

Procedencia de la acción de amparo ante despidos nulos

May Lin Ataca Ugaz

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la posibilidad y características de la protección de derechos fundamentales de los trabajadores en la vía judicial ordinaria. Específicamente, se pretende determinar tres interrogantes; la primera, cuál es la relación existente, tras la vigencia del Código Procesal Constitucional, entre la vía constitucional –Acción de Amparo- y la vía laboral ordinaria –en concreto, el despido nulo-. La segunda gira en torno a analizar cuál de los dos mecanismos de protección resulta más satisfactorio; y finalmente, pretendemos concluir averiguando el porqué existe en la vía laboral ordinaria una diferenciación en la protección de derechos fundamentales y cuáles son las alternativas de solución.

En orden a conseguir este objetivo, el presente trabajo se ha dividido en tres capítulos. El primero está referido a una visión preliminar de la eficacia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo. En el segundo capítulo se analizarán los problemas centrales procesales y constitucionales del tema planteado y, el tercero girará en torno a las alternativas.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

2.1. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, en términos de Jellinek, son «derechos públicos subjetivos»; es decir, «son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de la relación entre el individuo y el Estado y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos»¹. De esta manera, los derechos fundamentales surgieron como los derechos inherentes a todo individuo como miembro de una sociedad que le permiten el respeto y goce de determinadas libertades y por ende, constituyen un límite frente al poder del Estado.

La importancia del respeto de estos derechos queda manifiesta cuando la propia Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 2 que toda persona, sin importar su condición política, económica o social, tiene derecho y por ende, los terceros tienen la obligación de respetar el goce de los derechos enunciados previamente.

Como se observa, si bien en un inicio se entendió que estos derechos fundamentales eran oponibles sólo frente al Estado; excluyendo, por ende, la obligación de su observación en relaciones entre privados como la relación de trabajo; posteriormente, la doctrina entendió que la eficacia de estos derechos debe irradiar todo el ordenamiento; es decir, debe ser aplicable inclusive a las relaciones entre particulares o privados. Ciertamente, como lo menciona Pedrajas², la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* establecida por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania sentó, históricamente, el principio de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (los derechos fundamentales son oponibles no sólo frente al poder estatal; sino también, a las relaciones entre particulares). El surgimiento de esta teoría se basó en argumentos fácticos: la relación vertical no tenía lugar sólo entre el Estado y las personas; sino

¹ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 387

² Al respeto ver a PEDRAJAS MORENO, Abdón. Despido y Derechos Fundamentales: Estudio Especial de la Presunción de Inocencia. Madrid: Trotta, 1992. p. 27.

que ésta se había trasladado también a las relaciones entre privados. Así, el Estado intentando solucionar esta desigualdad material estableció la eficacia y obligación de respeto de derechos fundamentales no sólo frente a él sino también y principalmente, entre privados; lo cual ha sido recogido por nuestro ordenamiento –recogido en pronunciamientos del Tribunal Constitucional-³.

La obligación de respeto de derechos fundamentales entre privados referida es relevante de sobremanera para el Derecho del Trabajo por cuanto en éste la desigualdad material entre las partes (empleador y trabajador) es manifiesta al constituir precisamente la posición subordinada del trabajador en el seno de la empresa uno de los elementos centrales de la relación laboral. Arce Ortiz es de esta opinión al expresar que «el marcado desequilibrio de poderes materiales al interior de aquélla –léase relación laboral-, más que en cualquier otra relación privada, confirman, de modo único, la peligrosidad y el riesgo para los derechos humanos»⁴.

De esta manera, derechos fundamentales consagrados como tales en la Constitución Política del Perú –a la intimidad, a la libertad de expresión, culto religioso, entre otros- deben ser observados necesariamente por la empresa en la relación de trabajo como modalidad de vínculo entre privados. El problema surge, entonces, cuando estamos ante la contraposición de derechos constitucionales. En efecto, si hemos señalado que en el ámbito de relación *inter privatos*, los derechos fundamentales son oponibles, no podemos negar que en una relación laboral los derechos del trabajador no son los únicos existentes; sino que van a estar acompañados continuamente por un derecho fundamental del empleador: la libertad de empresa, la cual deberá ser, igualmente, observada y respetada.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 recaída en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC. En este mismo sentido, ver sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de marzo de 2003 recaída en el Expediente No. 976-2001-AA/TC.

⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p.89.

2.2. Eficacia de derechos fundamentales en el contrato de trabajo

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha provocado, en el ámbito del Derecho de Trabajo, una necesidad de tutelar los derechos constitucionales del trabajador, lo cual supone, un auténtico replanteamiento de los márgenes de distribución de poder en el seno de la empresa al constituir aquéllos, auténticos límites sustantivos al poder empresarial⁵.

2.2.1. Constitucionalización de los derechos laborales

Con motivo de la celebración o suscripción de un contrato de trabajo, se generan a favor del trabajador una serie de derechos de carácter socio-económico que pueden ser de dimensión personal –el derecho al trabajo, libertad a la elección profesional, entre otros- o colectiva -negociación colectiva, huelga, entre otros-. Como se observa, la presencia de estos derechos equilibra de algún modo la relación de verticalidad material propia de una relación de trabajo, más aún cuando estos derechos –tanto los de índole material como colectiva- han merecido una protección constitucional.

La característica fundamental de estos derechos radica precisamente en que se sustentan en la existencia de una relación de trabajo, más aún si se considera, en términos de Palomeque López, que ésta constituye un presupuesto insoslayable para el perfeccionamiento y ejercicio de los mismos⁶. De esta manera, los únicos titulares para el ejercicio de estos derechos son los propios trabajadores; de modo tal que cualquier pretensión de ejercicio fuera de este ámbito devendrá en jurídicamente imposible.

2.2.2. Laboralización de derechos constitucionales

La existencia de los derechos laborales constitucionalizados indicados en el punto anterior no soslaya ni elimina la posibilidad de ejercicio a cargo del trabajador

⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. Op. Cit. p. 79

⁶ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. Los derechos laborales en la Constitución Española. En: Cuadernos y Debates. Madrid: Centros de estudios Constitucionales, 1991. p.21

de otro tipo de derechos fundamentales, los cuales corresponden a una esfera extralaboral. En efecto, se trata de derechos que no tienen origen en un contrato de trabajo; sino que preexisten al mismo al ser ostentados por el trabajador en su simple condición de persona.

