

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



Análisis Constitucional de la regulación de la Suspensión
Perfecta de Labores en coyuntura de crisis sanitaria - Experiencia
COVID - 19

Trabajo de investigación para obtener el grado académico de Maestro en
Derecho de la Empresa que presenta:

Julio Enrique Pacheco Torres

Asesor:

Guillermo Martín Boza Pro

Lima, 2024


Informe de Similitud

Yo, Guillermo Martín, Boza Pro, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del trabajo de investigación titulada(o) ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN DE LA SUSPENSIÓN PERFECTA DE LABORES EN COYUNTURA DE CRISIS SANITARIA - EXPERIENCIA COVID-19, de el autor Julio Enrique, Pacheco Torres, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 23%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 6/12/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de investigación, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 18 de Diciembre de 2024.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Boza Pro, Guillermo Martín	
DNI: 06286225	Firma 
ORCID: 0000-0002-3741-9062	

Dedicatoria

A mi hijo Julio César, quien me alegra y entusiasma cada vez que conversamos, él también será abogado, y deseo que sea un excelente profesional; ampliamente superior.



RESUMEN EJECUTIVO

Este artículo analiza la constitucionalidad de la regulación del Instituto de Suspensión Perfecta de Labores - SPL en situaciones de crisis sanitaria como la acontecida en el COVID19, ya que puede afectar derechos laborales y económicos de contenido constitucional. Esta investigación se justifica puesto que la determinación y grado de legitimidad constitucional nos permite sacar conclusiones y recomendaciones para la mejora de nuestro sistema jurídico de cara a afrontar coyunturas de crisis sanitarias futuras.

Debemos entender por Constitucionalidad, a que los actos del Estado y los miembros de la sociedad sean conforme con la Constitución es decir respondan al respeto de los principios y valores filosóficos que fundamentan su construcción, y que garantizan la convivencia social sostenible.

Se planteó como objetivo principal, evaluar y analizar la constitucionalidad de la regulación de la SPL en coyuntura de crisis sanitaria, trabajándose bajo un enfoque metodológico de la argumentación jurídica constitucional, el análisis jurisprudencial y doctrinario de los principios constitucionales de carácter laboral y económico, para evaluarlos a luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como la aplicación del test de proporcionalidad con el objeto de ponderar los derechos intervenidos; proceso que permitió concluir que la regulación de la Suspensión Perfecta de Labores en un contexto de crisis Sanitaria como la experiencia COVID19 resulta ser Constitucional, confirmándose de esta manera la hipótesis planteada en el presente trabajo.

Esta experiencia jurídica analizada permite avizorar que es necesario migrar a un nuevo paradigma constitucional, donde haya mayor participación del derecho administrativo.

Palabras claves: Suspensión Perfecta de labores, Crisis Sanitaria, Covid-19

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	1
ÍNDICE	2
ÍNDICE DE FIGURAS	9
ÍNDICE DE TABLAS	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I: LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN	20
1.1. Constitucionalidad	21
1.2. Principios y derechos constitucionales afectados	32
1.3. El derecho al trabajo en la constitución	46
CAPÍTULO II: EVALUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUSPENSIÓN PERFECTA DE LABORES	51
2.1. La razonabilidad y proporcionalidad	54
2.2. Test de Proporcionalidad	58
2.3. Identificación de la finalidad constitucional de la medida	63
2.4. Idoneidad o examen de adecuación entre medida y finalidad constitucional	63
2.5. El examen de necesidad	64
2.6. Examen de proporcionalidad en sentido estricto	65
2.6.1. Grado de afectación de las libertades de iniciativa privada, de libertad de empresa, de libertad de contratación y subsidiariedad	65
2.6.2. Grado de satisfacción del derecho al trabajo en subespecie de continuidad laboral	67
2.6.3. Juicio de ponderación en función de los grados de satisfacción y afectación de los derechos y/o bienes en conflicto	70
CAPÍTULO III: DISCUSIÓN	73
	2

Conclusiones	90
Referencias bibliográficas	93



ÍNDICE DE FIGURAS

- Figura 1.** Legislación del Instituto de Suspensión Perfecta de Labores durante la crisis sanitaria del Covid-19. **17**
- Figura 2.** Legislación del Instituto de Suspensión Perfecta de Labores antes y durante la crisis sanitaria del Covid-19. **43**
- Figura 3.** Trabajadores en Suspensión Perfecta de Labores Covid-19. **69**



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Trabajadores en Suspensión Perfecta de Labores Covid 19

688



INTRODUCCIÓN

La suspensión perfecta de labores (SPL) es una institución jurídica del derecho laboral, que está reconocida en la mayoría de países por sus respectivas legislaciones – tanto a nivel constitucional como legal – y tiene como objetivo conservar el vínculo laboral entre el trabajador y empleador, en situaciones en que se hace imposible ejecutar a plenitud el contrato laboral, y es ahí precisamente, en dicho objetivo donde se ubica su contenido constitucional, pues es una figura destinada a proteger al trabajador, en cuanto a sus derechos fundamentales como base del bienestar social, de la realización plena y digna de la persona.

La normativa laboral en Perú apuesta por el principio de continuidad laboral (Plá Rodríguez, 1978) en la medida que señala que ello brinda seguridad de la fuente de trabajo, beneficiando al trabajador y tal principio se concreta en el Art. 4º del D.S. 003-97-TR Ley de productividad y competitividad laboral (LPCL), que prescribe: *“en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”*, con lo cual se confirma un desarrollo doctrinal de defensa a la permanencia y vigencia de los contratos laborales.

Para nuestra legislación la suspensión perfecta de labores consiste en la interrupción temporal de las prestaciones jurídicas que contempla el contrato, esta puede ser una interrupción total o parcial. Según sea el caso, será total cuando se suspenden todas las prestaciones de ambas partes y parcial cuando exista alguna prestación aún vigente, como en el caso de las vacaciones, del descanso pre y post natal, entre otras. Asimismo, se puede llegar a esta institución, ya sea de manera convencional, que es cuando lo deciden las partes que integran el contrato laboral, o de manera legal, cuando el empleador lo invoca unilateralmente (Lora, 2016). En nuestra legislación este instituto está contemplado en la LPCL¹, en la que se desprende dos tipos de suspensión, la suspensión perfecta del contrato y la suspensión imperfecta de labores. La primera, consiste en suspender temporalmente la prestación de servicios del trabajador y la obligación del empleador de pagar la respectiva remuneración, sin que el vínculo laboral se extinga. La segunda forma de

¹ LPCL: Ley De Productividad Y Competitividad Laboral

suspensión es que el empleador debe pagar sin consideración efectiva del trabajo, lo que también significa la continuidad de la relación laboral (Lora, 2016).

Lo dicho antes, se desprende claramente de los artículos 11° y 12° de la LCPL y se complementa con el Reglamento del Decreto Legislativo 728 (D.S N° 001-96-TR), en el que también se contempla el procedimiento administrativo que debe seguir la SPL, debiendo destacarse el paso previo – impuesto al empleador – que consiste en la verificación de la razonabilidad de la medida.

Como puede verse, nuestra legislación laboral ordinaria contempla y desarrolla de manera suficiente la institución de la SPL. No obstante, tras situaciones de coyuntura o de estados de zozobra u emergencia como lo acontecido por la emergencia sanitaria globalizada provocada por el COVID-19, los gobiernos se ven obligados a declarar en emergencia nacional al país, decretando de manera inmediata el aislamiento social, siguiendo la tendencia mundial que se genera en situaciones de crisis. Así Chile, tras dicha crisis sanitaria, publicó la Ley sobre Protección al Empleo, con el objetivo de proteger la fuente laboral, pero a su vez brindar el acceso a un seguro de cesantía para aquellos que fueran suspendidos de su centro de labores (Maciel, 2020). En Europa, España – por su parte – tenía plasmada una regulación en las relaciones laborales frente a situaciones de fuerza mayor, conocida como ERTE (Expediente de Regulación Temporal de Empleo), la cual se ligó al estado de alarma producida por la pandemia Coronavirus. Este instrumento consiste en la posibilidad de que una empresa suspenda o paralice sus actividades laborales, independientemente de su situación económica. Según Sempere y Cortés (2020), los trabajadores afectados por dicho instrumento, hasta principios de mayo 2020 fue del 24,1 % del total de trabajadores en el país. Asimismo, el Gobierno, brinda a estos trabajadores, la Prestación por Desempleo, éste consiste en una ayuda económica para las personas que han perdido su trabajo de forma involuntaria y que se encuentren buscando empleo. Estas situaciones, como consecuencia lógica, ha trae consigo un impacto económico severo en la economía, afectando a las empresas y por ende a los trabajadores. Ante tal escenario ocurrido en el 2020, el gobierno peruano, tuvo que legislar de manera apresurada dada las circunstancias, dictándose una serie de normas legales, entre ellas las de carácter laboral, en especial las referidas a la SPL que han generado incertidumbre y confusión entre los operadores del derecho laboral, al encontrarse con varias normas que aparentemente regulan situaciones jurídicas ya recogidas en las normas laborales ordinarias; y que a saber fueron las siguientes:

- Decreto de Urgencia N° 029-2020: Dictan medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del COVID-19 en la economía peruana.
- Decreto de Urgencia N° 038-2020: Se establecen medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas.
- Decreto Supremo N° 011-2020-TR: Se establece normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 038-2020, norma que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas.
- Decreto Supremo N° 012-2020- TR: Decreto Supremo que establece disposiciones complementarias al Decreto de Urgencia N° 038-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas, y adicionales al Decreto Supremo N° 011-2020-TR, Decreto Supremo que establece normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 038- 2020.

Estas normas, emitidas de manera sucesiva y secuencial, encierran algunas contradicciones y vulneran – por decir, lo menos – el principio de predictibilidad, esto debido a la forma apresurada de su elaboración y emisión ante un escenario incierto e inesperado como es el generado por el COVID-19.

Sobre dicho principio, el Tribunal Constitucional considera que este ostenta la máxima jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, ya que es una garantía para todas las personas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004), pues constituye una medida que asegura una expectativa razonablemente fundada respecto al accionar de los poderes públicos (STC N° 001/003-2003-AI/TC, 2003, fundamento 3). Por lo que, con relación a las normativas emitidas (decretos supremos) éstas no pueden afectar normas principio (decreto de urgencia) o contradecirlas, sino más bien deben complementarlas, pues son de rango inferior.

En un primer momento, el D.U. N° 029-2020, en su artículo 26.2 establecía “los empleadores otorgan licencia con goce de haber a los trabajadores y servidores civiles” y, a continuación, en su

literal b) señala “en el caso del sector privado, se aplica lo que acuerden las partes. A falta de acuerdo, corresponde la compensación de horas posterior a la vigencia del Estado de Emergencia Nacional”. De esto se pueden derivar varias interpretaciones y, por lo tanto, se genera cierta confusión. Una primera interpretación, sería indicar que ésta prohíbe el ejercicio de la SPL establecida en la LCPL y dicha prohibición sería imperativa (Serkovic, 2020, párr. 12). Una segunda, que se trata de una exhortación a los empleadores a no usar la SPL (Quijano, 2020, párr. 15), la cual compartimos, puesto que no hay un tratamiento legislativo directo de la SPL con lo que se supondría una suspensión tácita de esta institución en la legislación laboral ordinaria. Por lo tanto, durante la vigencia de este dispositivo legal sí era posible invocar la SPL a que se refiere el D.S. N° 003-97-TR, tal como lo denota Beraún (2020), en su artículo titulado “Legalidad de la suspensión perfecta del contrato de trabajo por el COVID-19”.

En un segundo momento, se emite el D.U. 038-2020, donde se norma de manera directa el tema de la SPL, este dispositivo permite confirmar que el D.S. 029-2020, tuvo un papel exhortativo y podríamos decir que en cierta medida cumplió dicho fin. Ahora bien, al haberse otorgado este segundo decreto de urgencia, se suple de manera excepcional lo regulado sobre SPL en la LCPL al menos en lo referido a la causal de caso fortuito y fuerza mayor, pero cabe destacar que le impone mayores requisitos de evaluación para poder invocar con éxito el procedimiento administrativo de la SPL. No obstante, a lo señalado, somos de la opinión que coexistirían dos normas, una general y otra especial, dada la situación excepcional de emergencia por la que se estuvo atravesando. Ello se desprende de la cuarta disposición complementaria y final donde textualmente se señala “...el empleador puede adoptar las medidas establecidas en el marco laboral vigente”, permitiendo de esta manera integrar las normas para una mejor aplicación.

En este decreto de urgencia – como ya se anotó – se incorpora mayores condiciones, requisitos y procedimientos para la solicitud de la SPL, además de regular algunas medidas compensatorias para los trabajadores frente a la suspensión. Resultando aplicable solamente al sector privado sin importar el régimen laboral en que se encuentre acogida la empresa, más no al sector público, aunque haya trabajadores en dicho sector que se rigen por el derecho individual del trabajo. Es así como, la norma indica que, ante la imposibilidad de realizar el trabajo remoto, se privilegia acuerdo entre las partes con lo cual se destaca que la SPL es la última ratio. Dicha institución, se invoca de manera automática (decisión unilateral) bastando que el empleador demuestre que ha seguido los

procedimientos de negociación a fin de agotar todas las alternativas posibles de mantener con ingresos a los trabajadores, ya sea apelando a trabajo remoto, vacaciones, reducción de jornadas y remuneraciones, etc. Es decir, tiene que haber un sustento en la invocación, el cual radica en la imposibilidad de implementar el trabajo remoto o continuar otorgando licencia con goce de haber, debido a la naturaleza de las actividades o la afectación económica. Sin embargo, dicha solicitud debe realizarse mediante un procedimiento preestablecido por la misma norma, que requiere ser motivada y comunicada bajo el carácter de declaración jurada, estando sujeta a un control estatal a cargo del Ministerio de Trabajo y supervisada por la SUNAFIL; y que, de comprobarse una falta de sustentación de esta SPL, ésta queda sin efecto y el empleador debe abonar las remuneraciones correspondientes. Por último, mediante este decreto se establece que esta suspensión podrá aplicarse hasta 30 días calendario de culminada la emergencia sanitaria.

Tras la aplicación de la SPL, se puede inferir las siguientes consecuencias: no hay prestación de servicios ni pago de remuneración alguna, el tiempo de licencia no es computable para beneficios sociales, puede afectar a cualquier trabajador que el empleador considere sobre bases objetivas, no hay límite para el número de trabajadores afectados, pueden ser algunos de la empresa o todos y, por último, debemos destacar que este procedimiento se puede invocar durante la emergencia las veces que considere el empleador. Ahora bien, la norma también contempla ciertas exclusiones como, por ejemplo, los trabajadores considerados en el grupo de riesgo, así como aquellos por los cuales el empleador haya recibido el subsidio del 35% de conformidad con el D.U. N° 033-2020.

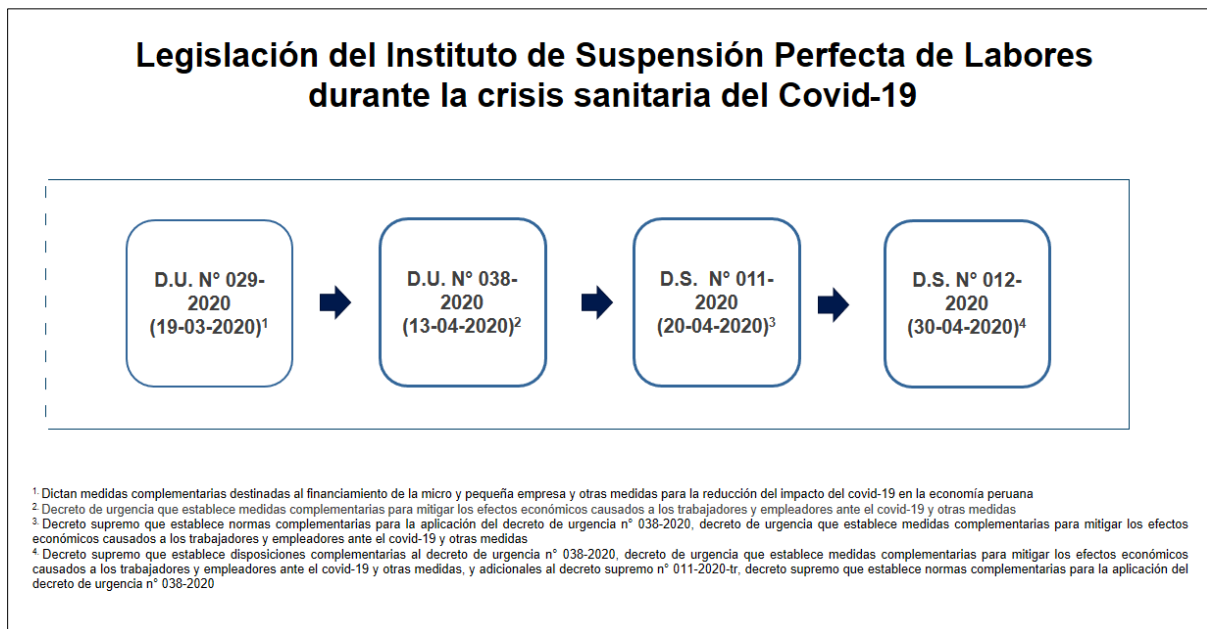
Posteriormente, se emite el D.S. N° 011-2020-TR, el cual reglamenta el D. U. N° 038-2020 estableciendo mayores requisitos a los señalados en el DU, se desarrolla un procedimiento a seguir para la aplicación de la norma que reglamenta e introduce la forma de como evaluar la afectación económica relacionando la carga remunerativa entre el nivel de ventas, estableciendo con ello algunos parámetros de ratios que estarían incluidos para demostrar la afectación económica; sin embargo, consideramos que a la par de este parámetro debieron haberse introducidos otros como los ratios financieros de liquidez y de solvencia patrimonial para de esta manera tener mayor criterio de evaluación y poderse incluir limitaciones a estas solicitudes de SPL de empresas que realmente cuenta con una espalda financiera de mayor soporte, lograda precisamente con la colaboración de todos sus trabajadores.

Es de verse pues que esta norma de alguna manera vulneraría el principio de legalidad (Serkovic, 2020, párr. 21). A esto, añadiríamos, el principio de predictibilidad y seguridad jurídica, toda vez que muchas empresas empezaron a realizar sus trámites de suspensión en base al D.U. 038-2020 y después tuvieron que adecuarse a estos nuevos requisitos establecidos por el D.S. generando pues una inseguridad jurídica en los agentes económicos del país.

Posterior a esta norma, el Poder Ejecutivo emitió el D.S. 012-2020-TR, que contempla ciertas exclusiones para acceder a la SPL, como por ejemplo los trabajadores por los cuales el empleador haya obtenido el subsidio del 35% de la remuneración a que se refiere el D.U. N° 033-2020; e invoca que las solicitudes que se hayan iniciado bajo el D.U. N° 038-2020, deberá adecuarse a esta nueva medida, con lo cual podemos confirmar, que al margen de buscar un bienestar común y evitar el mayor daño posible para ambas partes, deja denotar la improvisada tarea legislativa sobre esta materia de la SPL.

Finalmente el D.S. 015-2020-TR, al parecer cierra la regulación de la SPL durante la pandemia, en este cuerpo normativo se modifica el D.S. 011-2020-TR, en el sentido de que los empleadores en caso no haya tenido ingresos en el mes precedente a la solicitud de la SPL y estos no cuenten con más de 100 trabajadores, ya no necesitarán acreditar la negociación de adopción de medidas alternativas como trabajo remoto o aplicar licencia con goce de haber y demás medidas que permitan mantener la vigencia del vínculo laboral. Como puede verse esta norma se emite, para corregir las consecuencias jurídicas no deseadas como el rechazo mayoritario de las solicitudes para acogerse a la SPL además de las dificultades económicas serias de las empresas, por lo tanto no hubo un orden lógico y específico, mostrando con ello una técnica legislativa inapropiada; y es así como se deja el camino libre a las empresas que cumplen el parámetro señalado para aplicar la SPL de manera directa sin una negociación previa con los trabajadores y a decir de sus considerandos ellas representan el 97% de las solicitudes presentadas; con lo cual se deja en un mayor desamparo a los trabajadores.

Figura 1. Legislación del Instituto de Suspensión Perfecta de Labores durante la crisis sanitaria del Covid-19.



Fuente: Diario “El Peruano”

Elaboración: Propia

De lo descrito, puede verse que la producción de normas se realizó de manera aislada sin ninguna previsión y cuidado jurídico, más bien orientados a fines puramente económicos y que socialmente pueden ser justificables, no obstante, no se debe perder el horizonte de que estas acciones legales deben enmarcarse dentro de un sistema jurídico económico integral, dicho en el sentido que las políticas económicas que pertenecen a distintos sectores deben de actuar de manera conjunta en función de un todo a efectos de cuando se esté regulando un sector de la economía, estas regulaciones no terminen afectando o desalentando a otros sectores, como podría pasar con cargar mayores costos sociales al sector privado o a su vez afectar al sector laboral; ya que finalmente las consecuencias y/ efectos de dichas medidas regulatorias se pueden observar a nivel macroeconómico como en el sector producción, distribución y el empleo etc.. Los principios de predictibilidad y seguridad jurídica son máximas de amplia jerarquía jurídica y consustanciales a todo Estado de derecho democrático; así también lo considera el Tribunal Constitucional en la STC N° 016-2002-AI/TC en su fundamento 4. Estos principios son una garantía para todos los

ciudadanos, en la medida que les asegura una expectativa razonable respecto a cómo van a actuar los poderes públicos del Estado (Espinoza, 2020).

Sin embargo, de las normas glosadas y del análisis previo, éstas han trastocado principios y derechos constitucionales concernientes a los trabajadores y empleadores, como es el derecho al trabajo y específicamente a su debida protección en la medida que las normas referidas permiten al empleador que mediante una invocación simple pueda suspender el contrato y que en la práctica podría traducirse en un despido; así también se afectaron los principios que sustentan el régimen económico, puesto que de la misma legislación se puede entrever que inicialmente se imponía a las empresas que mantenga el flujo de ingresos a los trabajadores pese a no haber actividades económicas en algunos casos, razón por la cual atenta contra la iniciativa privada, libertad de empresa y libertad contractual, entre otros principios fundamentales del régimen económico. Cabe precisar que estos derechos ya se encontraban establecidos con anterioridad en el ordenamiento legal – como por ejemplo, en la LPCL, entre otros – generándose una especie de confrontación normativa y – como consecuencia – la incertidumbre de su aplicación, debido a que recorta algunos derechos a los empleadores, pues inicialmente en esta escalada legislativa de la SPL, no se permitía su invocación; fue posteriormente, - y en la medida que se alargaba la pandemia - cuando se flexibilizaron las medidas; por lo que en el presente trabajo nos hemos planteado el siguiente problema: ¿es constitucional la regulación de la Suspensión Perfecta de Labores en coyuntura crisis sanitaria tras la experiencia COVID-19?, debiendo tener en claro que, se entiende por regulación, a los instrumentos legales descritos y comentados líneas arriba.

