales clientes. No ocurre lo mismo, en el tercer y cuarto grupo, donde la plataforma decide organizar la prestación del servicio, sobre todo cuando se trata plataformas de transporte y de reparto (pp. 79-80).

Canessa Montejo (2021) también coincide que no todas las plataformas intervienen de la misma forma, pues están aquellas que actúan como intermediadoras y aquellas que no solo cumplen una

función de intermediación, sino que están diseñadas para prestar el servicio subyacente, simulando que el prestador es un trabajador autónomo o contratista independiente, ajeno a la plataforma, por lo que solo en este último supuesto nos encontraríamos ante una relación laboral (pp. 100 y 101).

La OIT (2021) por su parte sostiene que, estas nuevas modalidades de trabajo por plataforma, si bien, brindan oportunidades, pero también llevan consigo algunos problemas, que atañen los derechos de los trabajadores “concretamente a la irregularidad del trabajo y los ingresos, las condiciones de trabajo, la protección social, la utilización de las competencias profesionales, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva” (p. 2).

La doctrina coincide, también lo señala la OIT (2021) que: “Las consecuencias de la pandemia causada por el Coronavirus de tipo 2 (SRAS-CoV-2) o COVID-19 están poniendo de manifiesto los riesgos y las desigualdades a los que se ven expuestos los trabajadores, especialmente los que están ocupados en plataformas digitales de trabajo localizado” (p. 2), o lo que Boza Pro (2021) también lo denomina como “trabajo deslocalizado” o “trabajo en la calle” (p. 50), desempeñado principalmente por conductores y repartidores.

Para poner en contexto, la OIT (2021) señala que las plataformas de trabajo en línea y de trabajo localizado, vehículo de transporte con conductor (conductores) y de reparto, se incrementó de 142 que existía en el 2010 a más de 777 en 2020. Asimismo, los trabajos en

línea se triplicaron en dicho periodo, mientras que las plataformas de servicios de transporte y de reparto se han multiplicado casi por diez más.

Ahora, la situación de estos trabajadores, especialmente de conductores y repartidores, se puede establecer conforme ha sostenido la OIT (2021), a partir de una encuesta realizada a más de 12 000 trabajadores en 100 países a nivel mundial que, el 90% de conductores y repartidores son menores de 35 años, que cuentan con un alto nivel de estudios sobre todo en los países desarrollados. Los motivos que les impulsan a realizar esta forma de trabajo, si bien, en las plataformas en línea, se sustenta en la oportunidad de obtener ingresos adicionales y la flexibilidad en el horario. En tanto, en las plataformas de trabajo localizado, como conductores y repartidores, uno de los principales factores que impulsan a realizar este tipo de trabajo es la falta de oportunidades de empleo alternativas, aunque también, se encuentra la flexibilidad laboral y la mayor remuneración en comparación con otros empleos disponibles.

En cuanto, a los ingresos se concluye en el citado informe que, en una semana ordinaria, un trabajador en línea asciende a 3,4 dólares por hora, también se precisa que la mitad de los trabajadores de estas plataformas ganan menos de 2,1 dólares por hora. En el caso de los trabajadores autónomos, los ingresos promedio perciben 7,6 dólares por hora, mientras que en las plataformas de microtareas ascienden a 3,3 dólares y que en los países en desarrollo pueden llegar a ganar hasta 60% menos de lo que se percibe en los países desarrollados.

Por otro lado, sostiene la OIT (2021) conforme manifiestan los encuestados, que quienes trabajan por plataforma en línea en promedio realizan una labor de 27 horas semanales y cerca de la mitad de dichos trabajadores, complementan con 28 horas semanales en otros tipos de actividad. Es decir, que realizan jornadas semanales muy extensas. En tanto, los trabajadores de plataforma de trabajo localizado, es más grave su situación, trabajan jornadas largas y de intensa actividad. Los conductores trabajan un promedio de 65 horas semanales y los repartidores 59 horas por semana, por cuanto, de estos trabajadores constituye su principal fuente de ingreso. Además, se precisa que los conductores y repartidores manifiestan que sufría algún grado de estrés asociado al trabajo, entre otras cosas vinculadas a la congestión del tráfico, remuneraciones muy bajas, la falta de pedidos o clientes, jornadas muy largas, el riesgo de sufrir accidente por la presión de conducir rápido.

Ello, sin duda, más allá de las oportunidades que puede ofrecer el trabajo por plataforma, refleja la precariedad en términos laborales a lo que se enfrentan los trabajadores bajo estas modalidades de trabajo por plataforma. Con Boza Pro (2021), diremos que nos encontramos ante una multitud de prestadores fácilmente sustituibles, sin una jornada de trabajo determinada, y sin la garantía de un ingreso mínimo, además, de trabajar en condiciones de inseguridad y sin un régimen de protección social en salud y pensiones. En la perspectiva de Gorelli seguido por Boza Pro (2021) se trata de un escenario laboral que genera precariedad e inseguridad; y, según Cruz Caicedo,

citado también por Boza Pro (2021), constituye “un déficit de trabajo decente que conduce a la mercantilización absoluta de la relación y la cosificación del prestador del servicio” (p. 48).

2.7.4. Huida a los sistemas de protección tradicional

Con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación las empresas han encontrado, un escape a los sistemas de protección tradicional, que les ubica en la periferia normativa y lo han utilizado a la fuerza del trabajo como una oportunidad de explotación mercantil, repitiendo una vez más, los efectos sofisticados de deshumanización del ser humano y el poco respeto de su dignidad que se realizaron en los orígenes de la revolución industrial, esta vez disfrazado bajo la visibilidad de un supuesto trabajo autónomo. Ello es evidente, en tanto las plataformas en sus distintas modalidades no se presentan al público como prestadoras de servicios sino como meras intermediarias, supuestamente entre los prestadores de servicios autónomos y los clientes.

Señala Boza Pro (2021) que, desde la perspectiva de las empresas propietarias de estas plataformas, afirman, por un lado, que su actuación se limita a la intermediación entre la oferta y la demanda de un servicio determinado; y, como consecuencia, afirman que los prestadores de servicios o repartidores son colaboradores, trabajadores autónomos o emprendedores. Por lo tanto, entre estos y la plataforma no hay relación laboral.

Dichos rasgos de autonomía se sustentan en la flexibilidad de la jornada y el horario, quedando bajo la plena libertad del prestador. De otro lado, el prestador tiene potestad de rechazar las solicitudes del servicio, no se exige exclusividad en la afiliación a una plataforma, las herramientas (vehículo, celular, etc.) corren a cuenta del prestador del servicio. Características que sin duda muestran la ausencia de los elementos o notas que solían acompañar a una relación típica de trabajo (Boza Pro, 2021).

En este sentido, en nuestro país, al igual que en muchos otros, hoy por hoy no existe regulación, por lo que, dichas modalidades de trabajo quedan al margen de la legislación laboral, por tanto, está en las manos de los jueces determinar en cada caso concreto, si concurren o no indicios de laboralidad que permitan establecer, si en dichas prestaciones de servicios existe o no una relación laboral. Aunque todo indica que, la jurisprudencia internacional se está decantando por reconocer la existencia de vínculo laboral, recurriendo a indicios no típicos, como por ejemplo que, los ingresos de las empresas propietarias de la plataforma no provienen de la administración y suministro o distribución del software, sino de los viajes que realizan los conductores o repartidores, lo que significa que sin la participación de éstos no sería viable la actividad de la plataforma, tal como sostuvo la Corte del Distrito Norte de California, en el caso Douglas O'Connor contra Uber Technologies Inc. (Boza Pro, 2021).

2.8. TEORÍA CONSTRUCTIVISTA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

2.8.1. El constructivismo en la teoría del conocimiento

La teoría del conocimiento ha ido evolucionando, inicia con filosofía especulativa, en la cual la contrastación empírica de sus explicaciones se encuentra ausente. Pasa por la epistemología empirista, según la cual el único conocimiento válido es aquel que es susceptible de contrastación empírica. Parte del supuesto de que existe una realidad objetiva, independientemente de que el sujeto cognosciente sea o no consciente de ella. De modo que la actividad cognoscitiva del sujeto se limita a constatar la realidad en sí, tal como es (Cáceres, 2007).

Pero estos postulados del empirismo, sostiene Cáceres (2007), que hoy en día se encuentra en crisis, fundamentalmente por el surgimiento de nuevas posturas filosóficas, como el pensamiento de Kant y Herman Cohen, por los nuevos descubrimientos de Piaget y Vigotski y por el surgimiento de las recientes ciencias cognitivas, tales como la neurofisiología cognitiva, psicología cognitiva, filosofía de la mente e inteligencia artificial. Desde estas nuevas perspectivas se llega a la conclusión de que el objeto en sí no es el que produce el conocimiento, sino que es el sujeto cognosciente quien lo genera. Ello da cuenta el papel preponderante que desempeña el sujeto en el proceso de construcción del conocimiento. En ese sentido, no se puede hablar de una realidad en sí, sino de una realidad para nosotros, a través de una representación cognitivamente generada. De modo, que se puede afirmar que la realidad, incluyendo a la

realidad descrita por las ciencias de la física es un constructo del sujeto cognoscente.

El constructivismo podemos indicarlo como una corriente de pensamiento contemporáneo pospositivista, a la que Villa (2011) considera como una alternativa epistemológica, intermedia entre los extremos dicotómico realismo/antirrealismo y objetivismo/relativismo.

El constructivismo critica a la idea de verdad como correspondencia de la realidad, pues en tal sentido entiende que el conocimiento no es una aprehensión objetiva de la realidad en sí, por el intelecto humano sin perturbación alguna, sino que la realidad es solo un punto de partida para su comprensión a través de objetivos impuestos por el sujeto cognoscente, social y culturalmente condicionado, así como tampoco cree que la realidad es incognoscible, sino que el conocimiento de la realidad se encuentra condicionado por los esquemas conceptuales del sujeto cognoscente.

El conocimiento parte siempre de conceptos previos, que progresivamente se esquematizan y articulan en concepciones hasta convertirse en teorías, cuyos instrumentos siempre serán las construcciones sociales, fundadas en el conceso de una comunidad, por tanto, no puede constituirse como representación individual variable a voluntad (Villa, 2011).

Entonces, es importante resaltar que, para el constructivismo, el sujeto cognoscente no es un sujeto pasivo del conocimiento, la mente humana no es un espejo de la realidad, por usar la metáfora de Rorty,

citado por Villa (2011), sino que el sujeto en la reconstrucción de la realidad tiene un papel activo.

Siguiendo el pensamiento de Searle, Villa (2011) intenta describir al constructivismo como una posible condición de pensabilidad del universo del discurso cognoscitivo; una condición que, naturalmente, no puede ser defendida con argumentos empíricos (o metaempíricos), sino que necesariamente introduce argumentos de carácter filosófico-epistemológico. Es decir, se constituye en una alternativa en la ciencia del conocimiento, cuyas conclusiones cognitivas no se sustentan en argumentos empíricos sino en argumentos racionales, que provienen de la inteligencia humana.

2.8.2. El constructivismo en la teoría de la interpretación jurídica

Para poder comprender el significado de la teoría constructivista de la interpretación jurídica, es necesario entender primero el sentido de interpretación. La interpretación como señala Guastini (1999) puede denotar diversos significados, dependiendo, por ejemplo, si se trata de interpretar un acto o comportamiento humano unas veces se busca “elaborar suposiciones en torno a los objetivos, a las razones o a las intenciones del sujeto agente; otras veces significa adscribir un sentido o un valor a la acción considerada” (pp. 1-2); si se trata de un acontecimiento histórico o social, “interpretar significa conjeturar una relación de causa-efecto entre un cierto hecho (o conjunto de hechos) condicionante y un hecho (o conjunto de hechos) condicionado” (Guastini, 1999, p. 2) o si se trata de la interpretación de un texto,

dentro del cual se encuentran los textos legales, interpretar “significa atribuir sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje (vocablos, locuciones, enunciados)” (Guastini, 1999, p. 2).

En la teoría jurídica el término interpretación puede denotar ya sea a la actividad interpretativa misma o al resultado de esa actividad interpretativa (Gascón Abellean, 2003). Guastini (1999) expresa que interpretación hace referencia “o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo” (p. 2-3).

En qué consiste esa actividad, si en decidir el significado del texto jurídico; o en averiguar o descubrir dicho significado es objeto controvertido por las distintas teorías de la interpretación jurídica (Gascón Abellean, 2003).

Sin intención de profundizar en dichas teorías, debemos señalar de manera muy general que la teoría cognitiva, defendida por el formalismo positivista, partiendo de la idea de plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, sostiene que la interpretación como acto de conocimiento simplemente consiste en ‘descubrir’ el significado objetivo de los textos normativos (verificación empírica) o la voluntad subjetiva del legislador (Guastini, 1999). Es decir, los textos legales en sí mismos tienen un significado objetivo predeterminado, por tanto, la actividad del interprete consiste en averiguar o conocer dicho significado.