La presencia de un contrato de trabajo no significa o implica la privación para el trabajador del ejercicio de determinados derechos que la propia Constitución le reconoce como ser humano pues, en muchos casos, la presencia de estos derechos, preexistentes al vínculo laboral, se convierten en requisitos o vehículos indispensables para el goce de los denominados derechos laborales. En otras palabras y siguiendo los términos de Alonso Olea, la mayoría de ellos «pueden emerger u ocurrir, y aún ocurrir con manifestaciones típicas en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo», de modo que cabe pensar en «una versión laboral de virtualmente todos los derechos fundamentales que demostraría la existencia de un Derecho constitucional del Trabajo»⁷

Algunos de estos derechos constitucionales laboralizados son el derecho a la igualdad y no discriminación cuando -por ejemplo- el trabajador solicita o reclama el pago de una remuneración equivalente a la percibida por otros trabajadores que realizan una función similar en la empresa; la libertad de expresión al ser indispensable en el seno de la negociación colectiva -los dirigentes sindicales y demás trabajadores sindicalizados tienen derecho a opinar e informar a terceros sobre las reivindicaciones laborales solicitadas-. Otro ejemplo, lo constituye el derecho a la intimidad personal y el derecho al honor al constituir límites para el ejercicio del derecho de fiscalización de la empresa -el empleador no puede, de manera ilimitada, revisar correspondencia privada, poner cámaras de video o grabar las conversaciones privadas del trabajador a efectos de controlar la prestación de sus servicios-.

Como se observa, tanto la doctrina como la jurisprudencia han concluido que el trabajador no puede escindir su posición jurídica dependiendo de la situación en

⁷ Ver PEDRAJAS MORENO, Abdón. Op. Cit. p.21 citando a ALONSO OLEA, Manuel: Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho al Trabajo según la Constitución. Madrid: CIVITAS, 1982. p. 28 y siguientes.

la que se encuentre; sino que reconocen que ésta es dual. En otras palabras, el trabajador tiene determinados derechos en su condición de persona los cuales se añanan -no se superponen- a los ostentados en su calidad de trabajador.

3. PROTECCIÓN ANTE DESPIDOS LESIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. El despido como acto lesivo

El contrato de trabajo como toda relación bilateral implica la presencia de dos partes (trabajador y empleador) cuyos intereses se encuentran en una constante interacción. En efecto, desde la perspectiva del trabajador se tenderá a buscar la protección y respeto de sus derechos fundamentales pertenecientes a su esfera tanto laboral como extralaboral. En cambio, desde la óptica del empleador se buscará en todo momento la primacía de la libertad de dirección que se encuentra recogida en el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral —en adelante LPCL- y se inscribe en el derecho fundamental a la libertad de empresa establecida en el artículo 59⁸ de la Constitución Política del Perú siguiendo la opinión de Martín Valverde en los siguientes términos: «el poder de dirección del empleador forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa y, en cuanto tal, ha de constar de aquellas facultades que, sumadas o combinadas, permitan llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta»⁹.

El ejercicio de esta libertad de empresa inherente a todo empleador aunada a la posición de subordinación del trabajador propia de toda relación laboral permite que el empleador pueda no sólo dirigir sino también fiscalizar y sancionar tanto la prestación de servicios a cargo del trabajador; como su conducta o comportamiento. Una de las manifestaciones de este poder de fiscalización e inclusive la más

⁸ El artículo 59 señala: «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa (...)».

⁹ MARTÍN VALVERDE, Antonio. El Ordenamiento Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Revista de Política Social. Instituto de Estudios Políticos, No. 37, Madrid, 1983. p.144.

significante es el despido entendido en términos de Alonso Olea y Casas Baamonde como la resolución unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empresario¹⁰.

Por esta razón, el ejercicio de estas potestades de sanción y dirección a cargo del empleador no deben ejercerse con absoluta libertad sino con ciertas limitaciones formadas no por la existencia de un contrato de trabajo en el cual se establezcan cláusulas determinadas; sino, principalmente, por el respeto de los derechos fundamentales tanto laborales como extralaborales del trabajador. Ciertamente, al caracterizarse la relación laboral por esta interacción y contraposición de intereses se debe buscar en la mayoría de los casos el ejercicio armonioso de ambos derechos e intereses contrapuestos (mediante la ponderación de derechos) puesto que, en caso el empleador ejerza su derecho de dirección sin observar el contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador, aquél devendrá en ilegítimo al haberse producido un ejercicio abusivo del derecho, más aún cuando el despido, en su condición de manifestación más significativa del poder de dirección lleva implícita una vulneración al derecho fundamental del trabajador «al trabajo» recogido en el artículo 22 de la Constitución. En efecto, todo despido al significar el término de una relación laboral por voluntad del empleador (exista o no causa justificada para ello) importa una injerencia en el derecho del trabajador precisamente a realizar la actividad que lo define como tal: trabajar. Además de esta lesión implícita al derecho al trabajo, el despido, en la mayoría de las veces, altera el ejercicio del trabajador de otros derechos fundamentales tales como libertad de expresión, de culto religioso, entre otros.

3.2. Mecanismos para la protección de derechos

Sin perjuicio de los criterios interpretativos y límites sustanciales que deberán observarse antes de la adopción de medidas disciplinarias por la empresa en el

¹⁰ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. Derecho del Trabajo. Madrid: Universidad Complutense, 1995. p.386. De acuerdo con BLANCAS BUSTAMANTE citando a PLÁ RODRÍGUEZ, este concepto de despido lo define en sentido amplio; existiendo además una concepción restringida del mismo según la cual debería verse al despido como «sólo la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador debido a la falta grave imputable al trabajador» BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Lima: ARA, 2002. p. 52.

ejercicio de su poder de dirección (amonestación, suspensión o despido), existen también mecanismos que operan ex-post; es decir, tras la manifestación de un despido lesivo de derechos fundamentales, los cuales exponemos a continuación.

3.2.1 Acción de amparo

Al implicar el despido la alteración de derechos constitucionales del trabajador, su protección corresponde principalmente a la esfera constitucional. En este sentido, la Constitución peruana ha establecido una serie de procesos tutelares denominados «Garantías Constitucionales» los cuales se encuentran recogidos en el artículo 200 de la Constitución Política del Perú y regulados en la Ley No. 28237, Código Procesal Constitucional. Dentro de estas Garantías podemos encontrar al Hábeas Corpus (restricción de la libertad personal), Hábeas Data (limitaciones al acceso a información) y principalmente la Acción de Amparo, la cual se encuentra prevista como el proceso constitucional mediante el cual el Estado se encarga de proteger el respeto por derechos constitucionales distintos a los tutelados mediante el Hábeas Corpus y el Hábeas Data ante su amenaza o efectiva vulneración, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de la misma.

