

# Ejercicio de la libertad sindical individual en período de prueba: derechos en pugna y mecanismos de protección del trabajador

*Nixon Javier Castillo Montoya*  
*Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*  
*de la Universidad Nacional de Cajamarca*

## I. INTRODUCCION.

En el presente trabajo se realiza un análisis correlacional de dos institutos jurídicos, cuyo ejercicio se manifiesta en la relación laboral: el poder de dirección del empleador, el cual encuentra sustento constitucional en la libertad de empresa; y, por otro lado, la libertad sindical del trabajador, específicamente relacionada al plano individual positivo. Dichas implicancias serán vistas en el periodo de prueba, etapa por la cual pasa toda prestación subordinada de servicios, dado el carácter legal del mismo; sin embargo, para el caso objeto de análisis haremos referencia únicamente al contrato a plazo indefinido, por cuantos los contratos sujetos a modalidad presentan sus propias particularidades, las cuales, por razones de amplitud, no las desarrollamos por ahora.

El referente de motivación de este estudio se encuentra en la concurrencia de dos normas de rango legal: por un lado, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual en su artículo 10° regula el periodo de prueba, precisando que una vez superado éste, el trabajador adquiere protección contra el despido arbitrario al que hace mención el artículo 27° de la Constitución; y, del otro, el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la cual en su artículo 12° precisa las condiciones para ser miembro de una organización sindical, señalando además que “...*Los trabajadores podrán afiliarse a un sindicato durante el período de prueba, sin menoscabo de los derechos y obligaciones que durante dicho período les corresponde ejercer a las partes respecto a la relación laboral*”;

frente a lo cual resulta necesario plantearse las siguientes interrogantes: ¿qué sucede si el trabajador en periodo de prueba ejerce su libertad sindical positiva y, como consecuencia de ello, el empleador extingue la relación laboral, debido a que aún no ha alcanzado la protección contra el despido arbitrario? Bajo el test de razonabilidad, ¿cuál de los derechos debe prevalecer: libertad de empresa o libertad sindical?, y ¿qué mecanismos de protección puede hacer valer el trabajador cuya relación laboral se extinguió en periodo de prueba con lesión de su libertad sindical?

Con el desarrollo de la temática abordada pretendemos ensayar algunas respuestas a dichas interrogantes, sin que ello signifique adoptar una posición extrema de indemnidad a favor del trabajador, sino únicamente proporcionar líneas argumentativas tendientes a limitar el poder discrecional de actuación del empleador en periodo de prueba, de tal manera que éste tenga como sustento el análisis y verificación del objeto de dicho periodo y no una motivación encubierta que vulnere derechos fundamentales del trabajador.

## II. LIBERTAD SINDICAL.

### 2.1. Breves rasgos de evolución.

Villavicencio Ríos<sup>1</sup>, al referirse a la libertad sindical señala que “su origen, dinámica y justificación histórica reposan en la necesidad de amortiguar las consecuencias de la contraposición de intereses y de la desigual distribución de poder entre capital y el trabajo, implícita en el sistema capitalista, a partir de la actuación y representación colectiva de los trabajadores”; circunstancia que consideramos se produjo motivada por la propia naturaleza socioeconómica de los sujetos que integran la relación laboral: empleador – trabajador, frente a la cual estos últimos empezaron a reaccionar de manera colectiva en busca de mejores condiciones de

---

<sup>1</sup> VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La Libertad Sindical en el Perú*. Oficina Internacional de Trabajo. Documento de Trabajo 114. Lima. 1999. P. 7 y ss.

vida, acordes con su dignidad<sup>2</sup> de seres humanos. De allí que se considere a la libertad sindical como el pilar básico de todos los demás derechos laborales, pues sin el respeto a dicha libertad y, concretamente, sin la existencia de una real libertad sindical, no es posible concebir la consagración de los derechos laborales de los que hoy son titulares los trabajadores.

No obstante la reacción natural, sin duda necesaria, de la clase obrera de hacer frente a condiciones extremas impuestas por los empleadores, se generó también una respuesta del Estado, históricamente traducida en la primera etapa de evolución de la Libertad Sindical: la de prohibición, la cual, según Villavicencio se generó a partir de la Ley francesa *Le Chapelier*<sup>3</sup> de 1789, a través de la cual no sólo se prohibió, sino que se sancionó penalmente cualquier intento de defensa colectiva de intereses por medio de asociaciones u organizaciones de trabajadores. Sin embargo, a raíz de la aprobación de la *Combination Laws Repeal* inglesa de 1824 se dio paso al segundo periodo conocido como de tolerancia, en donde se eliminó las prohibiciones del ejercicio de la libertad de asociación<sup>4</sup>, de la cual resul-

---

<sup>2</sup> Según María Luisa MARTÍNEZ SALGUEIRO, “en el concepto relativo a la dignidad se incluyen el derecho a condiciones satisfactorias de trabajo y de vida (el que a la vez se subdivide en duración del trabajo, derecho al descanso, derecho a disfrutar del tiempo libre, protección de la integridad física del trabajador, remuneración y alojamiento y servicios sociales para los trabajadores) y el derecho a la defensa de la promoción de los derechos y libertades por los propios interesados” (*Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las Relaciones Laborales*. OIT. Análisis de la situación en América Latina. Montevideo. 1995. P. 10).

<sup>3</sup> Según Francisco Gómez, “La primera ley represiva antisindical dictada en el viejo continente fue la Ley *Le Chapelier* (Francia) promulgada el 17/06/1796 en Francia...” (GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo. Relaciones Colectivas de Trabajo*. Edit. San Marcos. Lima. 2001. P. 73). Refiriéndose a este mismo tema, Carlos Etala señala que la ley *Le Chapelier* de junio de 1791 se emitió con el propósito de impedir cualquier restauración de las corporaciones de oficios. (ETALA, Carlos Alberto. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Edit. Astrea. Buenos Aires. 2000. P. 32). De lo que se colige que no existe uniformidad en cuanto a la fecha de promulgación de la referida ley. Lo cierto es que a partir de ella se inició la etapa de la prohibición en Europa.

<sup>4</sup> Según Enrique Alvarez Conde, citado por el Tribunal Constitucional peruano (Exp. 008-2005-PI/TC), la libertad sindical “...debe ser considerada como una manifestación del derecho de asociación, gozando, por lo tanto, también de la naturaleza de los derechos de participación”. En igual sentido, Daniel Martínez y Luz Vega Ruiz consideran que “La libertad sindical representa, en el ámbito social, la suma de un conjunto de derechos y libertades laborales básicos. Originada en el derecho a la libre asociación, implica el ejercicio de otra serie de derechos fundamentales tales como el de reunión, y el de libre expresión. Se trata así por naturaleza, de un derecho plural, que engloba la manifestación colectiva e individual del libre arbitrio en el marco productivo”. (MARTÍNEZ, Daniel y LUZ VEGA RUIZ. *Libertad Sindical y Diálogo Social en los Países Andinos*. Documento

ta ser una manifestación la libertad sindical, dejándola en el plano de las conductas aceptadas, pero no promovidas por el Estado, ni formal ni materialmente. No obstante, tras el proceso de despenalización de la libertad sindical a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX, a través de distintas normas europeas, culminó en su reconocimiento como derecho en el ordenamiento jurídico, a partir de la *Trade Union Act* inglesa de 1871; para luego alcanzar su constitucionalización en 1917 (Constitución de Querétaro<sup>5</sup>), lo cual permitió que los trabajadores, a través de los sindicatos<sup>6</sup> empiecen a ejercer sus funciones<sup>7</sup> esenciales, con lo cual lograron equilibrar, por lo menos formalmente, la desigual relación en la que se encontraban frente a los empleadores, funciones que fueron fortaleciéndose debido al reconocimiento de la autonomía colectiva, de allí que resulta lógico considerar que “el Derecho Sindical, considerado desde el plano histórico, aparece con los respectivos reconocimientos legales que los Estados producen respecto del hecho de la agrupación de trabajadores con fines de defensa”<sup>8</sup>.

---

/... 137. Oficina Internacional del Trabajo. Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos. Lima. 2001. P. 13.).

<sup>5</sup> Carlos Blancas Bustamante, al referirse a la evolución de los derechos humanos, en especial a los de carácter económico, social y cultural, ha señalado que “el hito inicial y, a la postre, el núcleo de esta nueva ‘generación’ o categoría de derechos están constituidos por los de contenido ‘laboral’, que fueron reconocidos por primera vez, junto con otros derechos sociales, como derechos constitucionales por la Constitución mexicana—conocida también como Constitución de Querétaro—en 1917”. (*Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 2007. Pp. 77-78).