En tanto, la teoría escéptica, defendida por el realismo jurídico, a diferencia de teoría cognitiva sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento sino de valoración o decisión. Desde esta perspectiva la interpretación depende de las distintas posturas valorativas de cada interprete. Para el escéptico las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son el resultado de ésta. De modo que, los jueces ante una laguna o antinomia pueden crear derecho tal cual lo hace el legislador (Guastini, 1999). Desde esta postura, puesto que no existe un significado preestablecido, la actividad interpretativa consiste justamente en decidir o adjudicarle un significado a ese texto legal, significado que necesariamente estará influido por las actitudes valorativas de los intérpretes y/o los intereses sociales, económicos, etc. que rodean el caso (Gascón Abellean, 2003).

Por su parte, la teoría intermedia afirma que “la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y, a veces, una actividad de decisión discrecional” (Guastini, 1999, p. 16). Todo depende, según esta teoría, si la aplicación de la norma a interpretar se trata de un caso fácil o un caso difícil. En el caso fácil el juez no puede ejercer discrecionalidad, sino que tiene que descubrir el significado de la norma preconstituida, en tanto, en el caso de penumbra en términos de Guatini (1999), el juez tiene que tomar una decisión discrecional, para elegir la solución del caso a resolver.

El mismo Guastini señala que, si bien, la teoría cognitiva se encuentra desacreditada para cualquier jurista instruido; sin embargo, sostiene

que algunos de sus postulados sobreviven en la filosofía jurídica contemporánea, bajo “la tesis según la cual toda cuestión jurídica admite una y sólo una respuesta justa” (Guastini, 1999, p. 14).

Lo descrito por Guastini parece evidente la referencia a la teoría dworkiniana, tal como afirma Quispe Astoquilca (2016). Efectivamente, Dworkin, aunque parte de una concepción distinta de Derecho (como actividad interpretativa y valorativa), al abordar el tema de los denominados casos difíciles, sostiene que, al momento de resolver un problema jurídico entre dos partes, defiende que “aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo” (Dworkin, 1989, p. 146), por tanto, según el mismo autor “no deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos” (Dworkin, 1989, p. 146). Aunque inmediatamente, también deja claro, “que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles” (Dworkin, 1989, p. 146).

Pero también, se debe considerar que no se trata de una copia de la teoría cognitiva, pues la teoría constructivista ve a la interpretación como una actividad o un proceso, mas no como un producto como lo percibe aquella. Desde esta perspectiva constructiva, el intérprete no es un fiel vocero del texto normativo, no busca satisfacer una realidad objetiva, sino que a través de un propósito que se considera valioso y que la misma práctica promueve, busca la representación de la norma

bajo su mejor perspectiva. Al menos en sentido restringido podemos decir que el intérprete impone sus valores a aquello que los autores han creado (Dworkin, 2012), situaciones impensables para la teoría cognitiva tradicional.

2.8.3. Teoría constructivista de la interpretación jurídica

Lifante Vidal (2018) sostiene que las dos grandes aportaciones de Dworkin la teoría de la interpretación jurídica consiste primero en considerar al mismo Derecho como actividad interpretativa y segundo es que considera que existen criterios de corrección en el ámbito de la interpretación jurídica que derivan de la propia naturaleza de la actividad interpretativa como actividad constructiva y necesariamente valorativa. Es decir, considera que el Derecho es un concepto interpretativo; y la interpretación es valorativa.

Para un mejor entendimiento, es necesario desglosar los elementos del concepto de Derecho que maneja la teoría constructivista de la interpretación jurídica. Según esta teoría el Derecho es una práctica social, interpretativa, constructiva y necesariamente valorativa. Aunque todos sus elementos están intrínsecamente relacionados entre sí. Es necesario entender primero que es una práctica social.

La práctica social según este punto de vista se puede entender como una actividad o un proceso consciente que se desarrolla de manera cotidiana, constante y repetida al interior de una comunidad. Bernal Pulido (2014) usando una concepción muy amplia señala que una práctica social “es un conjunto de acciones intencionales colectivas

recurrentes” (p. 26). Podemos agregar, que se sustentan en propósitos considerados valiosos dentro de esa comunidad.

De modo que, según la teoría constructivista el Derecho no es el producto de esas acciones intencionales colectivas y recurrentes, no es el producto de esas prácticas sociales, como lo vería Hart, sino que el Derecho en sí mismo es una práctica social. “No hay nada objetivo que sea ‘el Derecho’ cuyos rasgos puedan identificarse, sino que el Derecho es un proceso en construcción” (Rodríguez-Toubes Muñiz, 2019, p. 242).

El Derecho en sí mismo, como práctica social, es una actividad, un acontecer, una realidad en formación y analizable en términos de fases o etapas de un proceso; más no un objeto, un resultado, un tipo de realidad ya dada y estructurada de una cierta forma (Atienza Rodríguez, 2017), como vería la concepción normativista. Aquí es necesario hacer una precisión que, la visión del Derecho como práctica social en modo alguno implica desconocer la existencia de normas jurídicas, sino que éstas forman parte de la práctica del Derecho. Lo que sí niega es la posibilidad de “que a partir del entendimiento del Derecho como un sistema de normas pueda darse cuenta adecuadamente de toda la realidad jurídica” (Atienza Rodríguez, 2017, p. 17).

Ahora, bajo la tesis de Dworkin según la cual, el Derecho es un concepto interpretativo en todo respecto. Indica Marmor (2001) que no sólo sostiene que, dar cuenta del concepto de Derecho es una

cuestión de interpretación, sino también implica que tales explicaciones están inevitablemente conectadas con consideraciones acerca de qué ha de determinar el Derecho en un caso dado. En este sentido, es una teoría de adjudicación, en tanto, tiene como finalidad atribuir a una práctica la mejor interpretación posible. En tal contexto, el Derecho es “un concepto interpretativo por cuanto solo puede determinarse mediante una interpretación” (Toubes Muñiz p. 244), tanto, desde el punto de vista conceptual, como de su contenido material.

Pero ¿Qué se entiende por interpretación? La interpretación se entiende como “una actividad general del razonamiento humano que llevamos a cabo en diferentes ámbitos (conversaciones, arte, historia, Derecho...) y con diferentes objetivos” (Lifante Vidal, 2018, p. 175). Por tanto, “interpretar una práctica social es sólo una forma u ocasión de interpretación” (Dworkin, 2012, p. 47). Aquí, vale la distinción entre la visión del Derecho como resultado o producto y el Derecho como actividad o proceso, cuya doble visión también se aplica al concepto de interpretación. De modo tal que, “siempre que interpretamos algo necesariamente estamos también optando por una comprensión de lo que implica interpretar, una comprensión que supone atribuir a dicha actividad un propósito considerado valioso” (Lifante Vidal, 2018, p. 177).

Desde esta perspectiva teórica, entonces, interpretar no consiste en descubrir el significado preexistente de un texto normativo en sentido estricto o la intención histórica del autor, cuyos propósitos tienen la

interpretación científica y en la interpretación conversacional o intencional respectivamente; sino desde la teoría que estudiamos lo que se busca mediante la actividad interpretativa es determinar el sentido que representa la mejor versión del Derecho en su conjunto, por medio de la imposición de un propósito valioso. Como dice Dworkin (2012) consiste en tratar de comprender una práctica social desde su mejor perspectiva imponiendo los valores del interprete a aquello que los autores han creado. Aunque debe entenderse a los valores de interprete, en el sentido que éste comparte los valores de la comunidad y que a su vez son promovidos por la práctica a la cual interpreta; por tanto, el intérprete no actúa como un observador externo, sino en representación de la comunidad, por lo que al final los valores del interprete resultan siendo los propósitos que dentro de la práctica se consideran valiosos.

Así, Dworkin (2012) sostiene que “la interpretación de las prácticas sociales y las obras de arte se ocupan esencialmente de los propósitos y no de meras causas” (p. 48), pues ambas, tanto la interpretación de las prácticas sociales como la interpretación artística “apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas” (Dworkin, 2012, p. 47). Por tanto, desde una perspectiva constructiva no se pretende determinar el significado objetivo que pudo tener para el autor o las intenciones impuestas por éste, sino lo que la interpretación constructiva pretende es establecer la mejor representación posible de su objeto, a partir de un propósito impuesto por el intérprete, sin que ello implique que el intérprete

pueda hacer del objeto interpretado, lo que él hubiese querido que fuera.

El mismo Dworkin (2012) señala que “la interpretación constructiva es una cuestión de un propósito impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece” (p. 48). Pero ¿Quién impone el propósito? Dice Dworkin (2012) que “los propósitos en juego no son (fundamentalmente) aquellos de algún autor sino del intérprete” (p. 48). Inmediatamente surge la siguiente pregunta, el intérprete ¿Puede imponer cualquier propósito? Dworkin (2012) igualmente responde que aparte de que debe sustentarse en buenos fundamentos, “la historia o forma de una práctica u objeto restringe las interpretaciones disponibles de la misma” (p. 49).

De allí que, la interpretación constructiva pese a ser una interpretación creativa, cualidad que la diferencia de la interpretación conversacional, la misma que se ocupa de las intenciones de su autor y de la interpretación científica cuyo propósito es el estudio de las causa y efectos a partir de los datos recopilados. La actividad del intérprete desde una perspectiva constructiva no se confunde con la actividad creadora del legislador. “Un participante que interpreta una práctica social, según ese punto de vista, propone un valor para dicha práctica al describir un esquema de intereses, objetivos o principios que dicha práctica puede servir, expresar o ejemplificar” (Dworkin, 2012, p. 49).

De modo que, si en la práctica, sin la existencia de dicha elaboración se presentara interpretaciones contradictorias o rivales, “la elección de cada intérprete debe reflejar su opinión sobre cuál de las interpretaciones propone el mayor valor para la práctica, cuál la muestra mejor, tomando todo en cuenta” (Dworkin, 2012, p. 49). Entonces, la discreción del interprete se limita únicamente a elegir, a partir de determinados propósitos valiosos dentro de la práctica, cuál de las interpretaciones existentes representa del mejor modo posible a la práctica en general.

En este sentido, si la interpretación constructiva es una cuestión de un propósito impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece o entenderlo desde su mejor perspectiva a partir de un propósito valioso de dicha práctica, ello exige a cualquiera que desee abordar la tarea interpretativa, tiene que partir equipado con la idea de aquello que es valioso en determinado género (Marmor, 2001).

Es importante destacar que, desde esta perspectiva, el Derecho no se puede entender sin recurrir a los valores practicados por la comunidad a la cual pertenece. Pues, el Derecho “no consiste en un conjunto finito de estándares de cualquier tipo (reglas, principios ...), como sostendría el positivismo normativista, sino que es esencialmente una práctica social destinada a satisfacer ciertos valores” (Lifante Vidal, 2018, p. 187) asumidos por la comunidad y que a la vez son promovidos por dicha práctica. En otras palabras, se puede decir que una práctica social basada en normas, lo cual equivale a decir que,

tiene naturaleza prescriptiva, mas no descriptiva, solo se hace inteligible (comprendible o entendible), en tanto y en cuanto se sustenta en un propósito o valor asumido por la comunidad y promovido por la misma práctica. Marmor (2001) lo expresa del siguiente modo: “las prácticas sociales, esto es, las prácticas constituidas por conjuntos de normas sólo son inteligibles sobre la base de la suposición de fondo de un propósito o valor que se considera que la práctica promueve” (p. 62).

A modo de conclusión, se puede decir que, la interpretación constructiva en último término consiste en la asignación de un significado, propósito o valor a una práctica social, que a su vez hace inteligible a la naturaleza prescriptiva, en base a las razones que motivan a la acción de los sujetos que lo practican. Es decir, aquellos propósitos o valores que hacen que una norma sea válida u obligue a su obediencia.

Por ello, el propio Dworkin (2012) sostiene que la práctica social (por tanto, el Derecho entendido como práctica social), no se puede comprender sino desde dentro, comprometiéndose con la misma práctica, compartiendo los mismo objetivos, propósitos y valores. De allí que, tanto, el legislador como el juez (quien crea y quien lo aplica) entiende que comparten el mismo propósito o valor promovido por esa práctica. En ese sentido, es la jurisprudencia la mejor representación del Derecho.

Lifante Vidal (2018), siguiendo a Dworkin sostiene que la actividad interpretativa desde esta perspectiva constructiva exige la realización de dos tipos de juicios evaluativos a saber: Los juicios evaluativos primarios son los encargados de determinar aquello que se considera valioso dentro del género al que pertenece el objeto interpretado. En tanto, los juicios secundarios determinan como se debe interpretar el objeto en cuestión para que el mismo se considere como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece o en otros términos equivale a decir que, los valores identificados en los juicios evaluativos primarios se encuentren desarrollados al máximo de sus posibilidades. Para un mejor entendimiento, de esto último, veamos a continuación cuales son las fases de una interpretación constructiva.

2.8.4. Fases de la interpretación constructiva

Para comprender de mejor modo las fases, sobre todo, el funcionamiento de la interpretación constructiva, es necesario comprender a lo que Dworkin denomina actitud interpretativa, la cual surge a partir de la conciencia crítica de los miembros de la comunidad frente a funcionamiento de las reglas que impone la práctica. Esta actitud interpretativa según Dworkin tiene dos componentes: el primero consiste en tomar conciencia de que la práctica social no solo existe como una mera descripción de reglas a las cuales se les debe obediencia, sino en entender que estas tienen un valor, sirven a un propósito o interés o hacen cumplir algún principio. Es decir, aquello que le confiere un sentido a la práctica. En tanto, el segundo componente implica que los contenidos de las reglas, que tiene que

ver con los comportamientos que exige o los juicios que lo justifican, dependen del sentido, propósito o valor que tiene la práctica para la comunidad. En otros términos, las estrictas reglas que impone la práctica necesariamente deben ser entendidas, aplicadas, modificadas, o limitadas por dicho propósito o sentido (Dworkin, 2012).