Así, la persona, en concreto el trabajador, ante la vulneración de sus derechos constitucionales cualquiera que éste fuera y sin importar cual sea el medio o mecanismo empleado para consumir esta trasgresión, podrá solicitar ante cualquiera de estas vías procesales constitucionales, la reposición de sus derechos al estado anterior al de su vulneración¹¹.

3.2.2. Vía ordinaria laboral: despido nulo

Este marco de protección fue ampliándose de modo tal que, de manera conjunta a las Garantías Constitucionales se establecieron, en el ámbito legislativo, mecanismos específicos de protección. Uno de estos mecanismos específicos constituye la declaratoria de nulidad de los despidos lesivos de derechos

¹¹ Al respecto, ver: ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit. p. 116.

fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 29 de la LPCL. Con la inclusión, vía legislativa, de la proscripción de esta modalidad de despidos – denominados nulos- se persiguió y sancionó no sólo la existencia o no de causas justificativas para la procedencia de los mismos, sino también la presencia de motivaciones explícitas o implícitas que fueran contrarias al ordenamiento jurídico. En otras palabras, la lesión de derechos fundamentales puede darse cuando el empleador alega el ejercicio abusivo a cargo de un trabajador o cuando si bien alega la presencia de una causa justificativa determinada para la validez del despido –por ejemplo, ausencias injustificadas reiteradas al centro de trabajo-; en realidad, esconde otra motivación (una verdadera razón para el despido referido) como puede ser que el trabajador fue elegido recientemente como dirigente sindical.

En atención de la ilicitud de estos motivos y de los derechos conculcados, la LPCL ha dispuesto como mecanismo de reparación para el trabajador ante la presencia de un despido nulo, los siguientes:

- Solicitar su reposición en su puesto de trabajo.
- El pago de una indemnización equivalente a la correspondiente por despido arbitrario

Entonces, a diferencia de la protección legislativa ante el despido arbitrario¹²- resarcimiento pecuniario: pago de una indemnización-, la legislación ha estipulado una reparación restitutoria ante la manifestación de un despido nulo, la cual constituye en términos de Blancas Bustamante citando a Pla Rodríguez, «la medida más enérgica y eficaz es la readmisión del trabajador. Constituye la forma natural de dejar sin efecto un despido que por considerarlo ilícito se le quiere quitar sus efectos. Si el despido intentó terminar el contrato de trabajo y se le quiere quitar eficacia a este despido, lo mejor es volver a considerar que el contrato de trabajo continúa como si ese despido no se hubiera producido»¹³.

¹² El despido arbitrario es visto como aquel mediante en cual se pone término a la relación laboral sin expresión de causa justificativa alguna o si bien se alega causa ésta no puede ser comprobada judicialmente.

¹³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. cit. p. 328-329.

En efecto, como el despido por la ilicitud de su motivación ha devenido en nulo, lo lógico es que se entienda que sus efectos deben ser ineficaces para lo cual, el trabajador deberá ser repuesto o readmitido en la empresa como si el despido nunca hubiera surtido efectos. Debe quedar claro que la reposición como medida reparadora del despido, está reservada exclusivamente al despido nulo; es decir, a aquellos que implican la lesión de derechos fundamentales; no siendo posible su aplicación a aquéllos que se caracterizan por la ausencia de una causa justificativa –despido arbitrario-.

- Derechos constitucionales protegidos:

La doctrina entiende que los motivos de nulidad del despido pueden admitir dos acepciones: (i) un sentido amplio; entendiéndose por ende, que ante la vulneración de cualquier derecho fundamental del trabajador procede la nulidad del mismo o (ii) un sentido restringido conforme al cual el despido merecerá ser catalogado de nulo sólo si acontece ante cualquiera de los motivos contemplados expresamente en la ley –en nuestro caso la LPCL-.

De las 2 orientaciones enunciadas, parece que el legislador peruano ha optado por la segunda por cuanto en el artículo 52 del Decreto Supremo No. 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, se ordena lo siguiente: «la acción de nulidad de despido requiere que, cuando menos, uno de los motivos a que se refiere el artículo 62 de la Ley –actual artículo 29 de la LPCL- sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo». En este sentido, el legislador ha sido claro en excluir cualquier posibilidad de solicitar la nulidad del despido por la violación de un derecho que si bien califica como fundamental no está incluido en la lista taxativa de la Ley.

Los supuestos de nulidad del artículo 29 son los siguientes:

1. La discriminación antisindical: Mediante esta prohibición se trata de proteger el derecho fundamental a la libertad sindical recogida en el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución al cual se le atribuye la condición de derecho humano laboral al estar recogida su protección en diversos tratados, y declaraciones tanto de nivel regional como mundial.

La libertad sindical se encuentra protegida en sus dos variantes: colectiva y personal referidas tanto para afiliarse y organizar de los sindicatos como para participar en las actividades sindicales.

2. La discriminación por razón de sexo, raza, idioma, religión u opinión: El derecho protegido mediante este supuesto es el mandato de no discriminación recogida en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Si se atiende al listado de derechos contenidos en el artículo constitucional referido, se podrá observar que éste resulta ser más restringido que el estipulado en la Constitución. Sin perjuicio de lo mencionado, existen 2 motivos que han sido agregados a la taxativa lista del artículo 29, el padecer de VIH (sida) y el basado en la discapacidad del trabajador según la Ley No. 27050.

Para la configuración de la discriminación se requiere de la presencia de 3 elementos: (i) una distinción o preferencia; (ii) la alegación de alguno de los motivos prohibidos como sustento de dicha diferenciación y (iii) un efecto el cual radica en la alteración o anulación de la igualdad de trato. En efecto, no toda diferenciación presupone una discriminación; sino exclusivamente aquella que se origina en un motivo proscrito por el ordenamiento.

3. El embarazo: La nulidad del despido de la mujer embarazada se produce cuando el despido ocurre en cualquier momento de la gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Asimismo y a diferencia de los supuestos anteriores, en este se establece una presunción –si el despido ocurre cuando la mujer estaba embarazada se entiende que éste ha obedecido a esta causa prohibida-; de modo tal que, opera una presunción legal de la nulidad estando obligado el empleador ha acreditar que el despido efectuado ha obedecido a causales objetivas y ajenas al embarazo de la mujer.
4. El ejercicio a cargo del trabajador de su derecho a la Tutela Jurisdiccional: Todo trabajador en su condición de persona tiene derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139 de la Constitución), el cual en el ámbito de una relación laboral se materializa en el derecho del trabajador de recurrir contra su empleador ante el incumplimiento de determinadas

obligaciones sin que por ello se origine una suspensión o término de la relación laboral. Ciertamente, el inciso c) del artículo 5 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) precisa que: no podrá constituir causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, el presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra su empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes».