<sup>6</sup> Se ha indicado que “debido al poder de los demandantes de empleo, la abundancia de la mano de obra barata y las condiciones, en ocasiones infrahumanas, de trabajo, los mercados laborales no son estrictamente competitivos, lo cual justifica la presencia de los sindicatos de trabajadores..” (GIL-LA CRUZ, Marta y Ana Isabel GIL-LA CRUZ. *Capital Humano y Capital Social, Implicaciones en el crecimiento económico*. En Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 61. España. 2006. P. 98.) Asimismo, se ha señalado que “... las organizaciones de trabajadores propiamente tales están concebidas como entidades esencialmente destinadas a la defensa de los intereses de sus miembros” (WALKER E., Francisco. *La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado*. Oficina Internacional del Trabajo. Chile. 2003. P. 16).

<sup>7</sup> Al respecto puede verse: VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público; en Ius et Veritas*. PUCP. Lima. Pp.211 - 226.

<sup>8</sup> GARCÍA ABELLAN, Juan. *Introducción al Derecho Sindical*. Edit. Aguilar. Madrid. 1961. P. 25.

Por otro lado, Villavicencio considera que el reconocimiento jurídico de la libertad sindical en América Latina ha llegado a su máxima expresión, debido a que todos los países la han consagrado en el nivel constitucional; y, que en el caso del Perú, desde la Constitución de 1979, tal derecho se ha convertido en una de las piedras angulares del modelo constitucional de relaciones laborales; no obstante, ello precisa que las normas legales han reducido su ámbito de actuación, por lo que nuestro país ha sido considerado como uno de los más intervencionistas de la región. No obstante dicha observación efectuada, consideramos que por lo menos con el levantamiento de las observaciones efectuadas por el Comité de Libertad Sindical, a nivel legal se ha mejorado –aunque formalmente- las condiciones para que se ejerza la libertad sindical en el Perú, la cual parte del propio reconocimiento que la Constitución efectúa en el artículo 28, inciso 1, el mismo que establece que el Estado “*Garantiza la libertad sindical...*”; sin embargo, somos conscientes que dicha garantía más que el reconocimiento de la misma a nivel normativo, debe implicar el diseño y ejecución de medidas tendientes a lograr su concreta efectivización; pues, como lo ha expresado el Tribunal Constitucional español<sup>9</sup>, el derecho de libertad sindical “queda así menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza”, lo cual no sólo se manifiesta en el plano individual de titularidad, sino que constituye un potencial efecto disuasorio para la organización sindical en su conjunto.

## 2.2. Contenido y alcances.

Por la propia naturaleza de este derecho, rara vez se ha intentado definirlo, por cuanto atendiendo a su amplitud y complejidad, tales definiciones podrían quedar reducidas frente a su real connotación, la cual también varía con el tiempo. Sin embargo, se ha considerado que el mismo expresa la síntesis de todos los derechos y libertades imprescindibles para la existencia y el eficaz funcionamiento de los sindicatos, en condiciones tales de que puedan defender y promover los intereses de los trabajadores. De ahí que Neves Mujica haya indicado que, sin ánimo de proporcionar una definición cerrada, se la entiende como “el derecho de los trabajadores a constituir, afiliarse y participar en las organizaciones sindicales, así como

---

<sup>9</sup> STC español 257/2007, de 17 de diciembre de 2007. (f.j. 2).

el derecho de éstas a elegir a sus representantes, redactar sus estatutos, desarrollar actividades, formar organizaciones sindicales de grado superior y disolver las organizaciones sindicales. Todo ello sin injerencia del empleador ni del Estado y con la debida tutela de éste, a través de diversos mecanismos y facilidades encaminadas a permitir e incluso promover el ejercicio del derecho”<sup>10</sup>; pues, “los derechos fundamentales no sólo exigen de abstencionismo de parte del poder, sino que debido a su especial significación, exigen del poder un compromiso serio para garantizar y promover la plena vigencia”<sup>11</sup> de los mismos, en todos sus ámbitos.

En lo que se refiere al contenido de este derecho fundamental, el Tribunal Constitucional peruano<sup>12</sup>, ha indicado que “la libertad sindical no sólo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica”. Señala, asimismo, el Tribunal que estas dimensiones se justifican en tanto están contenidas en el artículo 3.1. del Convenio N.º 87 de la OIT, así como en el artículo 1.2. del Convenio N.º 98 de la OIT, el cual establece la protección a los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedirlo o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales. En otra de sus resoluciones<sup>13</sup> el máximo intérprete de la Constitución ha indicado que la libertad sindical tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. Sin embargo, dicho Colegiado hace la salvedad de que debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes mencionados; pues, por el contrario queda abierta la posibilidad de su continuo desarrollo.

En cuanto a sus alcances<sup>14</sup>, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que la libertad sindical se manifiesta en dos planos: el intuitu persona y el plural,

---

<sup>10</sup> NEVES MUJICA, Javier. Prólogo a la obra: *Libertad Sindical en el Perú*, de Villavicencio Ríos.

<sup>11</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Segunda Edición corregida y aumentada. Edit. Palestra. Lima. P. 238.

<sup>12</sup> Expediente 0206-2005-PA/TC. (f.j. 10).

<sup>13</sup> Expediente N° 1124-2001-AA/TC. F.j. 8.

<sup>14</sup> Expediente N° 008-2005-PI/TC. (f.j. 27).

señalando que la libertad sindical intuitu persona<sup>15</sup> plantea dos aspectos: uno positivo, el cual comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos; asimismo, dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical, la cual, según Villavicencio, constituye el elemento que define este derecho<sup>16</sup>; en tanto que el aspecto negativo comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical. A su vez, la libertad sindical plural plantea tres aspectos: a) ante el Estado, el mismo que comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical; b) ante los empleadores, que implica el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales; y, c) ante las otras organizaciones sindicales, lo cual comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, entre otros. Por ello es que se impone “la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical”<sup>17</sup>; pues como ha indicado el Tribunal español, “el contenido del derecho a la libertad sindical (...) se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económico en la empresa”.

Ahora bien, en lo que se refiere a la libertad sindical colectiva<sup>18</sup>, cuyo titular ya no es el trabajador individualmente considerado, sino la organización sindical, diremos que ésta se traduce, siguiendo a Villavicencio, en las libertades de reglamen-

---

<sup>15</sup> Al respecto el Tribunal Constitucional español ha indicado que “...el derecho de libertad sindical garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa implican una “garantía de indemnidad”, que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y de sus representantes en relación con el resto de aquéllos” (STC 326/2005, de 12 de diciembre de 2005, fundamento jurídico 6).

<sup>16</sup> VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. Ob. Cit. P. 37.

<sup>17</sup> Expediente N° 0206-2005-PA/TC.(f.j. 10).

<sup>18</sup> El Tribunal Constitucional español, en el fundamento jurídico 3 de la sentencia 238/2005, de 26 de setiembre de 2005, ha indicado que “como repetidamente ha declarado nuestra jurisprudencia, la libertad sindical comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar ‘contenido esencial’ de tal derecho...”

tación, representación, gestión interna y externa, federación y suspensión o liquidación, cuyo desarrollo no efectuamos, dado a que el interés del presente trabajo radica en la libertad sindical individual positiva del trabajador que se encuentra en periodo de prueba.

### 2.3. Tutela de la libertad sindical como derecho fundamental.

Teniendo en cuenta que el Derecho Laboral postula la libertad de organización de los trabajadores o de empleadores para promover y defender sus intereses, sin injerencia estatal ni de otra organización, dentro del respeto de la legalidad y con el goce de suficientes garantías<sup>19</sup>, el reconocimiento y la protección de la libertad sindical aparecen ya recogidas en todas las Constituciones, lo que no sólo le da un rango fundamental en la norma general<sup>20</sup>, sino que le abre las puertas de la tutela constitucional por medio de las garantías correspondientes, dotándole así de una estructura procesal sumaria y preferente, que cumple un papel central a la hora de proteger su existencia y eficacia<sup>21</sup>, pues, en última instancia, el núcleo central de tales mecanismos radica no sólo en ver si se respetan dichos principios y derechos, sino cuál es la mejor manera de respetarlos y utilizarlos<sup>22</sup>. Por tal razón, el Tribunal Constitucional español ha precisado que la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesitan de

---

<sup>19</sup> VEGA RUIZ, María Luz (e). *La reforma Laboral en América Latina: 15 años después*. Un Análisis Comparado. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. Lima. 2005. P. 62.

<sup>20</sup> Al respecto Elías Mantero señala que “la Constitución, obliga al Estado a ‘garantizar’ (esto es asegurar) la libertad sindical para lo cual la legislación ha creado mecanismos de protección, siempre concordantes con el ejercicio democrático de este derecho. La legislación protege la libertad sindical (...) tanto a través de la Ley de Relaciones Colectivas, como del Código Penal, que tipifica como conducta delictiva determinadas actitudes encaminadas a presionar la afiliación o desafiliación a una organización sindical” (ELIAS MANTERO, Fernando. *El tratamiento constitucional de los Derechos Laborales en una Nueva Constitución*; en: Revista VOX JURIS. Temas Constitucionales, Edición Extraordinaria. Fondo Editorial USMP. Lima. 2005. P. 140).