Si bien es cierto – de acuerdo, con lo descrito en la introducción – se vislumbra una serie de afectaciones a derechos fundamentales tanto de orden económico como laboral. Es por ello por lo que, basándonos en lo acontecido y en una priorización de principios y derechos, que constituyen el núcleo duro de la defensa de la persona, como lo es el derecho a la vida y el respeto de su dignidad, el cual es consustancial al Estado Constitucional de Derecho en el que se adscribe nuestro país, es posible plantear la hipótesis siguiente: es constitucional la regulación de la suspensión perfecta de labores en coyuntura de crisis sanitaria tras la experiencia COVID-19.

En tal sentido, se plantea como objetivo principal evaluar y analizar la constitucionalidad de la regulación de la SPL en coyuntura de crisis sanitaria, para ello será necesario desarrollar objetivos

específicos como describir e interpretar normas excepcionales y transitorias sobre la SPL que se implementan en las situaciones de emergencia, así también será necesario revisar los principios y derechos que se ven afectados por las medidas excepcionales y por último evaluar la jurisprudencia constitucional comparada a efectos de evaluar experiencias que permitan mejorar el marco normativo para afrontar con mayor eficiencia, en términos de justicia y paz social, en escenarios crisis sanitaria que se puedan presentar en un futuro próximo.

Por lo tanto, para poder desarrollar las interrogantes nos apoyaremos en el enfoque metodológico de la argumentación jurídica constitucional en su sub categoría de argumentación jurídica basado en la doctrina y fuentes normativas, en la medida que vamos a argumentar desde las bases constitucionales ciertos principios que rigen el derecho laboral peruano así como los referidos al régimen económico por lo que revisaremos la doctrina nacional e internacional a efectos de elaborar el soporte teórico, que nos permita en primer lugar describir el enfoque constitucional desde el cual se evaluará la constitucionalidad normativa y en segundo lugar revisar el problema planteado a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; para luego someterlo al test de proporcionalidad.

Creemos también que se hace indispensable utilizar el método jurisprudencial a efectos de evaluar como los Tribunales Constitucionales viene actuando frente a regulaciones normativas que se dan dentro de un contexto de crisis sanitaria, esto nos permitirá robustecer la argumentación jurídica para establecer la verificación de la hipótesis, así como poder visionar las tendencias reformistas de las constituciones políticas de los Estados.

CAPÍTULO I: LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN

Siendo el tema de investigación la confrontación de principios constitucionales corresponde en este apartado esclarecer conceptos de constitucionalidad, describir y analizar cómo es que estos principios están acogidos en nuestra constitución, en sus normas complementarias que conforman el bloque de constitucionalidad, así como el paradigma constitucional bajo el cual se evaluarán.

La Constitución juega un rol fundamental en la organización de la sociedad y el Estado, constituyéndose como la norma básica del ordenamiento jurídico, estructurándose sobre derechos fundamentales, así como la institucionalidad política de los poderes, a efectos de que se logre organizar al Estado para el cumplimiento de sus fines y entre ellos la coexistencia de una sociedad civilizada donde haya un respeto absoluto del ser humano.

Los derechos fundamentales se fundan en valores y principios ius filosóficos, pues estos vienen hacer, como bien lo señala García (2003), *la médula del sistema constitucional* y que permiten expandir y optimizar la interpretación de los derechos constitucionales a los efectos de no dejar espacios de desprotección en la defensa de la persona humana y su dignidad.

A su vez los valores y principios que nacen de la convivencia pacífica de la sociedad, como la honradez, la solidaridad y que son de carácter transversal e inamovibles desde hace mucha data, sin embargo ello no quiere decir que las constituciones son normas supremas inmodificables, sino que éstas cambian en base a nuevas conquistas de derechos que a su vez nacen de la evolución de la sociedad en todos sus aspectos, como la tecnología, las formas de convivir de la sociedad misma, o acontecimientos trascendentales como las guerras mundiales o catástrofes sanitarias como las acontecidas recientemente. En consecuencia, la constitución tiende a evolucionar en base a erradicar elementos nocivos que afecten su objetivo principal de protección al ser humano.

Otra idea fundamental del rol de las constituciones es la limitación del poder por parte del Estado, a través de su distribución de dicho poder a los efectos de que exista un autocontrol entre los mismos poderes, los organismos autónomos y la sociedad, y se logre el equilibrio político, social, económico que haga sostenible los fines por los que se creó el Estado.

1.1. Constitucionalidad

Debemos entender por Constitucionalidad, a que los actos del Estado y los miembros de la sociedad sean conforme con la Constitución es decir respondan al respeto de los principios y valores filosóficos que fundamentan su construcción, y que garantizan la convivencia social sostenible que se traduce finalmente en la coexistencia equilibrada entre sus elementos interdependientes como son: Sociedad, Estado, Economía y Medio Ambiente (Landa, 2018). Así la evaluación de la constitucionalidad supone un control del poder del Estado, para que esté no sea ejercido de manera arbitraria y abusiva que termine afectando los principios y derechos fundamentales de las personas. Por lo que para dichos efectos existe un control de la constitucionalidad la misma que es ejercida por los tribunales constitucionales y el poder judicial, utilizando para ello los diversos criterios y principios de interpretación, en los que destaca el principio de razonabilidad, proporcionalidad y la prueba de ponderación.

Los controles de constitucionalidad permiten el equilibrio necesario para garantizar la estabilidad jurídica con la finalidad de que haya cierta predictibilidad, continuidad y adaptabilidad de los ciudadanos e instituciones a las actuaciones que se den en cada uno de los elementos descritos (Fernández, 2020).

El bloque de constitucionalidad juega un rol fundamental para determinar los parámetros normativos con los que se analizara la norma que supuestamente afecta los derechos invocados. Así nuestro tribunal constitucional ha establecido que el bloque de constitucionalidad está constituido por la constitución, las leyes orgánicas, las normas que desarrollan sus preceptos, así como los tratados internacionales en los cuales el Perú se encuentre adscrito.

Por lo tanto, la evaluación de la constitucionalidad se realizará en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución se constituye como la norma suprema, en cuyo texto se describen los principios, normas, valores optimizadores de los derechos fundamentales; y bajo los cuales todo el ordenamiento jurídico queda subordinado a lo que nuestra constitución contempla.

El constitucionalismo mundial ha ido evolucionado en el transcurrir de la historia motivado básicamente por acontecimientos que han movido las bases fundamentales de la convivencia social

que respondía en su momento a determinado contexto histórico, pero siempre orientado en sus líneas maestras de limitación del poder y protección de los derechos de las personas, así podemos anotar los hechos más trascendentales de su evolución:

- La primera carta magna en Inglaterra, en el año 1215 otorgada por el rey Juan I, donde se empezó a limitar el poder político y perfilando una idea de Estado.
- La Constitución de 1787 de EE. UU, tras su independencia de Inglaterra, cuya redacción empieza con breve exposición de motivos y establece un sistema de gobierno basado en la separación de poderes, así como también se da la posibilidad de la revisión judicial de las leyes y la apertura a los derechos constitucionales.
- La revolución francesa, en 1789, trajo como aporte fundamental la declaración de los derechos del hombre y ciudadano, y que han servido de inspiración a muchas cartas fundamentales tras su emisión.
- La constitución mexicana de 1917, en la que se incorporaron los primeros derechos sociales, sobre todo en el ámbito laboral, reconociéndose el derecho a una remuneración justa, a un salario mínimo, a la jornada laboral, al descanso vacacional, a la participación en las utilidades, el derecho al trabajo y huelga, entre otros.
- La ley fundamental de Bonn de 1949, post segunda guerra mundial, fue inevitable incluir el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento de todos los derechos.
- La Constitución francesa de 1958, ingresan instituciones como el consejo de ministros, la segunda vuelta electoral, las interpelaciones y la figura de la cuestión de confianza, todas ellas componentes de un mayor control político.
- La Constitución Española de 1978, que ha sido una de las de mayor influencia en nuestra carta magna de 1993. Su forma de Estado es unitaria – autonómica y parlamentarista.

Todos estos acontecimientos han permitido una mejora de las constituciones a lo largo de la historia; Cuauhtémoc (2015), hace un resumen de las principales tendencias evolutivas del constitucionalismo y la forma de su manifestación en Perú:

- Una nueva relación entre el derecho público y el derecho privado; pues gran parte de los derechos individuales que constaban en los textos civiles fueron incorporándose a la Constitución, con la cual se transmite la orientación al Estado, que en nombre de

solidaridad nacional y del funcionamiento de las instituciones puede interferir en las relaciones entre particulares. Así también lo viene desarrollando el Tribunal Constitucional al señalar que, en un Estado Constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un mandato imperativo para el Estado, el cual debe tomar todas las previsiones posibles a efectos de cautelar su defensa y concreción la cual se mide por la eficacia vertical (Estados y particular) y la eficacia horizontal (entre particulares) (STC 01643-2014-PA/TC, fundamento 21).

- La búsqueda de una mayor democracia; tendencia que obedece a desterrar gobiernos autoritarios, donde hay inseguridad para las personas. Y por otro lado a crear mecanismos de participación de los ciudadanos en los gobiernos y en las políticas públicas.
- Una nueva organización del poder y de los órganos del Estado; en las que destaca la creación de órganos constitucionales autónomos, que acompañen la organización tripartita de poderes, con lo cual crea un dinamismo de poderes que se vigilan mutuamente. En este sentido la Constitución consagra una serie de organismos autónomos como el Ministerio Público, la defensoría del pueblo, el Banco Central de Reserva etc.
- Una mayor relación entre derecho interno y derecho internacional; en la búsqueda de una juridicidad internacional. Por su parte nuestra Constitución no ha sido ajena a esta tendencia pues en su art. 55 señala “que los tratados son parte del derecho nacional” así también en su cuarta disposición final y transitoria al prescribir “que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan en base a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados internacionales”.
- El papel fundamental de los derechos humanos, como consecuencia de la segunda guerra mundial se dio un proceso de reconocimiento de más y mejores derechos, así como se crean los procedimientos constitucionales necesarios para que estos se efectivicen en cuanto sean vulnerados; a lo cual podemos denominar mayor Garantismo en la protección de estos derechos e incluso este principio busca protegerlos dentro de las relaciones entre particulares. En este aspecto también nuestro Tribunal Constitucional ha corroborado la tendencia de nuestra Constitución a la defensa de los derechos fundamentales que no solo se limita hacer una enumeración taxativa de dichos derechos, sino que deja una apertura a

más derechos cuyos fundamentos sea la defensa de la dignidad de la persona (STC 1417-2005-PA.TC).

- Una revalorización del papel de los jueces y la consolidación de la justicia constitucional; es de verse que, desde fines del siglo XX, las constituciones han revalorizado el papel de los jueces, brindándoles mayores principios constitucionales, dejando ese simple papel de aquel tradicional método de subsunción y por el contrario da mayor énfasis a la argumentación jurídica basada en la razonabilidad y proporcionalidad entre otros principios. Pues es a través de estos principios, se permite un mayor desarrollo, coexistencia, plenitud y vigencia de los principios constitucionales y derechos fundamentales, de tal forma que estos se optimicen y no se deje de defender e impartir justicia en los distintos casos y escenarios que se puedan presentar en el devenir de la sociedad; asumiendo el horizonte del respeto a la dignidad de la persona y la vigencia de sus demás derechos como la libertad, el honor y sobre todo al trabajo que hace más viable el disfrute de dichos derechos; por lo tanto, una participación y actuación dinámica de los operadores del derecho va a permitir generar mejores condiciones adecuadas para el libre desenvolvimiento y desarrollo del ser humano.

Es así como el ordenamiento jurídico constitucional debe ser permeable y expansivo en su interpretación cuando se trata de subsumir un hecho inusual e imprevisible, pues no se debe tratar al derecho como algo dado y encasillado dentro de una norma, sino que debe ser dinámico a efectos de obtener una interpretación constructiva para cubrir los posibles vacíos normativos dentro de los valores de justicia y paz social (Landa, 2013).

Como podemos apreciar la evolución de la Constitución ha ido al ritmo de las exigencias que se han generado por acontecimientos históricos tan fuertes como las guerras, los atentados terroristas, los desastres naturales y donde el ser humano se ha visto en peligro, es en atención a ello que el derecho constitucional ha ido extendiendo su protección y en los últimos tiempos una mayor priorización al ser humano en condición más vulnerable.

Los sistemas constitucionales han sido plasmados en las diversas constituciones y que desde luego han respondido a los principales contextos históricos en el cual fueron promovidos. Estos resultan de vital importancia en este trabajo porque va a demarcar la forma en que está estructurado

el poder en un Estado y cuan predispuesto está para afrontar situaciones de emergencia sanitaria como la que se está analizando. Así tenemos el sistema presidencialista, cuyo digno representante es EE. UU., en el cual el presidente es el jefe de estado y de gobierno; es elegido de manera independiente al poder legislativo. Esta estructura garantiza una mayor independencia de los poderes ejecutivo y legislativo, sin embargo, puede generar estancamiento en la toma de decisiones al no tener el ejecutivo una mayoría en el legislativo.

Otro de los sistemas a destacar es el parlamentarista, en el que el ejecutivo es elegido por el poder legislativo y quien asume la jefatura de gobierno es el primer ministro. Este modelo puede generar mayor eficiencia en la producción legislativa; a este modelo está adscrito el Reino Unido. Y, por último, el sistema mixto o semipresidencialista donde el ejecutivo es representado por un presidente elegido por el pueblo y un primer ministro que cuenta con el respaldo del parlamento. Busca generar mayor responsabilidad de ambos poderes en la gestión del Estado, este modelo a adoptado Francia.

Los sistemas constitucionales también se pueden clasificar de cara a la apertura que tiene frente al derecho internacional, así se puede clasificar a los países miembros de la OEA, en Sistema Constitucional monista con tendencia a la primacía del derecho internacional de los derechos humanos y Sistema Constitucional sin tendencia a la primacía del derecho internacional de los derechos humanos (Rey, 2021).

Por lo tanto, hay países cuyas Constituciones le asignan *jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos*, como Argentina, Nicaragua, Bolivia, otros países le asignan *cláusulas de interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos*, entre dichos países esta Perú, *Haití, México* y, por último, tenemos los países cuyas constituciones asignan cláusula de prevalencia, entre los que destacan Brasil, Guatemala y Colombia.

Esta descripción de los sistemas constitucionales resulta relevante de cara a establecer correctamente el bloque de constitucionalidad de cara a realizar el objetivo planteado en el trabajo.

La experiencia de la crisis sanitaria COVID19, ha representado un acontecimiento a nivel mundial sin precedentes; que está moviendo los cimientos fundamentales sobre el que descansa el

derecho constitucional como es el derecho a la vida y a vivirla con dignidad. Estos hechos muestran una necesidad de refundar el Estado Constitucional sobre nuevas bases históricas (Landa, 2020). Estos cambios jurídicos se dan en paralelo a la crisis, tras legislaciones hechas de manera apresurada por la emergencia de la pandemia que a su vez resultan ser confusas y poco formales, sin embargo, generarán en el transcurso del tiempo una mutación constitucional, es decir, se están dando cambios institucionales que no están expresamente reconocidos en la Constitución o al menos se han expandido más de la cuenta algunos derechos constitucionales (Schiappa-Pietra, 2020).

Ejemplo de lo anterior, podríamos indicar los programas económicos y de salud desplegados por el Estado, como el Subsidio de la planilla de remuneraciones, el programa REACTIVA PERÚ donde se inyecta dinero a las empresas muy a pesar de existir el sistema financiero, con lo cual se trastoca el modelo de economía social de mercado, el cual requiere mínima intervención del Estado, por lo tanto habría que refundar constitucionalmente el modelo económico y adecuarlo a situaciones de emergencia inusuales y de larga duración como la acontecida.

Estos cambios han conllevado a diversos países a modificar su legislación de primer orden, sobre todo en temas administrativos referidos al ámbito económico, laboral y salud entre otros, lo cual va a generar que en sus Constituciones se redefinan algunos derechos, sobre todo en lo referido a la seguridad social para enfrentar situaciones muy particulares de pandemia. Pues si bien es cierto casi todas las constituciones tiene un capítulo de régimen de excepción ante este tipo de situaciones, pero están inspiradas en contextos de emergencia específicos como guerra, terrorismo, desastres naturales y que se toman como algo pasajero, sin embargo este nuevo acontecimiento permite avizorar que se ha vuelto una constante enfrentar situaciones de crisis; por lo que es necesario fortalecer la seguridad jurídica a la sociedad, garantizar la predictibilidad de los actos del Estado y coadyuve al logro del bienestar común de la población basado en el principio de solidaridad.

Estos hechos permiten confirmar el proceso evolutivo actual de las constituciones hacía un enfoque regulador donde el derecho administrativo tenga un rol más robusto y permita concretar en la sociedad los principios y derechos del programa constitucional, ya que por intermedio de esta parcela del derecho se garantiza que dentro de los procedimientos administrativos que se apertura

con ocasión de atender las necesidades de la población terminen cumpliendo sus fines, concretándose en el bienestar común general (Urueña, 2016).

El derecho administrativo cumple un fin fundamental en la Constitución ya que el mayor campo de su acción tiene un enfoque social, que debe concretarse en la sociedad bajo el principio de solidaridad, sobre todo en épocas de crisis sanitarias, donde la población debe actuar en conjunto.

Este principio de solidaridad corre expresamente en algunas constituciones como la Española, la Colombiana pues marca un horizonte en el sentido que los derechos no solo deben interpretarse en sentido estrictamente económico de dar a los que menos tienen a través del mecanismo de la redistribución, sino que constituye una orientación general al interés y bienestar común ya anotado; paralelamente a ello deberán incluirse principios adicionales basados en valores de convivencia pacífica y respeto de la dignidad de la persona que aseguren la protección de todas las personas sobre todo de aquellas que se encuentran en una situación vulnerable.

La Constitución Colombiana cuenta con mayor desarrollo del principio de solidaridad pues establece en su art. 1 *“Que es un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*; asimismo su Art. 95° señala *“que es deber de todos los ciudadanos obrar conforme al principio de solidaridad social”*; por lo que resulta ser una Constitución más permeable para manejar estos escenarios de pandemia y en consecuencia, tienen una mayor libertad legislativa a la hora de regular determinados actos administrativos económicos de cara a dar solución a las crisis que podría generarse un contexto de emergencia sanitaria de larga duración como la experiencia de la COVID19.

En el Perú, si bien es cierto no hay una remisión expresa y directa al principio de solidaridad, esta resulta ser implícita conforme ha interpretado el Tribunal Constitucional en las Sentencias 0048-2004-PI/TC y 00004-2010-PI/TC entre otras, en el que se precisa que el principio de solidaridad es consustancial con la misma naturaleza de un Estado Social y Democrático de derecho. En tal sentido la solidaridad genera un nexo ético y común entre los ciudadanos; y por lo tanto expresa una orientación normativa que busca enaltecer los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua. En consecuencia, en el Perú, si debiera haber una revisión de la Constitución política para adecuarla a estos escenarios suigéneris que estamos atravesando y evitar

situaciones restrictivas para legislar de manera inmediata en temas presupuestales y de ayuda por parte de nuestras instituciones ejecutivas evitando incurrir en actos inconstitucionales (Landa, 2020).

Los principios se basan en valores, los cuales constituyen a su vez en ideales éticos que se han ido construyendo en base al cristianismo, la moral natural, las costumbres de los diversos pueblos, en el que pudieron determinar que estos han sido los soportes de la coexistencia pacífica y ordenada de las organizaciones humanas, así la dignidad, la justicia y la libertad son ejemplos de valores que hacen posible una convivencia civilizada; ello nos quiere decir que pueden aparecer en el devenir de la humanidad nuevos valores como el de igualdad que se va redefiniendo a través de la historia, así hoy en día podemos hablar del matrimonio igualitario como una forma de respetar el desarrollo pleno de dichas personas (Pereira, 2011).

Es tal sentido, la evolución de las Constituciones, así como su interpretación deben basarse no solamente en la doctrina de los principios que se desprenden de la misma Constitución y de la jurisprudencia de los tribunales, sino que debe además ir incorporando las nuevas tendencias que cultiva y transmite la evolución del entorno social en base a valores de directa protección a la dignidad humana y el bienestar común. Estas nuevas tendencias están referidas a incluir a nivel constitucional aquellos derechos nuevos como la unión igualitaria, garantizar el acceso a nuevos servicios y ambientes generados por la evolución propia de la humanidad así como también a redefinir algunas normas ya contenidas en la Constitución a efectos de que muestren mayor flexibilización interpretativa en defensa de la vida humana y el Estado pueda intervenir en situaciones como las generadas en setiembre 2020, cuando las clínicas privadas cobraban sumas exorbitantes² a sus pacientes aprovechándose de la emergencia y zozobra por la que atravesaban; pues esta situación desnaturaliza el modelo económico mismo que acoge la Constitución.

En consecuencia, los principios son los cimientos fundamentales en los que descansa el derecho y son más fuertes e intensos cuando están referidos a derechos humanos, que muy a pesar no

² BBC News Mundo (20 de junio del 2020). Coronavirus en Perú: el tenso acuerdo entre las clínicas privadas y el gobierno sobre el precio por atender a pacientes de covid-19. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53185216>

encontrase expresamente dentro de un cuerpo normativo no dejan de ser vinculantes; estos buscan evitar cualquier atisbo de desprotección a la persona humana, su finalidad es optimizar los derechos fundamentales.

En consecuencia, los principios constitucionales descritos, sean de carácter sustantivo y procedimental, son de aplicación en prima facie a todas las situaciones donde se tenga que impartir justicia, porque estos garantizan la vigencia plena de la constitución política, y siendo que la SPL es instituto en el que se vinculan derechos fundamentales de los trabajadores y derechos fundamentales como el derecho de propiedad y los demás establecidos para el régimen económico, resultan plenamente aplicable para defender los derechos afectados por las medidas regulatorias de la SPL

Ahora bien, con respecto a la interpretación constitucional debemos de precisar que según doctrina y jurisprudencia esta se realiza bajo los siguientes principios, según Hakansson (2009):

- Principio de Unidad, al considerar que la Constitución es un instrumento normativo completo, integral cuyos derechos y principios obedecen a un orden donde no hay contradicciones internas.
- Principio de Concordancia Práctica, la Constitución es un cuerpo normativo sistemático de los derechos, porque este principio exige una interpretación correlacionada de sus mandatos.
- Principio de Corrección Funcional, corresponde interpretar la constitución respetando las competencias de cada una de las responsabilidades que se ha asignado a los organismos constitucionales creados y que corresponden vigilar la plena vigencia de los derechos fundamentales.
- Principio de Función Integradora, por el cual se busca que las interpretaciones estén orientadas a integrar, pacificar y ordenar las relaciones entre el Estado y los Particulares.
- Principio de fuerza Normativa, a los efectos de preferir interpretaciones donde se obtenga la máxima eficacia de las normas constitucionales.

Igualmente, García (2003) precisa que los principios constitucionales cumplen una función informadora del Sistema Jurídico al cual le da consistencia y fundamento; así también actúa de manera normativa por acto supletorio y finalmente cumple la función interpretadora de la

Constitución, ya que esta no necesariamente debe aplicarse como un mero ejercicio de subsunción de hechos a la norma, sino que debe cumplir con una función protectora del ser humano bajo toda circunstancia (p. 190).