De esta manera, lo que se busca es proteger al trabajador ante una represalia del empleador al haber ejercido su derecho a la tutela jurisdiccional interponiendo una queja ante autoridad judicial o administrativa –no ante el propio empleador-.

3.2.3. Relación entre la Acción de Amparo y la vía laboral ordinaria (vías paralelas)

Como se ha podido observar el despido nulo procede sólo ante la vulneración de determinados derechos tales como la libertad sindical, la no discriminación y la tutela jurisdiccional efectiva. Así, el trabajador ante la trasgresión de cualquiera de los derechos indicados tendría en principio 2 vías procesales a las cuales acudir: la constitucional (vía Acción de Amparo) y la ordinaria (vía despido nulo).

Estamos ante lo que la jurisprudencia argentina ha denominado «vías paralelas» o en términos de Abad «vías convergentes»; es decir, «ante todo proceso (ordinario, sumario, especial, etc.) distinto al Amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho vulnerado o amenazado»¹⁴. Las «vías paralelas» deben diferenciarse, en principio, de las llamadas «vías previas» que son lo que en México y España se entiende por Principio de Definitividad y Subsidiaridad según los cuales para que se pueda conceder «un proceso de Amparo, se requiere agotar las instancias previas así como todos aquellos recursos establecidos por la legislación que rija el acto que se reclama»¹⁵.

¹⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 268.

¹⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. La acción Constitucional de Amparo en México y España. México: Porrúa, 2000. p. 291.

Si bien la diferencia entre ambas vías es un poco complicada es indispensable anotarla por cuanto nuestro ordenamiento recoge ambas como causales de improcedencia de la Acción de Amparo. En este sentido, siguiendo lo dicho por Abad podemos considerar que ambas vías se diferencian en que «la primera (vía previa) debe agotarse antes de utilizar la acción de garantía, mientras que la segunda (vía paralela o convergente) no exige tal requisito, sino que cierra la posibilidad de optar por el Amparo de existir remedio judicial idóneo»¹⁶. El ejemplo por excelencia de vía previa es el agotamiento de la vía administrativa para interponer una Acción de Amparo.

Habiendo diferenciado ambos requisitos de procedencia, debo precisar que a efectos que una vía sea considerada como paralela o convergente debe reunir adicionalmente los siguientes requisitos conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional¹⁷.

- a. Perseguir el mismo fin que la Acción de Amparo.
- b. Invocación de los mismos hechos.
- c. Las partes en conflicto sean las mismas en ambos procesos.

En este sentido, si bien la vía laboral ordinaria puede ser considerada como una vía paralela al Amparo siempre que reúna los requisitos señalados – exclusivamente en el caso de los despidos nulos en función que persigue el mismo fin que el Amparo: restitución o reposición del trabajador en su puesto de trabajo, debe analizarse cuál es la relación entre ellas; es decir, si la Acción de Amparo es un mecanismo alterno o subsidiario a la vía judicial ordinaria.

- a. Alternabilidad

Conforme lo ha expuesto Castillo¹⁸ que un proceso tenga el carácter de alternativo significa que el afectado en su derecho constitucional tiene la alternativa de optar por salvar su derecho constitucional a través de un proceso judicial ordinario

¹⁶ ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. p. 221.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14 de agosto de 2002 recaída en el Expediente No. 0905-2001-AA/TC. Lima.

¹⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Alternabilidad y Excepcionalidad en los Procesos Constitucionales. En: Código Procesal Constitucional Comentado. Trujillo: Normas Legales, 2005. p. 27.

o a través del correspondiente proceso constitucional. En otras palabras, ante el acaecimiento de un hecho que vulnere un derecho constitucional, el agraviado tiene la facultad de optar libremente por acudir a un proceso constitucional o a un ordinario sin necesidad de que medie requisito o presupuesto adicional alguno. Así, depende exclusivamente de la voluntad del individuo decidir a que clase de proceso someter su reclamo.

b. Subsidiaridad

Conforme a la legislación argentina, empleada como inspiración para la regulación del Amparo en nuestro país, la relación entre el Amparo y la vía laboral ordinaria es una de subsidiaridad; razón por la cual, «la vía del Amparo resulta excepcional y sólo procede en ausencia de otros remedios que pudieran resultar idóneos para la protección de las garantías que consagra nuestra Carta Magna». ¹⁹

En este sentido, si existe una vía ordinaria idónea que ampare el reclamo del perjudicado, la Acción de Amparo no podría ser empleada como mecanismo de tutela puesto que de considerar pertinente su uso se estarían sustituyendo los procesos ordinarios existentes, generando inseguridad jurídica y rompiendo el orden procesal permanente²⁰.

Siguiendo esta línea, para que la Acción de Amparo sea procedente, el perjudicado tendría que demostrar previamente la falta de idoneidad o ineptitud de la vía laboral ordinaria para proteger el derecho constitucional en juego. Así, lo ha establecido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Santiago del Estero en Argentina al considerarse incompetente para ver la Acción de Amparo presentada de la siguiente manera:

¹⁹ ABERASTURY, Pedro. Derecho de Amparo: Antecedentes de la Acción de Amparo en la República Argentina. En: *La Protección Constitucional del Ciudadano: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Venezuela*. Buenos Aires: CIEDLA, 1999, p. 26.

²⁰ ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. p. 222.

«(...) no es menos cierto que el derecho de propiedad que en autos se dice lesionado, encuentra tutela jurisdiccional suficiente en la acción ordinaria, siendo por ello el Excmo. Superior Tribunal de Justicia en pleno el competente para entender en la presente acción (...)»²¹.

c. La posición peruana

En el inciso 3 del artículo 6 de la Ley No. 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo se contemplaba que: «no proceden las acciones de garantía –léase Acción de Amparo- cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria».

Haciendo una interpretación de esta disposición, el Tribunal Constitucional consideró que el proceso ordinario y la acción de Amparo eran vías optativas; es decir optó por la existencia de una relación de alternabilidad entre ambas vías dependiente de la exclusiva voluntad del perjudicado. Por ello, podemos considerar que bajo la legislación anterior al Código Procesal Constitucional la regla era la alternabilidad de las vías por cuanto se consideraba que la vía judicial ordinaria no ofrecía mecanismos de tutela idóneos y/o adecuados para la protección de derechos constitucionales vulnerados.