<sup>21</sup> MARTÍNEZ, Daniel y Luz VEGA RUIZ. Ob. Cit. P. 17.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ CALDERÓN, Eduardo. *Libertad Sindical: situación actual en las Américas*. ACTRAV/OIT. Lima. 2004. P. 4.

garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad<sup>23</sup>. Por ello que en nuestro caso, “de la obligación de garantizar la libertad sindical que impone el artículo 28, resulta un expreso mandato a todos los poderes del Estado para que se preocupen de procurar un hábitat suficiente y libre de obstáculos para la expresión de las diversas facultades que conforman este complejo derecho”<sup>24</sup>; o sea, que resulta necesario la concurrencia tanto de garantías negativas (frente al Estado), como garantías positivas (frente al Estado y al empleador), con lo cual se logrará la efectividad de la libertad sindical.

#### **2.4. Rasgos sintomáticos de la libertad sindical en el Perú.**

A pesar de la aceptación teórica de que los derechos laborales también constituyen derechos humanos, aún falta voluntad política para fortalecer los mecanismos de promoción y garantía de tales derechos, en especial en lo que se refiere al respeto de la libertad sindical, tanto a nivel del propio Estado como a nivel de los empleadores, quienes se muestran reacios a la existencia de este tipo de organizaciones, las cuales ejercen ciertamente un control no sólo en el cumplimiento de los derechos, sino en la exigencia de mejores condiciones para los trabajadores; pues, “aun cuando la libertad sindical es reconocida universalmente como un derecho humano o fundamental, al configurarse el sindicato como un ‘contrapoder’ capaz de limitar y equilibrar el poder del empleador, es frecuente que éste oponga resistencia a la conformación y actuación de tales organizaciones, llegando inclusive a realizar actos discriminatorios que pueden ocurrir tanto en el momento ‘genético’ de la relación laboral, esto es al decidir respecto del empleo del trabajador, o, en el momento ‘funcional’, es decir durante la relación laboral”<sup>25</sup>.

Por ello se dice, con razón, que el ejercicio de la libertad sindical sigue siendo un desafío pendiente no sólo a nivel de los Estados, sino a nivel de la propia OIT; y en el caso de América específicamente, desde 1990 hasta la fecha presenta un ritmo creciente de denuncias sobre discriminación a la libertad sindical efectuadas ante el Comité de Libertad Sindical, lo cual la convertiría –según Gerardo Castillo-

---

<sup>23</sup> STC español 326/2005, de 12 de diciembre de 2005. (f.j. 4).

<sup>24</sup> VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La Libertad sindical...* Ob. Cit. P. 18.

<sup>25</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido ...* op. Cit. P. 294

a nivel mundial, en la región con el mayor número de denuncias. En tanto que “considerando la concentración geográfica por país de las quejas presentadas, el resultado es el siguiente: Argentina encabeza la lista con 76 casos, Canadá le sigue con 61, Perú se mantiene en el tercer lugar con 57 quejas”<sup>26</sup>, ello hasta marzo del año 2007, constituyendo, sin duda, las discriminaciones antisindicales el motivo principal de dichas quejas. En tanto que, según Cortez Carcelén, “el Perú, lamentablemente, se ha caracterizado por contar con numerosas quejas ante el Comité de Libertad Sindical, por la violación de las libertades públicas vinculadas al ejercicio de la libertad sindical, por las normas específicas en materia de instituciones colectivas de trabajo y por la vulneración de la libertad sindical con ocasión de extinción de la relación de trabajo”<sup>27</sup>; de ahí que actualmente resulta un desafío para el Perú, dada la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norte América, en el cual nuestro Estado ha asumido cláusulas sociales, a través de las cuales se obliga a respetar, mantener y mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, acorde con los estándares de la normativa internacional sobre la materia; pues tal como aparece del Protocolo de Enmienda al Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, en el numeral 1 del artículo 17.2, se precisa que “Cada parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, lo siguientes derechos, tal como se establecen en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento (1998) (Declaración de la OIT): a) La libertad de asociación...”; en consecuencia, se exige el esfuerzo no sólo del Estado, cuya actuación debe enmarcarse en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998; sino de los propios actores sociales, quienes en base a un compromiso serio, en especial de los empleadores, pueden fortalecer el marco de actuación del Trabajo Decente promovido por la OIT, el cual se logrará en base a un diálogo social permanente.

---

<sup>26</sup> CASTILLO HERNÁNDEZ, Gerardo. *Libertad Sindical: situación actual en las Américas*. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. ACTRAV/OIT. Lima. 2007. P. 7.

<sup>27</sup> CORTEZ CARCELÉN, Juan Carlos. *La aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el Perú en el contexto de la integración regional*. Documento de referencia y conclusiones del seminario nacional sobre *aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el Perú en el contexto de la integración regional* N° 192. Oficina Internacional del Trabajo. Lima. 2005. P. 15.

### III. PERIODO DE PRUEBA

#### 3.1. Finalidad que cumple en la relación laboral.

Actualmente, el periodo de prueba se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuya duración es de tres meses, admitiendo su ampliación por acuerdo de las partes a seis o doce meses, según se trate de trabajadores calificados y de confianza o personal de dirección, respectivamente. No obstante, debe tenerse en cuenta que dicha ampliación obedecerá al hecho de que las labores que vaya a realizar el trabajador ciertamente impliquen una mayor capacitación o que el grado de responsabilidad del puesto de trabajo así lo exija.

En cuanto a la finalidad del periodo de prueba, se ha señalado que la “no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las aptitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido”, agregando que la “... finalidad de la propia Institución del periodo de prueba que no es otra que la demostración de aptitudes por parte del trabajador y de conocimiento mutuo...”<sup>28</sup> entre los sujetos de la relación laboral. Por su parte Walter Kaskel y Hermann Dersch señalan que, por regla general, habrá que partir del punto de vista de que dicha relación únicamente da la posibilidad al empleador de conocer las cualidades del trabajador, con el fin de decidirse después con respecto a la incorporación definitiva. El contrato a prueba tiene así un carácter provisional, pero por otro lado constituye una verdadera relación de trabajo<sup>29</sup>. En igual sentido, Alfredo Montoya Melgar seña-

---

<sup>28</sup> ESCUDERO ALONSO, Luis José. Periodo de Prueba. Comentario de Jurisprudencia Social. En <http://www.graduados-sociales.com/ArticulosCO/ACO228>. En el mismo sentido, Blancas Bustamante, considera que el periodo de prueba es una institución importante del Derecho del Trabajo, pues permite que tanto el trabajador como el empleador se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales, personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizarse el servicio, antes de otorgar a dicha relación un grado mayor de permanencia y seguridad.

<sup>29</sup> KASKEL, Walter y Hermann Dersch. *Derecho del Trabajo*. Quinta Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1961. P. 343.

la que el contrato de trabajo a prueba es un negocio jurídico bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro, y buscar la experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes<sup>30</sup>, situación que con mayor frecuencia se presenta en los contratos a plazo indefinido, pues atendiendo a la naturaleza de permanencia de la empresa en el mercado, lo lógico es que su personal también esté orientado en tal dirección, pues, en relación a la calidad del empleo se ha señalado que “cualitativamente éste mejora cuando el trabajo se presta con un contrato indefinido y a jornada completa”<sup>31</sup>; de ahí que De La Cueva haya señalado que “la certeza del presente y del futuro dignifica al trabajador, porque aquel que sabe que su permanencia en la empresa ya no depende del capricho de otro, sino del cumplimiento de sus obligaciones, actuará en aplicación de su conciencia ética y con el interés de su familia”<sup>32</sup>.

### **3.2. La extinción del contrato de trabajo en periodo de prueba: facultad discrecional del empleador.**

Entendiendo al despido como el acto unilateral del empleador a través del cual decide extinguir la relación laboral; se tiene entonces que dicha voluntad cumple un papel preponderante en la extinción del contrato de trabajo, independientemente de la existencia o no de causa justa. No obstante, se debe tener en cuenta que dentro del ordenamiento jurídico nacional como internacional de Derechos Humanos, el despido –como dice Alonso Olea<sup>33</sup>–, es una institución causal, en cuanto únicamente se admite como facultad o poder del empleador en la medida que se configure una causa justa que habilite el ejercicio de la misma; pues –como se ha indicado–, corresponde a los Estados garantizar a los trabajadores la estabilidad en

---

<sup>30</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Decimocuarta edición. Edit. Tecnos. P. 512.

<sup>31</sup> TOROLLO GONZALEZ, F. Javier. *Incentivos al empleo y a la calidad en el empleo*; en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 33. España. P. 162.

<sup>32</sup> DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano*. Tomo I. Editorial Porrúa SA. México. 1985. P. 219.