Estos principios fueron aplicados por el Tribunal Constitucional, tal como se muestra en el fundamento 12 de la STC 5854-2005-AA, que señala que al interpretar la Constitución debe tenerse en cuenta que sus disposiciones son diferentes a las demás normas, que generalmente responden a una aplicación subjuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia); en consecuencia se tiene que apartar de usar exclusivamente los métodos y criterios clásicos de interpretación (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino más bien tiene que aplicar los principios interpretativos que le permitan cumplir los fines y objetivos por los cuales se emitieron las normas constitucionales; es en tal sentido en esta sentencia se dejó sentado, los principios interpretativos citados en los párrafos anteriores.

Siguiendo la tendencia en la aplicación de estos principios, el Tribunal Constitucional en la STC N° 5156-2006-AA, en su fundamento (17-21) estableció “que las disposiciones constitucionales deben ser leídas de manera integral y no aisladamente, puesto que algunas disposiciones parecerían ser duplicadas o contradictorias entre sí, razón por la cual es necesario aplicar los principios constitucionales. Y es así que esta sentencia se reiteró la aplicación de los principios como: ***el principio de unidad de la Constitución***, en el cual se conmina a considerar la Constitución como un “todo” armónico y sistemático, bajo el cual se cimienta el sistema jurídico de un país; ***el principio de concordancia práctica***, que busca eliminar la tensión que podrían aparentar algunas disposiciones constitucionales, pero sin sacrificar los valores y principios fundamentales por los cuales se emitió la carta magna; teniendo siempre como la luz guía la defensa y protección de la persona humana; ***el principio de corrección funcional***, el cual exige a que no se desvirtúe las funciones y competencias de los órganos constitucionales que se desprenden del texto constitucional, de tal forma que toda interpretación respecto al papel que cumple estos órganos es orientado a la prestación global de un servicio a favor del ciudadano, para lo cual debe haber un equilibrio a efectos de garantizar un adecuado funcionamiento de un Estado constitucional democrático; ***el principio de función integradora***, por el cual toda interpretación será válida cuando su finalidad contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y la de estos con la sociedad.

De lo descrito hasta aquí, debemos de señalar que el análisis constitucional debe de realizarse bajo un enfoque dinámico de protección al ser humano, donde se considera que el derecho y la economía son instrumentos e instituciones creados por el hombre para su servicio y protección cuya finalidad es la búsqueda del bienestar general común, que garantice la subsistencia del sistema de convivencia global³.

En consecuencia, el constitucionalismo, sería toda actuación de la persona humana en el plano normativo como fáctico que se enmarque en los principios, valores y finalidad de la constitución; siendo la protección del ser humano en su integridad la razón de su existencia, donde el bienestar común y el principio de solidaridad social son instrumentos fundamentales para la concreción de sus fines. Esto se puede lograr a través de una interpretación que obedezca a su evolución histórica descrita Cuauhtémoc (2015), como es la elevación de muchos derechos civiles a nivel constitucional, la promoción y generación de mayor democracia con la consecuente participación masiva del pueblo; nueva organización y órganos del Estado, aparición de nuevos organismos autónomos que efectivizan y defienden los derechos fundamentales, así también de una mayor integración del derecho internacional a efectos de brindar mayor protección a los derechos humanos y finalmente una mayor participación y revalorización del papel de los jueces en la interpretación de la Constitución. Pues toda esta evolución histórica ha sido recogida por nuestra actual carta magna; no obstante es menester replantear nuevas visiones y/o actualizaciones a efectos de otorgar mayor flexibilidad y mayor espectro positivo de cara a actuar en situaciones de emergencia global ya que el impacto es más fuerte que alguna emergencia de nivel local; generando de esta manera estado de zozobra y abandono de la población más necesitada y donde los mecanismos de protección por parte del Estado demoran en llegar.

Pero también es necesario destacar que el constitucionalismo conlleva un rol fundamental de los principios como el de bienestar común y de solidaridad que arduamente han sido recogida por el Tribunal Constitucional; al igual que los principios de interpretación de la Constitución desarrollados por la doctrina jurídica la cual evoluciona en atención a las nuevas vivencias que

³ En el entendido que existe una interrelación local y global de las sociedades que sobrepasa las soberanías de los Estados, ya que se trata en muchas ocasiones de revertir desafíos universales, para ello se requiere de un acuerdo global basado en un principio de solidaridad internacional (Landa, 2020).

genera la sociedad. En resumen, el constitucionalismo en el ámbito jurídico protege la vida de la persona humana en cualquier circunstancia donde se afecte su dignidad y su desenvolvimiento integral en la sociedad; por lo que se garantiza una interpretación integral y expansiva de sus normas.

1.2. Principios y derechos constitucionales afectados

La declaratoria de emergencia por la COVID19 trajo consigo el aislamiento social, lo que significó entrar en una paralización casi total de la economía nunca antes registrada en el país, impactando severamente en las empresas y los trabajadores, pues se suspendieron las actividades comerciales con excepción de aquellas que se dedicaban a atender bienes y servicios esenciales para la vida y a su vez los trabajadores pertenecientes a la actividad formal como informal⁴ tuvieron que suspender sus labores cotidianas y en el mejor de los casos realizar trabajo remoto; paralelamente a ello el gobierno fue legislando en diversas materias entre ellas las de carácter laboral. No obstante, no siguió una técnica legislativa coherente y lógica respetando los principios del sistema jurídico establecido, a fin de evitar un aumento de reclamos administrativos derivados de las solicitudes de SPL e incremento de casos en sede judicial posteriores por parte de los agentes económicos afectados y que finalmente resulte mayor carga social para el Estado. Por lo que en este capítulo analizaremos los principios y derechos involucrados por la regulación COVID19 con la finalidad de comprender de cómo estos se afectaron, en dicha experiencia.

La primera norma – el D. U N° 029-2020 – relacionada a la SPL fue emitida el 21/03/2020 y estuvo destinada, entre otros motivos, a la reducción del impacto del COVID19 en la economía peruana, tras las medidas de aislamientos decretadas el 15/03/2020. Del análisis previo ya realizado a esta norma, pudimos determinar que prohibía a los empleadores invocar la SPL, con lo cual se evidencia una vulneración clara a los principales derechos constitucionales en materia económica – como lo es el derecho a la iniciativa privada, a la libertad contractual y de empresa –

⁴ Como se sabe la informalidad laboral, implica que los trabajadores se encuentren fuera del marco legal, ajenos a cualquier carga tributaria y pensionaria, pero a su vez, lejos de cualquier beneficio social o protección por parte del estado. Según la Encuesta Nacional de Hogares [ENAH], 2014), el nivel de formalidad se categoriza en 3 grupos: la informalidad laboral plena alcanzó la cifra de 9 millones 975 mil 633 personas, la informalidad laboral en empleo formal representó 1 millón setecientos 27 mil 518 de personas, y finalmente, el empleo formal pleno se cuantificó en 4 millones 454 mil 164 (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2018).

dado que la empresa nace producto de la iniciativa privada libre y puede desarrollarse gracias a la libertad de empresa. Claro está, que se buscaba proteger al trabajador y sus derechos, pero ello no enervaba el hecho de que se haya vulnerado los derechos empresariales descritos anteriormente. Además, cabe resaltar, que tales derechos son los principales ingredientes del ecosistema empresarial, juntamente con otros derechos como el principio de subsidiariedad y la libertad contractual.

A la par de lo descrito, corresponde determinar la finalidad de este DU. Por lo que, al realizar una revisión de sus considerandos, verificamos que hace una tenue referencia al motivo de su emisión, señalando que “el coronavirus afectaría las perspectivas de crecimiento de la economía global y, en particular, a la economía peruana. Asimismo, señalaba que, las micro y pequeñas empresas tendrían problemas de liquidez”. Como podemos ver, no hay una clara descripción al tema laboral, muy a pesar de contener un título adscrito para estos temas y desarrollar uno referido a licencia con goce de haber, específicamente en su artículo 26°. No obstante, a ello podríamos inferir desde un punto de vista sistemático y teleológico que la finalidad del gobierno era impedir que durante dicho periodo de aislamiento los trabajadores se queden sin ingresos, tras una latente aplicación de la suspensión perfecta de labores por parte de los empleadores en base a la legislación laboral ordinaria.

Con respecto a la segunda norma DU 038-2020, está es emitida con fecha 15.04.20 que pasa a regular la SPL durante el estado de emergencia e ingresa mayores requisitos para invocar este instituto ante las autoridades administrativas, entre ellas demostrar la no posibilidad de implementación del trabajo remoto, por la naturaleza de actividades y el otorgamiento de la licencia con goce de haber, por el nivel de afectación económica, es decir va más allá a la invocación objetiva de estar ante una situación de pandemia como caso fortuito o de fuerza mayor, y que con la legislación ordinaria hubiera bastado. Esta norma fue reglamentada con D.S. 011-2020-TR y D.S. 012-2020- TR, de manera sucesiva, donde de alguna manera amplificaba aún más los requisitos con el agravante de la demora en su emisión, generando incertidumbre y falta de predictibilidad normativa; pues dichos decretos requerían que los procedimientos de invocación de la SPL realizados antes de su vigencia se adecuaran a lo estipulado por estos.

Posterior a estas normas, con fecha 25.06.20 se emitió el D.U. 072-2020 que modifica el decreto de urgencia N° 038-2020, decreto de urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el covid-19 y otras medidas, siendo una de las principales medidas el otorgamiento de una “Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19”. Esta prestación económica es otorgada por el Seguro Social del Salud hasta por un monto máximo de S/ 760, 00; a este beneficio es otorgado a todos los trabajadores que hubieran entrado en algún trámite de SPL invocada por su empleador y la cual este debidamente aprobada.

Es de verse que estas normas, constituyen un cambio de reglas a las ya establecidas en el derecho laboral ordinario, en cual se le imponían requisitos adicionales a los empleadores que resultan ser complejos, pues la tarea de la demostración de las nuevas causales de invocación requieren de una serie de procedimientos, que dada las circunstancias sobrevinientes resultaban tediosas y obstruccionistas, además de requerir de un seguimiento sigiloso por un profesional competente ante una atmósfera política de declarar improcedente las solicitudes SPL, con la consecuente sanción a las empresas a parte del pago de las remuneraciones y beneficios correspondientes durante el periodo de la supuesta suspensión de labores.

Ante lo descrito, existiría una vulneración a los principios de iniciativa privada libre, de libertad de empresa y contractual, puesto que se obliga a las empresas a que finalmente se vean conminadas a asumir ciertos costos a pesar de no estar generando ingresos. Aunque también es cierto que algunas empresas podrían tener una mayor espalda financiera que les permita hacerlo, pero en su mayoría, eso no sucede o no cuentan con dicho respaldo; y aun teniéndolas se están presentando casos donde grandes compañías internacionales que se acogen a procedimientos de insolvencia y quiebra. Por lo tanto, los principios descritos al inicio de este párrafo se ven afectados ya que de alguna manera se está interfiriendo en el manejo libre de las empresas.

En consecuencia, es indudable que hay un impacto en el derecho laboral ordinario vigente y una injerencia en la vida económica de las empresas. En el campo laboral, como bien sabemos, nuestra constitución acoge principios como el de protección o tuitivo, el cual se traduce en reglas como “in dubio pro operario”, “norma más favorable” y “condición más favorable”; el de irrenunciabilidad de derechos, el de principio de primacía de la realidad y finalmente los principios

de igualdad de oportunidades y no discriminación. Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional Peruano en sus sentencias STC. Exp. N° 008-2005-PI/TC, STC. Exp. N° 012-2013/TC y STC. Exp. N° 047-2004-AI/TC. Todos estos principios se infieren del contenido de los derechos establecidos en los artículos del 22° al 29° de nuestra Constitución y que resultan aplicables a la suspensión perfecta labores ya que sus efectos impactan en ellos, sobre todo al principio protector o tuitivo. Es de precisar que constitucionalmente se consagra el principio de continuidad laboral y de la misma forma ha sido recogido por las normas infra-constitucionales al establecer que el contrato laboral se presume a plazo indeterminado, además se establece que el trabajador tiene derecho a una remuneración, así como una protección contra el despido arbitrario, en consecuencia, la invocación de la SPL no justificada puede afectar a estos principios laborales, ya que podría estarse estableciendo un rompimiento de la relación laboral de manera camuflada y aprovechándose de una situación de emergencia sanitaria, afectando seriamente los derechos fundamentales de los trabajadores.

Los derechos individuales y colectivos en el ámbito laboral están protegidos constitucionalmente, ello se desprende del artículo 28°, donde trata sobre los derechos colectivos de los trabajadores, pero previamente a este artículo estamos ante derechos individuales. El diálogo es fundamental para establecer consensos en las relaciones jurídicas laborales, tanto desde el inicio como a su terminación, dicho derecho ha sido reconocido en sendas resoluciones por el tribunal constitucional, entre ellas la STC 03561-2009-PA/TC, donde se lee que la negociación colectiva implica bastantes derechos que la estructura, por lo que esta negociación implica “cualquier forma de discusión o diálogo, tanto formal como informal, destinada a lograr un acuerdo”. Así vemos que este derecho es esencial para poder consensuar intereses entre las organizaciones de trabajadores y la de los empleadores.

En consecuencia, normas extraordinarias de la SPL, podría afectar este derecho de negociación toda vez, que en última instancia la decisión de invocar la SPL conforme está redactada dicha regulación quedaría a expensas del empleador, con lo cual podría derivar en una afectación al derecho a la defensa dentro de los procedimientos internos en la empresa como los que se ventilen en las autoridades administrativas.

Respecto a los derechos económicos, resulta clara la intervención del Estado en el régimen económico trastocando los principales principios que rigen nuestro régimen económico constitucional, como son: la libre iniciativa privada art. 58° en el contexto de una economía social de mercado, la libertad de empresa establecida en art. 59°, la libertad contractual art. 62°; entre otros.

Los principios⁵ y derechos laborales, fueron indudablemente afectados desde la declaratoria de emergencia; pues como ya anotamos el aislamiento es un impacto severo en los trabajadores, puesto que conlleva para una gran mayoría prácticamente la desaparición de sus empleos, muchos contratos no se renovaron por la situación misma que se presentó y que fue aprovechada por algunos malos empresarios para realizar despidos camuflados, y es precisamente en esta situación que el Estado debe cumplir con su tarea establecida en el art. 23° y 27° de la CP en los que se establece el fomento y protección del empleo.

Como sabemos el derecho laboral es fundamentalmente protector, ello se desprende de las disposiciones constitucionales referidas a dicho tema, y es precisamente en el art. 26° donde se puede observar de manera literal dicha orientación, cuando establece que *“en la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1) Igualdad de oportunidades sin discriminación, 2) Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la constitución y la ley, 3) Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”*. De igual manera lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su STC 008-2005-PI/TC, en el que precisa que *“que para hacer frente, a la asimetría subsistente en la relación laboral, se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre sujetos de la misma”*; dicha asimetría se genera por el desnivel económico existente entre empleador y trabajador, por el cual el primero puede aprovechar el poder de negociación que

5 Principio protector o tuitivo, elemento principal de toda relación laboral que busca equiparar la situación de desigualdad generada principalmente por la ventaja económica, social del empleador. Este principio cumple un rol fundamental en situaciones de mayor necesidad económica generada por escenarios de emergencia. Principio de irrenunciabilidad de derechos, la Constitución defiende al trabajador aún de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a sus derechos laborales reconocidos a nivel constitucional y legal (STC 2906-2002-AA/TC). Principio de la primacía de la realidad; el cual se reconoce como derecho lo que se plasma en los hechos independientemente de la forma legal que le hayan exteriorizado.

ostenta desde antes del inicio de la relación; es por ello que el derecho laboral se edifica e interpreta bajo este principio y los demás que se deriven de este y sin duda no podría ser de otra manera por la especialidad y característica de los contratos laborales.

Por lo que, al aplicar las normas extraordinarias de suspensión perfecta de laborales, debe de respetarse estrictamente los procedimientos de evaluación que permitan determinar que estamos ante la última ratio, en consecuencia, el artículo 3 del D.U. 038-2020, es una manifestación del principio tuitivo antes descrito.

El derecho constitucional laboral recoge de manera implícita varios principios como el de negociación en general y el principio de continuidad laboral, ello se desprende de la lectura de sus artículos 22°, 23° y 27°, en el cual se obliga al Estado a generar *mediante el trabajo, el bienestar social y protección del medio por el cual la persona logra su realización plena*. Por lo que, es necesario observar estos principios en los trámites de la SPL, en donde debe tenerse como horizonte la continuidad del contrato de trabajo, así como el de negociación donde las partes del contrato sientan que se buscó de manera razonable la mejor alternativa antes de llegar a la suspensión del contrato de trabajo.

Es decir, en la relación contractual debe de garantizarse la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona donde ambas partes deberían acudir en igualdad de condiciones, donde el diálogo y los acuerdos voluntarios sea el horizonte guía de la ejecución del contrato. Y es por ello, que a nivel constitucional y legal se han consagrado el derecho a la negociación colectiva lo cual no implica que no exista una negociación individual, cuando esta se invoque por cualquiera de las partes e igualmente se ha tenido un amplio desarrollo del principio de continuidad laboral, en sus dos vertientes, como orientadora de la estabilidad laboral pudiendo ser esta absoluta o relativa, así como la priorización de la continuidad de los contratos laborales. Son expresiones de este principio: la preferencia de contratos a plazo indeterminado, amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato, contratos más inmunes a los vicios de nulidad, suspensiones de contratos, prolongación del contrato en caso de sustitución del empleador, entre otros (Chanamé, 2021).

Como podemos apreciar, la negociación colectiva se erige a decir de nuestro Tribunal Constitucional en su STC N° 0003-2013-AI/TC (fundamento 54°), como el principal instrumento

de equiparación de los intereses de las partes de la relación laboral, por lo que el mandato constitucional recogido en el artículo 28° de la CP, impone al Estado crear los mecanismos e instrumentos legales que permita fomentar y garantizar el dialogo permanente entre trabajadores y empleadores.

Respecto a la regulación de la SPL, esta no fue muy clara para los trabajadores vulnerándose parte de los derechos descritos líneas arriba y en consecuencia dicha legislación afectaba al principio constitucional de derecho al trabajo, a la continuidad laboral, a la protección contra el despido arbitrario, así como al principio de negociación entre otros; pues inicialmente se brindó una cierta protección a sus derechos, como mantener sus puestos de trabajo e ingresos, no obstante, posteriormente las normas se fueron flexibilizando; si bien es cierto de alguna manera la situación se agravaba para las algunas empresas conforme se extendía la pandemia, ello no enerva que se hubiera puesto otro tipo de salvaguarda; como por ejemplo legislar mejor la evaluación del grado de afectación económica de la empresa para invocar la suspensión perfecta, puesto que se limita a una aplicación de ratios que relaciona importes de carga de personal y ventas, sin incluir otros ratios financieros como liquidez y solvencia patrimonial para poder medir la real espalda financiera que tiene el empleador y asumir una tarea de mayor responsabilidad social con la sociedad, puesto que gracias a sus trabajadores consiguió tener dicha solvencia. Es pues indudable que se van a registrar pérdidas en términos económicos y sociales, pero estas deben de traducirse en un daño o perjuicio económico relevante que solo podría evaluarse con reportes financieros más completos; pues de no tratarse de una pérdida significativa lo lógico es que estas deberían ser absorbidas de manera proporcional, de tal forma que se evite cargar todo el peso de la pérdida a la población trabajadora.

En esta misma línea, los profesores Boza y Mendoza (2020), hicieron un análisis jurídico sobre los riesgos o beneficios que trajo consigo la regulación de la SPL para el COVID 19, pues advierten una excesiva flexibilización línea de este instituto, pues no se garantiza que esta sea una medida excepcional o de última ratio; que dentro del procedimiento no se avizora mecanismos encaminados a optar por la alternativa menos gravosa para el trabajador y que ello solo puede darse si se concretizan los espacios de negociación en cada caso concreto. Así también los autores señalan a que se ha introducido una modalidad especial de invocación de la SPL, pues consideran que no es del todo correcto admitir que estamos ante un caso imprevisible e irresistible ya que la

OMS ya advertía de esta pandemia; y que válidamente podría invocarse al principio de ajenidad de los riesgos propios de la relación laboral. Las reglas establecidas en el D.U. 038-2020 referido a la SPL presentan problemas en la efectividad de su aplicación, pues habría temas relacionados al impacto económico que tiene que evaluar el empleador, y que dicho mecanismo de evaluación solo utiliza datos financieros parciales como es el nivel de ventas sin considerar la solvencia o espaldada financiera que tiene el empleador, lo cual podría ser aprovechado por malos empleadores. Otro riesgo que señalan es la activación del silencio administrativo positivo en la norma, pues se corre el peligro de que la mayoría de las solicitudes sean aprobadas mediante este mecanismo, no lo cual no garantiza que el procedimiento administrativo interno llevado por la empresa para elaborar su solicitud haya respetados los derechos de los trabajadores. Por lo que concluyen que una aplicación indebida de la SPL podría afectar derechos fundamentales como el trabajo, negociación y libertad sindical.

Por otro lado, la regulación ha resultado muy compleja para ambas partes de la relación laboral, uno con relación al subsidio laboral del 35% del importe de la planilla a que se refiere el D.U. 029-2020 y que ha tenido incidencia en la SPL; esta norma resulta ser discriminatoria porque solo otorga el subsidio para los trabajadores que hayan estado percibiendo hasta S/. 1,500.00 dejando en indefensión a aquellos que pasaban dicho importe y ello se observó de manera concreta en el D.S. 012-2020TR, en el que se prohíbe aplicar suspensión perfecta a los trabajadores por los cuales se haya percibido el subsidio; nos preguntamos y es que acaso los trabajadores que perciben más de S/. 1,500.00 no tienen igual necesidades de subsistencia? ¿no se estaría afectando su dignidad como persona?; lo ideal de la norma es que se hubiera legislado el subsidio para todos los trabajadores sin distinción hasta un tope remunerativo de S/. 1,500.00; esta última situación afecta también al empleador toda vez que no recibirá subsidio por aquellos trabajadores que superasen el importe mencionado generándose de esta manera una mayor dificultad en esta situación de emergencia.

Otra afectación al trabajador, es debido a la complejidad del trámite para sustentar la solicitud de la SPL por parte del empleador ante la Autoridad Administrativa (AA), pues como sabemos basta con la invocación para suspender el pago de remuneraciones, y esta entidad está causando demoras en la resolución de los casos y en su mayoría los ha declarado improcedente, trayendo como consecuencia la dilatación del proceso de suspensión perfecta y por lo tanto demora en la

expedición de la resolución aprobatoria de la SPL por parte de la AA, con lo cual el trabajador perteneciente a la microempresa no pueda acceder al beneficio de la “prestación económica de protección social de emergencia ante la pandemia del COVID19” ascendente a S/. 760.00 a que se refiere el inc. 7.3 del Art. 7° del D.U. 038-2020; ello se ha podido corroborar en la medida que muchos trabajadores por cuyos empleadores a operado el silencio administrativo positivo en la solicitud de SPL, que al intentar tramitar dicho beneficio en la plataforma web del Seguro Social de Salud ESSALUD según lo indicado en el numeral 7.4 del referido D.U. no lo han podido iniciar por la falta de comunicación entre la ambas entidades; pues los sistemas de ESSALUD no están diseñados para procesar solicitudes de prestaciones económicas sino cuenta con alguna constancia de aprobación de la SPL, por lo cual se estaría causando un serio perjuicio económico por el entrapamiento generado por una legislación poca clara con respecto a sus procedimientos contemplados para acceder a la SPL; esta misma situación de complejidad genera incertidumbre en el empleador por la falta de predictibilidad en los resultados de los trámites iniciados en relación a la institución materia de esta investigación.