Este panorama cambió tras la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional por cuanto en él se expresa que: «no proceden los procesos constitucionales cuando: existan vías procedimentales específicas, ‘igualmente satisfactorias’, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de Hábeas Corpus» (inciso 2 del artículo 5). Se observa, por consiguiente, que nuestro ordenamiento se orienta con lo estipulado tanto por la legislación argentina como por la colombiana: la subsidiariedad o residualidad del Proceso de Amparo. En efecto, el artículo 43 de la Constitución argentina dispone que: «toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, ‘siempre que no exista otro medio judicial más idóneo’ De igual modo, el Amparo ha sido concebido en Colombia como un mecanismo subsidiario de

²¹ RIVERA, Julio César. El Amparo: ¿Vía Principal o Subsidiaria?. Nota al Fallo. En: Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1998-F. p. 814.

protección por cuanto se expresa en el artículo 86 de la Constitución que procede ‘cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial’, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable».

Por ello, desde el 01 de diciembre de 2004 (fecha de vigencia del Código Procesal Constitucional) para algunos²² el Amparo se ha convertido en un proceso extraordinario o excepcional frente a la vía ordinaria, pero otros²³ siguen sosteniendo que aún es posible la alternabilidad entre el Amparo y la vía ordinaria.

Esta incertidumbre ha sido resuelta –a mi opinión- adecuadamente por el Tribunal Constitucional al haber reconocido el carácter «subsidiario» de la Acción de Amparo en relación con la vía ordinaria²⁴; razón por la cual adquiere significativa importancia apreciar correctamente que debe entenderse por «igualmente satisfactoria» dado que de su adecuada percepción el juez tendrá que admitir o denegar un proceso constitucional.

d. ¿Qué se entiende por igualmente satisfactorio?

Al no haberse escrito mucho sobre este tema en el Perú, se debe acudir a la doctrina o mejor dicho, legislación que sirvió de inspiración para la regulación de la Acción de Amparo en el Perú, Argentina. Por ello, si bien en Argentina no se emplea la expresión «igualmente satisfactorio», sino la frase «proceso idóneo», debemos tratar de averiguar que entiende la doctrina y jurisprudencia de dicho país por tal requisito.

En primer lugar, se debe precisar que la Acción de Amparo al ser un proceso extraordinario se basa en dos presupuestos:

²² Son de esta opinión: ABAD YUPANQUI, Samuel. «Vías Paralelas en el Proceso Constitucional» En: *Jurídica: suplemento de análisis legal*. Diario Oficial El Peruano. Lima, número 37, 15 de marzo de 2005 p. 5; y ALVA ORLANDINI, Javier. *Diario Gestión*, Lima, 13 de diciembre de 2004. p. 10.

²³ Ver a CASTILLO CORDOVA, Luis. Op. cit. p.39.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de noviembre de 2005 recaída en el Expediente No. 206- 2005-PA/TC.

- 1 La violación o amenaza de violación del derecho constitucional debe ser manifiesta: Al no existir en la Acción de Amparo una etapa probatoria amplia, el perjuicio de la acción o de la amenaza debe ser visible, ostensible y notoria; es decir, el juez debe poder percibirla tras un examen superficial de los medios probatorios presentados por el agraviado. En efecto, en palabras de Alfredo Buzaid «la nota fundamental del instituto no está dada propiamente por la inexistencia de discusión en torno al derecho invocado por el impetrante; sino por la indiscutibilidad de la pretensión enjuiciada»²⁵. Por ello, si bien el agraviado tiene la obligación de presentar medios probatorios suficientes que acrediten la existencia del acto u omisión violatoria de sus derechos, estos no deben requerir de un análisis exhaustivo puesto que si no causan convicción en el juez y por tanto, se requiriera de la actuación de medios probatorios adicionales, la Acción de Amparo presentada debería ser declarada improcedente.

- 2 La celeridad en la tramitación de la Acción de Amparo: Al procurarse mediante la Acción de Amparo la tutela de derechos constitucionales para evitar que el daño, en caso se haya producido, devenga en irreparable; se exige que la misma cuente con un trámite procesal más acelerado (plazos más cortos que los establecidos para procesos ordinarios sin afectar el derecho de contradicción y defensa del acusado). Así, Abad califica al proceso de amparo como un «proceso urgente» al indicar que estos se caracterizan por reconocer en su seno que el factor tiempo posee una relevancia superlativa. Vale decir, que cuando se está ante un proceso urgente, siempre ocurre una aceleración de los tiempos que normalmente insume el moroso devenir de los trámites judiciales»²⁶.

En virtud de ello, un sector de la doctrina argentina ha manifestado que la idoneidad de la vía ordinaria debe depender del factor tiempo, celeridad o rapidez alegando que la norma (artículo 43 de la Constitución argentina) alude estrictamente a dicho parámetro por cuanto ella empieza refiriéndose a «la acción expedita y

²⁵ ENRIQUE PALACIO, Lino. La Pretensión del Amparo en la Reforma Constitucional de 1994. En: Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires. 1995-D. p.1238.

²⁶ ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. p. 97.

rápida del Amparo». De esta manera, puede atenderse a lo sostenido por Sagüés «ante un acto lesivo manifiestamente arbitrario, el afectado debe recurrir al proceso más idóneo que habitualmente será el ordinario excepto que, en función del factor tiempo o de la inexistencia en éste de medidas cautelares, el amparo exhiba mayor idoneidad»²⁷.

Como argumento contrario a esta posición se ha expuesto que nunca un proceso ordinario va a resultar ser tan célere como la Acción de Amparo; razón por la cual, nunca podría ser considerado como un proceso más idóneo, lo cual conllevaría a una ordinarización del Amparo. Así, la jurisprudencia argentina ha precisado que: «la existencia de remedios procesales ordinarios y adecuados para la tutela del derecho del recurrente, excluye la procedencia de la acción del amparo, siendo insuficiente a ese fin el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos corrientes, extremo que no importa otra cosa que la situación común de toda persona que peticiona mediante ellos el reconocimiento de sus derechos»²⁸.

Asimismo, ha señalado que la idoneidad está referida a «la finalidad perseguida, cual es la obtención de la tutela judicial efectiva de los concretos derechos que se aleguen como conculcados»²⁹.