<sup>33</sup> OLEA, Alonso y M<sup>o</sup> Emilia CASAS BAAMONDE, citados por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido*. op. Cit. . P. 47.

sus empleos o disponer las formas de reparación frente a las pérdidas de los mismos, como lo refiere el Convenio N° 158 de la OIT, el cual si bien no ha sido ratificado por el Perú, constituye el marco de referencia de una Recomendación. Por ello que en relación al despido considerado como poder excepcional del empleador, “la ‘causa justa’ viene, de este modo, a constituirse en el elemento legitimador del despido: en el supuesto habilitante del poder patronal para despedir. La existencia de la causa justa hace emerger el poder empresarial para el despido y convierte a éste en un acto legítimo. Por el contrario, la ausencia de una causa justa supone que el despido es un acto arbitrario, basado en un poder de hecho pero carente de legitimidad jurídica”<sup>34</sup>.

Se debe hacer referencia que adicionalmente al Convenio 158 de la OIT, dicha protección se encuentra prevista en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988), es decir que en el ordenamiento internacional se exige claramente una causa justificada para que proceda el despido, ello en protección del trabajador que es la parte débil de la relación laboral, con lo cual se evita el abuso que puede cometer el empleador bajo el poder que ostenta ante la subordinación de su contraparte en el contrato de trabajo; pues, como señala Gómez Valdez<sup>35</sup>, refiriéndose al papel del empleador en la etapa inicial de la relación laboral, el empleador es el juez supremo y único detentador de la decisión de reconducir el contrato de trabajo durante dicho periodo, por lo tanto, la ejecución del contrato durante dicha etapa constituye un periodo de trabajo incierto para el trabajador, proclive al abuso del derecho de la parte empleadora; por cuanto, en estas condiciones de ejecución se le puede poner término al contrato sin mayores responsabilidades por la parte que adopta tal determinación, que en la casi totalidad de las veces corresponde a la iniciativa patronal.

Si bien Blancas considera que debiera significar que cualquier despido que se produce sin imputar causa alguna, tendría que ser privado de todo efecto extintivo y sancionado con la nulidad. No obstante esta posición, se debe recordar que toda

---

<sup>34</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, C. El despido... p. 64.

<sup>35</sup> GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho de Trabajo. Relaciones Individuales de Trabajo*. Segunda Edición actualizada. Editorial San Marcos. Lima. 2007. P. 125.

esta protección regulada en el ordenamiento jurídico laboral se otorga al trabajador una vez que ha superado el periodo de prueba, a partir de cuyo momento se reconoce al despido como poder excepcional del empleador, pues al exigirse causa justa, se restringió la libertad empresarial de despido, generando por lo tanto una tendencia legal más favorable a la estabilidad en el empleo; lo que se traduce en el hecho de que el empleador no tendrá derecho a despedir, sino cuando hay causa justificada, prevista en la ley como tal y debidamente comprobada. Pero, tal como se encuentra diseñado en nuestro ordenamiento, en periodo de prueba, tal protección no existe, por cuanto el empleador tiene la libertad de dar por extinguida la relación laboral sin invocar causa alguna para ello; por lo tanto, en dicho periodo el trabajador se encuentra en completo estado de indefensión ante el poder del empleador, el cual incluso puede ejercerlo de manera arbitraria, conllevando de esta forma a la pérdida irrazonable de su fuente de ingresos, quedando ineficaz el artículo 22 de la Constitución que señala que el trabajo es un derecho, base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

### **3.3. Necesidad de un referente objetivo como límite al poder discrecional del empleador en periodo de prueba.**

Según nuestro diseño legal del periodo de prueba y el momento en que el trabajador adquiere protección contra el despido arbitrario, se tiene que no existe parámetro ni control que obligue al empleador a comportarse y definir de buena fe las condiciones propias de dicho periodo, incluso –como se ha indicado– no está obligado a exponer motivo alguno que justifique la extinción de la relación laboral; por lo que siendo así, en este lapso de tiempo pierde su vigencia la función protectora del Derecho Laboral<sup>36</sup>, respecto a la situación del dependiente; pues sus alcances resultan indiferentes a tal instituto, el cual afecta la estabilidad e incluso, en ocasiones, la propia dignidad del trabajador, dado el poder discrecional con el cual cuenta el empleador. No obstante ello, se debe precisar que ello no implica

---

<sup>36</sup> Para Rendón Vásquez, esta función se configura para la limitación de la voluntad del empleador en el curso de la relación laboral, impuesta por la mayor parte de las normas laborales, limitación que implica correlativa e inmediatamente, una protección del trabajador. (RENDON VASQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo. Teoría General I*. Segunda edición actualizada y aumentada. Edit. Grijley. Lima. 2007. P. 71).

tampoco que pueda hacerlo en todo caso de manera caprichosa o abusiva, pues si se demostrara que la causa extintiva tuviera su origen en la vulneración de un derecho fundamental, nos encontraríamos ante un despido propiamente, y no ante la resolución permitida al empleador en periodo de prueba, por lo que frente a ello resulta viable hacer valer los mecanismos de protección previstos en el ordenamiento jurídico. *El hecho de que durante el periodo de prueba pueda extinguirse el contrato de trabajo sin invocar más causa que su no superación, no debe constituir entonces una absoluta facultad para el empleador, por cuanto se ha señalado que las normas que contemplan el Periodo de Prueba no pueden entenderse como consagradoras de una indemnidad a favor del empleador, ni como favorecedoras de prácticas discriminatorias que afecten derechos fundamentales del trabajador. De allí que Gómez Valdez haya indicado que “sorprende que el legislador no haya previsto el abuso de derecho resolutivo durante el periodo de prueba, o para utilizar sus propios términos, la ‘adecuada protección contra el despido arbitrario’ en esta etapa inicial del trabajo”<sup>37</sup>.*

Recordemos que el periodo de prueba, según la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, constituye un lapso de tiempo obligatorio de tres meses, resultando de carácter contractual únicamente su ampliación; en tanto que en el Estatuto de los Trabajadores de España (ET), por ejemplo, éste es una figura primigeniamente establecida entre los actores sociales, vía Convenio Colectivo; y, en caso de ausencia de este mecanismo, recién tiene efecto la ley. Es decir que aquí “la autonomía colectiva accede al plano del Derecho laboral como alternativa a la regulación heterónoma de las condiciones de trabajo”<sup>38</sup>. Asimismo, en dicho ordenamiento se exige que sea celebrada por escrito, bajo apercibimiento de nulidad y, fundamentalmente, debe contener las pautas que deberán velar las partes contratantes a fin de cumplir con los requisitos de las pruebas a las que se someterá al trabajador. Es decir, se cuenta con un factor de objetivización en el contrato para tal periodo, por cuanto es la propia norma (ET), en su artículo 14, segundo párrafo establece que “*El empresario y el trabajador están, respectivamente,*

---

<sup>37</sup> GOMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo...* op. Cit. P. 122.

<sup>38</sup> GALIANA MORENO, Jesús María. *Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo*; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 68. P. 14.

*obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba*”; pues lo contrario, es decir un periodo de prueba sin un referente objetivo, implicaría proponer e incluso legitimar el abuso laboral por parte del empleador. Por lo que resulta necesario que en el contrato se establezcan claramente los factores o referentes objetivos que el trabajador debe cumplir, los cuales realizados positivamente, deben conducir a garantizar la permanencia del trabajador en la empresa y que en caso de ser necesario dichos factores puedan ser objeto de revisión a nivel judicial, de tal manera que exista un límite de actuación de la potestad del empleador en el periodo de prueba, a fin de garantizar los derechos fundamentales del trabajador, los cuales podrían verse afectados, como el caso de la libertad sindical en el plano individual positivo, pues recordemos que el artículo 23 de la Constitución señala que “...Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador...”, sin precisar el ámbito temporal de aplicación, por lo que debemos entender que hace referencia desde el plano genético hasta la culminación de la referida relación y no exclusivamente una vez que se haya superado el periodo de prueba, por cuanto en dicho periodo surte todos los efectos el contrato laboral, el cual constituye un contrato normado, como lo ha denominado la doctrina, al cual le resultan aplicables las normas heterónomas, sin que las partes tengan que hacer declaración expresa al respecto, pues como indica Neves Mujica, “la autonomía privada individual puede, por consiguiente constituir el vehículo entre las partes, pero la regulación está limitada desde afuera por la ley. Esta se ocupa, pues, no sólo del acceso y la ejecución del contrato, sino además de su contenido, y lo hace de modo relativamente imperativo...”.<sup>39</sup> Asimismo se ha mencionado que “el contrato de trabajo se configura desde sus orígenes como ese ‘documento en blanco’ de que hablaba Kahn-Freund, en el que los concretos derechos y deberes de las partes se fijan por fuentes externas a los contratantes...”.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Colección Textos Universitarios. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2003. Pp. 10-11.