Como quiera, que las autoridades gubernamentales han percibido que hay un entrapamiento en los distintos procedimientos administrativos que se han iniciado por la SPL, se vieron en la necesidad de emitir el D.S. N° 015-2020-TR, con lo cual se pretende flexibilizar los procedimientos a que nos referimos, sin embargo, dicha medida también afectaría a los trabajadores, ya que la misma contempla que ya no será necesario demostrar que hay una negociación y/o consenso entre trabajador y empleador.

En relación de los derechos económicos se consagran en el art. 58° en el que se establece que “la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado...”. de esta manera, se consagra la constitucionalización del modelo económico de la economía social de mercado, que se caracteriza por la autonomía privada en el ámbito económico, por sus libertades económicas en sus diversas expresiones y en donde se deja al mercado ser el principal mecanismo asignador de los recursos. Asimismo, impone al Estado estar vigilante de dicha tarea, limitándolo tan solo a intervenir en casos en el que se requiera, esto es, cuando surjan problemas en el funcionamiento del mercado (Rodríguez, 2005, pág. 797).

Es de destacar que la iniciativa privada es el primer componente de nuestro modelo económico, facultad de toda persona, de emprender y desarrollar, con plena autonomía, cualquier actividad económica de su preferencia, ello implica la confianza y capacidad de la persona para generar riqueza, así como para administrarla sino también para administrarla responsablemente en base a determinadas reglas de juego o competencia, lo cual se podrían ver afectadas por normas que conminan a evitar la invocación SPL, con lo cual ya no se tiene plena autonomía e incluso de trastoca la empresa a nivel de gestión administrativa con lo cual podría dificultar su crecimiento económico o en última instancia hacerla quebrar.

Otro componente del modelo económico es el aspecto social, ya que impone a quien ejerce la iniciativa privada lo haga dentro de los parámetros de una economía social de mercado. Este ingrediente de lo social, que no es otra cosa que promover una sociedad económica justa que este orientado al bienestar común, que tenga en consideración que la riqueza no es generada tan solo por los accionistas, propietarios, sino que también detrás de ellos están los trabajadores que contribuyen a que los demás factores de producción puedan interactuar.

En el aspecto social del modelo económico, el Estado cumple un rol fundamental de vigilar este aspecto, a través de la promoción del empleo, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, es decir todas estas tareas buscan de algún modo la reasignación de recursos como medio para alcanzar el desarrollo sostenido y equilibrado de los ciudadanos de nuestro país.

En esta misma línea de análisis se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al señalar:

“La ESM, como modelo ius-fundamental económico, busca asegurar la competencia mediante el estímulo de la capacidad productiva individual, con el objeto no solo de generar la creación de riqueza, sino de contribuir con la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia social y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (STC 011-2013-PI-TC, fundamento 19).

En consecuencia, el modelo tiene dos lados, la iniciativa libre y el ejercicio de este bajo determinados parámetros, orientados al bienestar común; por lo que las intervenciones a los derechos económicos como la regulación de la SPL en contexto de crisis sanitaria deben ser evaluados bajo estos dos aspectos.

Se evidencia también, una vulneración al principio de libertad de empresa, en el sentido que las normas COVID19 en cuestión, conmina y recorta alternativas de soluciones legales ante una situación fortuita, que implica la paralización de actividades y, por ende, la imposibilidad de generar ingresos. De esta manera, se ven seriamente afectadas pues deben asumir costos sociales, lo que les trae consigo una alta probabilidad de quiebra.

Como sabemos, la empresa juega un rol muy importante en una ESM. La empresa es el elemento organizador de la economía, capaz de coordinar y dirigir todos los factores que concurren en la producción de bienes y servicios. Además, puede ser vista como una organización de relaciones y contratos, que aparecen en cada etapa de la producción (Gutiérrez, 2005, p. 815).

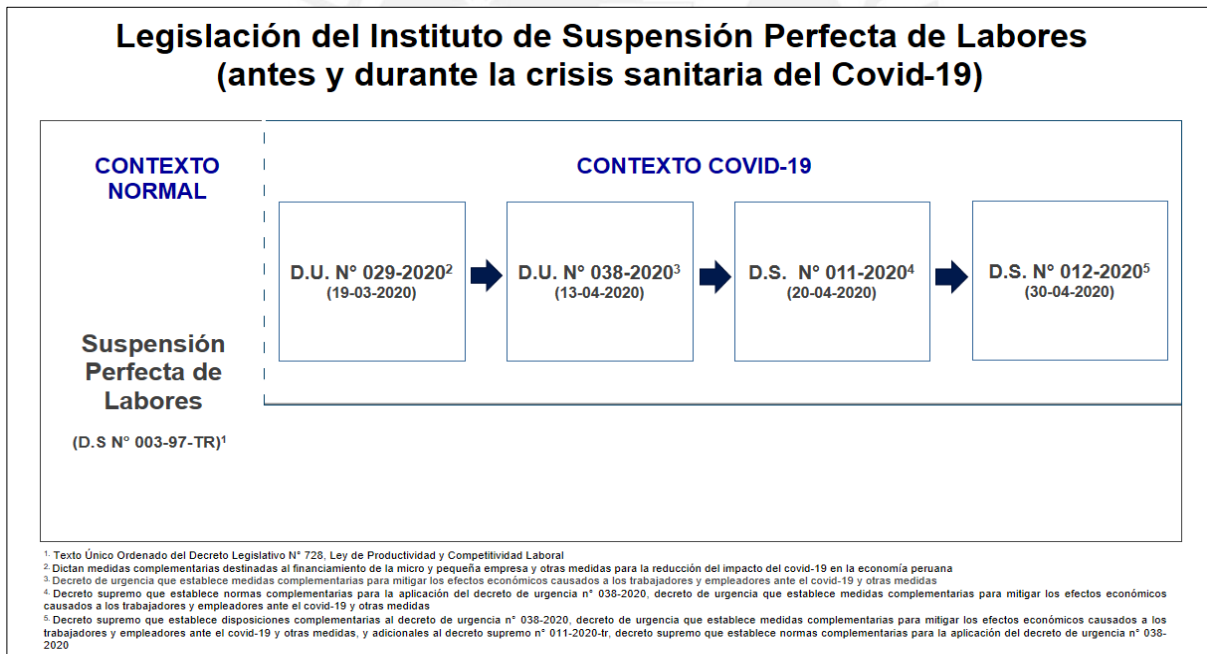
A decir del mismo autor, destaca que la libertad de empresa, estaría compuesta por otras libertades como: creación de empresa, inversión, acceso al mercado, organización, gestión, transferencia de empresa y, por último, cierre de empresa; ello nos brinda un mejor panorama de análisis, en el que podemos determinar que el DU estaría afectando principalmente en las sub libertades de organización y de gestión, lo cual no quiere decir que las demás libertades no se ven afectadas, pues hablamos de un derecho económico constitucional sistémico. Lo anteriormente manifestado, también ha sido corroborado de manera resumida por el Tribunal Constitucional en su STC 011-2013-PI-TC, fundamento 32 que a letra dice: “que la libertad de empresa está compuesta por tres posiciones ius-fundamentales básicas, entre ellas el acceso, la autoorganización y la cesación”.

Este derecho de libertad de empresa, sin duda puede verse afectado por la regulación de la SPL, puesto que, ante una paralización económica global, la empresa debe de organizarse en base a afrontar la crisis económica que deviene por la paralización de actividades, por lo que se verá entorpecida por las medidas gubernamentales.

En cuanto al orden público económico que se encuentra plasmado en la constitución, el foco de las actividades económicas recae en las empresas privadas, de esta manera la organización y dirección del proceso económico queda en manos de los particulares, para ello están premunidas del principio de libertad de empresa que es la concreción de la iniciativa privada.

Del análisis descrito hasta aquí, se considera que, si hay una injerencia por parte del Estado – en la vida y desarrollo de las empresas –, puesto que en los hechos se vieron conminadas a mantener sus costos laborales pese a no generar ingresos y además enfrentar la complejidad del procedimiento administrativo para invocar la SPL generada por la duplicidad de su regulación tal como se muestra en la figura 2 en la que se aprecia un paralelismo de normas referidas a un mismo tema, pues como se sabe antes de la pandemia la SPL se encontraba regulada por el D.S. 003-97-TR, la misma que no ha sido derogada por los posteriores decretos de urgencia que entraron a regular la invocación de este instituto durante el desenlace del COVID19, y es precisamente esta situación que genero mayor confusión⁶ y carga procesal en la relación trabajador, empleador y entidad administrativa (SUNAFIL), resultando mayormente perjudicados los trabajadores.

Figura 2. Legislación del Instituto de Suspensión Perfecta de Labores antes y durante la crisis sanitaria del Covid-19.



Fuente: Diario “El Peruano”
Elaboración: Propia

⁶ Las mismas autoridades aprobaron varias versiones de protocolos de supervisión de las solicitudes de la SPL, debido a las diferentes modificaciones legales que se iban realizando conforme iba la tendencia de la evolución de las suspensiones de trabajadores en las empresas (Actualidad Laboral, 2020). /

Por otro lado, cuando se vulnera la libertad empresarial en una sociedad – por la trascendencia social de este derecho – muchas personas se ven afectadas, sobre todo cuando se trata de cerrar o impedir la apertura de negocios. Ninguna transgresión a la libertad de empresa afecta sólo a empresarios; la situación trasciende a consumidores, trabajadores, proveedores, y hasta al país mismo. Por lo que, al tratarse de un fenómeno colectivo, la libertad de empresa debe ser protegido por todos y no sólo por los más involucrados, los particulares. Por lo tanto, el Estado es responsable de eliminar las barreras que puedan obstaculizar o restringir la libre entrada del mercado de bienes y servicios, así como las prácticas que restrinjan la libre iniciativa.

En cuanto a la afectación a otros principios constitucionales de orden económico, podría considerarse a la libertad de contratar establecida en el artículo 62 de la CP, donde se destacan aspectos de la libre contratación bajo determinadas normas vigentes, la libertad del contenido de los contratos mientras todo sea lícito, así como la modificación de sus términos por elementos externos a la voluntad de las partes contratantes. Así también el Tribunal constitucional se pronunciando en su STC N° 7339-2006-PA-TC anotando que dicho derecho garantiza la facultad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, y que ello se puede lograr cuando existe acuerdo de voluntades donde convergen sus intereses mutuos. Por lo que, estos hechos implican que las empresas celebraron contratos bajo un régimen laboral establecido, y que estos contienen cláusulas de orden público, es decir, no es necesario que estén escritas para estar incluidas, por lo tanto, al modificar continuamente el instituto de la SPL equivale a interferir en los contratos laborales. Asimismo, otro principio vulnerado sería el de subsidiaridad, donde se conmina al Estado a no interferir en el desenvolvimiento de los agentes económicos.

De lo descrito hasta aquí, vemos que el sistema económico, aparte de garantizar las libertades económicas, que es característico de este régimen, pone como parámetros al bienestar común⁷ y la

⁷ El Exp. 012-2019-AI/TC del 15.08.20: Sobre esto, el Tribunal ha señalado que: "Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies" (Sentencia 0048-2004- AUTC, fundamento 37).

justicia social, que serán los contenedores del proceso dinámico que ocurra cuando se ejerzan estas libertades, de tal manera que las module cuando la situación las requiera. Ello partiendo de la premisa de que el valor de la persona, es decir, su dignidad o su bienestar, es el elemento justificativo de todo el contenido material de la Constitución, tal como se circunscribe en su artículo 1; esto es que la persona es el fin supremo (Castillo, 2020).

Por consiguiente, la libertad de empresa, no sólo se da para propiciar el buen funcionamiento del sistema económico, sino que, a su vez, debe brindar protección a los consumidores, trabajadores, demás empresarios y hasta al propio Estado, en su función de regulación (STC N° 01405-2010-PA/TC, 2010). De esto, se puede inferir que el ejercicio de la libertad de empresa implica la exigencia de coordinar y compatibilizar intereses particulares con los intereses públicos configurando así el interés general.

Por lo tanto, a la luz de este análisis en el entendido, de que la regulación de la SPL en la crisis sanitaria COVID-19 constituye una vulneración al régimen económico y una afectación a la libre iniciativa privada, tendría que ser revisada bajo un contexto integral del modelo económico constitucional.

Es así que, en reiterada jurisprudencia de nuestro supremo tribunal, se ha indicado que no toda injerencia resulta ser inconstitucional tal como se muestra en la STC N° 011-2013-PI/TC, en donde el Colegio de Abogado de Lima Norte cuestiona la constitucionalidad del Art. 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar, en la medida que los Institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso; alegando vulneración a la iniciativa privada y libertad de empresa.

Sin embargo, en el fallo se demuestra que la regulación estatal cuenta con un mayor campo de actuación en la medida que otros valores constitucionales superiores como el derecho a la educación se encuentra en juego, demostrándose de esta manera lo citado al principio.

Finalmente podemos concluir en este apartado que la regulación COVID19 respecto a la SPL, si ha vulnerado principios constitucionales relacionados principalmente al régimen económico, así como los relacionados al derecho al trabajo.

Pues es de verse que existe una clara intromisión a la iniciativa privada al interferir con mayores barreras de entrada a dicha iniciativa así como la forma de administrar su riqueza al pretender evitarse la invocación de la SPL, a la libertad de empresa al imponerse el sostenimiento de un contrato de trabajo sin beneficio económico para la empresa y a la libertad de contratación pues interfiere en los términos de los contratos al no existir una prestación por parte de los trabajadores y mantenerlo vigente pese a no generar ingresos dado el contexto de la crisis sanitaria. Y de igual forma, también se ha podido avizorar afectaciones al principio protector del derecho laboral consagrado constitucionalmente en el art. 26; a la continuidad laboral, y derechos como a la continuidad laboral, al trabajo, a una remuneración justa y equitativa, a la negociación colectiva y protección al despido arbitrario, puesto que dichas normas de la SPL se fueron flexibilizado con respecto a los filtros necesarios para poder invocar la SPL perjudicando la continuidad del trabajador en la empresa.

1.3. El derecho al trabajo en la constitución

Ahora bien, ya establecido los principios constitucionales afectados tanto de índole económico como laboral, procederemos a desarrollar con mayor amplitud los principios que protegen el derecho al trabajo a nivel constitucional, para poder tener ciertos criterios de medición del grado de protección y afectación brindada por la SPL en la experiencia de crisis sanitaria COVID19.

El derecho al trabajo lo encontramos consagrado en el artículo 22° de la Constitución, mismo que a pesar de estar consignado bajo el título de Derechos Sociales y Económicos, también se considera como Fundamental. Dicha consideración, se da debido a la posibilidad de poner en riesgo al trabajador y afectar su esfera personal e íntima, de ahí que, la eficacia de los derechos fundamentales dejará esa visión tradicional, y no solo se delimitará a relación entre persona y Estado, sino también a la que se tenía entre particulares (Valdés, 2003). Más aun, este artículo citado debe ser concordado con el art. 2° numeral 15 de la CP, cuando señala, que toda persona “tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley”; con lo cual resulta indubitable el carácter de derecho fundamental.

En este mismo orden de ideas, el Estado, según consta en el Artículo 23 de la Constitución, debe promover condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. En relación con ello el TC, en la STC N° 1417-2005-AA/TC, señala lo siguiente: “los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), son derechos fundamentales y tienen naturaleza propia de un derecho público subjetivo”. De esta manera los derechos económicos sociales y culturales se enmarcan en los denominados derechos fundamentales, como lo es el artículo mencionado inicialmente.

En tal sentido, al configurarse los derechos laborales en calidad de derechos económicos, sociales y culturales, como derechos fundamentales, queda como misión que el Estado asuma la tarea de efectivizarlos, y hacerlo de manera inmediata, sobre todo porque los mismos según la normativa, deben ejercerse sin discriminación alguna y las medidas que se adopten deben estar orientadas a su satisfacción en el plazo breve; para ello adecua la legislación según las obligaciones que estos conllevan y establece planes para alcanzar la efectividad de los mismos.

Además, como se ha sustentado en el capítulo anterior, nuestro marco normativo constitucional se basa o fundamenta en que la persona es el fin supremo; por lo que resulta evidente la protección suprema de su dignidad misma y, para que esto último prevalezca siempre, es necesario el trabajo en la persona, pues de esta manera puede sustentarse y desarrollarse socialmente (STC N° 008-2005-PI/TC, fundamento 18).

Por otro lado, es necesario destacar el carácter tuitivo del derecho laboral que lo diferencia del Derecho común, que trata de proporcionar igualdad jurídica entre los contratantes ante una evidente desigualdad derivada de la autonomía económica de uno de los participantes; por lo que, el derecho del trabajo está mayormente orientado en amparar a la parte más débil de la relación: el trabajador. Esto es porque se encuentra basado fundamentalmente por el principio protector, el cual consiste en dar la tutela preferencial a favor del trabajador, con el objeto de armonizar la desigualdad existente entre los trabajadores y los empleadores (Plá Rodríguez, 1978, p. 61)

Este principio protector que se irradia a todo el derecho laboral cumple un papel fundamental desde la construcción, interpretación y aplicación de este; es decir, el centro de protección de este derecho es el Trabajador; cumpliendo un papel orientador, que ha construido su carácter

constitucional por sí mismo, ello se desprende de la lectura de los artículos constitucionales referidos al derecho del trabajo.

El Tribunal Constitucional en el desarrollo de sus sentencias también lo entiende así; ello lo podemos notar, en la STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, cuando establece que:

"Para hacer frente a ello [es decir, a la asimetría subsistente en la relación laboral] se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, 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 esta." (fundamento 11).

En este mismo orden de ideas, Plá Rodríguez (1978) señala que, este carácter tuitivo del derecho laboral se concreta, mediante las siguientes reglas: la primera, conocida como *in dubio pro operario*, consiste que, ante la duda de interpretación de una norma legal o convencional, se debe de preferir la interpretación que favorezca al trabajador (p. 40). Dicha regla en nuestro país la tenemos a nivel constitucional en el Art. 26.3. La segunda regla está referida a la aplicación de la norma más favorable que consiste en aplicar y/o preferir la norma que favorezca en mayor medida al trabajador; esta segunda regla consta también en la nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497. Y, por último, la tercera regla de la condición más beneficiosa: que implica dar el carácter de permanente a ciertos beneficios que venía o viene recibiendo el trabajador en el devenir de la relación laboral, de manera que una vez alcanzado dicho beneficio ya no se le podría retirar, puesto que son situaciones jurídicas configuradas a través de tiempo. Por ende, la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.

Es importante reiterar que, en la segunda regla referida a la aplicación de la norma más favorable, hay una pauta interesante planteada por De Diego (2019), cuando señala que ante un caso hipotético se presentará una situación particular, donde dos o más normas, podrían plantear dos soluciones, para poder dilucidar el caso en particular; la primera consistiría en fusionar de manera sistemática los derechos más favorables de cada dispositivo legal, con lo cual conformaríamos una suerte de tercera norma y la segunda consiste en elegir la que en su conjunto constituya la norma más ventajosa para el trabajador (p. 112).

Si bien nuestra normativa constitucional no se acoge expresamente a ninguna de estas soluciones, la doctrina da preferencia a esta última alternativa, aunque en nuestra opinión, no habría impedimento para utilizar la técnica de la mezcla tratando de buscar la mejor solución aplicable ante situaciones como la generada por la declaratoria de emergencia; es decir, sólo para casos excepcionales.

Por lo tanto, para poder analizar y resolver el problema jurídico de estudio, el principio protector nos da las pautas necesarias, siendo esta la aplicación del principio de la norma más favorable. Dado que, este principio se aplica en un escenario en el que dos o más normas entran en colisión, y como resultado de su aplicación, se debe optar por una de ellas para aplicarlo en un caso concreto (Boza, 2011, p. 190).

De lo afirmado por estos tratadistas, y de la revisión constitucional hecha, podemos concluir, que la defensa del trabajador y su dignidad son el fin supremo del derecho laboral. La economía y el Estado existen en orden al hombre, por lo que todos los entes que las constituyen deberán responder siempre a la dignidad del hombre – en este caso, el trabajador – y garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales (Kresalja y Ochoa, 2020, pp. 52-53). Por tanto, el ejercicio y defensa del derecho al trabajador, está orientado a equilibrar una relación jurídica que de por sí es desigual y donde es susceptible que una de las partes pueda hacer uso de su ventaja económica, sobre todo en escenarios económico sociales como el de nuestro país, donde existe una alta tasa de informalidad y un bajo nivel de fiscalización por nuestras instituciones gubernamentales; por ello, es fundamental que el derecho laboral sea dinámico y tome siempre una lectura anticipada de nuestra realidad para efectos de alcanzar su objetivo de protección al trabajador y de su dignidad.

En consecuencia, toda evaluación constitucional del derecho del trabajo debe entender de que, si bien dicho derecho corre en el capítulo de los derechos sociales económicos, este no deja de ser un derecho fundamental en virtud del numeral 15 del Art. 2º de la C.P. y así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ya anotada. Es por tal razón que toda interpretación debe tener en cuenta que este derecho permite el disfrute y optimización de los demás derechos de que goza la persona para tener un desarrollo integral normal y satisfactoria de su vida en una sociedad libre y democrática.

Finalmente, debemos anotar que ante una intervención estatal relacionada a derechos fundamentales esta se debe de resolver en base a un modelo de constitucionalidad que el momento histórico este vigente, para ello será necesario hacer un desarrollo de los principios constitucionales confrontados, para valorar su peso y poder ponderar dichos principios para establecer cual debe de prevalecer sobre el otro, sin llegar a eliminarlo del ordenamiento jurídico, pues solo se tratará de regular su densidad por el tiempo necesario para resolver la situación regulada. Si bien es cierto, se reconocerá la existencia de ambos derechos o principios, pero que sin embargo uno de ellos cederá frente al otro, porque va a ser la solución más idónea y adecuada para garantizar la convivencia pacífica de la sociedad.



CAPÍTULO II: EVALUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUSPENSIÓN PERFECTA DE LABORES

Este trabajo requiere de un método para abordar el problema de investigación y considerando la temática establecida aplicaremos los enfoques de la argumentación jurídica constitucional y el jurisprudencial como un elemento de apoyo.

La elección de estos enfoques responde a que en la situación problemática planteada se presenta una confrontación de principios y derechos constitucionales, por lo que es necesario argumentar mediante en planteamiento de premisas y razones que justifiquen una determinada respuesta a la hipótesis de este trabajo, es decir hay que evaluar y analizar los hechos acontecidos y contrastarlos con las premisas obtenidas a partir de los principios y valores constitucionales, así como también es necesario analizar la jurisprudencia constitucional referidos a situaciones similares de emergencia sanitaria abordados por los diferentes tribunales constitucionales de diversos países.