Ante lo expuesto, considero que la idoneidad tiene que ser analizada casuísticamente; es decir, en cada oportunidad el juez antes de declarar improcedente la Acción de Amparo por considerar que existe un proceso laboral ordinario igualmente satisfactorio debe procurar que el objetivo es detener la lesión o evitar que ésta llegue a concretarse. En otras palabras, no debe declararse improcedente la Acción de Amparo simplemente porque exista otro proceso sino porque ésta necesariamente va a tutelar rápida y eficazmente la situación que manifiestamente está atentando contra derechos constitucionales del agraviado. Así, no basta la simple celeridad como parámetro de la idoneidad; sino que ésta

²⁷ SAGÜÉS, Ernesto. «Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus». En: Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires 1994-D. p. 1151.

²⁸ RIVERA, Julio César. Op. cit. p. 814.

²⁹ SCHAFRIK, Fabiana Haydeé y BARRAZA, Javier Indalecio. El Amparo: Estudio de su Naturaleza, Acción Ordinaria o de Excepción. Condiciones de Admisibilidad. Reflexiones en torno de un Pronunciamiento Judicial. En: Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires. 1997-F. p. 249.

tendrá que estar acompañada con la efectividad o eficacia del proceso paralelo para detener la palmaria arbitrariedad y por ende, detener o evitar la lesión inminente.

Por otro lado, es menester indicar que en lo relativo a la idoneidad no se puede obviar lo señalado por Rodolfo Barra: «la idoneidad tiene un carácter bifronte. En lo que concierne al afectado, se relaciona con la rapidez o celeridad del proceso judicial; por el lado del demandado, se vincula con la garantía del debido proceso, de manera tal que éste debe tener la posibilidad de una defensa amplia de sus derechos»³⁰. En virtud de ello, la procedencia de la Acción de Amparo debe tratarse con suma prudencia por cuanto debe evitarse que por procurar ser céleres en la tutela de un derecho constitucional visiblemente amenazado o vulnerado, se desconozcan o violen otros derechos constitucionales como el derecho a la defensa y por ende, al debido proceso.

e. Relación entre Amparo y vía ordinaria ante despidos nulos:

Considerando lo analizado en los puntos anteriores, es viable o procedente la interposición de una Acción de Amparo ante la trasgresión de un derecho constitucional que puede ser tutelado vía despido nulo?

Para absolver esta interrogante debemos determinar, en primer lugar, si ambas vías pueden ser consideradas como paralelas o convergentes. Atendiendo a que en el artículo 34 de la PLCL se contempla la opción que el trabajador afectado pueda solicitar a su sola voluntad (i) el pago de una indemnización o (ii) la impugnación del despido y por consiguiente, su reposición, considero que las vías pueden merecer el calificativo de «convergentes» o «paralelas». En efecto, el trabajador podría conseguir a través de la vía ordinaria laboral la misma finalidad que mediante el Amparo: la restitución de la situación laboral al estado anterior a la trasgresión; es decir, la reposición del trabajador en su puesto de trabajo bajo las mismas condiciones.

Ahora bien, ¿son igualmente satisfactorias? En el despido nulo, la carga probatoria es significativamente complicada para el trabajador puesto que en este caso opera el principio de «quien afirma algo está obligado a demostrarlo»; de

³⁰ RIVERA, Julio César. Op. cit. p. 813.

modo tal que éste –léase el trabajador- tendrá que acreditar no sólo la existencia de la causa prohibida invocada; sino también la existencia de un nexo de causalidad; es decir, una inmediatez entre la causa prohibida alegada y el despido efectuado. De esta forma, al requerirse de una significativa actividad probatoria para demostrar que el despido vulneró no sólo el derecho al trabajo sino otros derechos fundamentales como no discriminación o libertad sindical, el Amparo no podría ser la vía adecuada.

En virtud de esta complejidad probatoria para el trabajador, la jurisprudencia peruana siguiendo la doctrina y jurisprudencia española, ha adoptado una aptitud un poco más flexible al permitir y desarrollar el principio de facilitación probatoria, el cual se manifiesta en términos de Morneo López en que «el trabajador que aduzca el despido obedeció al propósito de lesionar un derecho fundamental no queda librado de toda actividad probatoria, sino que deberá probar la concurrencia de indicios racionales de la probabilidad de la lesión alegada. Sólo después de que se hayan aportado esos indicios suficientes, el empresario demandando estará obligado a demostrar las causas reales y serias del despido en todo punto ajenas a toda intención lesiva de derechos fundamentales»³¹.

Entonces, si bien en el ámbito de proceso laboral ordinario, el trabajador tendría facilidades para acreditar que el despido del que fue objeto obedeció a un motivo ilícito, dichas facilidades no serían trasladables al proceso constitucional por cuanto el propio artículo 9 del Código Procesal Constitucional señala: «en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medio probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables sin afectar la duración del proceso».

Además de las facilidades probatorias existentes en la vía laboral ordinaria para el despido nulo frente a la Acción de Amparo, debemos señalar que aquella presenta una ventaja adicional: el trabajador además de solicitar su reposición,

³¹ MORNEO LÓPEZ, José Luis. *La Carga de la Prueba en los Despidos Lesivos de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 42. Ver igualmente a BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. cit. p. 359.

percibirá el pago de las remuneraciones devengadas entre la fecha de la materialización de su despido nulo y la fecha de su reincorporación en la empresa pues el artículo 40 de la LPCL establece que: « al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.» En la Acción de Amparo, en cambio, el trabajador podrá solicitar únicamente su reposición, mas no el pago de las remuneraciones devengadas dejadas de percibir desde su despido hasta su reincorporación pues como ya se ha precisado en esta sede procesal sólo se puede buscar la obtención de efectos restitutorios – no resarcitorios-. De esta forma, si luego de obtener una sentencia favorable vía Amparo, el trabajador desea el pago de las remuneraciones devengadas deberá iniciar vía proceso laboral ordinario el proceso correspondiente.

Finalmente, debo señalar que en la vía laboral ordinaria el trabajador puede solicitar medidas cautelares al igual que en el proceso constitucional. Ciertamente, a pesar que en la Ley Procesal de Trabajo (artículo 96) se estipula que: son procedentes en el proceso laboral las medidas cautelares que contempla esta ley – medidas para futura ejecución forzada: embargos; y medidas sobre el fondo, pago de una asignación provisional, por ejemplo-, la jurisprudencia laboral ha entendido que en materia de medidas cautelares es aplicable al proceso laboral ordinario lo dispuesto por el Código Procesal Civil³².