<sup>40</sup> GALIANA MORENO, Jesús María. *Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo*; en: revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 68. España. P. 13.

## IV. LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD SINDICAL EN PERIODO DE PRUEBA: NECESIDAD DE UNA PONDERACIÓN

### 4.1. Libertad de empresa y poder de dirección.

El Tribunal Constitucional peruano considera que “la libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual. Ello es así, por una parte, en la medida en que la Constitución, en su artículo 59, reconoce que ‘el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria’<sup>41</sup>. Asimismo, agrega en el fundamento 12 de la referida sentencia que “según está dispuesta la libertad de empresa, ésta también está en relación directa con la función social que debe cumplir (...) para hacer realidad el fin último de la Constitución: la consecución del bienestar general, siendo éste también el fin al cual debe atenderse la libertad empresarial”.

Por su parte Valdez Dal-Ré señala que “el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa brinda la oportunidad para la configuración unitaria del poder de dirección, entendiendo por tal, en su sentido más genérico, el conjunto de facultades que definen su posición en la relación laboral (...) la libertad de empresa se proyecta en el contrato de trabajo a través de las facultades y poderes que los ordenamientos reconocen al empresario<sup>42</sup>. En tal sentido, la libertad de organización incluye la contratación de personal<sup>43</sup>, lo que parece lógico de la misma manera que lo es considerar, dentro de esta manifestación específica de la libertad de empresa, la política del personal y, en general, la materia referente a la administración de las relaciones laborales; de allí que para Montoya Melgar “el poder de dirección del empresario, aspecto activo de la situación de dependencia jurídica del trabajador en el contrato de trabajo, es factor definidor de las rela-

---

<sup>41</sup> Expediente N° 3330-2004-AA/TC (f.j. 11).

<sup>42</sup> VALDEZ DAL-RÉ, Fernando, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo editorial PUCP. Lima. 2007. P. 103.

<sup>43</sup> Se ha señalado que “es evidente que el empresario es titular de la facultad de decidir sobre la contratación de los trabajadores para la ejecución de su proyecto empresarial. Cuántos trabajadores y a quiénes contrata son preguntas cuyas respuestas compete exclusivamente al empresario...” (CAMARA BOTÍA, Alberto. *El Poder del Empresario y Prohibición de Discriminación en el empleo*; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 33. España. P. 75).

ciones laborales y, con ellas, de todo el Derecho del Trabajo. Ni poder directivo empresarial ni posición de dependencia del trabajador son creaciones del legislador, de los jueces o de los autores; al contrario, constituyen rasgos exigidos por la realidad económico-social; sin dirección del trabajo no hay producción posible<sup>44</sup>, agrega este autor que dicho poder de dirección del empleador tiene una doble dimensión, por un lado una de carácter general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y, de otro, singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales).

Si bien el reconocimiento de la legitimidad del poder de dirección del empleador, está fundada en el derecho fundamental a la libertad de la empresa; sin embargo, “no cabe deducir que ella significa que las facultades empresariales son omnímodas en relación con la posición subordinada del trabajador<sup>45</sup>; puesto que entre tales límites, ocupan el primer lugar los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce al trabajador como tal y como persona; pues, según Blancas Bustamante, siguiendo a Riera Vayreda “no bastará la simple alegación de la existencia de un interés empresarial para descartar el ejercicio del derecho fundamental: es necesario, como la ha precisado el Tribunal Constitucional español, que las limitaciones que le queda imponer la empresa estén (...) especialmente calificadas por razones de necesidad estricta, que han de ser acreditadas por quien las alega<sup>46</sup>. Es decir, que el poder que puede ejercer el empleador, como consecuencia de ser titular de la unidad productiva, encuentra una barrera o límite en el respeto de los derechos que como trabajador le corresponden a su contraparte en la relación laboral, así como aquellos que ejerce dicho trabajador en su condición de ciudadano, los cuales no pueden verse limitados a raíz de la relación subordinada en la que se encuentra.

---

<sup>44</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo. *El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas*. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Nº 48. España. P. 135.

<sup>45</sup> PEDRAJAS MORENO, .. citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales...* op. Cit. P. 106.

<sup>46</sup> RIERA VAYREDA, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales...* op. Cit. P. 117.

## 4. 2. Ponderación de ambos derechos.

La consagración constitucional del derecho al trabajo genera efectos sobre la normativa del despido, en cuanto este derecho posee una doble vertiente; una en relación a la tradicional concepción como aspiración legítima al empleo; y otra, la de garantizar la conservación del trabajo a quien lo tiene, protegiéndolo contra extinciones carentes de de justificación<sup>47</sup>; por ello Blancas precisa que “si el derecho al trabajo (...) es capaz de fundar, y exigir, por sí mismo, un derecho específico del trabajador a ser protegido contra el despido, es evidente que cuando aquel concurre con otra norma constitucional que reconoce concretamente la protección contra el despido, el sentido que debe extraerse de la interpretación armónica de ambas, es el de la tutela del trabajador frente a todo despido que carezca de causa o motivo, pues esta circunstancia permite calificar el acto extintivo del empleador como contrario al derecho al trabajo y genera el derecho del trabajador a ser protegido ante los efectos perjudiciales de dicha conducta antijurídica”<sup>48</sup>, pues el régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva inejecutablemente asociado un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales”<sup>49</sup>. De tales argumentos, podríamos decir que ni las facultades con las que cuenta el empleador y su poder discrecional en periodo de prueba, cuyo sustento está en la libertad de empresa, pueden generar actos lesivos a los derechos fundamentales del trabajador, por cuanto éstos tiene un marco de protección directo en la Constitución, y no se puede hacer una distinción respecto de su eficacia.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional peruano ha indicado que “los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada. Este especial

---

<sup>47</sup> Así lo ha mencionado el Tribunal Constitucional peruano, al referirse al contenido esencial del derecho al trabajo. Ver. Expediente N° 1124-2001-AA/TC (f.j. 12).

<sup>48</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, C. *El Despido ...* op. Cit. P. 117.

<sup>49</sup> VALDEZ DAL-RÉ, Fernando, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido ...* op. Cit. 283.

deber de protección que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión (...) por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional”<sup>50</sup>. Tal posición obedece al reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares y a la naturaleza *erga omnes* de la propia Constitución; y ello es así porque “siendo los derechos fundamentales parte del contenido dogmático de la Constitución, se hace necesaria una reafirmación, en atención a su especial significado que justifica su sistema de protección y el mandato constitucional, que establece como deber primordial del Estado en el artículo 44 de la Norma Fundamental, “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”<sup>51</sup>; sin embargo, se ha dicho que ello no puede significar eludir la cuestión relativa al hecho de que también el empleador es titular de derechos fundamentales y que, en particular, el ejercer su poder de dirección, está actualizando su derecho a la libertad de empresa, amén de otros derechos concurrentes, tales como el derecho de propiedad y a la libertad de contratación.

No obstante ello, se debe tener en cuenta que la legislación laboral se ha caracterizado por la “la progresiva restricción de la facultad empresarial de poner fin a la relación de trabajo, para garantizar la estabilidad en el empleo. Esta tendencia ha afectado sobre todo a la facultad de despido, para la que se exige la concurrencia de causa justa”<sup>52</sup>, por lo tanto, el incumplimiento de las obligaciones del trabajador conllevarían al despido, el cual se efectiviza como técnica del poder disciplinario que ostenta el empleador y que conlleva a representar la sanción laboral más grave de las previstas en la ley y de las cuales éste puede hacer uso, según la magnitud de la causa que genera tal sanción, ello no obstante siempre

---

<sup>50</sup> Expediente N° 976-2001-AA/TC (f.j. 5).

<sup>51</sup> Expediente N° 3330-2004-AA/TC (f.j. 69).

<sup>52</sup> MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín, citados por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido...* op. Cit. . 47. En sentido contrario: QUISPE CORREA, Alfredo. *Tribunal Constitucional y artículo 27 de la Carta*; en: Revista VOX JURIS. Temas Constitucionales. Edición extraordinaria. Fondo Editorial USMP. Lima. 2005. Pp. 111-118.

dentro del marco de actuación de los principios de Proporcionalidad y Razonabilidad<sup>53</sup>.

Refiriéndose a la empresa empleadora que decide poner término a la relación laboral del trabajador, el Tribunal Constitucional peruano ha dicho que “si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador (...). Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23º, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral”<sup>54</sup>. Consideramos, por lo tanto, que este análisis debe efectuarse en base al principio de la Coherencia Normativa, la cual para el Tribunal Constitucional peruano “... implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman”<sup>55</sup>. Según Blancas Bustamante, este análisis resulta obvio, por cuanto el conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empleador sólo puede concebirse y resolverse, como ocurre en otros supuestos ajenos a la relación laboral, como una colisión de derechos fundamentales, conforme a las reglas que doctrina y jurisprudencia han establecido para esta clase de colisiones<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Respecto a los principios mencionados, puede verse: PILOTTO CARREÑO, Luigino. *EL principio de la razonabilidad y la facultad disciplinaria del empleador*; en: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. 2004. Pp. 461- 475.