Siendo este último elemento el que incorpora una actitud crítica y da cuenta de la función evolutiva de la práctica (Lifante Vidal, 2018), o mejor dicho es lo que hace que la práctica evolucione, por medio de las modificaciones del contenido mismo de las reglas, en función al propósito que la práctica persigue, en determinadas circunstancias.

Dice Dworkin (2012) que, persistiendo esta actitud interpretativa, la práctica deja de ser mecánica; ya no se trata de una obediencia ingenua a la orden de la autoridad, sino que ahora, se busca imponer un significado a la institución, darlo un sentido, para verlo bajo su mejor perspectiva y luego para reestructurarla a la luz de dicho sentido o significado.

De este modo, siendo entonces la interpretación constructiva una cuestión de un propósito impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece (Dworkin, 2012). Este proceso pasa por tres etapas, en cada una de las cuales exige la existencia preponderante de una actitud interpretativa.

A la primera etapa, Dworkin (2012) lo denomina pre interpretativa, donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el

contenido provisional de la práctica. Lo cual equivale a la determinación de la existencia de la práctica, la misma que exige un alto grado de consenso en la comunidad, en tanto las reglas sociales no llevan una etiqueta de identificación. Señala Lifante Vidal (2018) que esta es una etapa predominantemente descriptiva, que en caso del Derecho básicamente consistiría en la determinación de los materiales *prima facie* jurídicos. “Con el juicio preinterpretativo se distinguen las reglas jurídicas de las reglas religiosas, o de las reglas de urbanidad, por ejemplo” (Zambrano, 2009, p. 39).

La segunda, es la etapa interpretativa, que bien se podría llamar como etapa de justificación, puesto que es aquí, “donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa pre interpretativa. Esto consistirá en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general” (Dworkin, 2018, p. 58), el mismo autor precisa que, aunque no es necesario la justificación de cada uno de los aspectos que confieren entidad a la práctica, pero sí los suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando una nueva.

En esta etapa según Lifante Vidal (2018) se determina cuáles son los valores y objetivos que se considera que la práctica persigue, o sea, los principios que subyacen tras las reglas que la práctica exige. Lo que equivale a decir, que es la etapa que permite determinar, a lo que Dworkin denomina el sentido o significado de la práctica. De modo tal que la diversidad de materiales jurídicos en bruto, se transforman y

hacen que podamos ver al Derecho como un fenómeno unitario y coherente (p. 193). “En este estadio, el intérprete se pregunta por las razones que legitiman a la práctica en su conjunto y la tornan razonable” (Zambrano, 2009, p. 39).

El concepto clave en esta etapa, señala Lifante Vidal (2018) que sería el de adecuación o encaje de la teoría o interpretación con todo el material jurídico identificado en la etapa anterior o al menos con gran parte de ellos, porque puede darse el caso que existen normas que no persiguen un único objetivo valioso sino distintos a la vez, por tanto, puede que nos encontremos con distintas teorías que pretende dar razones de dicho material jurídico, donde cada una de ellas asume una determinada ponderación entre los distintos principios que justifican la existencia de esas reglas.

Finalmente, está la tercera etapa, que Dworkin (2012) la denomina etapa posinterpretativa o reformadora donde ajusta su sentido sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa. Es decir, en esta etapa se verifica la consistencia o pertinencia de justificación de la práctica. Aquí, es donde se determina que si la práctica requiere o no alguna implementación que la adecue mejor o tal vez exige una nueva excepción a la regla establecida o quizá que las reglas que estipula estén equivocadas a la luz del sentido o significado de la práctica o sea a la luz de la justificación aceptada en la etapa interpretativa.

En definitiva, lo que se busca en esta etapa es determinar qué es lo que necesita la práctica para conseguir una máxima realización de los principios que se considera que la justifican. Es decir, pretende la reestructuración de la práctica a la luz de sus objetivos, pudiendo implicar el abandono o reforma de las reglas identificadas en la primera etapa, o la incorporación de alguna nueva. En el Derecho, precisamente consistirá en elegir alguna de las teorías que pugnan en dar cuenta del material jurídico, determinadas en la etapa anterior, bajo el horizonte de la interpretación que desarrolle mejor el valor que atribuimos a la práctica jurídica en su conjunto (Lifante Vidal, 2018).

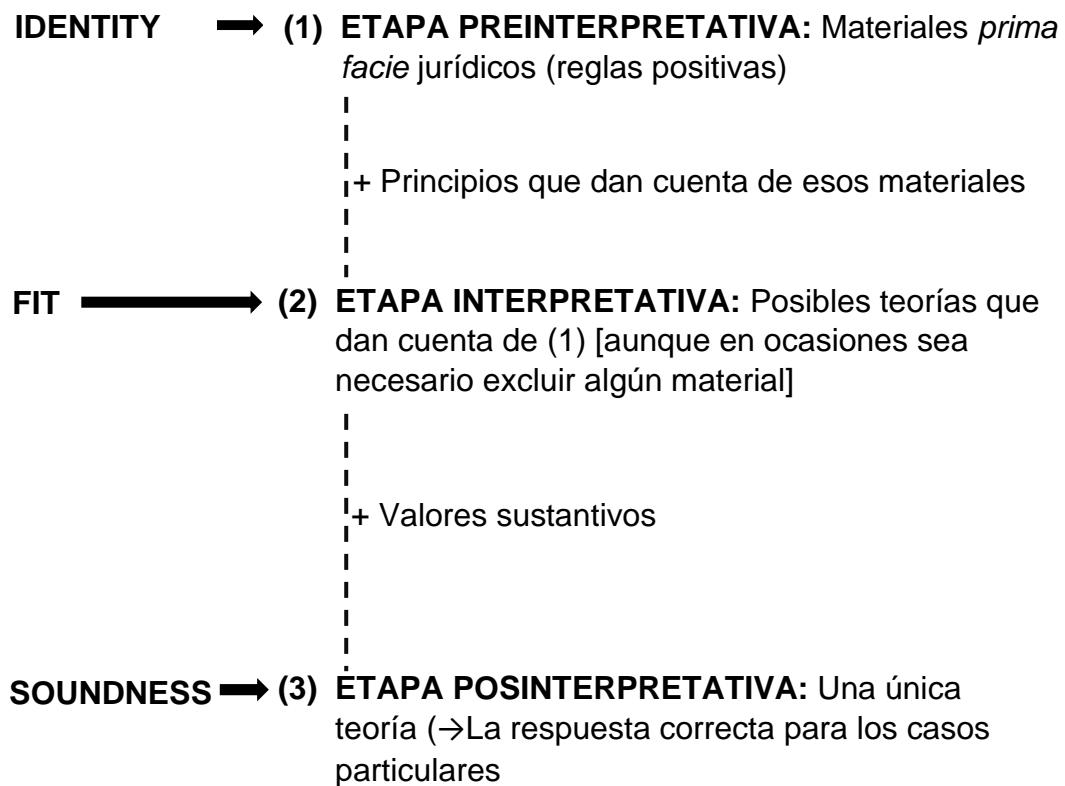
Lifante Vidal (2018) continúa el análisis de esta etapa y considera que la tarea del intérprete, pensando como Dworkin, principalmente en el juez, consiste en resolver los problemas jurídicos a través de la elaboración de la mejor teoría que reconstruya todo el material jurídico relevante para resolver el concreto problema planteado. Esto es, bajo una perspectiva holística o integradora respecto al fenómeno jurídico, el intérprete debe descubrir los derechos de las partes a través de un entendimiento no sólo de las reglas relevantes, sino también de los principios morales implicados en la historia institucional del Derecho en cuestión.

Es decir que, la tarea del interprete (juez) básicamente se realiza a través de dos tipos de juicios: justificativo y de ajuste. Por el juicio justificativo realizados en la etapa anterior, se preguntará acerca de los fines de la norma interpretada y, en general, por los fines de la práctica a la cual pertenece la norma. Por el juicio de ajuste, en esta

última etapa, aplicará la norma en el caso concreto de modo tal que permita acomodar la práctica a los fines con que se la ha justificado globalmente (Zambrano, 2009).

Desde la perspectiva de Dworkin, en esta última etapa se evidencia que, tanto la práctica como la teorización del Derecho se encuentran íntimamente ligados. Es a través de la teorización, entendida como la articulación y defensa de determinados principios morales, que se llega a descubrir la respuesta correcta. Cada una de las posibles interpretaciones de los materiales *prima facie* jurídicos que se descubren en la etapa interpretativa constituye una doctrina, una teoría acerca de lo que exige un determinado Derecho. De tal modo que, cualquier explicación teórica de una práctica social como el Derecho, no puede hacerse, sino incluyendo necesariamente el razonamiento del participante de la práctica en cuestión. Es decir, buscando comprender al derecho desde su mejor perspectiva. En ese sentido, y los textos legislados y las demás fuentes del Derecho, solo pertenecerían al Derecho en su estado preinterpretativo, mientras que la realidad del Derecho. Esto es, la respuesta a los distintos problemas jurídicos que se pueden plantear, solo se encontraría en el proceso interpretativo y postinterpretativo (Lifante Vidal, 20185).

Para finalizar, Lifante Vidal (2018) esquematiza de manera gráfica estas tres etapas (p. 195), la misma que no permitimos trascibir:



CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La presente investigación tiene como hipótesis, los fundamentos jurídicos que justifican la deconstrucción dogmática del principio protector en el Derecho del Trabajo a partir de la teoría constructivista de la interpretación jurídica son:

- b. El valor que la persona ha adquirido ontológicamente para el derecho bajo el paradigma neoconstitucionalista.
- c. La relevancia del bien jurídico trabajo para la realización individual y social de la persona en el Estado Social de Derecho.
- d. El carácter impersonal de la relación laboral generada por el desarrollo de las nuevas tecnologías y la flexibilización de los sistemas laborales tradicionales.

A partir de los elementos que componen nuestra hipótesis pasaremos a discutir cada uno de ellos, a fin de establecer si se comprueba o no su veracidad, teniendo como base las diversas teorías desarrolladas en la investigación. Pero antes, la investigación también tiene como objetivo establecer que la desigualdad de poder en la relación laboral, en la actualidad no es suficiente para sustentar el contenido dogmático del principio protector; por lo que, para garantizar su vigencia en el mundo contemporáneo requiere de actualización, a lo cual llamamos deconstrucción.

La presente investigación sin duda demuestra que el fundamento dogmático del principio protector en el Derecho del Trabajo basado en el desequilibrio de la relación laboral o en el desbalance de poder entre el binomio trabajador – empleador o en término actuales trabajador – empresario, resulta insuficiente para expresar su pleno contenido. Ello debido a que en el contexto del Neoconstitucionalismo y un Estado Social de Derecho la persona adquiere una

centralidad hasta convertirse en el fin supremo de la sociedad y el Estado; por su parte el trabajo no solo se constituye en un medio de realización de la persona tanto individual como socialmente sino, en un derecho fundamental y de protección prioritaria del Estado. Además, conforme a las exigencias y transformaciones que imponen los avances tecnológicos, que de no ser por la ampliación del sentido protector que sostiene al del Derecho del Trabajo un gran número de trabajadores se encuentran privados de la protección del ámbito laboral.

En este nuevo contexto, con una estructurada regulación de los derechos laborales individuales y colectivos, sustantivos y procesales, incluso con una vigilancia especial de protección a nivel administrativo, el desequilibrio de poder en la relación laboral se ve superado, sobre todo con la consolidación de los derechos colectivos como el derecho a la sindicalización y la huelga, el convenio colectivo, participación en la empresa, entre otros. Ello se avizora ya desde las propias citas de Pla Rodríguez (1998), cuando hace referencia a los críticos del principio protector, afirma que Héctor Ruiz Moreno consideró que en los inicios del Derecho del Trabajo existiendo desigualdad entre las partes, derivada de la debilidad del trabajador, se justificó la protección preferente de este, pero con la fortificación de los sindicatos ha desaparecido la desigualdad. Pero esta afirmación no estuvo lejos de la realidad, hoy en día con mayor solvencia Montoya Melgar (2023) sostiene que la colectivización de las relaciones laborales tienden a situar en una posición de paridad, y no de subordinación, el poder organizado de los trabajadores respecto de los empresarios para luego indicar que “el sindicalismo surge como una expresión de la voluntad de compensar una situación de poder monopolizado por los empresarios, creando un poder colectivo con el que hacer frente y neutralizar esa situación de monopolio” (p. 117).

Por su parte, Palomeque López y Álvarez la Rosa (2022) si bien, no se apartan de la idea de que el derecho del trabajo cumple una función compensadora de la desigualdad, llegan a establecer que el Derecho del Trabajo sobre todo cumple una función de pacificación del conflicto sociolaboral. Entienden que los intereses que existe entre trabajadores y empresarios siempre son contrapuestos, de modo que la satisfacción de unos implica siempre la insatisfacción de otros. Por tanto, aun cuando exista igualdad de poder en la negociación, el conflicto siempre está presente. Por lo que, es esa necesidad de pacificación que exige la intervención del Estado para regular la bipolaridad que origina el conflicto social.