Bajo esta consideración, sería posible la solicitud mediante medida cautelar, de la suspensión de los efectos del despido nulo hasta que se obtenga una sentencia. En otras palabras, al permitir el artículo 682 del Código Procesal Civil la aplicación de medidas cautelares innovativas – aquellas que son excepcionales y pueden ser dictadas por el juez ante la inminencia de un perjuicio irreparable y con el objeto de reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser el sustento de la demanda-, el trabajador afectado con el despido nulo efectuado por la empresa

³² A título de ejemplo, ver pronunciamiento de la Corte Superior de Justicia recaída en el Expediente No. 3200-99-MC.

podría solicitar al juez laboral la aplicación de una medida cautelar innovativa –su reposición- al no estar ésta prevista expresamente ni en la Ley Procesal de Trabajo ni en el Código Procesal Civil. De esta manera, vía proceso laboral ordinario, el trabajador contaría con mecanismos procesales similares a los dispuestos para la Acción de Amparo –de acuerdo al artículo 15 del Código Procesal Constitucional se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio e los procesos de Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus-.

En atención de lo expuesto, considero que ante un despido nulo el agraviado no podría interponer una Acción de Amparo porque para tutelar la violación de sus derechos constitucionales existe otra vía igual o más satisfactoria: la vía laboral ordinaria.

4. Razones para una protección preferente

Conforme lo analizamos en el acápite anterior, los derechos fundamentales que son protegidos vía despido nulo –libertad sindical, no discriminación y tutela jurisdiccional efectiva- gozan de un resguardo procesal especial o preferente. En efecto, a diferencia de los demás derechos fundamentales del trabajador que pueden verse igualmente conculcados por la mediación de un despido y que sólo pueden acceder a la Acción de Amparo en orden de obtener tutela; los tres derecho fundamentales enunciados al inicio de este párrafo no cuentan sólo con la posibilidad de la protección constitucional; sino que disponen de una tutela aún más favorable, la del despido nulo.

El punto a tratar en este momento es entender el porqué de este trato diferenciado entre derechos fundamentales; es decir porqué el derecho a la libertad sindical merece una tutela más favorable a la libertad de expresión pese a que la misma está catalogada por el propio Tribunal Constitucional como un derecho preferente? ³³

³³ De acuerdo a la teoría de la posición preferente (*preferred position*), los derechos fundamentales- dado que configuran límites efectivos a la actuación del Estado- son preferidos sobre toda otra consideración que no sea tal, aun cuando ésta se encuentre constitucionalmente consagrada. Lo antes señalado implica que los derechos deben ser preferidos incluso sobre metas colectivas o sobre intereses públicos o meramente estatales. GUZMÁN, Christian. El principio de Preferencia por los Derechos Fundamentales. Un Intento de Fundamentación Lógica, citado por MARCIANI BURGOS, Betzabé. El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes. Lima: Palestra, 2004. p. 95.

Esta arbitrariedad no cuenta con justificación jurídica alguna; sino simplemente se basa en una opción legislativa. Desde la estipulación del despido nulo en nuestro ordenamiento se entendió que éste debía sujetarse a la literalidad de lo dispuesto por el Convenio No. 158 de la OIT. La consignación de estos supuestos y no de otros obedece en palabras de ARCE a la intención garantizadora de la protección que deparan otros instrumentos de la OIT»³⁴. En efecto, los motivos y derecho enunciados en el artículo 5 se encuentran recogidos en diversos Convenios y Recomendaciones adicionales de la OIT como por ejemplo, el Convenio No. 3, 103 (maternidad) o la Recomendación No. 111 (discriminación en el empleo y ocupación); entre otros.

Así, resulta evidente que para la OIT los motivos consignados en el listado abierto del artículo 5 de ser empleados como justificación de un despido, provocan que el mismo devenga en nulo al haberse alegado un motivo ilícito. Esta estipulación fue reproducida en la LPCL pero con una salvedad: la lista dejó de ser abierta y se convirtió en taxativa en virtud de la redacción del artículo 29 de la LPCL y más aún por lo dispuesto por el artículo 52 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo conforme a lo explicado en el punto 2 del presente capítulo.

De este modo, pese a que los supuestos consignados en la LPCL derivan de la Convención No. 158 de la OIT y por consiguiente, de un intento del legislador peruano de adecuarse a parámetros internacionales, considero que ello no justifica la implementación legislativa de una jerarquía de derechos constitucionales. Ciertamente, el artículo 29 al contener una lista taxativa y no admitir posibilidad de ampliar, vía interpretación, sus alcances, origina una indefensión de derechos fundamentales indispensables –en el ámbito procesal ordinario- en el desarrollo de la relación laboral tales como el derecho al honor, a la reputación, entre otros. Ello conllevaría a establecer que legislativamente se ha consagrado una clasificación o jerarquía de derechos constitucionales lo cual contradice lo establecido por la propia Constitución quien ha establecido que todos los derechos consignados en ella tienen la condición de fundamentales –conforme a su artículo 3-.

³⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit. p. 208.

4. ALTERNATIVAS PARA TUTELAR EN LA VÍA LABORAL ORDINARIA DERECHOS FUNDAMENTALES DISTINTOS A LOS PROTEGIDOS POR EL DESPIDO NULO

Como se ha visto en los dos acápite anteriores, sólo los derechos fundamentales que pueden ser protegidos mediante el despido nulo gozan de una protección en la vía laboral ordinaria, la cual además resulta privilegiada en comparación con la protección constitucional. Ante ello, ¿qué ocurre con los demás derechos fundamentales de los trabajadores como la libertad de expresión o la de profesión religiosa?; ¿cabe alguna forma de protección procesal distinta de la constitucional?

4.1. Bajo el sistema actual

Las características del sistema actual de protección vía laboral ordinaria han sido enunciados a lo largo del presente trabajo y por tanto, las posibilidades de protección encontrados pueden resumirse de la siguiente forma:

En primer lugar, podría intentarse reconducir la protección de derechos como la libertad de expresión bajo otro derecho amparado por el despido nulo como la libertad sindical, por ejemplo. En efecto, en la mayoría de los casos, se vulnera la libertad de expresión o de información cuando los involucrados en los incidentes son trabajadores que ostentan cargos sindicales pues se entiende que los primeros coadyuvan a la protección de los segundos. Un ejemplo de esta tutela será el dispuesto por la Corte Superior de Justicia quien mediante sentencia recaída en el Expediente No. 0948-98-BS (proceso seguido por empresa Shougang y sus trabajadores –dirigentes sindicales-) expresó lo siguiente:

«(...) se exonera de responsabilidad al actor por la publicación del comunicado efectuada en el diario La República, al indicarse que la misma se realizó en mérito de un Acuerdo de la Asamblea general del Sindicato de Empleados de la demandada, asimismo que la comisión de la falta grave ha sido reconocida por el trabajador, quien la pretende justificar aduciendo que al efectuarse la mencionada publicación (...)»