<sup>54</sup> Expediente N° 1124-2001-AA/TC (f.j. 7).

<sup>55</sup> Expediente N° 005-2003-AI/TC (f.j. 4).

<sup>56</sup> Sobre este tema, puede verse: RUIZ SANZ, Mario. *Sistemas Jurídicos y Conflictos Normativos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Editorial Dykinson. Madrid. 2002. Pp. 39 yss.

Ahora bien, en cuanto al análisis de si la norma contenida en el artículo 10 de la LPCL, respecto al poder del empresario de poder despedir sin expresión de causa (despido *ad nutum*), resulta necesario seguir el procedimiento de análisis efectuado por el Tribunal Constitucional a fin de verificar si se respecta el contenido de la libertad sindical; es decir, que bajo los criterios del máximo intérprete de la Constitución, “este *test* se refiere a un estudio de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia, constituyendo un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta parece afectar el ejercicio de los derechos fundamentales (...). De esta forma, para que la aplicación del *test* sea conveniente, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”<sup>57</sup>, en tal sentido, a continuación analizamos brevemente los principios enunciados que deben ser observados en relación con la actitud del empleador de despedir en periodo de prueba a un trabajador que hace ejercicio de su libertad sindical positiva, bajo la configuración de que dicho poder encuentra sustento a nivel constitucional en la libertad de empresa, y, por lo tanto, en la libertad de contratación.

En primer lugar, en lo que refiere al principio de *idoneidad*, éste se traduce en la verificación de si la medida adoptada por el empleador es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, de lo cual se tiene que dicho objetivo, traducido desde la perspectiva del empleador, radica en privar de continuidad a la relación laboral, esto es provocar su extinción; sin embargo, la medida utilizada, o mejor dicho las razones utilizadas para dicha medida no resultan idóneas, por cuanto vulneran el derecho fundamental de libertad sindical del trabajador, el cual no sólo está reconocido a nivel constitucional, sino a nivel de las normas internacionales de Derechos Humanos; en consecuencia, “...cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional”<sup>58</sup>.

Ahora, en cuanto al principio de *necesidad*, el cual se traduce –según el Tribunal Constitucional– en el hecho de que, para que una injerencia en los dere-

---

<sup>57</sup> Expediente N° 0030-2004-AI/TC (f.j. 2)

<sup>58</sup> Expediente N° 976-2001-AA/TC (f.j. 5).

chos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. De ello se tiene que el empleador que, bajo el ejercicio de su libertad de contratación, cuenta con trabajadores en periodo de prueba y decide resolver el contrato que lo vinculan con ellos, tiene la posibilidad de hacerlos recurriendo a la verificación del factor de objetivación que guía dicho periodo, es decir, la constatación de las aptitudes de los trabajadores, las cuales si no son las adecuadas para la labor que desempeña, éste puede disponer la culminación del contrato, pero sin tener que lesionar la libertad sindical del trabajador, pues ello implicaría la desnaturalización del periodo de prueba y la extralimitación del poder que ostenta el empleador en la etapa inicial de los contratos de trabajo.

Por último, respecto al principio de *proporcionalidad* propiamente dicho, se ha indicado que si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto, opera el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*. Sobre el particular, debemos decir que obviamente la medida del empleador traducida en la extinción del contrato por ejercicio de la libertad sindical, no resulta para nada ponderada, por cuanto no sólo se vulnera este derecho en su dimensión individual positiva, sino que con ello también se afecta el interés colectivo de la organización sindical, la cual podría verse mermada en su constitución y subsistencia, dado a que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo exige un número mínimo de trabajadores afiliados para que el sindicato subsista. De igual manera, la lesión de la libertad sindical genera efectos negativos en otros ámbitos de la esfera del trabajador, pues al ser considerado el trabajo como “... *base del bienestar social y un medio de realización de la persona...*”, tal como lo refiere el artículo 22 de la Constitución, dicha norma resulta perdiendo eficacia en tal extremo, dado a que también la familia del ex trabajador sufrirá las consecuencias de la actitud injustificada del empleador. Asimismo, con la medida adoptada, también se está vulnerando los propios fines de la empresa, por cuanto el Tribunal Constitucional ha señalado que “según está dispuesta la libertad de empresa, ésta también está en relación directa con la función social que debe cumplir (...) para hacer realidad el fin último de la Constitución: la consecución del bienestar general, siendo éste

también el fin al cual debe atenerse la libertad empresarial”<sup>59</sup>. En consecuencia, según el máximo intérprete de la Constitución, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, lo cual no ocurre, como hemos visto, pues la intensidad de la afectación de la libertad sindical y sus correspondientes repercusiones resulta ser desproporcionada en relación al objetivo del empleador, el cual es extinguir la relación laboral; siendo en realidad, diríamos, la lesión del ejercicio de la libertad sindical.

### **4.3. La igualdad como parte de la protección de la libertad sindical en periodo de prueba.**

En cuanto al Principio de Igualdad de Oportunidades, el Tribunal Constitucional ha señalado que éste “hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley”<sup>60</sup>, agregando que la discriminación en materia laboral, *strictu sensu*, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: ya sea por acción directa, en la cual la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional, como el caso del despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, por ejemplo. En tanto que por la acción indirecta, la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de lo constitucional, cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores, como por ejemplo las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Agrega el Tribunal Constitucional que la igualdad opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes recono-

---

<sup>59</sup> Expediente N° 3330-2004-AA/TC (f.j. 11).

<sup>60</sup> Expediente N° 008-2005-PI/TC (f.j. 22, punto C.3.2).

cen y garantizan”<sup>61</sup>, por lo que siendo así, consideramos que el ejercicio de la libertad sindical en periodo de prueba no puede diferenciarse respecto de aquellos trabajadores que alcanzaron protección contra el despido arbitrario, esto es, una vez superado el periodo de prueba; pues “La idea de la igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos (...). Un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad, cuando su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación”<sup>62</sup>; por cuanto, “la distinción de la protección frente al despido sin causa, en base a parámetros como la temporalidad o el sometimiento a un periodo de prueba, chocaría sin duda con el principio de prohibición de desigualdad de trato injustificada, en los términos en que ha venido siendo interpretada por la doctrina constitucional y jurisprudencial”<sup>63</sup>; pues, “conforme a la doctrina constitucional, en el contenido del derecho a la libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económico en la empresa (...) Se trata de una garantía de indemnidad, por lo que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical...”<sup>64</sup>, agrega este Tribunal que “... la alegación de la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) es subsumible en la del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), ya que a través de ella se denuncia una discriminación laboral por motivos sindicales...” por lo tanto, “... la discriminación puede viciar actuaciones relativas al acceso al empleo o a su mantenimiento, y cuando así ocurre sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental (...) o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio...”<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Expediente N° 0261-2003-AA/TC (punto 3.1.)

<sup>62</sup> Expediente N° 0261-2003-AA/TC (punto 3.2.)

<sup>63</sup> ARASTEY SAHÚN, María Lourdes. *La protección por despido en la Constitución Europea*. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 57. España. 2005. P. 375.

<sup>64</sup> STC español 183/2007, de 10 de setiembre de 2007 (f.j. 4).

<sup>65</sup> STC español 183/2007, de 10 de setiembre de 2007 (f.j. 4).

Por último, el Tribunal Constitucional español ha señalado que "... conviene reiterar que la controversia no está, en principio, desprovista de relieve constitucional por el mero hecho de que la empresa, al amparo de lo establecido en el art. 14.2 del E.T., se haya limitado a hacer uso de la facultad de resolver unilateralmente el contrato durante el periodo de prueba. Ya en las SSTC 94/1984 y 166/1998 se declaró que el ámbito de libertad reconocido por el referido precepto no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y, aunque se trata de una decisión que no es necesario motivar, nunca se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental como es el de la igualdad recogido en el art. 14 C.E.

## **V. DOBLE MECANISMO DE TUTELA DEL TRABAJADOR DESPEDIDO EN PERIODO DE PRUEBA POR EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL**

### **5.1. Tutela Jurisdiccional Efectiva.**

Según Ticona Postigo<sup>66</sup>, si la tutela se hace por medio del proceso, estaremos frente a la denominada Tutela Jurisdiccional, pues el goce y el ejercicio de los derechos, intereses y su defensa respectiva será viable mediante la intervención de los organismos jurisdiccionales competentes, por ello es, sin duda, una garantía constitucional del proceso<sup>67</sup>, que implica no solamente el avocamiento por parte de dichos órganos en la causa puesta a su conocimiento, sino la protección procesal necesaria que un justiciable requiere para el mejor esclarecimiento de su derecho<sup>68</sup>. De ahí que se considere que este derecho tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta motivada a las pretensiones planteadas, y no manifiestamente arbitraria ni irrazonable<sup>69</sup>, es decir que la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda alguna prestación de otra persona esa pretensión sea atendida, protegida,

---

<sup>66</sup> TICONA POSTIGO, VÍCTO. *Análisis y Comentarios del Código Procesal Civil*. Tomo I. Editorial Grijley EIRL. Lima. 1995. Pp. 26-27.