Pero detrás de esta función pacificadora, subyace la idea que, a decir de Montoya Melgar (2023) el Derecho del Trabajo “responde, antes que un propósito de buena ordenación productiva, a una exigencia universalmente sentida, de dignificación de las condiciones de vida y de trabajo” (p. 33) que, a diferencia de otros sectores del Derecho acusadamente patrimonialistas, el Derecho del Trabajo muestra desde sus orígenes una vocación humanitaria y social.

Con esto último, se evidencia que el Derecho del Trabajo centra su principal atención en la persona misma, en su dignidad y en el trabajo como un bien jurídico de atención prioritaria del Estado. Elementos que sin duda en la concepción tradicional no se vislumbran, es en este nuevo contexto del Neoconstitucionalismo y en el modelo de Estado Social de Derecho que adquieren relevancia y modifican el contenido del sentido protector del Derecho del Trabajo, actualizándolo y adaptándolo a las nuevas circunstancias.

Haciendo un análisis general, se puede concluir que no se ha podido determinar que a la actualidad existan propuestas teóricas, que pretendan una actualización del contenido dogmático del principio protector y sobre todo, que establezcan una

vinculación entre el sentido protector con los nuevos elementos centrales del Derecho del Trabajo como la persona misma y el respeto de su dignidad fines supremos de la sociedad y del Estado, así como, el trabajo, que por su esencialidad para la subsistencia y desarrollo humano se constituye en el bien jurídico de atención prioritaria del Estado, pues así lo reconoce el constitucionalismo contemporáneo o lo que se denomina neoconstitucionalismo.

Pero ¿Qué es lo que nos permite establecer esa vinculación? Es la Teoría Constructivista de la Interpretación Jurídica, la cual no hace ver que el Derecho en general es una práctica social, que se va construyendo y destruyendo con el discurrir de la historia y permite entender a las instituciones jurídicas y normativas desde su mejor perspectiva a partir de los valores y propósitos que la sociedad lo impone. Es decir, que el derecho se interpreta estableciendo su contenido conforme a los contextos sociales y culturales de cada época.

3.1. EL VALOR QUE LA PERSONA HUMANA HA ADQUIRIDO ONTOLOGICAMENTE PARA EL DERECHO BAJO EL PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA

El paradigma neoconstitucionalista como una nueva forma de concebir a las constituciones modernas, deja de ver en la Constitución un mero programa de orientación política, que establece la división de poderes y las funciones de cada uno de ello. En este nuevo paradigma la Constitución es verdadera norma jurídica que, entre otros objetivos, sirve como instrumento para alcanzar la efectividad de los derechos fundamentales.

Si bien, el constitucionalismo clásico también reconoció ciertos derechos individuales, estos eran meramente descriptivos, que sucumbían en puros

ideales morales. Los derechos individuales suscritos sobre la base de los ideales liberales, no tenía plena efectividad, idea que no solo se sustenta en los hechos, sino también de la lectura de los documentos del Derecho Internacional y la preocupación plasmada en cada una de las constituciones contemporáneas.

Esa ineficacia de los derechos fundamentales del constitucionalismo clásico llega a desbordar con el terror del régimen nazi, entre 1933 y 1945, que, auspiciados por el odio y la discriminación, dio como resultado, la persecución y el asesinato sistemático de más de 6 millones de judíos europeos. Con los 10 millones de fallecidos y 20 millones de heridos aproximadamente que produjo la primera guerra mundial en los cuatro años que duró (1914-1918) y con la estimación entre 40 y 50 millones de personas que murieron en la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sumado a las atrocidades que implicó cada una de ellas.

Es allí, en ese contexto que, surge la idea de revalorización de la persona y su dignidad. Esta conciencia y coraje que causó el menoscabo del ser humano, originado en estos eventos de guerras y persecuciones lo podemos evidenciar en el preámbulo de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948. El cual comienza por reconocer que la dignidad como atributo intrínseco al ser humano, es la base o fundamento de los demás derechos fundamentales; por tanto, es inalienable al igual que aquellos derechos a los cuales sustancia. En seguida indica, con una clara referencia a los eventos citados que, “el desconocimiento y el menoscabo de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para

la conciencia de la humanidad" y por ello se considera "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho", con el compromiso de los estados miembros se busca asegurar en cooperación "el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre".

Son estos ideales, de alcanzar una verdadera protección de la persona como ser racional y digno que es, que las constituciones de los diferentes estados del mundo, de la segunda postguerra mundial, o constituciones contemporáneas, en las cuales encuentra su sustento el neoconstitucionalismo, por citar con Carbonell (2010), la portuguesa de 1976, la española de 1978, y en Latinoamérica, la brasileña de 1988, la venezolana de 1991, la colombiana de 1998 y la ecuatoriana del 2008, y no solo ellas sino todas las constituciones contemporáneas, comienzan por reconocer a la persona y su dignidad como el fundamento de todos los derechos fundamentales.

Es importante tener en cuenta que en el neoconstitucionalismo la persona no se considera un simple sujeto o centro de imputación de derechos y obligaciones, una entidad abstracta, en los términos del formalismo positivista; no es "una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho" como dijo Kelsen (1979, p. 184) ni "una categoría jurídica formal" según Ferrara, en la cita de Fernández Sessarego (2001), sino se reconoce a la persona como ser humano realmente considerado, en su sentido ontológico, como ser en sí mismo con aptitud para para asumir derechos y obligaciones. Es un sujeto de derechos, pero no como ente abstracto sino

como ser humano en sus diversas fases de la vida, como único y natural sujeto y destinatario del Derecho (Monge Talavera, 2020).

En términos ontológicos, es persona aquella sustancia individual de naturaleza racional, como señalaba Boecio (1979) en el s. V. Como sustancia, es aquella realidad que es en sí misma y no depende de otro para su subsistencia. Es decir, la persona no se da en el accidente, sino que es el sustrato o sustento de los accidentes; por tanto, estos no determinan su naturaleza. Es individual, en tanto, es único e irrepetible no comparte sus caracteres intrínsecos con otros, aunque puede pertenecer a una colectividad, la humanidad, es irreductible a ella. Esa sustancia, además, de ser individual es racional, es una sustancia pensante, que le permite ser consciente de su propia existencia; cuya racionalidad le hace ser, un ser libre, capaz de tomar sus propias decisiones y hacerse responsable de las consecuencias, en tanto, pese a ser una sustancia individualidad, también ontológicamente es un ser social, que está llamado a vivir en comunidad.

Es esa estructura compleja, que caracteriza a la persona humana, la racionalidad, la libertad y sociabilidad, lo que le dota de una superioridad y, por tanto, se convierte en un ser digno. De allí, que entendemos a la dignidad humana como un valor intrínseco y trascendental por el solo hecho de ser persona, en cuyo sustrato se funden la racionalidad, la libertad y la sociabilidad.

Bajo este esquema de pensamiento, podemos decir que la dignidad ontológicamente hablando es la forma que exterioriza o el concepto que expresa el valor trascendental del ser humano, común a todos, por el solo

hecho de ser seres racionales, libres y sociales, o sea, por el solo hecho de ser personas. No hay personas dignas, sino por el hecho de ser persona se es digno. De modo que, la dignidad se funde en la persona, impregnándola del estatus o rango de superioridad frente a la irracionalidad, en el mundo limitado y de una igualdad universal a todos los ser humanos. Así lo describe Habermas (2010) que la dignidad en la historia del constitucionalismo moderno configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho.

Dado ese valor trascendental, hace que la persona tenga la aptitud para ser considerada siempre como fin y nunca como medio para alcanzar otros fines. En el neoconstitucionalismo la persona y su dignidad se convierte en el centro de protección del Derecho. En nuestra Constitución son el fin supremo de la sociedad y el Estado. El propio Tribunal Constitucional sostiene que la dignidad de la persona humana constituye el fundamento de todos los derechos fundamentales. De cuyo reconocimiento deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos como sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo se configura como un mínimo inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover (Exp. 2273-2005-PHC/TC, LIMA).

Esta centralidad de la persona para el Derecho no solo se verifica desde el punto de vista del pensamiento constitucional contemporáneo, sino también desde la doctrina en general, que, sin duda, influenciada por el pensamiento filosófico de la época. Señala Fernández Sessarego (2001) que es el pensamiento, existencialista y personalista del siglo XX, de Sartre, Heidegger, Mareel, Jaspers, Mounier, Zubiri, entre otros, que vuelven la

mirada hacia la persona humana como centro del pensamiento filosófico. En la doctrina jurídica Fernández Sessarego (2001) en el Perú cita a José León Barandiarán, quien desde 1962 designaba a la persona como tema central del Derecho e instaba a la reflexión constante sobre ella. El argentino Ramón Alsina en 1947, sostenía que todo examen sobre la sociedad, el Estado y el Derecho necesariamente se tiene que realizar en torno a la persona humana como principio, medio y fin de ellos. José Castán Tobeñas en 1952 y Ulrich Klug reafirmaban que especialmente en el pensamiento jurídico moderno el hombre es el centro del Derecho. En Alemania Ennecerus, veía en la persona la condición previa de todos los derechos y en Francia Savatier, admitía que la persona se ha convertido en el centro de la meditación jurídica contemporánea (pp. 289-290). Por su parte, Fernández Sessarego (2001) afirma que “La persona, contrariamente a lo que acontecía en siglos anteriores donde la protección de la propiedad era la principal preocupación del derecho, es actualmente considerada como el eje y el centro del derecho” (p. 290).

Entonces, es en el neoconstitucionalismo que se refleja esa preocupación por la protección efectiva de la persona, cuya conciencia, se genera a partir de los atropellos, persecuciones y guerras, que se realizaron incluso en nombre del derecho. De allí, que las constituciones contemporáneas de la segunda postguerra mundial iniciando en Europa, como la Constitución de Portugal (1976), la Constitución de España (1978) reconozcan a la dignidad de la persona como el fundamento y base de la estructura política del Estado. La dignidad humana se convierte en la razón de ser, la legitimación de la existencia del Estado. Esta misma línea sigue, en América Latina la

Constitución de Brasil (1988) al señalar que la república de Brasil se constituye en Estado Democrático de Derecho que tiene como fundamento a la dignidad humana; sigue la misma idea la Constitución de Paraguay (1992). En tanto, la Constitución Política del Perú (1993) reconoce que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. De manera similar expresa la Constitución de la de Venezuela (1999), que el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad. Según la Constitución de Chile (2005) el Estado está al servicio de la persona humana. También la Constitución de Ecuador (2008) proponiéndose constituir una sociedad que respete la dignidad de las personas, coloca como primordial deber del Estado, garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales como la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. Finalmente, en los últimos años, la Constitución de Cuba (2019) funda al estado también sobre la dignidad humana.

Todo ello, demuestra que la persona humana y su dignidad es la razón de ser del Derecho. Este está al servicio de aquella. La persona humana y su dignidad es el fin supremo de la sociedad y el Estado, cuyo proceso de Constitucionalización lo explica el neoconstitucionalismo. De modo que, si el fin del Derechos es garantizar de manera efectiva la protección de la persona y su dignidad, que a su vez es la razón de ser y de la existencia del Derecho. El Derecho Laboral no es ajeno a ello. El trabajador no deja de ser persona y de tener dignidad.

Por tanto, la principal finalidad del sentido protector o tutelar del Derecho del Trabajo, expresado en el principio protector, no es otra cosa sino la de

garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador, no solo por el hecho de ser trabajador sino y sobre todo por el hecho de ser persona humana. Por el hecho de tener dignidad. Así, siendo que en el neoconstitucionalismo la persona humana y su dignidad son el fundamento del Derecho y según nuestra Constitución (1993) son el fin supremo de la sociedad y el Estado, la mayor protección del trabajador se garantiza sobre cualquier otra finalidad de índole económica, política, etc. El ser humano en ninguna circunstancia puede ser instrumentalizado, sino que siempre tendrá que ser un fin en sí mismo. En ese sentido, siendo que en el trabajo se funde la persona con la actividad, al constituir ésta esfuerzo humano; por tanto, su mayor protección de sustenta en la necesidad de garantizar la realización plena de la dignidad del trabajador como persona, asegurando la vigencia y efectividad de sus derechos fundamentales.

Ello, además, encuentra mayor sustento, en cuanto, para el constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo la dignidad humana constituye la fuente fundante de los demás derechos fundamentales, por tanto, cualquier conflicto, en el cual se compromete la dignidad humana del trabajador, se tiene que resolver de la forma que mejor se garantice la protección de la persona humana y su dignidad, que se traduce en la garantía de la efectividad de sus derechos fundamentales.

En este sentido, queda claramente establecido que jurídicamente se justifica la deconstrucción dogmática del principio protector del derecho al trabajo, en el valor ontológico que la persona adquiere para el Derecho bajo el paradigma neoconstitucionalista. La consolidación de este nuevo paradigma del derecho implicó también un cambio de concepción de la persona misma.