El enfoque de la argumentación jurídica constitucional requiere de un razonamiento sobre la base de premisas ciertas para llegar a determinadas conclusiones, es decir debe haber una especie de silogismo, coherencia o conexión lógica entre los considerandos y la decisión final. Una correcta argumentación jurídica supone un razonamiento basado en las leyes de la lógica donde haya una presentación de hechos, que podría denominarse parte expositiva; una presentación de razones que justifican el arribo a una conclusión, a la cual podríamos denominar parte argumentativa y por último una presentación de una conclusión a la cual podríamos denominar decisión final (Aranzamendi, 2013).

Este enfoque argumentativo, ha cobrado bastante auge por los últimos cambios en los sistemas jurídicos, sobre todo en el traslado de un Estado legal de derecho, en donde tiene un mayor protagonismo la ley, y el juez solo tiene que realizar una labor simple de subsunción de un hecho a la ley a través de una interpretación literal; a un Estado Constitucional de Derecho, en donde la constitución cobra mayor relevancia por su carácter normativo que político, sus preceptos son indeterminados y es necesario aplicar principios optimizadores de los derechos, razón por la cual cobra una mayor importancia la argumentación jurídica para establecer las razones plausibles que demuestren la razonabilidad de una medida o decisión (Tribunal Constitucional, 2023).

El enfoque jurisprudencial, el cual está basado en el estudio de las decisiones judiciales emitidas mediante sentencias por los tribunales, resulta preponderante en este trabajo para evaluar mediante la doctrina jurisprudencial la línea de interpretación constitucional respecto a escenarios de emergencia sanitaria, por lo que resulta ineludible revisar y analizar los fallos que se vienen brindando tras la experiencia del COVID - 19. Pues como sabemos la jurisprudencia constituye como fuente del derecho, pero que además en nuestro ordenamiento procesal constitucional tiene un reconocimiento legal que le brinda fuerza vinculante cuando así se establece en la sentencia.

Pues como sabemos, en sistemas como el Common Law, la jurisprudencia constituye la principal fuente del derecho, mientras que en el Civil Law la principal fuente es la ley y la jurisprudencia cumple una finalidad interpretativa complementaria, sin embargo el rol que juega en el sistema jurídico es bastante relevante al permitir integrar el derecho ante deficiencias legislativas, unificar criterios de decisión, con lo cual dota de seguridad jurídica al sistema y finalmente podemos indicar que permite desarrollar e innovar el derecho tras las decisiones de optimización de principios y valores que en sus fallos se plasman.

Al abordar los enfoques metodológicos se tomarán en cuenta las posibles limitaciones que podrían enfrentar como bien señala Alexy (2009), la subjetividad interpretativa afecta la argumentación cuando el operador jurídico se guía más por sus creencias, experiencias personales que por premisas objetivas, e igualmente Atienza (2006), expone que el alto grado de abstracción y el grado de complejidad de los conceptos, al tratar de resolver casos de principios y ponderación de derechos, afectan la comprensibilidad de las resoluciones judiciales emitidas.

Con respecto al enfoque jurisprudencial debe tenerse en cuenta las posibles contradicciones que podrían presentarse entre distintos fallos, es decir cuando no hay una marcada línea de desarrollo coherente y sistemático de algún tema puesto a decisión jurisdiccional; lo cual va a dificultar la tarea de complementar un debido sustento razonable respecto a los cuestionamientos jurisdiccionales respecto a temas relacionados con esta investigación.

En consecuencia, el problema y sus objetivos serán abordados, bajo los métodos ya señalados, pero considerando una visión Constitucional dinámica de protección al ser humano, siendo la primera tarea precisar ¿si la intervención del Estado era necesaria? y si ¿dicha intervención es legítima? así como determinar el instrumento legal idóneo para dicha intervención.

Como se ha podido notar, tras la experiencia sanitaria del COVID - 19 los Gobiernos a nivel mundial, adoptan políticas públicas laborales con la finalidad de mitigar los efectos económicos y sociales, que se generan, tras las medidas regulatorias de cuarentena, que se dictan ante crisis sanitarias severas como la ya citada. Para ello los Estados invocan al principio de solidaridad, teniendo como prioridad proteger la vida, a la vez que buscan un equilibrio social, con el fin de preservar el orden socio económico. En el Perú, nuestra carta magna en su artículo 44° impone al Estado *“garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación”*. En consecuencia, esto es un deber fundamental el cual se condice con su artículo 1°, al poner a la persona y a su dignidad como su fin supremo. Es así, que toda actuación del Estado enmarcada dentro de estos principios es altamente seguro que se constituya en legítima.

En ese mismo orden de ideas, el Estado peruano no sólo actúa de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución sino también en lo establecido por los tratados sobre derechos humanos. En concordancia con ello, el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prescribe la idea de que el Estado asume dos obligaciones respecto de los derechos humanos: la obligación de respetar y la obligación de garantizar los derechos; bridándose, de esta manera, legitimidad a todo su actuar.

Nuestra Constitución, en el ya citado artículo 44°, es muy preciso, al señalar que el Estado debe velar por la seguridad de sus ciudadanos, y ello no solo estaría limitado a un tema de agresión bélica, sino también a un concepto mucho más amplio, en el cual ingresan otros aspectos como situaciones de zozobra generada por pandemias, desastres naturales, entre otros. En cualquiera de los casos, el Estado debe estar preparado para garantizar la plena vigencia de los principales derechos fundamentales cualesquiera fuera la situación.

Entonces, ante un panorama de pandemia, donde alrededor de 6,3 millones de personas habían fallecido a nivel mundial a consecuencia de la COVID-19 (Orús, 2022) y en el que, las actividades se han paralizado, en su mayoría, el accionar de los principales agentes económicos (las empresas), la intervención por parte del Estado, sobre todo en tiempo de COVID-19, queda

legitimada y resulta ser indispensable, para desarrollar las actividades necesarias para el bien común o promoverlas, que es el caso.

Por lo que dicha legitimidad de la intervención del Estado, la encontramos en su origen de la constitución misma, la necesidad de cuidar y velar por el bienestar de sus ciudadanos; tal como está anotado en el art. 44° de nuestra carta magna, "... proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación"; por lo que, ante una situación de pandemia y de alto riesgo que genera para la vida de los ciudadanos, resulta indiscutible su intervención. El estado debe garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (Blancas, 2007); razón por la cual, ante situaciones de emergencia, mediante la Constitución, se le otorga al presidente facultades legislativas de realización rápida que se concretan mediante los decretos de urgencia.

No obstante, al momento de emitir normas de aspecto laboral que buscan contrarrestar los impactos nocivos de medidas como el confinamiento, en aras de proteger las relaciones laborales, éstas deben guardar coherencia con el orden público y el bienestar social general. Esto significa que al proteger determinados derechos no resulten perjudicados otros derechos que también son necesarios para la coexistencia del sistema de vida basado en una economía social de mercado.

En relación con pretender resolver el problema de investigación; corresponde como premisa, evaluar preliminarmente bajo dos principios de carácter transversal que acompaña a nuestra carta magna y que son fundamentales para determinar si una actuación responde a los principios y valores de un Estado Constitucional de Derecho; esto son los principios de Razonabilidad y Proporcionalidad.

2.1. La razonabilidad y proporcionalidad

La razonabilidad y proporcionalidad son principios que permiten mejorar el sistema jurídico al que se adscribe nuestro país, y lo acerca al sistema del derecho anglosajón, pues ya nuestros operadores del derecho no solo se limitaran a subsumir una situación a la descripción literal de una norma como una forma tradicional de interpretarlas, sino más bien se admite interpretaciones teleológicas integradoras de mayor alcance a afectos de que el derecho no se desfase ante determinada realidad y no se deje de impartir justicia, cualquiera sea el hecho sometido a su juicio.

Por lo que a través de su aplicación se hace más viable el fin supremo del derecho y permite abolir cualquier ejercicio arbitrario y abusivo del derecho y del Estado.

La importancia de estos principios está en que rodea a todo el derecho y se despliega en cada etapa y fases de su aplicación; gracias a estos principios el Tribunal Constitucional ha ido optimizando y desarrollando tendencias innovadoras del derecho positivo cuyo fin sea la eficiencia en el logro de la paz social.

Del análisis hecho de las normas, podemos determinar que la institución en estudio, ya se encuentra plasmada en el derecho laboral ordinario; habiendo una suerte de duplicidad legislativa; por lo que es muy probable que el contenido de las normas al tratar de proteger los derechos de trabajadores en este estado de pandemia, terminen afectando a otros derechos que también son de carácter constitucional, como aquellos recogidos en el título III de la Constitución Política referidos al régimen económico.

La razonabilidad y proporcionalidad son principios generales de amplio espectro (Rubio, 2018, p. 21), que nos ayudan a evaluar determinadas actuaciones de nuestra vida jurídica y que indudablemente son principios que están fuera y a su vez dentro del test de proporcionalidad y que los traemos a colación a efectos dar un mayor soporte de análisis de la validez constitucional de las normas en cuestión, dado que son herramientas que nos permitirán brindar mejores argumentos y razones para dar respuesta a la hipótesis de investigación.

El principio de razonabilidad constituye una conminación a los sujetos, para que sus actuaciones frente a determinados hechos y circunstancias sean las más adecuadas e idóneas para enfrentar una realidad a resolver; que dichas actuaciones sean las esperadas y aceptadas por la colectividad en general. Dichas actuaciones deben basarse en razones objetivas y valores que buscan un trato justo, que garantice un tratamiento imparcial de las personas, basado en la razón (Rubio, 2018, p. 21).

Como podemos ver, es un concepto amplio que persigue cierta lógica y armonía del que se espera cierta paz social, porque orienta las actuaciones de las personas bajo una línea que consiste en guiarse por la razón. Es más, busca brindar orientación al juzgador, para que tome una decisión que no sea arbitraria sino justa (STC N° 2192-2004-AA/TC, 2004, fundamento 15).

Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional (STC 0708-2005-PA-TC).

Al analizar la economía, a la luz de estos principios debemos precisar que esta debe de estar al servicio del ser humano y no al revés, sin embargo, esta pandemia demuestra que, aunque las normas existentes tratan de regular y ponderar los derechos fundamentales, los niveles de desigualdad siguen siendo altos, y es que, desde su promulgación, la situación no ha mejorado o por lo menos no ha beneficiado a todos. Aunque es cierto que, en épocas de pandemia, todos se ven afectados, también es muy cierto que, la capacidad de respuesta y resistencia no es la misma en la relación trabajador – empresa.

Por otro lado debemos pensar en el principio de solidaridad, que aunque no está expreso literalmente en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha consagrado su contenido a través de su jurisprudencia, indicando que su finalidad es que en las relaciones entre los miembros de una sociedad exista un nexo ético y común, donde se promueva el cumplimiento de una serie de deberes; entre ellos, el deber de la colectividad de lograr el bienestar general y la redistribución adecuada de los beneficios sociales (STC N° 2016-2004-AA/TC, 2004).

Por lo que, atendiendo al asunto que nos convoca, podríamos afirmar que la regulación contenida en las normas en cuestión es razonable, plausible, evidente de aceptación en la población y hasta cierto punto en los empleadores mismos, que lo ven como un aspecto de responsabilidad social empresarial. Sin embargo, aunque es lógico pensar que los trámites de SPL se irán incrementando conforme el periodo de la crisis se vaya dilatando; estos no se darán a un ritmo vertiginoso. Quedando evidente, que de no haberse tomado estas regulaciones y demás medidas para contrarrestar los efectos del impacto del COVID-19, la situación sería más complicada, la sociedad se encontraría en un caos y se hubieran afectado, de esta manera muchos derechos constitucionales, sobre todo de la clase trabajadora.

A pesar, que el principio de razonabilidad nos permite evaluar si determinadas actuaciones del Estado están basadas en razones que justifiquen su intervención, sin embargo, dicho principio no está exento de críticas, como el tema de la subjetividad pues para un juez determinada actuación

puede ser razonable y para otros no, dependiendo de su percepción personal en base experiencias de vida tanto académica como profesional. El uso excesivo de este principio puede generar interferencias jurisdiccionales en las actividades de las instituciones del Estado al existir la posibilidad de dictaminar que sus actuaciones son irrazonables en base a los criterios personales y arbitrarios de un juez o tribunal. Asimismo, se señala que este principio no es tan simple de aplicar dado que se requiere una argumentación sistemática, detallada y compleja dado que a veces va de la mano con un análisis de proporcionalidad de los derechos a evaluar y no todo el personal de la judicatura está en capacidad de aplicar de manera eficiente este principio.

En cuanto al principio de proporcionalidad, que es usado generalmente para evaluar la actuación de las autoridades gubernamentales al aplicar algunas medidas y/o resolver conflictos jurídicos, ello no obsta su aplicación en instituciones y situaciones jurídicas donde el tema sea confrontación de principios del derecho constitucional. Esto también lo ha venido desarrollando el Tribunal Constitucional tal es así que en su STC N° 050-2004-AI-TC, indicó que el análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales.

Es así como este principio se ha positivizado en el sistema jurídico peruano, tal como se puede apreciar en el último párrafo del artículo 200 de la carta magna, al igual como otros Estados como España, Colombia, Brasil entre otros; pues una aceptación generalizada de que se trata de un principio general del derecho, por lo tanto existe una obligación explícita e implícita que deben considerar las judicaturas al argumentar y establecer las razones de sus decisiones ante problemas jurídicos donde resulte necesario su aplicación.

Rubio (2018), define a la proporcionalidad como un instrumento teórico que permite determinar la calidad y cantidad de un principio o derecho, cuando se requiere ponderar y/o comparar entre ellos, como consecuencia de haber sido afectados por alguna medida regulatoria, es decir la idea es poder establecer que, ante una determinada situación de conflictos de derechos, determinar la subsistencia de ambos, pero en proporción adecuada de cada uno de ellos.

Como bien se afirma en la definición citada, se trata de modular la dinámica de las actuaciones de los principios del cual se espera cierta flexibilidad de tal manera que coexistan de manera

armoniosa a efectos de cumplir de manera eficiente con el objetivo de que la persona es el fin supremo de la sociedad. Y ante el escenario actual de una crisis económica que afecta a todas las personas incluido las empresas, claro está, hay un conflicto de derechos que protegen a los trabajadores y empleadores por defender sus intereses y es ahí donde la ciencia jurídica debe actuar a efectos de proporcionar ciertos derechos y haga viable un consenso general que ayude a salir de la crisis con el menor costo social.

Este principio de proporcionalidad al igual que el de razonabilidad, ha recibido una serie de críticas, entre los que se destacan Alexy, Barak y Beatty, precisan que dicho principio se ve afectado por la subjetividad del evaluador, dado que los datos para evaluar la proporcionalidad de manera objetiva resultan muchas difícil y confusa su obtención, además de complicarse cuando no se usa una técnica jurídica adecuada.

Finalmente debemos de señalar, que en muchas ocasiones el Tribunal Constitucional ha resuelto haciendo uso solamente de estos dos principios, en tanto resulta evidente, tal como anota Rubio (2018), que estos están por encima del test de proporcionalidad ya que tienen un mayor ámbito de aplicación y uso. Por lo que al aplicar a nuestro caso, diríamos que resulta razonable que se adopten medidas de protección para la población más vulnerable (trabajadores) ante el impacto económico de la crisis sanitaria, como también resulta proporcional que sean las empresas las que asuman inicialmente los costos sociales de dicho impacto; en consecuencia es razonable y proporcional extender la protección de los derechos laborales como también restringir temporalmente los derechos establecido en el régimen económico. Cabe precisar que la restricción equivale a indicar una reducción cualitativa del despliegue de los derechos económicos quedando intacto el núcleo duro de estos derechos, que resulta ser una medida objetiva de cara a medir el grado afectación de dichos derechos.

2.2. Test de Proporcionalidad

En un Estado Social y Democrático de Derecho, como lo es nuestro país, que ante la colisión de derechos ocasionados por alguna regulación gubernamental; el principio de proporcionalidad se erige como un instrumento teórico jurídico que va a permitir dirimir la situación en conflicto. Además, este principio resulta aplicable a los conflictos entre particulares, en aspectos relacionados a sus derechos fundamentales, dentro de las relaciones jurídicas que se puede derivar

de la ejecución de un contrato laboral, muy a pesar de la autonomía de la voluntad con que se constituyen estos contratos (Sanguinetti, 2012).

La aplicación del juicio de ponderación es un procedimiento complejo que conlleva a un resultado en el cual se tienen en cuenta diversas variables: estructura, racionalidad y legitimidad. Eso no quiere decir la declaración de invalidez de uno de los principios en colisión; sino que uno debe preceder al otro, esto será, el principio que ostente mayor peso sobre el otro, pero no de manera perpetua sino, únicamente para un caso particular (Bernal, 2010), pues ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren diversas razones justificativas conflictivas que ostentan el mismo valor (Prieto, 2008).

El principio de proporcionalidad es un instrumento jurídico que permite ponderar derechos fundamentales a través de una evaluación objetiva, tratando de establecer ciertos pesos a los principios en discusión, los cuales los realiza con la aplicación de tres reglas que constituyen su estructura y que a su vez permite determinar a qué situaciones les resulta aplicable, en la medida que este instrumento es aplicable a supuestos donde no haya principios en contienda y, por lo tanto, no hay elementos que ponderar. En consecuencia, para una adecuada aplicación de este test, es necesario aplicar estas tres reglas que consisten en la Idoneidad, Necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, solo así se podrá determinar si la medida legislativa interventora de los derechos fundamentales es lícita y, por lo tanto, constitucional.

La idoneidad, trata de verificar que exista una identidad entre el fin de raigambre constitucional y la medida legal que limita un derecho fundamental; resultando solo constitucional si su finalidad es la de proteger bienes jurídicos de rango constitucional y contempla conductas que lesionen realmente o pongan en situación de peligro tales bienes jurídicos (STC 011-2013-PI-TC). Es decir, nos encontramos ante un bien jurídico merecedor de protección por parte de Estado, si concurren la relevancia constitucional del bien jurídico y la dañosidad social (STC N° 012-2006-PI/TC). Lo que se trata es de constatar que la idoneidad de la medida a examinar tenga relación con el objeto impuesto y debe de contribuir de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante (STC N° 003-2005-PI/TC).

En relación a la estructura del test de proporcionalidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional ha sido unánime en equipar los siguientes pasos a seguir en la aplicación de este procedimiento, así tenemos en primera fase la evaluación del fin constitucional y su idoneidad como medida, en segunda fase se evalúa la necesidad de la medida donde se busca determinar si no había otra alternativa menos gravosa y finalmente la tercera fase que constituye básicamente el test de proporcionalidad propiamente dicho o en estricto.

La idoneidad, trata de verificar que exista una identidad entre el fin de raigambre constitucional y la medida legal que limita un derecho fundamental; resultando solo constitucional si su finalidad es la de proteger bienes jurídicos de rango constitucional y contempla conductas que lesionen realmente o pongan en situación de peligro tales bienes jurídicos (STC 011-2013-PI-TC). Es decir, nos encontramos ante un bien jurídico merecedor de protección por parte de Estado, si concurren la relevancia constitucional del bien jurídico y la dañosidad social (STC N° 012-2006-PI/TC). Lo que se trata es de constatar que la idoneidad de la medida a examinar tenga relación con el objeto impuesto y debe de contribuir de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante (STC N° 003-2005-PI/TC).

Por otro lado, tenemos la fase de necesidad, según el Tribunal Constitucional, esto significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad, para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado (STC N° 050-2004-AI/TC, 2005). Esto se llevará a cabo a través de una comparación entre la medida y los demás medios alternativos, los mismos que atenderán a los siguientes parámetros: su idoneidad para contribuir a la finalidad que se persigue y su menor afectación con relación a los derechos fundamentales intervenidos. Siendo tal medida útil cuando, no haya otro medio alternativo, que, siendo igualmente idóneo, resulte menos nocivo al mismo tiempo. Es decir, hay una evaluación de eficiencia, en la medida que se revisa que no haya otros instrumentos que puedan ejecutarse y cumplir con la finalidad buscada, pero con la menor afectación a los demás principios constitucionales en discusión (Lopera, citado de Salvatierra, 2017, p.17).

Finalmente, tenemos el sentido estricto del principio en sí, según el Tribunal Constitucional peruano, esto implica que para la intervención del legislador en el derecho fundamental específico

sea considerado como legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo, debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho afectado (STC N° 003-2005-PI/TC, 2006).

Entonces, una vez acreditados los dos aspectos mencionados, esto es, la idoneidad y la necesidad, pasamos a aplicar el test de proporcionalidad en sentido estricto, que viene hacer la última etapa del test del principio de proporcionalidad, en el que se realizará una comparación entre los principios ius-fundamentales afectados por la medida y los principios constitucionales que se buscan proteger mediante la intervención legislativa, con la finalidad de establecer si el grado de afectación de los primeros resulta compensado por el grado de satisfacción de los segundos.

Por otro lado, es necesario hacer unas precisiones con respecto a las limitaciones que podría tener este test en la evaluación de la constitucionalidad, como ya hemos visto en cada paso hay que ir asignándole un peso o una medida relativa con relación al grado de afectación del derecho constitucional que se quiere restringir y el grado satisfacción del derecho que se quiere optimizar lo cual no constituye una tarea sencilla y ello se demuestra en distintas sentencias del TC, donde a pesar de haber señalado un determinado grado de afectación y/o satisfacción no precisa con que procedimiento de medición objetivo determino dicho grado. Por lo que la medición de los grados a que se refiere el test debe hacerse con argumentos empíricos objetivos que evite la especulación y guiarse principalmente por la posibilidad real de que se puedan cumplir los fines normativos (Rubio, 2018).

Es de verse que existe cierta dificultad para los grados de afectación y satisfacción, ello pues se debe a la necesidad de comparar dos mediciones distintas entre sí, y que se harían también en tiempos distintos, el grado de afectación que ocurre hoy y el grado de satisfacción que tendría ser evaluado a futuro y en donde tendría que guiarse por algunas formas de proyección de los derechos constitucionales involucrados; por lo que ante estas dificultades debemos de recurrir a los principios base de nuestro sistema jurídico como son el de razonabilidad y proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional con respecto al test de proporcionalidad no ha sido del todo claro y preciso. La doctrina jurisprudencial que se ha venido desarrollando no ha estado exenta de críticas, pues en reiteradas ocasiones se han presentado argumentaciones especulativas que no

ayudan en resolver los conflictos de derechos constitucionales y muy contrario han generado confusiones e incertidumbre de cara a predecir las consecuencias jurídicas de determinadas situaciones en que corresponda aplicar este Test (Castillo, 2005, p. 22).

Una de las principales limitaciones de esta prueba o test, se encuentra en la fase de evaluar la proporcionalidad en sentido estricto, ya que se requiere de una valoración cualitativa de los beneficios y daños, y ello podría verse afectado por la subjetividad; tal como lo señaló Kumm (2004). Otra limitación importante es la complejidad y operacionalización dada las distintas fases por lo que se tienen que filtrar los hechos puestos a consideración.

Cabe destacar el análisis crítico que hace Rubio (2018), en el que le hace varias observaciones al test de proporcionalidad, entre las cuales precisa la relatividad absoluta que podría existir en la medición de la intensidad de la intervención del derecho afectado así como en el grado de cumplimiento del fin constitucional, asimismo si esa relatividad anotada le conviene al sistema jurídico peruano, teniendo en consideración que no hay líneas jurisprudenciales sólidas que demuestren cierta coherencia en el tiempo en la resolución de los casos puestos a consideración del Tribunal.