<sup>67</sup> CAROCCA PÉREZ, Alex. *Las Garantías Constitucionales del debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva en España*; en Revista: Normas Legales. Tomo 257. Año LVI. Trujillo. 1997. p. A-82.

<sup>68</sup> ORTECHO VILLENA, Víctor J. *Jurisdicción y Proceso Constitucionales*. 3ra. Edición. Edit. Rodas. Lima. 1997. p. 138.

<sup>69</sup> OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia*. Palestra Editores. Lima. 2000. p.21.

por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con las garantías mínimas<sup>70</sup>. A su vez, el propio Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “ el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley, sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos”<sup>71</sup>.

Ahora bien, según Chamorro Bernal<sup>72</sup>, los derechos y garantías procesales derivados de la tutela jurisdiccional, sólo se infringirán si: a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los jueces o tribunales; b) se produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en Derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva. González Pérez, por su parte precisa que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia<sup>73</sup>. En el mismo sentido Francisco Eguiguren<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. 2da. Reimpresión. Editorial Grijley. Lima. p. 42.

<sup>71</sup> Exp. 615-99-AA/TC. El Peruano. 24-10-2000. También puede verse la STC 100/1988, de 7 de junio; citada por Jesús González Pérez, en *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Tercera Edición. Edit. Civitas. Madrid. España. 2001. p. 305. Respecto al mismo tema, ver QUIROGA LEON, Anibal. *La Casación Civil y la Tutela Jurídica de las personas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*; en Revista: Themis N° 15. Lima. 1989. p. 22. De igual manera, el Tribunal Constitucional español ha expresado que la tutela judicial efectiva consiste, en el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos judiciales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, a obtener de los mismos una resolución fundada en Derecho con arreglo a las normas de competencia y procedimientos legalmente establecidos, a interponer los recursos previstos en las leyes y a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes mediante la ejecución de las mismas.

<sup>72</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva*. Editorial Boch. Barcelona. España. 1996. p. 11.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. Op. cit. p. 57.

<sup>74</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. ARA Editores. Lima. 2002. p. 210.

En consecuencia, es desde la perspectiva de las manifestaciones de la Tutela Jurisdiccional Efectiva que analizaremos si un trabajador cuya relación laboral se extingue en periodo de prueba, teniendo como motivo real la lesión de su libertad sindical positiva, pueda obtener del Estado la protección prevista para ello en igualdad de condiciones que en los demás casos en que los trabajadores hayan superado la fase inicial del contrato de trabajo.

## **5.2. Mecanismos de tutela viables para la protección de la libertad sindical vulnerada en periodo de prueba.**

Considerando que el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente”<sup>75</sup>, deduciéndose de ello que en cierta medida se ha flexibilizado la residualidad del Amparo en materia laboral, por lo que frente a ello, el que resulta lesionado en su libertad sindical podría alternativamente elegir la vía que considere adecuada a las circunstancias del caso para la protección de su derecho; teniendo en cuenta que la nulidad en Vía Ordinaria pondrá énfasis en el despido como acto propiamente del empleador que vulnera la constitucionalidad; en tanto que en el Amparo, se analiza el efecto del despido, es decir, la violación del contenido constitucional del derecho. Por lo que al presentarse tal perspectiva de protección, a continuación desarrollamos de manera sumaria ambas posibilidades que tendría el trabajador despedido en periodo de prueba por haber ejercido su libertad individual positiva, específicamente por afiliación o ejercicio de actividad sindical, de tal manera que se pueda determinar la vía más apropiada, dada las condiciones propia de dicho periodo en el que se ejerció el derecho fundamental vulnerado por el empleador.

**A. Vía Ordinaria Laboral: Nulidad de despido.** Castillo Córdova, desde un análisis de la residualidad del Amparo, señala que “todas las controversias que

---

<sup>75</sup> Expediente 2006-2005-PA/TC (f.j. 16).

legalmente deban ser tramitadas ante un juzgado laboral, no podrán ser objeto de procesamiento en la vía constitucional del amparo, incluso aunque se trate de controversias que han supuesto la agresión de un derecho fundamental. De manera que en los casos en los que hay una agresión de un derecho fundamental y se haya previsto legalmente que esas controversias se resuelvan en la jurisdicción ordinaria laboral, el trabajador debe renunciar al amparo e intentar hacer valer su derecho en esa vía judicial ordinaria”<sup>76</sup>. No obstante tal posición, recordemos que el Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia emitida en el Expediente 2006-2005-PA/TC que conserva su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo; por lo que siendo así, tenemos habilitadas ambas vías, bajo una especie de alternatividad para el trabajador, según las circunstancias de cada caso concreto, sin embargo, siguiendo al Tribunal peruano el Amparo no sería la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, requieren de actuación de medios probatorios.

Ahora bien, se tiene que si el trabajador opta por la Vía Ordinaria, deberá recurrir al Juez de Trabajo; o en su defecto, ante el Juez Mixto o Civil, en ausencia del primero, por cuanto no en todas las competencias territoriales existe juez especializado en lo laboral. Dicha demanda contendrá como pretensión la solicitud de declaración de nulidad del despido por alguna de las causales previstas en la ley, la cual será materia de prueba durante la secuela del Proceso, el mismo que se tramitará conforme a las reglas del denominado Proceso Ordinario Laboral. Por lo tanto, el objeto del debate radicará en determinar la causal que originó la extinción de la relación laboral por decisión del empleador; en nuestro caso, dicha causal podrá estar referida a cualquiera de los dos primeros incisos del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y el artículo 27, inciso 3 de la Ley Procesal del Trabajo,

---

<sup>76</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo II. Segunda edición corregida y aumentada. Palestra Editores. Lima. 2006. P. 750.

la carga de la prueba en caso de nulidad de despido recae sobre el trabajador; pero resulta que en el caso del despido antisindical, resulta extremadamente difícil que el trabajador pueda probar tal situación, debido a que generalmente suele alegarse una causa permitida por la ley, con lo cual se oculta la verdadera razón del despido, sin que se exija al empleador que pruebe la causa justa que motivó tal decisión, debido a que en nuestro sistema, en este extremo, no opera la reversión de la carga de la prueba, por ello, frente a tal dificultad, la propia Ley Procesal del Trabajo ha previsto como sucedáneos de los medios probatorios típicos a las presunciones legales y a los indicios, si bien éstos no conllevan a lograr la reversión de la carga de la prueba, pero permitirán que el juzgador pueda tener una idea respecto de los hechos que generaron el despido. Entonces, si bien es cierto que el trabajador tiene la carga de la prueba, ésta por su propia complejidad se ha reducido a “indicios razonables”, tal como se hizo notar en el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 1997. Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha indicado que existe “la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (...), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no puede reducirse a la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir que se deduzca la posibilidad de que aquélla se haya producido”<sup>77</sup>; sin embargo, Arce Ortiz considera que “... una vez probada la afectación de un derecho constitucional, el empleador tiene dos opciones: o probar la causa justa de despido que alegó se produjo en la realidad o probar que la motivación del despido fue ajena a toda motivación constitucional”<sup>78</sup>, de lo cual se tiene que a través de estas dos posibilidades, el empleador podría desvirtuar los indicios que respaldan al trabajador en el proceso judicial.

Respecto a los efectos que produce una sentencia fundada en caso de despido nulo por vulneración de la libertad sindical, éste es la readmisión del trabajador<sup>79</sup>; con los demás efectos previstos en el artículo 40 de la LPCL. De tal manera que

---

<sup>77</sup> STC español 326/2005, de 12 de diciembre de 2005. (f.j 6)

<sup>78</sup> ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. *Los supuestos de reposición en el despido individual (La Tipología del Tribunal Constitucional)*; en: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional. AMAG – SPDTSS. Lima. 2004. P. 156.

<sup>79</sup> Artículo 34 de la LPCL: “...En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38”.

consideramos que en el caso de que se afecte el derecho de libertad sindical en el ámbito individual positivo del trabajador en periodo de prueba, la protección también debe operar, debido a que aquí lo que se proscribe es la vulneración de un derecho constitucional de aplicación directa, en la que se aprecia una contravención de la norma suprema, sin hacer distinción en qué momento de la relación se efectúa dicha lesión, por lo que debe habilitarse la Vía Ordinaria Laboral en la que el trabajador afectado pueda obtener tutela jurisdiccional efectiva; pero, a su vez debe considerarse que el lapso de tiempo que duró el proceso judicial implicaría una suspensión del periodo de prueba, situación que generaría posiblemente que, una vez repuesto el trabajador, el empleador podría hacer uso de su poder discrecional que la ley le confiere para dicho lapso de vigencia del contrato, pero esta vez para adoptar tal decisión, deberá tener como referente el factor de objetivización diseñado para el periodo de prueba, pues éste constituye el verdadero motivo de esta etapa inicial del contrato.