La persona pasó de ser considerada como un centro de imputación normativa o una categoría jurídica formal a ser considerado como el principio y fin del Derecho. En otros términos, pasó de ser considerada una construcción de la ciencia del derecho, como lo concebía el positivismo formalista, a concebirse como un fin en sí mismo, por tanto, también como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Esta preponderancia de la persona surge de la conciencia y convicción en la degradación del ser humano que había llevado la concepción tradicional. La misma que orientado por un individualismo extremo, preocupado básicamente en garantizar los derechos patrimoniales, infringió flagrantemente los derechos fundamentales, hechos que se evidenciaron tanto en las atrocidades del régimen Nazi, así como en los resultados de la primera y segunda guerra mundial. Es allí donde surgió esa necesidad de garantizar de manera efectiva la vigencia de estos, rescatando el valor ontológico de la persona como un ser digno, principio fundante de toda estructura social política, económica, etc.

De este modo, se puede decir que, el primer elemento de nuestra hipótesis, cumpliendo además con los objetivos de la investigación se corrobora, por cuanto, la protección del trabajador se justifica en el valor ontológico que la persona adquiere en el neoconstitucionalismo. Esto es, el Derecho del trabajo protege al trabajador por el hecho de ser persona y tener la dignidad de ser tal, garantizando de manera efectiva sus derechos fundamentales, subordinándose a ésta, cualquier finalidad económica que pueda tener el empleador.

3.2. TRASCENDENCIA DEL BIEN JURÍDICO TRABAJO PARA LA REALIZACIÓN INDIVIDUAL Y SOCIAL DE LA PERSONA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Superado los ideales liberales que, bajo el paradigma de un Estado de Derecho, condujo a los más bajos estratos del individualismo, cuyo predominio y consolidación se dio en los siglos XVIII y XIX. En el Estado Social de Derecho en el s. XX, superando ese ideal de que el bienestar del individuo genera el bienestar común. En tanto, la historia demostró que dicho ideal condujo a las más grandes desigualdades. En este último estadio es el bienestar común el principal foco de atención. De allí que sean los derechos económicos, sociales y culturales los que alcancen su mayor desarrollo. Aquí, el individuo se vislumbra en su relación dialógica con los demás, no es una isla, su plena realización lo alcanza en esa relación con los otros. La persona es un ser social por naturaleza, cuya vida lo comparte con los demás. Esta dimensión social del ser humano es la razón de ser del modelo de Estado Social, aquí busca alcanzar la justicia social, basado en los ideales de igualdad y solidaridad. Se preocupa por asegurar el acceso a los bienes sociales, económicos, a los servicios básicos y la igualdad de oportunidades.

La revolución industrial que inició en segunda mitad del s. XVIII y principios del s. XIX había mercantilizado al trabajo humano, cuyos efectos en la clase obrera en aumento y la explotación humana como medio de crecimiento económico, en el s. XX hizo ver que la vida y la dignidad humana a la luz de los derechos civiles y políticos no eran suficientes para dar cuenta de su verdadero significado. Así se hizo necesario el reconocimiento de ciertos

derechos sociales, por ejemplo, a la educación, a la salud etc., derechos económicos como el derecho al trabajo, a una vivienda digna, a un nivel de vida adecuado, a un salario justo, etc., de modo tal que le permita al ser humano una participación y desarrollo plena en la vida social de la comunidad.

Díaz (1966) siguiendo a Lucas Verdú, señalaba que, en el Estado Social, junto a los derechos de libertad aparecen los derechos sociales y tiene como meta el bienestar social. Idea que también comparte González Ojeda (2004), en el modelo Estado Social se pretende alcanzar una sociedad debidamente organizada, “donde se garantice, en forma efectiva, no sólo la vida, sino la total vigencia de la justicia social” (p. 149). García Toma (2010) también entiende que el Estado Social hace alusión a una comunidad política, que, sobre las bases de las exigencias del Estado de Derecho, busca organizar la convivencia dentro de un orden económico y social, en la cual se efectivice la justicia social; y, por ende, generar una sociedad con igualdad de oportunidades para todos. Señala el autor que, la justicia social significa que “mediante acciones equitativas y redistributivas se aseguren las posibilidades de desarrollo personal y familiar de aquellos grupos desplazados en lo relativo a las condiciones de existencia” (García Toma, 2010, p. 176).

En este contexto, surge la idea de que el trabajo, no es solo un medio de producción de bienes y servicios sino sobre todo es la base del bienestar social y un medio de realización de la persona humana. Por tanto, el trabajo no es una mercancía. Si bien, se aplica para la producción de bienes y servicios; el trabajo implica esfuerzo humano. Ello desde la definición más

genérica que realiza el DPEJ. Ese esfuerzo humano conlleva al compromiso del trabajador, quien dedica sus tiempos, el desgaste de sus propias energías tanto, físicas como mentales. Al desarrollar el trabajo, el ser humano aplica sus conocimientos, sus habilidades, conocimientos prácticos, técnicos y científicos. En ese sentido, no solo en el resultado objetivo, sino también en los procesos del trabajo queda impregnado o constituye una cierta manifestación de los caracteres propios de cada trabajador, expresa en sí su modo de ser, de pensar y hacer. Es decir, en el trabajo se comprende a la persona misma del trabajador, el ser humano ontológicamente hablando, se compromete en su integridad.

El trabajo siendo esfuerzo humano implica a la persona en su integridad, cuando este trabaja, por un lado; y, por otro siendo el trabajo el medio de realización humana. Pues, coinciden Engels (1876) y Juan Pablo II (1981) y el propio Tribunal Constitucional (2005) que el trabajo es una condición fundamental y básica para la vida humana, a tal grado que en cierto sentido ha creado al hombre, le permitió avanzar en la evolución, en su paso de mono a hombre en términos del Engels o que le hace más hombre en el sentido de realización, según Juan Pablo II y el propio Tribunal Constitucional. En otras palabras, el trabajo coadyuva al perfeccionamiento del ser humano en el proceso de humanización.

Es cierto que, no se puede afirmar que el hombre se cree a si mismo o que el hombre sea un producto del trabajo; también es cierto que el hombre como ser racional, libre y social que es, tiene la capacidad para perfeccionarse a sí mismo y en consecuencia desarrollar el legado de la humanidad, de cierto

modo continuar con el proceso evolutivo, ello sí, solo se puede lograr gracias al trabajo, al esfuerzo humano.

Pero la fundamentalidad del trabajo para la vida humana no se agota en el desarrollo del ser humano en sí mismo, sino que el trabajo es el medio necesario e indispensable para su subsistencia, desde una triple dimensión, individual, familiar y social. Juan Pablo II (1980) señala que “El trabajo es, en un cierto sentido, una condición para hacer posible la fundación de una familia, ya que ésta exige los medios de subsistencia, que el hombre adquiere normalmente mediante el trabajo.” (p. 15) No solo ello, sino que el trabajo se orienta también al incremento del bien común de una sociedad, en tanto, “sirve para multiplicar el patrimonio de toda la familia humana, de todos los hombres que viven en el mundo” (p. 15).

En concreto, el trabajo es un mandato implícito que impone la naturaleza humana, para la subsistencia y el pleno desarrollo del ser humano. Es decir, es un deber de toda persona trabajar. El trabajo no es el deber de una clase o de un determinado grupo, sino de toda persona y como tal hace que el trabajo sea en sí mismo, un bien jurídico de protección prioritaria por parte del Estado. Por ende, se convierte también en un derecho fundamental. Así lo reconoce el artículo 22 de nuestra Constitución (1993) “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

Es allí, en esa función trascendental que tienen el trabajo en la vida del ser humano, que encuentra sustento la protección prioritaria. Como derecho fundamental exige por parte del Estado no solo la garantía de promover

condiciones para el acceso al trabajo y a la proscripción de ser despedido salvo por causa justa, sino también exige condiciones dignas en el trabajo, sobre la base de derechos mínimos irrenunciables que se derivan no necesariamente solo de la condición de trabajador, sino sobre todo de la misma dignidad humana. El trabajo al implicar esfuerzo humano y por otro lado al constituir el medio de subsistencia y de desarrollo del propio ser humano desde su dimensión individual, familiar y social, más allá de la desigualdad de poder que pueda existir entre el empleador y el trabajador, la finalidad directa no es alcanzar la igualdad por la igualdad, sino el principal objetivo es proteger a la persona y su dignidad como fines supremos de la sociedad y del Estado.

El trabajo deja de ser una mercancía, cuyo principio es adoptado por la OIT en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (1944) (Declaración de Filadelfia), para convertirse en un derecho fundamental de todo ser humano, reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que en sus propios términos expresa que: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo" (art. 23.1).

Ahora si nos centramos en el preámbulo de la citada declaración como ya lo hemos citado anteriormente, lo que busca es la protección efectiva de la persona, garantizándole el respeto de un mínimo irrenunciable de derechos fundamentales que se derivan de la dignidad humana y, por tanto, el trabajo como derecho fundamental también se deriva de esa dignidad que tiene el trabajador, por el solo hecho de ser persona.

Pero es, en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde el trabajo alcanza una dimensión que trasciende a la individualidad del ser humano, resaltando la dimensión social de este, se convierte en la base del bienestar social, que se traduce en un medio de desarrollo económico no solo de los hogares sino también de la nación. Así lo sostiene la OIT (2015) “para todos los países, cualquiera que sea su nivel de desarrollo, la base para impulsar la prosperidad, la inclusión y la cohesión social de manera sostenible y creciente es contar con una oferta suficiente de empleos”.

De allí, que el trabajo sea uno de los derechos social de mayor relevancia en el Estado Social de Derecho, que se evidencia en las expresiones Constitucionales, por ejemplo, en Europa la Constitución de España (1978), la Constitución de Portugal (1976) definiéndose como Estados Sociales y Democráticos, reconocen al trabajo como un derecho fundamental e imponen el deber al estado de garantizar el pleno empleo, en igualdad de oportunidades.

Es más precisa, la Constitución de Brasil (1988) consagrándose como Estado Democrático, señala que se fundada, entre otros sobre los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa privada (art. 1), para luego establecer en su artículo 6 los derechos sociales, entre ellos “el trabajo”, además, de disponer en su artículo 193 que: “El orden social se fundará en la primacía del trabajo y dirigido al bienestar social y la justicia.” El trabajo en este modelo de Estado tiene un valor primordial, se constituye en fundamento del orden social, así lo reconoce también la Constitución de Colombia (1991) al establecer que “Colombia es un Estado social de derecho” y se “fundada en

el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

En tanto, las constituciones de Paraguay (1992) y Venezuela (1999), consagrándose como estados sociales, reconocen el derecho al trabajo como un derecho fundamental, asumiendo el estado la obligación de proporcionar condiciones para el acceso. En tanto, la Constitución de Chile (2005) garantiza la libre contratación y elección libre del trabajo.

La Constitución de Ecuador (2008) definiéndose como Estado Social también reconoce que: “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía.

El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad”. Al igual que la Constitución de Cuba (2019) establece que: “El trabajo es un valor primordial de nuestra sociedad. Constituye un derecho, un deber social y un motivo de honor de todas las personas en condiciones de trabajar”.

Queda claramente establecido que es en el modelo de Estado Social, que el trabajo alcanza su plenitud, se reconoce como un bien jurídico con un valor primordial dentro del orden social, en tanto, constituye la fuente de subsistencia y de realización del ser humano, desde su doble dimensión individual y social. Desde su función social es fuente del desarrollo económico de un país y de la economía mundial en general. Eh allí, en la trascendentalidad del trabajo en la vida humana, que se vislumbra en el Estado Social de Derecho, encuentra su fundamento la protección prioritaria del trabajo por parte del Estado.

Desde el punto de vista constitucional, podemos evidenciar que el desequilibrio de la relación laboral no es la principal preocupación, sino que el trabajo como bien jurídico relevante en tanto proporciona al ser humano una existencia digna y se constituye en la base del crecimiento económico de toda nación y del mundo en general, es que surge la obligación del Estado en proporcionar un sistema de empleo adecuado, que garantice la protección plena de la dignidad humana. Por otro lado, el trabajo al implicar esfuerzo humano, compromete la misma vida y dignidad de la persona; por lo que, en ese sentido, ser humano bajo ninguna circunstancia puede concebirse como medio para alcanzar otros fines, sino que el ser humano siempre será un fin en sí mismo.

De allí, se hace evidente que el trabajo, es un bien jurídico de atención prioritaria por parte del Estado, cuya relevancia se consolida en el Estado Social de Derecho, por la trascendentalidad para la subsistencia misma del ser humano, así como para su desarrollo y realización plena de su dignidad, desde su dimensión individual como social.

3.3. CARÁCTER IMPERSONAL DE LA RELACIÓN LABORAL GENERADA POR EL DESARROLLO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS SISTEMAS LABORALES TRADICIONALES

Se entiende aquí por nuevas tecnologías exclusivamente a las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), que se inician con la introducción de los equipos de cómputo y del internet y se consolidada con los teléfonos inteligentes, que, al ser portátiles, accesibles por el costo y

fáciles de usar, permite una masiva utilización. Lo cual ha dado paso a lo que hoy se llama la cuarta revolución industrial, que se inicia a finales del s. XX. Este avance tecnológico sin duda es el origen de un gran cambio en todas las esferas de la vida humana. Las relaciones interpersonales, familiares, comerciales, sociales se han transformado. El carácter personal de las relaciones podemos decir que se ha convertido en relaciones digitales, que cambia la noción de espacio y tiempo. En estos sistemas digitales el tiempo y espacio se eliminan. Una persona sentada frente al escritorio de su estudio puede estar brindando una conferencia, en la cual pueden participar personas de cualquier parte del mundo. Puede encontrarse en una reunión familiar, a la vez estar en comunicación con el exterior, amigos, familiares, haciendo negocios con sus clientes, etc.