Establecida algunas limitaciones respecto a la aplicación del test, trataremos de superarlas, mediante un análisis más riguroso complementándola con los principios antecesores como son el de razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo que procederemos a realizar el test de proporcionalidad, tomando como referencia la STC 0011-2013-PI-TC, en donde se resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el art. 2 de la Ley 29947, de protección familiar respecto del pago de pensiones en instituciones educativas; la cual la hemos escogido tomando como criterio la similitud del caso en relación con la evaluación de principios económicos que conforman el régimen económico peruano. En esta sentencia a efectos de evaluar la constitucionalidad de esta, se utilizó los siguientes pasos: Identificación de la finalidad constitucional de la medida, examen de adecuación entre medida y finalidad constitucional, examen de necesidad y, por último, examen de proporcionalidad en sentido estricto.

2.3. Identificación de la finalidad constitucional de la medida

En esta primera fase corresponde evaluar si la legislación COVID19 relacionada a suspensión perfecta de labores persigue objetivos y/o finalidades constitucionales. De la lectura de los considerandos de las tres normas citadas podemos resumir que, dichas normas buscan mitigar o por lo menos retrasar el uso de la suspensión perfecta de labores, a efectos de impedir que muchos trabajadores se queden sin ingresos. Como ya hemos advertido líneas arriba el derecho al trabajo es un derecho fundamental, porque permite el desarrollo integral de la persona en todas sus esferas, le permite ser algo que puede trascender en este mundo; imagínese una persona sin dinero alguno para su sustento, lo más probable es que muera. No olvidemos que el fin supremo de la sociedad y el Estado, es la persona y el respeto de su dignidad y a partir de ahí se construye toda la constitución política, lo que equivale a decir que todos los demás derechos deben estar orientados hacia su protección. Por lo tanto, en un estado de pandemia que provoca un aislamiento social en el cual no se puede realizar labores, se hace necesario procurarles ingresos a los trabajadores para su subsistencia; claro está que se trata de una norma aplicable en el periodo de emergencia, con lo cual se deja a salvedad que posteriormente se activen los mecanismos legales de la legislación ordinaria en materia laboral.

2.4. Idoneidad o examen de adecuación entre medida y finalidad constitucional

En esta fase, corresponde verificar si la medida es adecuada con la finalidad constitucional ya identificada. Es decir, determinar si existe o no una vinculación causal, de medio a fin, entre la medida legislativa adoptada, a través de la ley interventora y la finalidad que persigue el legislador.

Lo que busca la intervención legal del gobierno en un estado de emergencia es conservar los ingresos de la población más vulnerable, por lo tanto, limita el ejercicio de la suspensión perfecta labores, poniéndoles más filtros para su evaluación y aprobación. De manera que, es evidente que la medida contenida en la norma es la adecuada para la finalidad buscada.

Lo anotado se concreta en las últimas resoluciones emitidas por el Ministerio de Trabajo en relación a las solicitudes de suspensión perfecta, las cuales están siendo denegadas por haber obviado básicamente la etapa de negociación (RDG N° 181-2020-MTPE/2/14, solicitud

presentada por CINEPLANET) lo cual constituye en buena cuenta, lo que significa un despliegue del núcleo protector de las normas COVID19 cumpliendo los fines constitucionales de defensa del derecho al trabajo, a un trato digno a estar informados de recibir las explicaciones respectivas de porque se toman las medidas o en todo caso como pueden adecuarse y conciliar intereses entre los intervinientes de la relación laboral. Por lo tanto, esta parte podemos concluir que la medida y la finalidad son adecuadas entre sí.

2.5. El examen de necesidad

Siguiendo el modelo establecido en la sentencia citada, refiere en su fundamento 81, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, es preciso determinar que no exista ningún otro medio alternativo que revista por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

Dicha determinación, se efectuará con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. Es decir, el medio alternativo sea idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado (esto es, evaluar si la legislación COVID-19 en el ámbito laboral promueve y hace prevalecer el derecho del trabajo). Sin embargo, si del análisis respectivo resulta que existe otro medio alternativo que interviniendo resulta ser de menor intensidad que la adoptada por el legislador – es decir, si hubiera otra normatividad u instrumento legal que al aplicarse tuviera menos trascendencia en otros derechos fundamentales y que al mismo tiempo cumplan con el objetivo deseado de prevalecer el derecho al trabajo –, entonces no pasaría este examen y, por tanto, la ley habrá infringido el principio de derecho de igualdad y será inconstitucional (STC N° 0045-2004, 2006, fundamento 39).

Del análisis del contenido de las normas, vemos que regulan medidas relacionadas a la suspensión perfecta de labores, componente del derecho al trabajo el mismo que tiene carácter fundamental, con la finalidad de evitar que los trabajadores se queden sin sus puestos de trabajo y por ende de ingresos; no había otro tipo de medida que se pudiera establecer a efectos de impedir y/o retrasar para que las empresas apelen válidamente a la SPL, por lo que resulta necesario implementar medidas que permitieran realizar una mejor evaluación de las solicitudes a efectos de que las SPL no resulten arbitrarias, injustas y abusivas; por lo que dicha medida no podría considerarse innecesaria.

También podría anotarse un papel disuasivo, pues conmina a las empresas a asumir un rol socialmente responsable en situaciones de emergencia, con lo cual podría mejorar su imagen futura frente a los consumidores.

Por lo tanto, por las razones jurídicas, empíricas y lógicas se demuestra que era necesaria implementar medidas ad hoc para la protección de los trabajadores; no habiendo otras alternativas que no implique que las empresas asuman temporalmente este préstamo social, toda vez que dichos desembolsos son recuperables.

2.6. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

En este apartado, buscaremos establecer la comparación de intensidad entre la intervención a los bienes constitucionales relacionados al régimen económico y la intensidad de obtención del fin constitucional, con lo cual podríamos obtener una mayor objetividad argumentativa para determinar la constitucionalidad del instituto de la SPL durante la pandemia.

Por tanto, en este principio de ponderación intervendrán, por un lado, los principios ius-fundamentales involucrados en la medida legal y, por otro, los principios que se buscan proteger en la medida que llevan inmersos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa, esto con la finalidad de establecer si el grado de afectación de los primeros resulta compensado por el grado de satisfacción de los segundos (STC 011-2013-PI-TC).

De acuerdo con la STC planteada como guía de trabajo para este capítulo, se establece que se debe aplicar la denominada “ley de ponderación”, según la cual “cuanto mayor sea el grado de satisfacción o restricción de uno de los principios mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro”. Si esta relación se cumple, entonces la intervención habrá superado el examen de ponderación y no será inconstitucional (STC N° 0045-2004, fundamento 40). Asimismo, recomienda realizar la evaluación a través de tres pasos y, aplicándose al presente caso, quedarían como sigue:

2.6.1. Grado de afectación de las libertades de iniciativa privada, de libertad de empresa, de libertad de contratación y subsidiariedad

Primero: se definirá el grado de restricción del principio a la libertad de empresa, a la iniciativa privada, a la libertad de contratar y al principio de subsidiariedad, para luego definir el grado de

satisfacción del derecho al trabajo, a la continuidad laboral, a fin de determinar si el grado de satisfacción de este último, justifica la intervención de los primeros. Como sabemos las disposiciones laborales COVID19, contiene una intervención que afecta a los bienes constitucionales descritos líneas arriba, pero que indudablemente se centra en las diferentes dimensiones de la libertad de empresa, para regular actos que tienen que ver con la continuidad laboral remunerada; es decir se afecta la autodeterminación que ostentan las empresas, hay una injerencia que le prohíbe de alguna manera poder organizarse con absoluta libertad; que ante una situación de menoscabo económico debido a la pandemia se ve constreñida a actuar de determinada manera muy a pesar de ir contra sus intereses.

Como sabemos, con respecto a la defensa de contenido esencial de los derechos fundamentales, se han tejido tres teorías a saber cómo son la relativista, en la cual se puede afectar hasta superponer un derecho fundamental sobre otro, la teoría absoluta en la cual admite que se puede afectar la primera capa de despliegue de las propiedades del derecho fundamental pero sin trastocar el núcleo duro que hace posible su existencia y por último la teoría institucional la cual busca integrar a las dos teorías anteriores, sin embargo nuestro Tribunal Constitucional ha ido evolucionando tras aplicar inicialmente la teoría absoluta tal como se establece en la STC N° 1417-2005-PA/TC del 12 de julio del 2005, en su fundamento 37, establece nuevas reglas procesales de aplicación para la procedencia de los procesos de amparo en materia previsional, manifestando que es posible recurrir a la acción de amparo cuando se halla negado el derecho a la pensión en la medida que esto sería una desaparición en la realidad de un derecho fundamental de la persona, pero en caso de que se reclame un tema de modificación de monto u otros derechos conexos u accesorio debería recurrirse por otra vía, para lo cual recurrió a la definición del contenido esencial.

Por lo tanto, estas premisas nos permiten determinar que el grado de afectación a los principios del régimen económico no se dio con una intensidad de romper el núcleo duro de estos derechos; por lo que, en base a lo descrito, debemos de afirmar que el grado de afectación a los bienes constitucionales podría catalogarse como de riesgo medio.

Por otro lado, en cuanto al grado de satisfacción del derecho a continuar manteniendo el vínculo laboral percibiendo ingresos, se debe precisar que se evitó un despido masivo de

trabajadores bajo la figura de la suspensión perfecta de labores. Por lo tanto, no existe duda que la medida permitió - en un alto grado o intenso – la conservación de los ingresos de los trabajadores, por lo que se podría decir que sí hubo eficiencia en la protección de este derecho fundamental al trabajo, teniendo en cuenta las medidas complementarias al D.U. 038-2020, donde se priorizo la acreditación de todas las fases para la elaboración de la solicitud de la SPL, por parte de las empresas, sobre todo la fase de negociación.

2.6.2. Grado de satisfacción del derecho al trabajo en subespecie de continuidad laboral

Segundo: se tomará en cuenta la seguridad de las premisas epistémicas, esto es el grado de seguridad con que es posible estimar el valor asignado a la satisfacción o restricción de cada derecho en el paso anterior (Tribunal Constitucional, 2013, p. 25).

En relación con este punto las medidas legislativas sobre la suspensión perfecta de labores contenidas en los DU 029-2020, DU 038-2020, D.S 011-2020-TR, D.S. 015-2020TR es segura desde el punto de vista de la injerencia que ocasiona sobre el ámbito de la iniciativa privada libre y libertad de empresa (autoorganización y autodeterminación económica y administrativa en las empresas). Y no es evidentemente falsa con relación al cumplimiento de sus fines sociales – mantener los puestos de trabajo con remuneración de los trabajadores -, pues las consecuencias de estas medidas no impedirán que dichas empresas posteriormente al estado de emergencia puedan seguir desarrollándose, no necesariamente tendrían que quebrar, máxime si el gobierno ha dictado una serie de medidas para reducir el impacto económico de la pandemia en las empresas. Por lo que, podríamos afirmar que la intervención a los principales principios del régimen económico de la constitución como es la iniciativa privada, la libertad de empresa y libre contratación es de intensidad moderada, en la medida que solo se está afectado una de las propiedades o aspecto de estos derechos, manteniendo las demás cualidades incólumes, pues la iniciativa privada y la libertad de empresa sigue desplegándose de manera libre, ejerciendo sus demás propiedades, lo que equivale a decir que la intervención no ha tocado el núcleo duro que haga peligrar la existencia de estos principios y derechos, es más podría indicarse que lo que realmente están haciendo las empresas es un préstamo a sus trabajadores lo cuales deben de compensarse con remuneraciones futuras.

Hemos anotado que el grado de intervención con la regulación COVID19 es segura en la protección de los derechos de los trabajadores, en la medida que ha regulado mayores requisitos a efectos de poder solicitar la SPL, con ello no quiere decir que no las vayan a invocar los empleadores – conforme se vaya agravando la situación económica, presionara a que se invoque esta figura – muy a pesar que posteriormente se flexibilizaron los procedimientos para las empresas que no superasen los 100 trabajadores; pero a pesar de estos cambios, resulta también plausible que ha habido una considerable disminución de la intención en la apertura de dichos procedimientos.

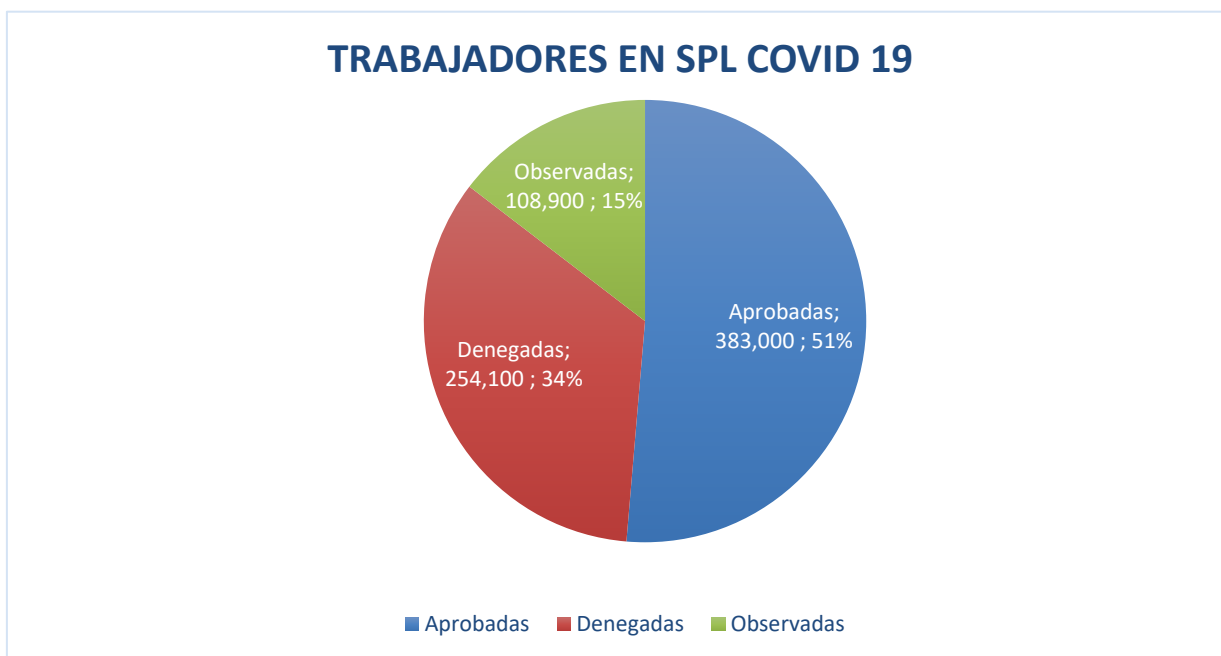
Lo acotado, se ha visto reflejado en las estadísticas relacionadas a la cantidad de trabajadores involucrados en solicitudes de la SPL, formulada ante la autoridad administrativa, tal como se muestra en la figura N° 3.

Tabla 1.: *Trabajadores en Suspensión Perfecta de Labores Covid 19*

Descripción	De mayo a diciembre del 2020
Presentadas	746,000
Aprobadas	383,000
Denegadas	254,100
Observadas	108,900

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2020.

Figura 3. Trabajadores en Suspensión Perfecta de Labores Covid-19.



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2020.

Elaboración: Propia

Como es de verse durante el periodo mayo – diciembre del 2020, de un total de 746,000 trabajadores involucrados en una solicitud de SPL, solo fueron acogidas en un 51%, mientras que un 49% no fue aceptado en primera instancia, ello demuestra que la regulación SPL cumplió un papel de desacelerar y en algunos casos evitar que los trabajadores se queden sin ingresos y puestos de trabajo.

Asimismo esta legislación de la SLP, contempla dentro de sus normas; que para invocar este instituto se debía evaluar la posibilidad de la realización de trabajo remoto la cual contribuyo a que muchas empresas optarán por esta alternativa evitándose de esta manera la paralización de labores, pues como se sabe debido a los avances tecnológicos muchas tareas se pueden realizar de manera remota y en no pocas ocasiones resultan más beneficiosas que el trabajo presencial, por significar un ahorro en mobiliario y espacios; esto marca pues una disrupción del sistema de trabajo tradicional de manera presencial.

Por lo que en base a lo escrito, consideramos que los mayores filtros puestos para acceder a la SPL en el estado emergencia implica un grado intenso de optimización del principio de

continuidad laboral, su eficacia asegura que gran parte que los trabajadores continúen conservando sus puestos de trabajo percibiendo ingresos a pesar de la crisis generada por la pandemia; cabe precisar que en entrevista oficial la Ministra de Trabajo, ha informado que hasta el 31 de mayo del 2020, han recibido 28178 solicitudes de SPL, de las cuales se ha procesado 8.23% que constituyen 2,320 casos, habiendo sido aprobadas 320 solicitudes lo que representa 1.37%; con lo cual se podría inferir que gran parte de estas solicitudes están siendo mal invocadas; con lo cual los trabajadores podrían tener una expectativa de ingresos a corto plazo (Chávez, 2020).

Es indudable que los trámites con relación a las SPL incoadas por las empresas tengan un crecimiento constante, las mismas que no necesariamente todas resultarán aprobadas, pero que de todas formas las medidas contribuyen a su desaceleración mientras se vaya reactivando la economía. De esto también podemos deducir que, de no haberse dictado medidas, los trabajadores hubieran quedado más expuestos a quedarse sin ingresos una vez decretado el aislamiento social.

En consecuencia, la seguridad de las premisas epistémicas - el grado de satisfacción del principio de continuidad laboral – resulta ser segura.

2.6.3. Juicio de ponderación en función de los grados de satisfacción y afectación de los derechos y/o bienes en conflicto

Tercero: Corresponde analizar los datos obtenidos en los pasos anteriores, a fin de establecer si el grado de satisfacción del derecho al trabajo a la continuidad laboral remunerada, justifica la intensidad de la intervención a la libertad de empresa, a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, de contratación y al principio de subsidiariedad.

De lo descrito hasta aquí, podemos considerar que el grado de optimización del derecho al trabajo en su variante de principio de continuidad laboral remunerada ante la pandemia es satisfecho en grado intenso o seguro, por lo que justifica la restricción de los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y al principio de subsidiariedad, que se afecta en un grado medio. Los niveles de optimización y aflicción entre uno y otros, pone en evidencia que la medida adoptada por el gobierno no es excesiva o desproporcionada.

Con esta medida finalmente se pretende, que las empresas cuenten con los instrumentos legales adecuados para poder planificar sus actividades en escenario de crisis sanitaria tan cambiante y pueda mitigar los efectos económicos de manera integral que se deriven de la relación empleador y trabajador, de tal manera que puedan desarrollarse en un ambiente de respeto a la dignidad como personas y de igualdad para el acceso a los bienes y servicios de primera necesidad.

Respecto al enfoque jurisprudencial, como ya se había anotado este constituye un razonamiento jurídico de nuestros justiciables, es la línea de como vienen resolviendo casos respecto a situaciones de emergencia sanitaria; así la sentencia 330/2021 del 17 de marzo del 2021 del Tribunal Supremo de España – Sala Social, en el que se ventilo un caso de suspensión de 457 contratos de trabajo (ERTE), en dicha sentencia se señala que la empresa debe de realizar *juicios de oportunidad* en el que se le concede un espacio de discrecionalidad en la gestión de las medidas frente a la emergencia, pero no significa que dicha discrecionalidad sea arbitraria. Asimismo, conmina a que los tribunales resuelvan estos casos mediante juicios de evaluación de a) la legalidad, b) de razonabilidad, c) de idoneidad y d) proporcionalidad.

En Sudamérica podemos destacar la Sentencia T-279 de la Corte Constitucional de Colombia, de fecha 28 de agosto del 2021, en el que se resolvió un caso relacionado a la suspensión de los contratos laborales de un grupo de mujeres gestantes de la empresa Edificio Terminal Intermunicipal de pasajeros de Cali, por temas relacionados a la propagación del COVID-19, en el cual alegaban que habría actos de discriminación y vulneración de sus derecho fundamental a la estabilidad laboral, sin embargo la corte luego de un análisis basado en principios de razonabilidad y legalidad, declararon negar la tutela solicitada, toda vez que la empresa había seguido los procedimientos legales establecidos y que su actuación era razonable por la protección de la salud ante la propagación de la enfermedad así como conservar la sostenibilidad de la empresa y por ende del puesto de trabajo.

Finalmente podemos apreciar, que el problema de investigación viene siendo analizado e interpretado dentro de las fases de desarrollo del presente trabajo, a efectos de llegar con datos necesarios y útiles a la fase de discusión, donde analizaremos los diversos resultados obtenidos aplicando la doctrina jurídica, principios de razonabilidad, proporcionalidad, el test de

proporcionalidad propiamente dicho y los datos jurisprudenciales obtenidos con la finalidad de determinar la constitucionalidad de la regulación de la SPL.



CAPÍTULO III: DISCUSIÓN

En esta investigación se planteó como hipótesis que la regulación de la SPL en coyuntura de crisis sanitaria es Constitucional la cual ha sido confirmada tras el desarrollo del presente trabajo.

Se propuso como objetivo determinar la constitucionalidad de la regulación de la SPL, para ello se realizó un trabajo bajo un enfoque metodológico de argumentación jurídica constitucional, así como la aplicación del método jurisprudencial.

El problema presentado se da en un contexto de crisis sanitaria, en la que los gobiernos toman una serie de medidas para reducir y/o erradicar los efectos que pueden generar las pandemias en la sociedad; y como sabemos dichas medidas normativas se dan un escenario de urgencia aunado a que son dictadas por los órganos ejecutivos de los Estados, en donde no hay un espacio adecuado de discusión y debate para la elaboración de normas, por lo cual existe una alta probabilidad de que no hayan meritudo adecuadamente los principios y derechos regulados en ellas.

Siendo ello así, las medidas regulatorias tomadas en la experiencia COVID – 19, fueron tomadas en un contexto de crisis sanitaria y entre ellas podemos destacar D.S. 008-2020-SA de fecha 11/03/2020 *que declara en emergencia sanitaria a nivel nacional*; D.S. 044-2020 de fecha 15/03/2020 *que declara estado de emergencia a nivel nacional por las graves consecuencias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID – 19* y es en virtud de esta norma, donde se empieza a declarar una serie de inmovilizaciones sociales, que a su vez trae consigo medidas de carácter laboral y económicas, las cuales son materia de este estudio.

Con relación a la regulación de la suspensión perfecta laboral en dicho contexto de crisis sanitaria se brindaron las siguientes normas: Decreto de Urgencia N° 029-2020: *Medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del COVID-19 en la economía Peruana*, Decreto de Urgencia N° 038-2020: *donde se establecieron medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas*, el Decreto Supremo N° 011-2020-TR: *que establece normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 038-2020, norma que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras*

medidas. Y finalmente el Decreto Supremo N° 012-2020- TR: Decreto Supremo que establece disposiciones complementarias al Decreto de Urgencia N° 038-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas, y adicionales al Decreto Supremo N° 011-2020-TR, Decreto Supremo que establece normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 038- 2020.