Como se observa, se tutela el derecho a la libertad de expresión en este caso dependiendo de la existencia de otro derecho fundamental. El problema de esta alternativa radica precisamente en que el derecho tutelado directamente es la libertad sindical mas no la libertad de expresión, la cual está protegida en tanto esté inscrita dentro del primer derecho referido; de modo tal que ante una trasgresión exclusiva de algunos de los derechos fundamentales y estos no puedan ser reconducidos o incluidos en otros derechos fundamentales, el trabajador carecerá de protección en los términos y condiciones similares a las dispuestas para el despido nulo.

La segunda de las alternativas ante el actual sistema de legislación consiste en inaplicar la lista taxativa contenida en el artículo 29 de la LPCL. Para que esto pueda opera, se tendría que argumentar que el referido artículo 29 vulnera o transgrede un precepto constitucional. Pero, ¿cuál podría ser el precepto inobservado? De acuerdo al artículo 1 de la Constitución Política del Perú, la defensa de la persona humana y el respeto de «su dignidad» son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Conforme al Tribunal Constitucional, «la dignidad de la persona es el valor superior dentro del Ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico (...)»³⁵.

En este sentido, la dignidad no sólo es un principio ordenador del sistema jurídico sino también un derecho fundamental por el cual en términos de Rubio Correa, «toda interpretación jurídica de naturaleza constitucional deberá evaluar cuándo se está defendiendo y cuándo agravando a una persona, cuánto se está respetando o no su dignidad (...)»³⁶.

Atendiendo a lo expuesto, resulta claro que la Constitución define a la persona humana como valor supremo de la sociedad y del Estado, tanto en lo que refiere a su defensa como en el respeto de su dignidad³⁷; lo cual implica precisamente, que

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de mayo de 2003 recaída en el Expediente No. 2209-2002-AA/TC.

³⁶ RUBIO CORREA, Marcial. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. p. 146.

³⁷ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: Análisis Comparado. Lima: CIEDLA, 1996. p. 83.

no puede hacerse distinciones entre sus derechos fundamentales como los analizados en este trabajo. Así, el régimen de tutela dispuesto por el artículo 29 de la LPCL devendría en arbitrario al desarrollar una suerte de clasificación entre los derechos fundamentales sin existir como se ha precisado en el segundo acápite un criterio válido y justificativo para tal distinción. Ciertamente, cabe preguntarse, ostenta el Estado –representado por el legislador- algún tipo de prerrogativa para establecer categorías de derechos fundamentales? Considero que no. El principio y derecho fundamental a la igualdad determina que se debe procurar la defensa o protección de los derechos fundamentales de las personas –incluidos los trabajadores- en todo momento; de modo tal, que la posibilidad de establecer una gradualidad en la tutela de los mismos resulta inconstitucional.

Así, al inaplicar el artículo 29 de la LPCL arguyendo las razones expuestas – sea mediante control difuso o concentrado-, el juez podría ordenar la reposición de un trabajador si éste hubiera sido despedido por ejercer algunos de los derechos fundamentales enunciados –al honor, a la intimidad, entre otros-.

4.2. Anteproyecto de la Ley General de Trabajo

A diferencia de las alternativas anteriores que se enfocaban en la búsqueda de una tutela en la legislación actual, el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo da una solución clara al problema planteado pues ordena en su artículo 132 lo siguiente:

«Es nulo el despido que agrava derechos fundamentales, en especial el que tenga por motivo: (i) la afiliación a un sindicato, la participación en actividades sindicales (...); (ii) la discriminación por cualquier índole; (iii) el embarazo; (iv) presentar un reclamo al empleador y (v) impedir al trabajador el ejercicio de su derecho de defensa ante el despido (...).».

Como se puede apreciar, el Anteproyecto corrige las limitaciones consignadas en la actual legislación pues el trabajador podrá interponer una demanda por despido nulo ante la jurisdicción laboral ordinaria –con todas las prerrogativas enunciadas- cuando se haya transigido cualquiera de sus derechos fundamentales. En efecto, si bien en el Anteproyecto se consagra un listado de supuestos; éste no puede ser

calificado de taxativo sino simplemente de enumerativo o abierto pues el encabezado del artículo es en extremo claro al establecer que se puede presentar demanda por despido nulo ante «cualquier vulneración de un derecho fundamental del trabajador».

De esta forma, con el anteproyecto el trabajador gozaría en la vía laboral ordinaria de la tutela de derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho al honor sin necesidad de acudir a la protección constitucional, la cual se convertiría indefectiblemente en subsidiaria o extraordinaria.

5. CONCLUSIONES

- 1 Con motivo de la existencia de un contrato de trabajo se puede identificar que el trabajador es titular de dos tipos de derechos fundamentales: aquellos que le corresponden en virtud de su condición de trabajador propiamente dicho y otros que deben serle reconocidos en su calidad de ser humano.
- 2 Ante la lesión de derechos fundamentales, el trabajador cuenta en teoría con dos vías procedimentales: (i) la acción de amparo y (ii) la vía laboral ordinaria -despido nulo-.
- 3 Bajo la legislación anterior al Código Procesal Constitucional, la acción de amparo mantiene un vínculo de alternabilidad con el resto de procedimientos existentes. Tras la entrada en vigencia del referido Código, situación ha variado drásticamente por cuanto se ha asumido la existencia de una relación de residualidad del amparo, semejante a la existente en Argentina y Colombia.
- 4 Para verificar la idoneidad de la vía paralela o convergente no basta referirse a la celeridad sino que será indispensable analizar la eficacia del proceso paralelo para evitar o poner término a la violación palmaria del derecho constitucional.
- 5 Por ello, ante la presencia de un despido nulo, el agraviado no podrá interponer una acción de amparo al ser improcedente por la existencia de una vía paralela igual o más satisfactoria: vía laboral ordinaria.

- 6 Así, a diferencia de los tres derechos fundamentales protegidos por el despido nulo, los demás derechos fundamentales sólo son tutelados vía acción de amparo.
- 7 Las alternativas para tutelar vía laboral ordinaria derechos fundamentales distintos a los protegidos por despido nulo, bajo la legislación actual, son: reconducir los derechos fundamentales bajo otro derecho fundamental amparado por el despido nulo e, inaplicar el artículo 29 de la LPCL al considerar que transgrede el derecho constitucional a la dignidad del trabajador.

La tercera alternativa está establecida en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, el cual establece una lista abierta de los derechos fundamentales a ser tutelados por el despido nulo.