El ámbito laboral no es ajeno a tales cambios, Carrasco Fernández (2016) sostiene que dicho avance tecnológico conlleva un proceso de integración y convergencia en la actividad empresarial que han transformado todas las prácticas de trabajo y de manera particular los paradigmas, métodos y sistemas productivos. La automatización y la informática están generando nuevas formas de organización de trabajo y figuras, que exigen mayor calificación y preparación del trabajador induciendo así a las empresas a dar respuestas a estas nuevas estructuras productivas. La descentralización de los procesos productivos y de las tareas es uno de los elementos característicos en estos nuevos modelos, donde la intermediación y las plataformas digitales cobran un papel relevante en la actividad productiva.

Pero el impacto, no solo se da en la creación de nuevos modelos productivos, que lleva consigo a la creación de organización laboral, sino que

incide también, de manera positiva y negativa en los sistemas tradicionales de protección del trabajador. La hiperinformación permite recabar una gran cantidad de información de diversa índole, pero también supone la invasión a la misma vida privada de las personas; y, hiperconectividad, facilita una comunicación fluida, directa y permanente, facilitando la toma de decisiones, la impartición de órdenes e instrucciones, la coordinación de acciones también coloca en zona gris la separación entre el hogar y el trabajo para las personas (Boza Pro, 2021). Es decir, muchas veces, ponen en tela de juicio los derechos que, desde un punto de vista del Derecho Laboral tradicional han sido lo suficientemente pacíficos, como el derecho fundamental a la intimidad o la privacidad, el derecho a la jornada máxima de 08 horas, el derecho al descanso. A tal punto que, en nuestro país ha conducido a la emisión del Decreto de Urgencia 127-2020, reglamentado por el Decreto Supremo 004-2021-TR, con la finalidad de resguardar la intimidad y el descanso al cual tiene derecho el trabajador (Boza Pro, 2021. p. 46).

Por otro lado, el impacto de las nuevas tecnologías ha llevado a nuevos modelos de organización productiva, con ello a nuevas formas de trabajos, siendo las más importantes, el trabajo a través de plataformas digitales. Las cuales se pueden clasificar en cuatro grupos: a) plataformas de intercambio, venta o alquiler, b) plataformas de prestación de servicios profesionales, c) plataformas de externalización *on line* de tareas, y d) plataformas de trabajo a demanda *off line*. En los dos primeros modelos, en los cuales las plataformas cumplen un rol de meras intermediarias, donde el papel de la plataforma se agota poniendo en contacto a prestadores de servicios y clientes, no entra en fricción con el Derecho del Trabajo. Situación distinta

ocurre en los dos últimos grupos, donde la plataforma no solo actúa como intermediaria, sino, decide organizar la prestación del servicio, sobre todo cuando se trata plataformas de transporte y de reparto (Sanguinetti, 2021).

La relevancia de estas plataformas para el mundo laboral actual se revela a partir de un estudio realizado por la OIT en el año 2021, en el cual se verifica que las plataformas de trabajo en línea y de trabajo localizado, principalmente desarrollado por conductores y repartidores, se incrementó de 142 que existía en el 2010 a más de 777 en 2020. Asimismo, los trabajos en línea se triplicaron en dicho periodo, mientras que las plataformas de servicios de transporte y de reparto se han multiplicado casi por diez más.

En el Perú al igual que en el resto del mundo no existe una estimación precisa, cuantos son en la actualidad los trabajadores por plataforma, según datos de Touch Task, empresa de gestión de recursos humanos, marketing y ventas estima que el servicio de delivery creció en 250 % durante la pandemia causada por Coronavirus de tipo 2 (SRAS-CoV-2) o COVID-19 y según el Instituto Peruano de Economía (IPE), en abril del 2021, fueron alrededor de 58 000 repartidores que realizaron 8.2 millones de servicios, conectando a más de 4000 empresas con 866 000 clientes, precisa que durante la pandemia, aunque en las plataformas de movilidad se contrajo la demanda, las de delivery casi duplicaron sus operaciones (Dinegro Martínez, 2022).

La OIT (2021) por su parte sostiene que, estas nuevas modalidades de trabajo por plataforma, si bien, brindan oportunidades, pero también llevan consigo algunos problemas, que atañen los derechos de los trabajadores

“concretamente a la irregularidad del trabajo y los ingresos, las condiciones de trabajo, la protección social, la utilización de las competencias profesionales, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva” (p. 2).

Con Boza Pro (2021), diremos que nos encontramos ante una multitud de prestadores fácilmente sustituibles, sin una jornada de trabajo determinada, y sin la garantía de un ingreso mínimo, además, de trabajar en condiciones de inseguridad y sin un régimen de protección social en salud y pensiones. En la perspectiva de Gorelli seguido por Boza Pro (2021) se trata de un escenario laboral que genera precariedad e inseguridad; y, según Cruz Caicedo, citado también por Boza Pro (2021), constituye “un déficit de trabajo decente que conduce a la mercantilización absoluta de la relación y la cosificación del prestador del servicio” (p. 48).

Dichos rasgos de autonomía se sustentan en la flexibilidad de la jornada y el horario, quedando bajo la plena libertad del prestador. De otro lado, el prestador tiene potestad de rechazar las solicitudes del servicio, no se exige exclusividad en la afiliación a una plataforma, las herramientas (vehículo, celular, etc.) corren a cuenta del prestador del servicio. Características que sin duda muestran la ausencia de los elementos o notas que solían acompañar a una relación típica de trabajo (Boza Pro, 2021).

En este sentido, en nuestro país, al igual que en muchos otros, hoy por hoy no existe regulación, por lo que, dichas modalidades de trabajo quedan al margen de la legislación laboral, por tanto, está en las manos de los jueces determinar en cada caso concreto, si concurren o no indicios de laboralidad

que permitan establecer, si en dichas prestaciones de servicios existe o no una relación laboral. Aunque todo indica que, la jurisprudencia internacional se está decantando por reconocer la existencia de vínculo laboral, recurriendo a indicios no típicos, como por ejemplo que, los ingresos de las empresas propietarias de la plataforma no provienen de la administración y suministro o distribución del software, sino de los viajes que realizan los conductores o repartidores, lo que significa que sin la participación de éstos no sería viable la actividad de la plataforma, tal como sostuvo la Corte del Distrito Norte de California, en el caso Douglas O'Connor contra Uber Technologies Inc. (Boza Pro, 2021).

En este contexto, se evidencia de impersonalización de la relación de trabajo desde una doble perspectiva. Primero desde la mercantilización sofisticada de la fuerza del trabajo, el trabajo humano vuelve a concebirse como un factor de producción puro y simple, al margen de la dignidad de la persona que lo realiza, bajo la apariencia de un trabajo autónomo que no genera la obligación del empresario de proveer al trabajador los beneficios laborales previstos en el sistema de protección laboral tradicional. Aquí, se habla por una parte de empresa, no de empleador; y, por otra parte, de prestador de servicios autónomos, mas no de trabajador o empleado. La empresa busca satisfacer sus intereses económicos sin importar la protección adecuada del prestador de los servicios. El desarrollo económico de la empresa una vez más se sobrepone a misma dignidad del trabajador. Es trabajo es propiamente una mercancía. No importa si el trabajo que realiza el prestador de servicios le proporciona ingresos suficientes para llevar una vida adecuada a su dignidad o si cuenta con un seguro de salud que cubra con

las contingencias que puedan ocurrir en el trabajo o por ocasión de este. Si el prestador no cumple con las expectativas de la empresa simplemente es remplazado por otro, es fácilmente sustituible. Lo único que importa es que la empresa satisfaga sus intereses, con el cumplimiento de sus metas y objetivos alcanzando su desarrollo económico, como principal objetivo. De modo que la fuerza del trabajo y el prestador del servicio se convierte en un medio para el crecimiento económico. La persona deja de ser un fin en sí mismo y se convierte en un medio al servicio del poder económico.

En segundo lugar, la impersonalización de la relación laboral se evidencia desde los medios con los cuales se relaciona el prestador del servicio o el mismo trabajador entendido desde una perspectiva tradicional. En el modelo tradicional de organización del trabajo, el trabajador para recibir las órdenes del empleador no necesita encontrarse presencial o físicamente en su puesto o centro de trabajo, encontrarse en horario de trabajo o en día laborable, sino que aquí la relación se da por medios digitales como teléfonos, teléfonos inteligentes o celulares, tablets, computadora o portátil, etc, a través de llamadas, vía correo electrónico, incluyendo las redes sociales, como *facebook*, *WhatsApp*, *Telegram*, *Messeguer*, etc. En los nuevos modelos de trabajo, el prestador del servicio se relacionan principalmente con las plataformas digitales o con aplicaciones móviles, sin tener una relación directa con el empresario, ni si quiera puede saber quién es, pudiendo estar en cualquier parte del mundo, sobrepasando fronteras, la relación se realiza con una plataforma, en la cual el prestador encuentra disponible la información necesaria para realizar la prestación, como elegir horarios, aceptar pedidos o rechazarlos, etc.

Siendo entonces que este carácter impersonal de la relación de trabajo en estos nuevos contextos, bajo la apariencia de un trabajo autónomo, ha conllevado a la flexibilización del sistema laboral tradicional, no entendido en una desregularización o deslaboralización del sistema, sino en el sentido que tiene que flexibilizarse los conceptos tradicionales, que caracterizaban a una relación laboral, como la prestación personal del servicio, la remuneración y principalmente el de subordinación, cuyos indicios se evidenciaba con el establecimiento de un horario de trabajo por parte del empleador, el otorgamiento de las herramientas de trabajo, la exclusividad del empleador, etc. En estos nuevos modelos dichos indicios se encuentran ausentes, el horario es flexible, los elige el trabajador, no recibe órdenes directas de la empresa, la movilidad, el uso del teléfono inteligente, la *tablet* o computadora corre a cuenta del trabajador. De modo, que en estos nuevos sistemas la jurisprudencia y la doctrina tiene que recurrir a nuevos indicios, flexibilizando el sistema tradicional para poder comprenderlos dentro de una relación laboral y así otorgar una protección dentro del sistema laboral al prestador de servicios, que, al no encontrar regulación laboral, hoy por hoy queda en manos de los jueces realizar dicha tarea.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA

ELABORACIÓN DEL CONTENIDO DOGMÁTICO DEL PRINCIPIO PROTECTOR DESDE LA TEORÍA CONSTRUCTIVISTA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La teoría constructivista de la interpretación jurídica parte de la idea de que el Derecho en sí mismo, es una práctica social, una actividad, un acontecer, una realidad en formación y analizable en términos de fases o etapas de un proceso; más no un objeto, un resultado, un tipo de realidad ya dada y estructurada de una cierta forma (Atienza Rodríguez, 2017), como lo vería la concepción normativista.

Desde esta perspectiva constructiva, el intérprete no es un fiel vocero del texto normativo, no busca satisfacer una realidad objetiva, sino que a través de un propósito que se considera valioso y que la misma práctica promueve, busca la representación de la norma bajo su mejor perspectiva. Diría Marmor (2001), que para el constructivismo la teoría del derecho es una teoría de adjudicación, por cuanto tiene como finalidad atribuir a una práctica la mejor interpretación posible.

Dworkin (2012) expresa que la interpretación desde la teoría constructivista consiste en tratar de comprender una práctica social desde su mejor perspectiva imponiendo los valores del interprete a aquello que los autores han creado. Aunque debe entenderse a los valores de interprete, en el sentido que éste comparte los valores de la comunidad y que a su vez son promovidos por la práctica a la cual interpreta; por tanto, el intérprete no actúa como un observador externo, sino en representación de la comunidad,

por lo que al final los valores del interprete resultan siendo los propósitos que dentro de la práctica se consideran valiosos.

El mismo Dworkin (2012) señala que “la interpretación constructiva es una cuestión de un propósito impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece” (p. 48). Cuyo propósito, si bien, lo impone el intérprete, exige que aparte de estar debidamente justificados en buenos fundamentos “la historia o forma de una práctica u objeto restringe las interpretaciones disponibles de la misma” (p. 49).

Es decir que, si en la práctica, antes de que exista una elaboración interpretativa se presentara sentidos contradictorios o rivales, “la elección de cada intérprete debe reflejar su opinión sobre cuál de las interpretaciones propone el mayor valor para la práctica, cuál la muestra mejor, tomando todo en cuenta” (Dworkin, 2012, p. 49). Entonces, la discreción del interprete se limita únicamente a elegir, a partir de determinados propósitos valiosos dentro de la práctica, cuál de las interpretaciones existentes representa del mejor modo posible a la práctica en general. En otros términos, el intérprete tiene la tarea de elegir cuales de aquellos propósitos o valores hacen que una norma sea válida u obligue a su obediencia.