Esta regulación normativa o intervenciones en situaciones de coyuntura sanitaria, por parte del Estado con la finalidad de proteger derechos fundamentales y otros bienes jurídicos, genera por lo general fricción de principios y derechos involucrados en la medida; y en un tema particular como el caso en estudio son de carácter laboral y económico, ambos de nivel constitucional; ya que habría una afectación de derechos de parte de los empleadores en su calidad de agentes económicos, vulnerando el derecho a la libertad de empresa, libertad de trabajo, libertad contractual, como también de los trabajadores, en aspectos relacionados al principio de continuidad laboral, derechos como al trabajo, libertad sindical, negociación colectiva, defensa dentro de los procedimientos administrativos e incluso a la libertad contractual.

En relación con la validación de la hipótesis, y siguiendo nuestro enfoque metodológico, entendimos por Constitucionalismo la convivencia enmarcada dentro de los principios y valores filosóficos que permiten vivir en civilización, traducida en sus elementos interdependientes como son: Sociedad, Estado, Economía y Medio Ambiente; en donde la dignidad humana es un tema transversal a todos ellos (Landa, 2018). Esta idea de interdependencia y constitucionalismo ha generado que esté vaya evolucionando y adaptándose a cada contexto histórico que en principio era una adaptación lenta y a veces pausada, puesto que también los hechos históricos no eran tan rápidos, así tenemos las primeras constituciones de corte liberal donde se privilegiaba los derechos económicos frente a los derechos fundamentales de la personas, dejando más a otros cuerpos normativos de menor nivel la tarea de su protección de estos derechos, sin embargo debido a las presiones sociales, las constituciones viraron hacia un extremo social, dándose prioridad a los derechos fundamentales y entre ellos incluyendo a los derechos laborales, así nuestra Constitución de 1979, regulaba entre otros derechos la estabilidad laboral, la participación accionaria de los trabajadores, es decir la participación en la propiedad en las empresas, no obstante los cambios económicos globalizados dejó entrever que dichas constituciones restaban

eficiencia en las economías de los países, razón por la cual en el Perú en el año 1993, se modificaron los derechos laborales constitucionales así como el régimen económico, a efectos de buscar cierto equilibrio entre los derechos sociales y económicos, consagrándose así un modelo de economía social de mercado.

Como se apreciado en este trabajo, el constitucionalismo ha ido evolucionando bajo diversos enfoques o paradigmas, hemos pasado de una tendencia liberal teniendo como antecedente la constitución de EE. UU. de 1,787, luego se migro a un paradigma de corte social con la aparición de la constitución de México de 1,917. Tras ya la segunda guerra mundial y los atroces acontecimientos contra la humanidad motivo brindar una mayor protección a los derechos humanos por lo que apareció un nuevo paradigma constitucional de enfoque mixto o denominado neoconstitucionalismo el mismo que acoge ideas neoliberalistas en el régimen económico; pero finalmente debemos testificar que nos encontramos ya desde un buen tiempo en un proceso de cambio o mejora de paradigma que permita concretar un mayor desarrollo de los derechos programáticos de la constitución, donde el derecho administrativo juega un rol preponderante, al que se le está denominando paradigma del Estado Constitucional Regulador.

Por lo que analizaremos los derechos laborales y su doctrina constitucional estableciendo que la defensa del derecho al trabajo y la vida digna del trabajador es una tarea fundamental del Estado, en consecuencia, toda actuación del Estado que busque proteger al trabajador es de contenido constitucional, pues así lo establece en su art. 22º al señalar que *“el Trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”*. E igualmente lo son los derechos económicos, como es la libre iniciativa privada como elemento consustancial de la economía social de mercado, la libertad de empresa, la libertad contractual, con los cuales se permite la creación y desarrollo de las empresas que son los generadores de empleo, así como es el sostén de la economía.

Regresando al objetivo plasmado para esta investigación; la constitucionalidad de la suspensión perfecta de labores debe ser vista en base a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y test de ponderación, para que dichas conclusiones sean complementadas con la jurisprudencia desarrollada por los tribunales constitucionales sobre la materia.

Asimismo es necesario establecer el bloque de constitucionalidad bajo el cual se deberá realizar la evaluación de las normas regulatorias de la SPL, ya que como sabemos las disposiciones constitucionales no únicamente figuran textualmente en la misma constitución, sino que hay normas que las complementan y de por sí tienen rango constitucional; así también lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC (STC 0002-2005-PI/TC, fundamento 10) al señalar que *“se puede entender como bloque de constitucionalidad todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control”*. Y en tal sentido, la constitución peruana del 93, precisa en su Art. 55° que los tratados forman parte del derecho nacional, y esto debe complementarse con los parámetros de interpretación para los derechos fundamentales establecido en la cuarta disposición final y transitoria, en los que precisa que deben de realizarse a la luz de la Declaración de Universal de Derechos Humanos.

Establecer el bloque de constitucionalidad, en este trabajo, es una tarea importante, pues como sabemos la inconstitucionalidad de una norma se puede dar de manera directa – que son las menos frecuentes - y de forma indirecta, por lo que para poder evaluar la infracción inconstitucional se necesita de mayor filtro normativo, es decir mirar aquellas normas que desarrollan y complementan los preceptos constitucionales; en consecuencia se deberá considerar las normas internacionales, como los convenios celebrados con la OIT.

Habiéndose destacado la importancia constitucional de ambos derechos y principios, corresponde evaluar en qué medida el Estado puede promoverlos o afectarlos. Para lo cual en una primera instancia hemos utilizado los principios de razonabilidad y proporcionalidad con la finalidad de evaluar la actuación del Estado si esta es razonable y proporcional en el contexto en el que se toman las medidas de SPL, determinando en el capítulo anterior que su actuación fue razonable y proporcional, abonando de esta manera argumentos coherentes a favor de nuestra hipótesis, pues el Estado a través de su intervención procuro que el trabajador no se quedará desamparado pues se encontraba en una situación más vulnerable.

Como bien hemos establecido ante un caso de afectación de derechos, debe analizarse desde la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada, ya que en algunas ocasiones la determinación de la constitucionalidad eventualmente podría quedar en dicha fase de análisis, sin

embargo si los hechos o medidas normativas a analizar tienen una mayor complejidad por el nivel de afectación de distintos principios o bienes jurídicos ya sería necesario pasar a una segunda fase, aplicando el test de proporcionalidad ya que es una herramienta jurídica más precisa por las sub fases de análisis que utiliza, este análisis teórico práctico de tres sub fases permite evaluar que la restricción al derecho sea idónea, sea necesaria y sea ponderada. Toda esta actividad descrita debe de ser complementada con las corrientes jurisprudenciales que se han venido generado en diversos países.

Validar la hipótesis bajo el principio de razonabilidad, implica hacer un juicio crítico de los actos que realizan los sujetos de derecho frente a los hechos y circunstancias sean las más adecuadas para resolver u afrontar la situación crítica presentada y sea de una aceptación general por parte de la sociedad involucrada. Estas actuaciones deben de estar guiadas por la razón en valores y principios constitucionales que permitan procesar datos de la situación problemática con objetividad (Rubio, 2018).

El poder judicial español en su sentencia 330/2021 considera que las SPL son razonables si es que, en términos de gestión empresarial, se ajusta a un estándar de un buen comerciante, es decir que el empresario agotó todas las medidas menos gravosas a efectos de llegar en última instancia a la SPL.

De la revisión de las normas de la SPL, resultan razonable que se dicten medidas transitorias que suplan la legislación ordinaria, con la finalidad de preservar los derechos de los trabajadores, así como velar por la sostenibilidad de las empresas ya que están son las unidades productivas de la economía y las principales generadoras de puestos de trabajo. Por lo que dichas normas buscaron generar un equilibrio entre estos factores dentro del sistema económico. En consecuencia, los procedimientos administrativos contemplados en cada uno de los instrumentos normativos son razonables a la luz de dicho principio.

Ahora, bien la validación de la hipótesis bajo el principio de proporcionalidad requiere de una reflexión previa, pues ya en su oportunidad Rubio (2018), al comentar la STC 2192-2004-AA, señaló que resulta difícil su individualización del principio de razonabilidad y que una decisión judicial se adopta en el marco de la convergencia de estos dos principios constitucionales. Respecto a la regulación de la SPL, el Estado jugo un rol importante al tratar de priorizar los

derechos de los trabajadores frente a los principios del régimen económico, pues trato de hacer pesar los costos sociales de la pandemia en las empresas; sin embargo fue modulando la legislación dada la durabilidad de la crisis y el peligro inminente de quiebra que se generaba para la mayoría de empresas al tener que sostener las remuneraciones sin generar ingresos, es decir se tuvo que ir ponderando cada uno de los derechos y principios afectados con la finalidad de conservar la vigencia de cada uno de ellos ya que son pilares fundamentales para la coexistencia del sistema jurídico económico de todo Estado.

Así pues, este principio de proporcionalidad es un instrumento jurídico que permite ponderar derechos fundamentales a través de una evaluación objetiva, tratando de establecer ciertos pesos a los principios en discusión. Asimismo, este principio tiene un procedimiento más riguroso denominado test de ponderación los cuales realiza con la aplicación de tres reglas que constituyen su estructura y que a su vez permite determinar a qué situaciones les resulta aplicable, en la medida que este instrumento no es aplicable a supuestos donde no haya principios en contienda y, por lo tanto, no hay elementos que ponderar.

En consecuencia, para una adecuada aplicación de este test, es necesario aplicar estas tres reglas que consisten en la Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto, solo así se podrá determinar si la medida legislativa interventora de los derechos fundamentales es lícita y, por lo tanto, constitucional.

La idoneidad de la medida comprende dos momentos: determinar si la medida tiene como objetivo un fin constitucional y verificar que esta, proteja otros derechos relevantes constitucionalmente en busca de su finalidad.

En concreto, la idoneidad es una actividad que persigue determinar si la actuación legislativa evaluada es un medio idóneo para coadyuvar a la finalidad que con ella se pretende, es decir, poder establecer una vinculación causal positiva entre lo que se pretende con la medida legislativa y la implementación de un escenario adecuado en el que se den las condiciones necesarias para que se cumplan con los objetivos de la medida; si el escenario es el mismo que cuando no se ha realizado la intervención del derecho fundamental en concreto, no habrá una conexión positiva, en la medida que la norma no podrá alcanzar su fin (Lopera, citado de Salvatierra, 2017, p.16).

En relación con la necesidad, esta es evaluada desde el punto de vista de que no haya otra medida regulatoria o restrictiva de derechos constitucionales alternativa que sea de menor impacto al momento de implementarla; es decir que no exista otra alternativa, que teniendo el mismo fin restrinja o afecte menos los derechos o bienes jurídicos puesto a evaluación.

Considerando el caso de la SPL, esta medida legislativa era necesaria, ante una regulación ordinaria menos provista de filtros administrativos tanto, en la empresa al elaborar el expediente de solicitud de la SPL como en las instancias administrativas que aprueban estas solicitudes; pues ante un escenario de desconcierto en los empresarios por las medidas de paralización de actividades y por ende de sus ingresos, lo más conveniente les resultaba invocar el art. 16° de LPCL referido a la extinción del contrato de trabajo, *por causa objetiva*, dado que la suspensión de actividades era una causa objetiva y evidente. Por lo tanto, el Estado en su rol protector del trabajo, de la continuidad laboral y sobre todo en defensa de la persona humana y de su dignidad debía intervenir, tal y cual como ocurrió en distintos países del mundo. Con respecto a otras alternativas posibles, como por ejemplo que el Estado asuma las remuneraciones de los trabajadores, hubiera sido nocivo para la existencia del mismo, por otro lado, obligar a que las empresas sin tener ingresos asuman por un periodo mayor al que ya se había considerado (15 días) también podrían haber quebrado más de las que finalmente paso; en consecuencia el Estado apelo al consenso, a la negociación, a tratar de soportar la carga económica, entre Estado, empleador y trabajador.

Por último, tenemos el análisis de la proporcionalidad propiamente dicha, donde se determine que la intensidad de los derechos y/o bienes jurídicos constitucionales restringidos con la medida es de menor afectación que la intensidad de satisfacción de los derechos y principios que se busca proteger. Es decir, debe existir proporcionalidad, en primer lugar, en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y segundo lugar, en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de tal forma que el primero de estos sea menos equivalente al segundo (STC N° 012-2006-PI/TC, 2006).

En relación a la utilización del test de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional debemos de destacar la STC 007-2006-PI/TC referido al caso de la Asociación de Comerciantes Ramón y Figari o Calle las Pizzas, donde se determinó que la afectación a la libertad de empresa

y de trabajo de los empresarios era leve en relación al derecho de los vecinos a un ambiente adecuado necesario para la calidad de vida, en consecuencia se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad planteada por los empresarios.

E igualmente en una sentencia reciente el Tribunal en el Expediente 00882-2023-PA/TC aplicó el test de proporcionalidad en el examen de igualdad para el caso Ricardo Moran donde se concluyó que, en el caso analizado, no se había superado el paso de necesidad, pues los artículos 20 y 21 del Código Civil vulneraban el principio de igualdad.

Que, del análisis desarrollado, debemos considerar que el instituto de la SPL ya se encontraba regulado en el derecho laboral vigente y que el Estado mediante una intervención regulatoria temporal y excepcional busco en principio la continuidad laboral, y en última instancia la SPL, luego de haberse agotados las demás opciones que conllevaba una prestación y contraprestación vigente dentro de la relación laboral, situación que también fue anotado en la STC 0011-2021-PI/TC referida a una demanda de inconstitucionalidad respecto del D.U. 038-2020, interpuesta por el Colegio de Abogados de Cajamarca.

Sin embargo con estas normas regulatorias se estableció una normativa especial el que se otorgaba mayores filtros al procedimiento administrativo de la SPL, en la que se dio bastante énfasis a sus fases de desarrollo, así se tiene una etapa previa que se da inicio, en la misma empresa bajo una evaluación interna debidamente documentada y con participación de los trabajadores a efectos de gestionar algunas alternativas para evitar llegar a una suspensión de labores sin remuneración, en este contexto se evalúa, posibilidades de realizar trabajo remoto, trabajos a tiempo parcial, vacaciones pendientes, es decir alternativas que permitan al trabajador a pesar de no estar prestando un servicio seguir teniendo ingresos. Culminada esta etapa vital en este procedimiento se procede a solicitarlo ante la Autoridad Administrativa Del Trabajo, quien tiene un plazo de 6 - 30 días hábiles, para realizar la verificación de los requisitos establecidos en la norma, sobre todo la etapa previa a la solicitud a efectos de verificar que si hubo una etapa de evaluación objetiva y razonable para llegar a la instancia de la SPL, una vez realizada esta fase la AAT tiene un plazo de 7 días hábiles posteriores para resolver la solicitud; de no haber resolución por parte de la AAT, opera el silencio administrativo positivo.

Con respecto al procedimiento de la SPL, podría inferirse que habría una posible vulneración al derecho al trabajo y la remuneración, pues la medida de la SPL suspende estos elementos de la relación laboral; deja a los trabajadores sin ingresos, en tal sentido el Estado no estaría cumpliendo con el mandato establecido en los artículos 21 y 22 de la Constitución Política referidos a la protección, fomento del empleo y el objeto de atención prioritaria al trabajo. Así también se estaría afectando al derecho de negociación colectiva el cual constituye un derecho constitucional al estar establecido en el art. 23 de la C.P. pues en el caso que se genere estos grupos de discusión y negociación que resultan vital promoverlos por parte del empleador, es finalmente él quien toma la decisión de invocar el procedimiento.

Otros de los derechos que se ve afectado es el derecho a la defensa, dentro del procedimiento administrativo de la SPL ya que la misma no cuenta con una fase donde se permita la contradicción y/o oposición por parte de los trabajadores, con el agravante que dicho procedimiento está sujeto al silencio administrativo positivo.

En el plano de los derecho económicos, la misma situación de crisis generada por la paralización de actividades y las muertes que causaba la pandemia, se presentaban mayores escenarios de angustia en la persona y en consecuencia se suele presentar subidas de precios de los bienes y servicios, sobre todo los de salud; lo cual podríamos afirmar que pueden obedecer al modelo económico optado, sin embargo otros pueden deberse a situaciones de abuso de poder, como lo acontecido en esta crisis sanitaria, donde muchas clínicas privadas aprovechando la necesidad de la población cobraron precios excesivos, tal situación motivó que el gobierno invocara el art. 70° de la Constitución, que reza *“el derecho de propiedad es inviolable... Se ejercer en armonía con el bien común... A nadie puede privarse de su propiedad sino exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización...”* lo cual, a primeras luces, resultaría legítimo en la medida que la propiedad se debe ejercer en armonía con el bien común cuyo fin es generar bienestar general acorde con el objetivo del modelo económico de economía social de mercado y ante conductas abusivas semejantes a delitos como abuso de poder económico, enriquecimiento indebido, abandono de personas en estado de necesidad.

Sin embargo, diversos constitucionalistas como el Dr. García Toma, precisa que este tipo de expropiación está regulada para el tema de obras e infraestructura pública, es decir solo podría expropiarse bienes, más no personas jurídicas como el caso de las clínicas, y que de alguna manera podría estar corroborado por el D. Leg. 1192, Ley Marco de Expropiación y Adquisición. No obstante, a lo señalado, es conveniente resaltar que el artículo constitucional invocado, se refiere a la propiedad sin hacer distinción de algún tipo de propiedad mobiliario, inmobiliario, tangible o intangible; además de acompañarlos con institutos como el bien común y la necesidad pública.

Finalmente, debemos destacar que los derechos económicos en la evolución constitucional, paso de tener un mayor estatus a uno menor frente a los derechos fundamentales, que fueron gradualmente ganando mayor relevancia en los últimos años, tal como queda plasmado en el Art. 1 de nuestra Carta Magna, en donde se tiene como horizonte “*la vida y dignidad de la persona humana*”.

Con respecto a las evaluaciones de la constitucionalidad de las medidas gubernamentales que se tomaron para enfrentar situaciones de coyuntura de crisis sanitaria como la del COVID – 19, ya se han registrado casos judiciales en los tribunales constitucionales tanto a nivel nacional como internacional; en Perú en el Exp. 00011-2021-PI/TC de fecha 30 de mayo del 2023, con respecto a las medidas de urgencia tomadas mediante el D.U. 038 -2020 emitida el 14/04/20, el Tribunal Constitucional, declaro la constitucionalidad de la norma por mayoría, y básicamente sustentándose en que la norma cuestionada regulaba una situación ya normada en el sistema normativo laboral peruano y que por lo tanto la nueva regulación busco brindar mayores controles de verificación a fin de que la figura de la SPL no se vea como un instrumento de primera instancia, sino por el contrario que se priorizará una negociación previa con los trabajadores (fundamento 82 de la sentencia) añaden que fue una medida excepcional dentro de un marco de estado de emergencia y que las verificaciones por parte de la AAT iban a ser evaluadas con una mayor rigurosidad y de encontrarse situaciones de abuso en la invocación de la solicitud iban a ser sancionadas con el pago de las remuneraciones correspondientes.

Si bien es cierto, esta sentencia constitucional, declara la constitucionalidad de las normas laborales en una situación de crisis sanitaria; sin embargo, el sustento jurídico estuvo basado en un análisis puramente teórico, y simplemente acotando que era razonable la norma cuestionada

en la medida que se da dentro de un estado de emergencia, dada la circunstancia de propagación de la enfermedad, sin hacer un mayor análisis empleando otros instrumentos jurídicos a efectos de evaluar la legitimidad de la intervención estatal. No obstante, en voto singular de uno de los supremos se ve un atisbo de uso del test de proporcionalidad al referirse a la libertad contractual, señalando que dicha intervención fue intensa y la califico de esta manera en la medida que el empleador – empresario se obligaba a optar por la SPL a pesar de no contar con ingresos debido a la suspensión de sus actividades.

Con relación al test de proporcionalidad nos permitió determinar que la finalidad de la medida de la SPL es constitucional, que es idónea, que era necesaria, que el grado de satisfacción de la medida es sólido y seguro, no solamente por los datos empíricos sino también por los datos cuantitativos presentados en el capítulo del problema de investigación. Estas normas legales de la SLP contribuyeron a una desaceleración de las solicitudes e impidieron el mal uso de la SPL; por otro lado, la afectación a los principios de libre iniciativa privada, de libertad contractual y de libertad de contratación es de riesgo medio puesto que no afectaron al núcleo duro de los derechos intervenidos, así también se determinó, que el grado de satisfacción del derecho al trabajo en su sub especie de continuidad laboral es intenso de cara a la protección de los puestos de trabajo remunerados y no remunerados.

Con la finalidad de evaluar el grado de intervención sufrido en contra de los bienes constitucionales que las disposiciones de la experiencia COVID19, es necesario considerar los siguientes aspectos:

- La medida referida a la suspensión perfecta de labores es de carácter temporal, puesto que se haya limitada para el periodo de emergencia.
- La medida no conlleva la imposibilidad de que las erogaciones que haga la empresa para con sus trabajadores, las pueda recuperar posteriormente, muy por el contrario, deja un amplio espacio para la negociación entre las partes.
- La aplicación de la medida ha sido habilitada por una circunstancia excepcional; con lo cual una vez desaparecida la medida de aislamiento las personas podrán volver a trabajar.

- La medida supone solo una afectación parcial, por que contempla la posibilidad de recuperación de las erogaciones mediante la compensación, además de los subsidios para poder compensar los costos de planilla que otorga el gobierno.
- Las razones que fundamentan la restricción contenida en la medida están directamente ligadas a la búsqueda del bienestar social, al pretender que los trabajadores sigan conservando sus ingresos y protegidos indirectamente sus derechos fundamentales como es a un trato digno.

En consecuencia, regulación de la SPL, genera un ambiente de protección adecuada y equilibrada de los derechos y libertades que permita alcanzar el bienestar común de todas las personas tanto naturales como jurídicas; entonces podríamos concluir que es constitucional tal regulación; no obstante, es necesario realizar procedimientos cualitativos que permitan inferir datos objetivos de la eficiencia de la normativa emitida.

Cabe precisar en este análisis que, a pesar de la posible afectación en los principios constitucionales económicos de los empleadores, el gobierno también busco mitigar el impacto de estos costos a través de programas de subsidios y otorgamientos de préstamos con costo financieros muy bajos, por lo que a la luz de este escenario se hace viable la modulación de los principios y derechos, a efectos de que se concilien y sirvan para pasar de la mejor manera esta crisis sanitaria.

La regulación de la SPL si bien es cierto afecta a la libertad de empresa - en la subespecie de autogestión - e indudablemente pone en riesgo la continuidad de la empresa, dado que está tiene que soportar algunos costos laborales a pesar de no tener ingresos, pero también es cierto que una empresa tiene mayor respaldo financiero que un trabajador y ello le da mejor posición para afrontar la crisis.

A ello debemos de precisar que las teorías y doctrinas constitucionales del siglo XX como la del neoliberalismo y más aún las del neoconstitucionalismo reciente admiten que en caso de conflicto de derechos hay que recurrir al test de proporcionalidad, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar al núcleo duro del derecho fundamental (Landa, 2013).