Para descubrir ese propósito valioso se necesita lo que Dworkin denomina actitud interpretativa, la cual surge a partir de la conciencia crítica de los miembros de la comunidad frente a funcionamiento de las reglas que impone la práctica. Esta actitud interpretativa según Dworkin tiene dos componentes: el primero consiste en tomar conciencia de que la práctica social no solo

existe como una mera descripción de reglas a las cuales se les debe obediencia, sino que estas tienen un valor, sirven a un propósito o interés o hacen cumplir algún principio. Es decir, aquello que le confiere un sentido a la práctica. En tanto, el segundo componente implica que los contenidos de las reglas, que tiene que ver con los comportamientos que exige o los juicios que lo justifican, dependen del sentido, propósito o valor que tiene la práctica para la comunidad.

Siendo entonces la interpretación constructiva una cuestión de un propósito impuesto a un objeto o práctica que busca hacer de dicha práctica u objeto el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece (Dworkin, 2012). Este proceso pasa por tres etapas, en cada una de las cuales exige la existencia preponderante de una actitud interpretativa.

En la primera etapa a la cual se le denomina como etapa pre interpretativa, básicamente consiste en la identificación de la existencia de la práctica objeto de la interpretación. Aquí se identifican y distinguen las reglas jurídicas de otros tipos de reglas, es un trabajo descriptivo. La segunda es la etapa interpretativa o de justificación, según Lifante Vidal (2018) en ella se determina cuáles son los valores y objetivos que se considera que la práctica persigue, o sea, los principios que subyacen tras las reglas que la práctica exige. Lo que equivale a decir, que es la etapa que permite determinar, a lo que Dworkin (2012) denomina el sentido o significado de la práctica. De modo tal que la diversidad de materiales jurídicos en bruto, se transforman y hacen que podamos ver al Derecho como un fenómeno unitario y coherente. “En este estadio, el intérprete se pregunta por las razones que legitiman a la práctica en su conjunto y la tornan razonable” (Zambrano, 2009, p. 39).

Finalmente, está la tercera etapa, que Dworkin la denomina etapa posinterpretativa o reformadora donde ajusta su sentido sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa. Es decir, en esta etapa se verifica la consistencia o pertinencia de justificación de la práctica. Aquí, es donde se determina que si la práctica requiere o no alguna implementación que la adegue mejor o tal vez exige una nueva excepción a la regla establecida o quizás que las reglas que estipula estén equivocadas a la luz del sentido o significado de la práctica o sea a la luz de la justificación aceptada en la etapa interpretativa.

Ahora, en este esquema teniendo como objeto de estudio al principio protector del Derecho del Trabajo, entendido como directrices que informan a las normas laborales e inspira directa e indirectamente una serie de soluciones por las que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos (Pla Rodríguez, 1998). Dicho principio constituye el fundamento que le imprime de particularidad al Derecho del Trabajo, le hace ser un derecho que se preocupa no por la igualdad de los contratantes al estilo del Derecho Civil, sino en otorgar la mayor protección de una de ellas, al trabajador. Es el principio protector el que inspira la intervención del legislador, en la regulación de condiciones mínimas irrenunciables. La propia Constitución en su artículo 26 señala que en toda relación laboral se respeta el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Pero los efectos del principio protector no solo se agotan en el establecimiento de condiciones mínimas irrenunciables, en la creación normativa, sino que también se extiende a los

ámbitos de la interpretación y la aplicación de la norma laboral. Bien anota Neves Mujica (2018) que el carácter protector cobra especial importancia en la creación de las normas. El principio *in dubio pro operario* en la interpretación. En tanto, en la aplicación, al resolver un conflicto interviene la norma más favorable o para retener alguna ventaja alcanzada a través de la condición más beneficiosa. Es decir, que, en el ámbito de la interpretación y la aplicación de la norma laboral, el ordenamiento jurídico prevé tres reglas de operatividad, ante la existencia de duda para determinar el significado de una norma, interviene la regla del *in dubio pro operario*; ante dos normas vigentes que regulan el mismo supuesto de hecho, la norma más favorable; y ante condiciones dispares en el cambio normativa, se prevé la regla de la condición más beneficiosa. De este modo, queda claramente identificado el principio protector dentro de la práctica de Derecho del Trabajo.

Pero ¿Cuál es el propósito o el valor que tiene el principio protector para el Derecho del Trabajo? Esto ya en la segunda etapa de la interpretación constructiva. Tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicionalmente vienen sosteniendo que el sentido protector del Derecho del Trabajo se justifica en el desequilibrio de la relación laboral. El trabajador es la parte débil en la relación laboral, frente al poder de dirección y al poder económico que ostenta el empleador; por lo que, el Estado debe intervenir para protegerlo de los abusos que pueda incurrir el empleador.

En la doctrina, Pla Rodríguez (1998) sostenía que “el Derecho del Trabajo responde fundamentalmente al propósito de nivelar las desigualdades” (p. 63). Barassi, citado de Pla Rodríguez (1998) en referencia al Derecho del Trabajo sostenía que busca “acercarse a la igualdad de hecho con la

protección del contratante económico más débil” (p. 64). De mismo modo, Bayón Chacón y Pérez Botija citados por Pla Rodríguez (1998), refiriéndose a los principios del Derecho del Trabajo refieren que “se han convertido en criterios de orientación del legislador y del juez, en defensa de la parte que se estimó más débil en la relación laboral, para restablecer, con un privilegio jurídico, una desigualdad social” (p. 81).

En el mismo sentido Pasco Cosmópolis (1994), entiende que por el principio tutelar del derecho se “procura eliminar o, al menos, atenuar o disminuir el desequilibrio creando nuevas desigualdades de signo inverso” (p. 97). Neves Mujica (2018) por su parte refiere que ante el desequilibrio en la relación laboral “el propósito del Derecho del Trabajo es el de compensarlo con otro desequilibrio en el nivel jurídico, de signo opuesto al anterior: la protección del contratante débil. Este es el sentido de la intervención tuitiva del Estado en esta área. Arévalo Vela (2016) también sostiene que “este principio parte de la premisa que dentro de toda relación laboral el trabajador es la parte débil de la misma frente a su empleador, por lo que es necesario que la ley acuda en su amparo para evitar abusos en su contra” (p. 87).

En la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional sostiene que “la relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte “fuerte” e “imponente” y el trabajador en la parte “débil” e “impotente” (Exp. 008-2005-PI/TC, FJ. 03). En el Expediente 10777-2006-PA, 2007, F.J. 4, en el mismo sentido indica que “el Derecho del Trabajo se erigió como una rama necesaria a fin de equiparar condiciones entre trabajador y empleador, y esa forma restablecer el desequilibrio contractual derivado de la desigualdad económica entre las partes, mediante

la regulación de condiciones mínimas en beneficio del trabajador". Siguiendo dicho criterio, también la Corte Suprema en la Casación Laboral 10406-2016, Lima señala que dentro de las relaciones laborales el trabajador constituye la parte débil frente al empleador, quien tiene ventaja económica por su posición de propietario o poseedor de los medios de producción; por lo que el Derecho del Trabajo basado en el principio protector apartándose de la igualdad formal existente entre las relaciones de naturaleza civil o mercantil, acude en su ayuda por medio de una disparidad jurídica que permita equiparar la desigualdad existente en la realidad.

Ahora, pasando ya a la etapa de ajuste en la interpretación, el acuerdo mayoritario de que el propósito del principio protector sea la de igualar las desigualdades que existe en la relación laboral, es suficiente para justificar su vigencia, en la época contemporánea, bajo un paradigma neoconstitucionalista y un Estado Social de Derecho.

Ya lo decía el propio Pla Rodríguez (1998) que "históricamente el Derecho del Trabajo surgió como consecuencia de que la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas" (p. 63) y con un sentido crítico Hernáinz Márquez citado por Pla Rodríguez (1998), refería que el propósito protector del Derecho del Trabajo en sus comienzos tenía un claro sentido de derecho de protección de los económicamente débiles y pudo estimarse tal norma interpretativa como un auténtico principio de derecho laboral, pero con el triunfo decidido de las tendencias objetivas, sólo puede tener una limitada aplicación. Dichas condiciones se evidencian con la OIT, la cual en el preámbulo de su Constitución (1919) expresaba esa

necesidad de mejorar las condiciones de injusticia, miseria y privación en el que vivía un gran número de seres humanos, refiriéndose a la clase trabajadora, cuyo descontento había desencadenado una lucha contra el régimen de la época y que amenazaba la paz y la armonía universal.

El individualismo extremo había conducido a grandes desigualdades, prefiriendo al desarrollo económico a costas, incluso de la explotación de un gran número de seres humanos. Siendo los principios de libertad de contratación y el principio de igualdad de las partes contratantes que erigía el Derecho Civil, resultaba insostenible dentro de una relación laboral. Ante la inestabilidad social que generaba las luchas por los derechos laborales, el poder estatal tuvo que intervenir, a efectos de garantizar la paz. En este contexto, el ser humano se había convertido en un medio para el desarrollo económico, la fuerza del trabajo humano era únicamente un medio de producción, junto al capital y los recursos naturales. El trabajo en sí era una mercancía. Dada esa realidad tiene sentido que el Derecho del Trabajo surja como un mecanismo de igualación, dentro del desequilibrio en la relación laboral.

Pero en una realidad contemporánea bajo un paradigma neoconstitucionalista, donde los derechos fundamentales se arraigan en la idea de universalidad. Donde la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Donde el trabajo deja de ser una mercancía para convertirse en un deber y un derecho fundamental de toda persona. En la base del bienestar social y en el medio de realización de la persona humana. Es decir, el mismo trabajo es un bien jurídico de atención prioritaria del Estado. En un mundo, donde los avances de las tecnologías

de la información y la comunicación vienen digitalizando las relaciones, que conlleva a una impersonalización de la relación del trabajo, en la cual el trabajador ya no se relaciona de manera física, presencial con el empleador, sino con un sistema de plataformas digitales y aplicativos móviles, bajo la apariencia de un actividad de naturaleza autónoma, en tanto, tiene libertad para elegir sus horarios de trabajo, las herramientas de trabajo, como movilidad, dispositivos etc, corren a su propia cuenta. Lo cual opaca el sentido tradicional del concepto mismo del contrato de trabajo. El poder de dirección del empleador, entendido en un sentido tradicional desaparece.

En este nuevo contexto, el principio protector del derecho al trabajo ya no encuentra sustento, en el dogma del desequilibrio de poder, si bien, no desaparece en su totalidad, se desvanece. La igualdad por la igualdad aquí carece de sentido. Esta igualdad solo tiene sentido, en tanto, el principio tutelar o protector, fundamento del Derecho del Trabajo, busca la protección y el respeto de la persona humana, entendido como el trabajador y busca alcanzar la máxima realización de su dignidad, como fines supremos del Derecho, la sociedad y del Estado. Es decir, la realización de aquel valor que tiene la persona del trabajador por el solo hecho de ser tal; y en tanto, tiene como objetivo brindar atención prioritaria al bien jurídico trabajo porque constituye una condición básica para la subsistencia y base del bienestar social y el medio de realización de la persona humana.

En este sentido, llegamos a la conclusión de que la mejor representación del principio protector desde una perspectiva constructiva de la interpretación jurídica, bajo el paradigma neoconstitucionalista y en un modelo de Estado Social de Derecho, es el propósito de alcanzar la mayor protección de la

persona del trabajador y el respeto por su dignidad como fines supremos del Derecho, la sociedad y del Estado, así como atender de manera prioritaria al bien jurídico trabajo por constituir una condición básica para la subsistencia de la humanidad, la base del bienestar social y el medio de la realización de la persona humana. En otros términos, se puede decir que, en la contemporaneidad, lo más valioso para el Derecho del Trabajo es la persona y la dignidad humana del trabajador y la relevancia del bien jurídico trabajo para la condición humana. Por lo que, el principio protector dogmáticamente se constituye como aquella línea directriz informadora derecho laboral, que tiene como propósito valioso proteger a la persona y la dignidad humana del trabajador como fines supremos del Derecho, la sociedad y el Estado, así como brindar una atención prioritaria al bien jurídico trabajo como condición de subsistencia para la vida humana, base del bienestar social y medio de realización de la persona humana.

CONCLUSIONES

1. En la presente investigación se ha podido comprobar que, bajo el paradigma neoconstitucionalista, en un Estado Social y Democrático de Derecho y desde la óptica de la teoría constructivista de la interpretación jurídica el desequilibrio en la relación laboral resulta insuficiente para justificar el contenido dogmático del principio protector en el Derecho del Trabajo.
2. Con la consolidación del neoconstitucionalismo, la persona deja de ser una construcción jurídica, para convertirse en el principio y fin del orden social, político y jurídico. Esto es, la persona y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.
3. Es en el Estado Social de Derecho que el trabajo pasa de ser un medio de producción o una mercancía para constituir una condición básica para la subsistencia, desarrollo y realización de la vida humana. Se concibe al trabajo como un deber y un derecho fundamental, por ende, un bien jurídico de atención prioritaria del Estado.
4. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación habiendo llevado a la impersonalización de la relación laboral, no solo por el contacto con medios digitales, sino por la aparente autonomía del trabajo, que pretende excluir a los prestadores de servicios del sistema de protección tradicional, exige un nuevo fundamento del sentido protector para alcanzar tutela en el sistema laboral.
5. Conforme a la teoría constructivista de la interpretación jurídica el principio protector, en el paradigma neoconstitucionalista y en un modelo de Estado Social, se representa del mejor modo posible, si aquel tiene como propósito

proteger a la persona y dignidad del trabajador y tutelar al trabajo como condición básica para la subsistencia, desarrollo y realización del ser humano.

RECOMENDACIONES

Recomendar a los operadores de justicia, especialmente a los jueces de trabajo de todos los niveles y a los teóricos del Derecho del Trabajo, para que pongan mayor énfasis en la actualización del contenido dogmático del principio protector como principio fundamental del Derecho del Trabajo, a fin de garantizar su plena vigencia en el derecho contemporáneo. Debiendo resaltar que el principio protector dogmáticamente se sustenta en la preponderancia que la persona ha adquirido en el neoconstitucionalismo, así como, en la relevancia que tiene el trabajo como medio de realización de la persona en el Estado Social; y, en la necesidad protección de un mayor número de trabajadores que ha impuesto los avances tecnológicos.

LISTA DE REFERENCIAS

Libros

- Álvarez Gardiol, A. (1998). *Manual de Filosofía del Derecho*. Editorial Juris.
- Arevalo Vela, J. (2016). *Tratado de derecho laboral*. Lima: Instituto Pacífico.
- Atienza Rodríguez, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta.
- Boecio. (1979). Sobre la persona y las dos naturalezas. En C. Fernandez, *Los filosofos medievales: Selección de textos I* (págs. 557-559). Editorial Católica S.A.
- Carbonell, M. (2010). *El canon neocosntitucional*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Carrasco Fernandez, F. M. (2016). *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías*. México: Porrua.
- Comanducci, P. (2016). *Estudio sobre constitución y derechos humanos*. Mexico: Instituto de Estudios Constitucionales.
- Del Vecchio, G. (1933). *Los principios generales del derecho*. (J. Ossorio Morales, Trad.) Barcelona.
- Díaz Couselo, J. M. (1971). *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Díaz, E. (1966). *Estado de derecho y sociedad democrática* (1 ed.). Madrid: Cuadernos para el diálogo.

- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2 ed.). (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia* (2 Ed. ed.). (C. Ferrari, Trad.) Barcelona: Editorial Guedisa.
- Gascón Abellean, M. y. (2003). *La argumentación en el derecho: Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. (R. Venergo, Trad.) Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lifante Vidal, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica: Excepticismo, intencionalismo y construtivismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Marmor, A. (2001). *Interpretación y teoría del derecho*. (M. Medoza Hurtado, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa.
- Millan Puelles, A. (1973). *Dignidad humana y justicia social* (2da. ed.). Madrid: Ediciones Rialp S.A.
- Monge Talavera, L. (2020). Principio de la persona: Principio de la persona y la vida humana. En M. y. Muro Rojas, *Código civil comentado* (Vol. I, págs. 69-80). Lima: Gaceta Jurídica.
- Neves Mujica, J. (2018). *Introducción al derecho del trabajo* (2da. ed.). Lima: Fondo Editorial.
- Montoya Melgar, A. (2023). *Derecho del Trabajo* (44 ed.). Madrid: Tecnos.
- Palomeque López, M. C. (2022). *Derecho del Trabajo* (30 ed.). Madrid: Editorial Universitaria.

Pla Rodríguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo* (3 ed.). Buenos Aires: Depalma.

Prieto Sanchís, L. (2013). *Sobre principios y normas: Problemas del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Ratzinger, J. (1976). *La palabra en la Iglesia*. Salamanca: Ediciones Sígueme.

Waldron, J. (2019). *Democratizar la dignidad: estudios sobre dignidad humana y derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zambrano, P. (2009). *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. México: Instituto de Investigaciones jurídicas.

Libros digitales

García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y derecho constitucional* (3 ed.). Lima: Andrus. Consultado el 04 de julio de 2022, en <https://bit.ly/433pAYk>

Cáceres, E. (2007). *Constructivismo y metateorías del derecho*. México: Instituto de investigaciones jurídicas. Consultado el 10 de setiembre de 2022, en <https://bit.ly/3pizcRr>

Dinegro Martínez, A. (2022). *Desafíos para regular las plataformas en el Perú: Iniciativas legislativas para regular el empleo en las plataformas digitales de taxi y delivery 2000-2021*. Lima: Fundación Friedrich Ebert-Perú. Consultado el 23 de noviembre de 2022, en <https://bit.ly/3r9kr3G>

Guastini, R. (1999). *Estudio sobre la interpretación jurídica*. (M. y. Gascón, Trad.) Mexico: Universidad Autónoma de México. Consultado el 14 de setiembre de 2022, en <https://bit.ly/44nWIAY>

Juan Pablo II. (1981). *Laborem excercens*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.

Retrieved 05 de julio de 2022, from <https://bit.ly/46DHVhZ>

Villa, V. (2011). *Constructivismo y teorías del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Consultado el 18 de enero de 2022, en <https://bit.ly/3PHfQju>

Revistas electrónicas

Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 665-675. Consultado el 10 de octubre de 2021, en <https://bit.ly/3Xtlh7C>

Ambesi, L. J. (2019). Tecnología, relaciones laborales y derecho del trabajo: acerca de la tensión entre la técnica y la persona. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 245-266. Consultado el 16 de abril de 2022 <https://bit.ly/3Nupbsr>

Añon Roig, M. J. (2002). Derechos fundamentales y Estado Constitucional. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*(40), 25-36. Consultado el 15 de mayo de 2022, en <https://bit.ly/3NHsoVk>

Apáez Pineda, Ó. J. (2021). Dignidad humana y justicia social en el derecho laboral del sistema jurídico mexicano. *Logos*, XLIX(136), 41-57. Consultado el 05 de noviembre de 2022, en <https://bit.ly/46sN7os>

Badilla, A. E. (2008). Derecho al trabajo en el sistema interamericano de derechos humanos. En *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano* (págs. 189-208). San José-Costa Rica: Instituto

- Interamericano de derechos humanos. Consultado el 08 de julio de 2022, en <https://bit.ly/3NsebMc>
- Bernal Pulido, C. (2014). Austin, Hart y Shapiro Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social. *Discusiones XIV*, 1(14), 21-72. Consultado el 21 de setiembre de 2022, en <https://bit.ly/44nTrvY>
- Boza Pro, G. y. (2021). Laboralidad. A propósito del trabajo prestado a través de la plataformas digitales. *Laborem*(24), 43-74. Consultado el 14 de julio de 2022, en <https://bit.ly/3NPYoYP>
- Buriticá Zuluaga, D. (2014). El concepto de persona humana en la tradición cristiana y su progresión hasta el personalismo. *Cuestiones Teológicas*, 467-493. Consultado el 24 de octubre de 2023, en <https://bit.ly/3NtgZsm>
- Canessa Montejo, M. F. (2021). El mundo del trabajo en las plataformas digitales: Una aproximación desde el derecho del trabajo. *Laborem*(24), 89-140. Consultado el 14 de julio de 2022, en <https://bit.ly/3pjU2Qq>
- Engels, F. (1876). El papel del trabajo en la transformacion del mono en hombre. Consultado el 07 de julio de 2022, en <https://bit.ly/3Ns6O7f>
- Fernández Sessarego, C. (2001). ¿Que es persona para el derecho? *Derecho PUCP*(54), 289-333. Consultado el 08 de setiembre de 2023, en <https://bit.ly/3Nwrwmq>
- Gamonal Contreras, S. (2013). El principio de protección de trabajador en la constitución chilena. *Estudios constitucionales*, 11(1), 425-458. Consultado el 05 de julio de 2023, en <https://bit.ly/3PzXp0a>

- González Ojeda, M. (2004). El Estado Social y Democrático de Derecho en el Estado peruano. *Derecho y Sociedad*, 144-159. Consultado el 04 de julio de 2022, en <https://bit.ly/46Cpv10>
- González-Páramo, J. M. (2018). Cuarta revolución industrial empleo y estado de bienestar. *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*(95), 89-113. Consultado el 12 de julio de 2022, en <https://bit.ly/44qb0LT>
- Guzmán Brito, A. (2002). Los orígenes de la noción sujeto de derecho. *Revista de estudios histórico-jurídicos*(24), 151-247. Consultado el 03 de marzo de 2023, en <https://bit.ly/3JBVoge>
- Habermas, J. (2010). Concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia, LV*(64), 3-25. Consultado el 10 de enero de 2023, en <https://bit.ly/46nKqoi>
- Krieger, P. (2004). La deconstrucción de Jacques Derrida (1930-2004). Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas, 26(84), 179-188. Consultado el 23 de noviembre de 2024, en: <https://bit.ly/3CLkR6s>
- Marcone, J. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Andamios*, 1(2), 123-148. Consultado el 26 de octubre de 2023, en <https://bit.ly/44I2bTy>
- Munita Luco, E. (2014). El principio protector y la regla del in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral. *Revista chilena del derecho del trabajo y la seguridad social*, 5(10), 85-95. Consultado el 01 de marzo de 2021, en <https://bit.ly/43ZFi8k>

Neves Mujica, J. (1987). Normas y principios del Derecho del Trabajo. *Themis Revista de Derecho*, (6) 29-32. Recuperado el 08 de enero de 2025, de <https://bit.ly/3DGHYzh>

Pasco Cosmópolis, M. (1994). El principio protector en el derecho procesal del trabajo. *Derecho PUCP*(48), 149-169. Consultado el 20 de julio de 2023, en <https://bit.ly/46gHVUG>

Pasco Cosmópolis, M. (2004). La norma más favorable: su determinación. *Derecho PUCP*, 339-367. Consultado el 14 de julio de 2023, en <https://bit.ly/44ofp1T>

Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2019). Interpretación y construcción del derecho. *Teoría y Derecho*(25), 238-266. Consultado el 18 de julio de 2023, en <https://bit.ly/3Jxz1s5>

Sanguineti Raymond, W. (2021). El test de laboralidad y el trabajo prestado a través de plataformas digitales. *Laborem*(24), 75-87. Consultado el 14 de julio de 2022, en <https://bit.ly/3CQe4ow>

Suarez Rodriguez, J. J. (2016). El fundamento de los principios jurídicos: una cuestión problemática. *Civilizar: Ciencias sociales y humanas*, 16(30). Consultado el 09 de 06 de 2022, en <https://bit.ly/42ZISOk>

Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado*(20), 73-96. Consultado el 04 de julio de 2022, en <https://bit.ly/3Nsz7T1>

Normas legales

Constitución de Brasil. (1988). Consultado el 29 de junio de 2022, en <https://bit.ly/3Pxmzwh>

Constitución de España. (1978). Consultado el 29 de junio de 2022, en
<https://bit.ly/3COAs1C>

Constitución de la OIT. (1919). Consultado el 15 de diciembre de 2022, en
<https://bit.ly/3XoQyZn>

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Consultado el 29 de junio de 2022, en <https://bit.ly/3pmGyTQ>

Constitución de la República de Cuba. (2019). Consultado el 08 de julio de 2022, en <https://bit.ly/3XoRtJj>

Constitución de la República de Ecuador. (2008). Consultado el 29 de junio de 2022, en <https://bit.ly/3r8WuJN>

Constitución de Portugal. (1979). Consultado el 29 de junio de 2022, en
<https://bit.ly/3NQblwu>

Constitución Nacional de la República del Paraguay. (1992). Consultado el 29 de junio de 2022, en <https://bit.ly/3CNO8df>

Constitución Política de la República de Chile. (2005). Consultado el 29 de junio de 2022, en <https://bit.ly/3NLXIInl>

Constitución Política del Perú. (1979). Consultado el 08 de julio de 2022, en
<https://bit.ly/44nt4Gr>

Constitución Política del Perú. (1993). Consultado el 29 de junio de 2022, en
<https://bit.ly/46pEoDv>

Constitución de Colombia. (1991). Consultado el 8 de julio de 2022, en
<https://bit.ly/46qkVTu>

Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia). (1944). Consultado el 08 de julio de 2022, en <https://bit.ly/3NtoIGN>

OIT. (2021). *Perspectiva social del empleo en el mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo.* Consultado el 15 de julio de 2022, en <https://bit.ly/3XtleIY>

ONU: Asamblea General. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Consultado el 25 de octubre de 2023 en <https://bit.ly/44l0VQ7>

Jurisprudencia

Casación Laboral 4936-2014, Callao (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República 25 de mayo de 2015).

Consultado el 18 de junio de 2022, en <https://bit.ly/3r9q1mY>

Exp. 008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 12 de agosto de 2005). Consultado el 08 de julio de 2022, en <https://bit.ly/3XtkXWm>

Exp. 10777-2006-PA (Tribunal Constitucional Peruano 27 de Noviembre de 2007). Consultado el 14 de junio de 2022, en <https://bit.ly/42XBfl9>

Diccionarios digitales

Real Academia Española. (s.f.). Diccionario de la real academia española, 23.^a ed. [versión 23.5 en línea]. Consultado el 04 de junio de 2022, en <https://dle.rae.es>

Real Academia Española. (s.f.). Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ) [en línea]. Consultado el 10 de junio de 2022, en <https://dpej.rae.es/>