En consecuencia, la finalidad de la legislación en la experiencia COVID19 es legítima, y se basa en una situación concreta como es la pandemia y específica al ser una norma ad hoc con carácter temporal, que busca el aseguramiento de un bien constitucional, por lo tanto tiene una justificación objetiva y razonable en base a criterios lógicos que justifican una solidaridad ante una crisis sanitaria que constituye una amenaza grave para la vida de las personas, por lo que cabe hacer una diferenciación de trato, a favor de los trabajadores dándole mayor poder de actuación al derecho laboral para que su actuación sea más rápida, pues protege un derecho consustancial a la vida y dignidad de la persona en una situación de gravedad generalizada nunca antes vista; y por lo tanto podrían presentarse situaciones como en que ninguno de los miembros del hogar puedan trabajar; si bien es cierto antes de la pandemia se registraban situaciones de desempleo pero al menos existía la posibilidad de que uno de los miembros del hogar trabaje y sobre él pese el mantenimiento del hogar, ahora estamos ante una situación completamente distinta; donde existe una alta probabilidad de que muchos hogares se encuentren sin ningún tipo de ingreso, por lo que la medida legislativa cumple una finalidad constitucional al proteger derechos de relevancia Constitucional.

Es también de destacar que si bien ha habido cierta afectación de los derechos laborales económicos, pero que estos no afectaron al núcleo duro de los principios que sustentan tales derechos al punto de hacerlos desaparecer y/o ponerlos impracticables; el Estado busco tratar de equilibrar dicha afectación, para ambos lados de esta relación en el periodo de la crisis sanitaria, mitigando el impacto económico tanto para el trabajador a través de la flexibilización de normas relacionadas a las atenciones en Salud, compensación por tiempo de servicios y programas como “la prestación económica de protección social” a que se refiere el D.U. 038-2020; como para el empleador a través del subsidio laboral del 35% a que se refiere el D.U. 033-2020, del programa Reactiva Perú consistente en préstamos garantizados según el D. Leg. 1455. Por lo tanto es menester considerar estos datos en la evaluación de la Constitucionalidad de la SPL. Así como también tener en cuenta que toda interpretación constitucional debe basarse que, en los derechos e instituciones contenidas en ella, como por ejemplo el modelo económico de *economía social de mercado* se han construido sobre el Art. 1° de la Constitución, que reza “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”.

En consecuencia, la regulación de la SPL en la crisis sanitaria COVID19 es constitucional, tras realizar un análisis de argumentación jurídica en base a los principios de interpretación constitucional como es de unidad, concordancia práctica, función integradora; a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que resultan ser componentes consustanciales de todo el ordenamiento jurídico; así como a la aplicación del test de proporcionalidad el mismo que considera dentro de su procedimiento evaluativo, establecer ciertos grados en base a presentación de razones lógicas jurídicas a fin de obtener un resultado objetivo y plausible que evidencie la constitucionalidad de las normas sometidas a su ponderación, con lo cual se confirma y valida nuestra hipótesis planteada para este trabajo.

Finalmente, podemos culminar esta discusión estableciendo que las medidas adoptadas por el gobierno con respecto a la regulación de la SPL en un contexto de crisis sanitaria son constitucionales.

Tras la experiencia COVID – 19, podríamos esquematizar algunas propuestas, de mejora al marco normativo vigente; para ello previamente debemos establecer que nos encontramos ante una sociedad del riesgo, la humanidad se enfrenta a escenarios bastante cambiantes e inesperados con una mayor velocidad a las que estábamos acostumbrados, los cuales reclama un actuar más inmediato por parte del Estado, por lo tanto, es necesario dejar plasmado un determinado parámetro constitucional detallado que permita una mayor predictibilidad de la implementación del programa constitucional establecido en base a un nuevo paradigma, no debemos quedarnos con escuetos preceptos normativos, es decir, no debemos dejar la ardua tarea jurídica de la resolución de casos a nuestros principios como razonabilidad, proporcionalidad y valores como la dignidad humana, la solidaridad, entre otros; sino que, es menester positivizarlos o detallarlos como ya anotamos a fin de brindar una mayor seguridad jurídica y evitar abusos de poder por parte del Estado y de los particulares en un afán de aprovechamiento económico injustificado a costa de las zozobras que pueden causar en las personas situaciones de crisis sanitarias.

Si bien es cierto, nuestra constitución contempla un régimen de excepción, pero esta más orientado a conflictos armados y/o criminalidad, sin embargo, solo se señala la restricción de determinados derechos, como los referidos a la libertad, inviolabilidad de domicilio entre otros, pero faltan regular aspectos socio económicos, y es en este apartado temático donde debemos

considerar un Constitucionalismo más permeable para afrontar situaciones de crisis sanitaria; pero también a su vez es necesario cuidar que dicha permeabilidad no desconfigure los principios orientadores de cada parcela del derecho constitucional.

En base a lo expuesto, sería necesario una redefinición de los principios constitucionales del régimen económico y laboral, los cuales podrían suspenderse de manera excepcional, por razones evidentemente objetivas de hechos que califiquen como catástrofe pública, es decir, necesitamos diseñar un Estado más regulador de cara exclusivamente para el control de las situación emergencia descrita, donde los mecanismos de cobertura a la sociedad se activen de manera automática y no se de margen de duda jurídica sobre la actuación del Estado. Esta reforma debe ser lo bastante clara a los efectos de no tergiversar el modelo económico adoptado por la Constitución Política.

Con relación a los temas de derecho laboral, debería incluirse el principio de continuidad laboral de manera expresa en el art. 26° de la C.P., a efectos de que exista una mayor protección frente a la aplicación de la SPL, en la medida que situaciones de riesgos se presentan en el mundo con mayor frecuencia; y es necesario tener las reglas claras con respecto a los derechos económicos constitucionales que se franquea para las empresas y demás entidades empleadoras. La constitución debe contemplar algunas razones en que podrían excepcionalmente invocar la SPL, señalando los parámetros que deben de contemplar las normas infra constitucionales de cara a garantizar una protección adecuada. Ya que tras la experiencia Covid – 19 se ha podido verificar que los cuerpos normativos referidos a evaluar las razones financieras no eran las más idóneas para evaluar la situación económica de las empresas y que les permitiera justificar la aplicación de la SPL.

Otro instituto, que merece un tratamiento más amplio es el de la negociación individual o colectiva, a efectos de que se establezcan mayores parámetros normativos, que permitan garantizar el cumplimiento efectivo de estos derechos de cara a asegurar el derecho a un debido procedimiento administrativo donde se denote la vigencia del derecho a la defensa en todas sus instancias socio laborales.

Por el lado, de los derechos económicos, el principio de libertad contractual debe ser más flexible en situaciones de emergencia presentados por alguna situación de crisis ambientales,

sanitarias o de guerra que afecta a la sociedad en general, a los efectos de poder modular la ejecución y plazos de los contratos equiparando alguna disparidad en las condiciones socio – económicas de las partes y que se acentúan en periodos de crisis.

El principio de subsidiariedad establecido en el artículo 60° de la C.P., el cual prescribe que el Estado solo desarrollará actividad empresarial en virtud a una Ley que lo autorice, y que sea una actividad subsidiaria, es decir que no se brinde por un privado y que además este inmersa dentro de un contexto de necesidad pública o manifiesta conveniencia pública, así lo señalan Cairampoma y Fetta (2021), asimismo, debe ser más permeable, más claro en su redacción constitucional, y no dejar en manos de nuestros tribunales su interpretación, ya que estas no necesariamente son del todo uniformes, tal como menciona Cruces (2021) en algunas ocasiones se apela a una interpretación restrictiva y en otras amplia como aquellas que señalan que dicho principio debe ser interpretado en un contexto de economía social de mercado. Todas estas situaciones se presentan a pesar de contar con un marco regulatorio basado en el D.S. N° 034-2001-PCM el cual “Establece procedimientos mediante los cuales el FONAFE delimita el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado”, dichos procedimientos contemplan algunos criterios de evaluación, como son: condiciones de competencia, situación de oferta privada, subsistencia de alto interés público y conveniencia de provisión directa frente a otras formas de intervención; sin embargo, de este mismo autor no resultan del todo claro. Es por ello, que en situaciones excepcionalísimas se permita la intervención del Estado en la actividad empresarial, ya que se ha evidenciado que en la experiencia Covid19 algunos sectores económicos se aprovecharon de las circunstancias se zozobra que paso la población y cobraron precios excesivos.

Con esta modificación constitucional al principio de subsidiariedad permitirá la actuación inmediata del Estado sin que previamente exista una ley autoritativa, pues este trámite legal podría generar respuestas tardías de cara a brindar un ambiente adecuado de protección a la salud y vida de la población.

El derecho de propiedad establecido en el artículo 70° de la CP, debe explicitarse el concepto de necesidad pública como causal de intervención de la propiedad, donde se incluya situaciones con la crisis sanitaria o desastre natural que pone en peligro la vida y salud de las personas.

Todas estas modificaciones y aclaraciones constitucionales van a permitir un mejor marco normativo constitucional que sea más permeable, más regulador, que demarque mejor la forma de actuar del Estado en situaciones de emergencias sanitarias que asegure respuestas adecuadas y garantice el bienestar común de la población.



Conclusiones

1. El constitucionalismo debe ser entendido como el respeto estricto de principios y valores filosóficos que buscan la protección y defensa de la persona humana en su integridad material y espiritual, para lo cual es necesario que la constitución garantice y permita la coexistencia equilibrada de sus elementos interdependientes como son: Sociedad, Estado, economía y medio ambiente.
2. El constitucionalismo está en constante evolución básicamente promovido por acontecimientos históricos que se gestan, o aparecen inesperadamente en la sociedad como la pandemia Covid19, pero también evolucionan por la aparición de los tribunales constitucionales que a través de sus interpretaciones robustecen la optimización de principios y derechos a tal punto que influyen en los cambios de paradigma constitucional; como bien sabemos hemos pasado por paradigmas liberales, sociales, mixtos o neoconstitucionalismo y actualmente estamos asistiendo a un Constitucionalismo de Estado Regulador.
3. En coyuntura de crisis sanitaria, por lo general es necesario regular una serie de medidas, las cuales pueden tener mayor intensidad o no, en función a cuanto haya previsto y desarrollado programáticamente el marco normativo constitucional para resolver mejor estos acontecimientos. No obstante, al dictarse algunas medidas gubernamentales estas pueden afectar principios y derechos constitucionales.
4. La evaluación de la Constitucionalidad de la SPL debe basarse en un bloque constitucional que tenga en cuenta nuestra propia Constitución y las normas internacionales relacionadas al derecho del trabajo, así como las normas que complementen el desarrollo de estas. Este parámetro constitucional juntamente con la doctrina y jurisprudencia es de aplicación a las regulaciones excepcionales que se emiten en escenarios de crisis como la experiencia Covid19.
5. Al dictarse medidas regulatorias sobre la SPL, es indispensable determinar su constitucionalidad a partir de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad ya que estos son de un amplio espectro jurídico que permite a primera luz, verificar objetivamente, lo adecuado e idónea de la medida. Y ante casos más

complejos será necesario subir el nivel jurídico de análisis aplicando el test de proporcionalidad.

6. En el examen de proporcionalidad en sentido estricto, se permite determinar la intensidad entre la intervención a los bienes constitucionales relacionados al régimen económico y la intensidad de obtención del fin constitucional, con lo cual se consigue una mayor objetividad argumentativa de cara a resolver la constitucionalidad de la regulación de la SPL en coyuntura de crisis sanitaria.
7. En el test de ponderación se determinó que el grado de afectación de las libertades de iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de contratación y subsidiariedad fue de riesgo medio. Con respecto al grado de satisfacción del derecho al trabajo, en subespecie de continuidad laboral es de un nivel seguro; en consecuencia, se debe de considerar que el grado de optimización del derecho al trabajo en su variante de continuidad de la relación laboral, se encuentra satisfecho en grado intenso o seguro, por lo que se justificaría la restricción de los derechos económicos que serían de una afectación media.
8. En relación a la regulación de la SPL en la experiencia COVID – 19, se debe de señalar que fue de carácter excepcional, pues dicho instituto ya se encontraba regulado en la legislación ordinaria laboral, cuya finalidad fue garantizar la continuidad laboral, por lo que desarrollo con mayores detalles los diversos filtros necesarios por los que debería pasar un procedimiento de invocación de la SPL; y es de esta manera como bien lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 0011-2021-PI/TC.
9. Con respecto a los procedimientos de invocación a la SPL, se podría inferir que habría una posible vulneración al derecho al trabajo remunerado, pues la medida suspende el tema de los ingresos, y por lo tanto el Estado no estaría cumpliendo con el mandato establecido en el art. 21 y 22 de la Constitución Política, referido a la protección y fomento del empleo.
10. Respecto a la hipótesis planteada, esta fue confirmada en el sentido que se determinó la constitucionalidad de la medida en un escenario de crisis sanitaria, en tal sentido se cuenta con una experiencia respecto de dicho instituto, por lo que servirá de referencia para ir mejorando en las actuaciones legislativas de emergencia por parte del Estado. A

esta conclusión arribamos tras el desarrollo de esta investigación bajo un enfoque metodológico de argumentación jurídica constitucional, en que las regulaciones de ese Instituto deben de realizarse teniendo como referencia la experiencia COVID – 19.

11. Esta situación de pandemia constituye un impacto sin precedentes en el derecho laboral, que obligo a un mayor desarrollo de los principios protectores del derecho socio - económico, donde la incorporación de instituciones del derecho administrativo sea más intensa, a efectos de concretizar dichos principios en la realidad fáctica conforme a las tendencias de un verdadero Estado Regulador.



Referencias bibliográficas

- Beraún, J. (2020, 02 de abril). *Legalidad de la suspensión perfecta del contrato de trabajo por el covid-19*. Portal Jurídico LP. <https://lpderecho.pe/legalidad-suspension-perfecta-contrato-trabajo-covid-19/>
- Bernal, C. (2010). *La racionalidad de la ponderación*. (2.^a Ed.). El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Palestra Editores.
- Blancas, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. (2.^a Ed.). Fondo Editorial PUCP.
- Boza G. y Mendoza L. (2020). La suspensión perfecta de labores como consecuencia de la pandemia del COVID-19 en el Perú: ¿flexibilidad laboral en la emergencia?. *Revista Derecho del Trabajo*, (28), 133-143.
- Boza, G. (2011). *Lecciones del Derecho del Trabajo*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Cairampoma, A. y Fetta, A. (2021). La aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado en el ordenamiento jurídico peruano. *Advocatus*, 10(41), 31-33. <file:///C:/Users/jocep/Downloads/5649-Texto%20del%20art%C3%ADculo-20514-1-10-20211130.pdf>
- Castillo, L. (2005). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Revista Peruana de Derecho Público*, 6(11), 127-151. <https://pirhua.udep.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/d5f9c37a-4b1c-4d7a-a6f2-89e250629158/content>
- Castillo, L. (2020, 20 de mayo). Persona, Estado y mercado en situación de pandemia. ¿Está justificada una intervención estatal sobre los precios de los medicamentos?. *La Ley*. <https://laley.pe/art/9726/persona-estado-y-mercado-en-situacion-de-pandemia-esta-justificada-una-intervencion-estatal-sobre-los-precios-de-los-medicamentos>

- Chanamé, J. (28 de diciembre de 2021). *¿Qué es el principio de continuidad laboral?*. Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/principio-continuidad-derecho-laboral/>
- Chávez, L. (2020, 04 de junio). Suspensión perfecta de labores: ¿cómo avanzan las solicitudes ante el Ministerio de Trabajo?. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/economia/peru/ministerio-de-trabajo-sunafil-suspension-perfecta-de-labores-como-avanzan-las-solicitudes-ante-el-mtpe-noticia/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. [Demanda contra el Estado del Perú]. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf
- Cruces, A. (2021). *Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la Constitución peruana* (1ª ed.). Palestra Editores.
- Cuauhtémoc, M. (2015). *Tendencias del Constitucionalismo Mundial a principios del Siglo XXI*. Morelia, México: Ius Revista Jurídica de la UNLA. <https://www2.unla.mx/iusunla32/reflexion/tendencias%20del%20constitucionalismo%20mundial%20al%20principios%20del%20siglo%20xxi.htm>
- De Diego, J. (2019). *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Abeledot-Perrot.
- Espinoza, M. (2020). Los principios de predictibilidad y seguridad jurídica no pueden ser suspendidos durante el estado de emergencia. *Enfoque Derecho*. <https://lpderecho.pe/principios-predictibilidad-seguridad-juridica-estado-emergencia/>
- Fernandez, C. (2020). *Análisis de la definición del concepto de tributo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano a raíz del caso “Fonavi”*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16701/FERN%c3%81NDEZ_VELEZ_CARLOS_ALBERTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- García, V. (2003). Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional. *Derecho & Sociedad*, (21), 190-209.

- Gutiérrez, W. (2005). *Libertad de empresa y Constitución económica*. (primera ed.). El Búho.
- Hakansson, C. (2009). Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano. Una aproximación. *Dikaion*, 18(1), 55-77. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1543/1865>
- Kresalja, B., y Ochoa, C. (2020). *Derecho constitucional económico* (primera ed.). Fondo Editorial PUCP.
- Kumm, M. (2004). "Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice". *International Journal of Constitutional Law*, 2(3), pp. 574-596.
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (71), 13-36. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8895>
- Landa, C. (2018). *Enlace Derecho: Derecho Constitucional #1* [Video]. <https://www.youtube.com/watch?v=9uXsopHvGpE&t=165s>
- Landa, C. (2020, 13 de abril). *El constitucionalismo mundial en épocas de Coronavirus*. Enfoque Derecho. <http://www.enfoquederecho.com/2020/04/13/el-constitucionalismo-mundial-en-epocas-de-coronavirus/>
- Lora, G. (2016). La suspensión de labores por caso fortuito y fuerza mayor: análisis legal y casuístico. *Ius et veritas*, 24(52), 270-281. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16385/16789>
- Maciel, G. (2020, 27 de abril). 66573 empresas han suspendido la relación laboral con sus trabajadores en Chile. *Televisión Universidad de Concepción*. <https://www.tvu.cl/prensa/2020/04/27/66-573-empresas-han-suspendido-la-relacion-laboral-con-sus-trabajadores-en-chile.html#:~:text=66.573%20empresas%20han%20suspendido%20la%20relaci%C3%B3n%20laboral%20con%20sus%20trabajadores%20en%20Chile,-Gabriela%20Maci>

- Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo (2020). *Anuario Estadística Sectorial 2020*.
<https://normas-apa.org/referencias/citar-pagina-web/>
- Orús, A. (2022, 22 de junio). *COVID-19: número de muertes a nivel mundial por continente en 2022*. Statista. <https://es.statista.com/estadisticas/1107719/covid19-numero-de-muertes-a-nivel-mundial-por-region/>
- Pereira, A. (2011). *En defensa de la Constitución*. Palestra Editores.
- Plá Rodríguez, A. (1978). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. (2.^a Ed.) Depalma.
- Prieto, L. (2008). *El juicio de ponderación constitucional*. (primera Ed.). V&M Gráficas.
- Quijano, R. (2020, 15 de abril). *La suspensión perfecta de labores en los tiempos del COVID-19*. Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2020/04/15/la-suspension-perfecta-en-los-tiempos-del-covid-19/>
- Redacción EC. (2020, 17 de junio). Cineplanet: esta es la resolución que desaprobó su solicitud de suspensión perfecta a sus trabajadores [Resolución 0181-2020-MTPE/2/14]. *Enfoque Derecho*. <https://lpderecho.pe/cineplanet-resolucion-desaprobo-solicitud-suspension-perfecta-labores-pagar-trabajadores-resolucion-directoral-general-0181-2020-mtpe-2-14/>
- Rey, E. (2021). Sistemas Constitucionales y Cláusulas de apertura al Derecho Internacional. Especial referencia al ámbito Iberoamericano. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 15(1), 108-140.
https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_15_2021_1/REIB_15_01_21_Art%C3%ADculo_4.pdf
- Rodríguez, W. (2005). *La Constitución comentada*. Gaceta Jurídica.
- Rubio, M. (2018). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano* (Primera edición digital). Fondo Editorial PUCP.

Salvatierra, M. (2017). *El test de proporcionalidad y el peligro de su aplicación por el Tribunal* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/10271/SALVATIERRA_CASTRO_EL_TEST_DE_PROPORCIONALIDAD_Y_EL_PELIGRO_DE_SU_APLICACION_POR_EL_TRIBUNAL_CONSTITUCIONAL_PERUANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Sanguinetti, W. (2012). *Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: juicio de ponderación*. (primera ed.). *La ley*.

Sempere, P., y Cortés, R. (2020, 13 de mayo). España se sitúa a la cola de las potencias europeas en protegidos por ERTE. *Cinco días*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/12/economia/1589300542_432926.html#:~:test

Sentencia 001/003-2003 (2003, 4 de julio). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, et al.). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00001-2003-AI%2000003-2003-AI.html>

Sentencia 0012-2006 (2006, 15 de diciembre). Tribunal Constitucional (Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen, et al.). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>

Sentencia 003-2005 (2006, 09 de agosto). Tribunal Constitucional. (Walter Humala) <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/normativas/00003-2005-AI.html>

Sentencia 0045-2004 (2006, 29 de octubre). Tribunal Constitucional (lva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, et al.). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>

Sentencia 006-2000 (2002, 11 de abril). Tribunal Constitucional (Guiomar Seijas Dávalil). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00006-2000-AI.html>

Sentencia 008-2005 (2005, 12 de agosto). Tribunal Constitucional (José Gorriti).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

Sentencia 011-2013 (2015, 10 de enero). Tribunal Constitucional (Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, et al.).
http://spij.minjus.gob.pe/content/noticia/pdf/Sentencia_0011-2013-PI-TC.pdf

Sentencia 01405-2010 (2010, 6 de diciembre). Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, et al.).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>

Sentencia 016-2002 (30 de Abril de 2003). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, et al.). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>

Sentencia 01643-2014 (2018, 14 de agosto). Tribunal Constitucional (Peralta Tapara).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01643-2014-AA.pdf>

Sentencia 03610-2008 (2008, 27 de agosto). Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, et al.) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03610-2008-AA.html>

Sentencia 050-2004 (2005, 3 de junio). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, et al.). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Sentencia 1417-2005 (2005, 08 de junio). Tribunal Constitucional (Anicama Hernández).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

Sentencia 2016-2004 (2004, 5 de octubre). Tribunal Constitucional (Correa Condori).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>

Sentencia 2192-2004 (2004, 11 de octubre). Tribunal Constitucional (Costa Gomez y Ojeda Dioses). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>

Sentencia 5854-2005 (2005, 8 de noviembre). Tribunal Constitucional (Lizana Puelles).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>

Sentencia 708-2005 (2005, 20 de abril). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Landa Arroyo).
<https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/00708-2005-AA.html>

Serkovic, G. (2020, 18 de mayo). De la licencia con goce de remuneraciones a la suspensión perfecta. *La Ley*. <https://laley.pe/art/9714/de-la-licencia-con-goce-de-remuneraciones-a-la-suspension-perfecta>

Tribunal Constitucional. (23 de mayo de 2023). *Argumentación y constitución - aula abierta #21* [Archivo de Vídeo]. Youtube.
<https://www.youtube.com/watch?v=cKSin9zSLEQ&t=25s>

Urueña, R. (2016). El Surgimiento del Estado Constitucional en Colombia. *Nuevas tendencias del derecho administrativos* (pp. 9-34). Universidad de Los Andes.

Valdés, F. (2003). Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio. *La Ley digital*, 5(2), 69-76
<https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2017/09/f-valdes-df-de-la-persona-del-trabajador-rl.pdf>