**B. Vía Constitucional: Proceso de Amparo.** En primer lugar, se debe indicar que “es presupuesto para la procedencia del proceso de amparo (y en general, de cualquier proceso constitucional) que el derecho que se alegue afectado sea uno reconocido directamente por la Constitución”<sup>80</sup>; pues, a nivel legal se tiene que el artículo 38 del Código Procesal Constitucional establece que el amparo no procede “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que “un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección”<sup>81</sup> como en el caso de la libertad sindical, cuyo contenido esencial tiene una amplia connotación, por lo que ante la lesión de cualquier aspecto del mismo, el titular tiene habilitada la vía del Amparo<sup>82</sup>; correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate<sup>83</sup> y aun cuando tal lesión

---

<sup>80</sup> Expediente N° 1417-2005-AA/TC (f.j. 1).

<sup>81</sup> Expediente N° 1417-2005-AA/TC (f.j. 10).

<sup>82</sup> Expediente N° 976-2001-AA/TC (f.j. 6).

<sup>83</sup> Expediente N° 0206-2005-PA/TC. (f.j. 6).

se haya producido en periodo de prueba, consideramos que el análisis que efectúe el juez debe basarse en el juicio de ponderación.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿cómo es que en nuestro sistema en caso de impugnación de despido arbitrario, la carga de la prueba recae en el empleador; y, cuando se trata de salvaguardar un derecho fundamental de aplicación inmediata del trabajador, es éste quien debe aportar dicha carga? Consideramos realmente que ello es un exceso, dada la dificultad de su probanza, pues la decisión del empleador muchas veces obedece a aspectos subjetivos. Por ello, en un Estado garantista y protector de la libertad sindical, se debe permitir la reversión de la carga de la prueba como sucede en el sistema español; pues, tal como lo indicado el Tribunal Constitucional español “la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo (...) bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma”<sup>84</sup>. Agrega, sin embargo, este tribunal que para que entre en juego el desplazamiento de la carga probatoria, se requiere un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razones sindicales”<sup>85</sup>; sin embargo, dado el diseño de nuestro sistema constitucional, la decisión del juzgador se basará fundamentalmente en los medios probatorios y las argumentaciones aportados y efectuados por el demandante, sin detenerse en analizar lo contrario, es decir el extremo de la actuación del demandado, lo cual limita la protección de los derechos fundamentales del trabajador, más aún cuando éste se encuentra en periodo de prueba, dado a que dicha situación puede relevar incluso el análisis de fondo, respecto a la transgresión del derecho fundamental alegado. De lo cual se evidencia que el Proceso de Amparo resultaría más complicado para el trabajador que pretendiera la tutela de su libertad sindical individual positiva vulnerada en periodo de prueba, pues “la procedencia del Amparo en el que se solicita la reposición dependerá de que sea clara y manifiesta la vulneración del contenido constitucional del

---

<sup>84</sup> STC español 238/2005, de 26 de setiembre de 2005. Punto 3 de los antecedentes de la misma, en el que se cita a la STC 225/2001.

<sup>85</sup> STC español 183/2007, de 10 de setiembre de 2007 (f.j. 4).

derecho fundamental...<sup>86</sup> y que el demandante aporte medios probatorios idóneos para ello.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Conforme está previsto en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el empleador puede hacer uso de su poder absoluto para dar por extinguida una relación laboral, sin expresar causa ni seguir formalidad alguna, perdiendo eficacia en esta etapa del contrato de trabajo la función protectora del Derecho Laboral respecto a la conservación del empleo; sin embargo, ello no debe significar que el empleador no tenga que verificar el objeto de dicho periodo, es decir realizar la constatación de la aptitud del trabajador, a efecto de garantizar que la resolución del contrato no se debe a motivos encubiertos que conlleven la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, como el de libertad sindical en el plano individual positivo; por cuanto, en última instancia, *“si se constata la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo para el bien o derecho objeto de tutela”<sup>87</sup>, debe operar la tutela reparadora que brinda el Estado, no sólo en salvaguarda del derecho a la libertad sindical, sino también al derecho al trabajo, a la tutela jurisdiccional efectiva, derecho de defensa y de presunción de inocencia; por cuanto aun cuando se trate de periodo de prueba, no debe existir un factor impeditivo del ejercicio de los derechos que como tal le corresponden al trabajador; pues, como ha indicado Blancas Bustamante, el ejercicio del poder de dirección encontrará en los derechos fundamentales “límites infranqueables” que no le es posible atravesar y que en caso de hacerlo supondrá una actuación ilegítima que merecerá la correspondiente sanción por parte del ordenamiento jurídico; pues, como se ha indicado, ni la libertad de empresa legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, los cuales tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional, y además porque “este especial deber de protec-*

---

<sup>86</sup> Expediente N° 976-2001-AA/TC (f.j. 5).

<sup>87</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis. Comentarios al Código ... Tomo II. Op. Cit. P. 747.

ción que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión”<sup>88</sup>, por lo que “cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional”<sup>89</sup>.

No encontramos una razón válida que justifique un despido *ad nutum* en periodo de prueba, sin verificarse el objeto que para dicho periodo debe haberse previsto, pues mantener tal opción implica una indiferencia del ordenamiento jurídico laboral frente a las extralimitaciones que el empleador pueda cometer en el ejercicio del poder discrecional que ostenta en la etapa inicial de todo contrato de trabajo; y más aún cuando es la propia ley de Productividad y Competitividad Laboral, la que en su artículo 31 da la posibilidad de que el empleador no despidiera al trabajador por causa relacionada con sus aptitudes para el trabajo, sin antes otorgarle “...treinta días naturales para que demuestre su capacidad...”, lo que implica que no siempre en el periodo de prueba el empleador verifica el cumplimiento del objeto de dicho periodo, pues de lo contrario la ley no hubiera previsto la posibilidad mencionada; por otro lado, el hecho de que el último párrafo del artículo 12, del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, disponga que “Los trabajadores podrán afiliarse a un sindicato durante el período de prueba, sin menoscabo de los derechos y obligaciones que durante dicho período les corresponde ejercer a las partes respecto a la relación laboral”, no garantiza de ningún modo el ejercicio de la libertad sindical, por cuanto la propia norma establece que tal posibilidad no afecta los derechos que las partes ostentan respecto a la relación laboral, lo que significaría que se le otorga la facultad al empleador de despedir incluso por dicha razón, debido a que el trabajador aún no alcanza protección contra el despido arbitrario. En tal sentido este posible conflicto normativo debe ser resuelto bajo el juicio de ponderación, teniendo como sustento las normas constitucionales y en especial el principio de Proporcionalidad, el cual

---

<sup>88</sup> STC español 80/2005, de 4 de abril de 2005. (f.j. 5).

<sup>89</sup> Sobre el tema puede verse el estudio de Carlos Blancas Bustamante. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2007. P. 30 y ss.

como hemos visto, no supera al empleador cuando da por terminada una relación laboral con lesión de la libertad sindical.

Por último, debemos decir que si bien existen dos vías procesales a través de las cuales el trabajador afectado en su libertad sindical puede solicitar tutela jurisdiccional efectiva; sin embargo, resulta que en ambas se exige al afectado en la lesión de su derecho fundamental que aporte la carga de la prueba, no obstante la realidad evidencia la dificultad que ello implica, dado a que la motivación del empleador es de carácter subjetivo y muchas veces encubierta en otras razones de apariencia legales; sin embargo, creemos que tal como están las cosas actualmente, la Vía Ordinaria resultaría más ventajosa para el trabajador, pues en ella se le permite hacer uso de los indicios como medios sucedáneos de los típicos, a través de los cuales el juez pueda tener una idea clara respecto a las razones ocultas que motivaron el despido en periodo de prueba; en tanto que en el Amparo, el trabajador afectado tendrá que probar que el despido del que fue objeto vulneró el contenido constitucional de su derecho de libertad sindical en plano individual, lo cual ante ausencia de etapa probatoria dificulta aún más la posición de desventaja del demandante. Este problema vulnera en cierta medida el derecho de probar, por cuanto no se permite —como en el sistema jurídico español— que una vez aportados los indicios razonables, opere la reversión de la carga de la prueba, de tal manera que el empleador pueda desvirtuar que su decisión no estuvo motivada por la lesión del derecho de libertad sindical, sino teniendo como referente objetivo la causa del periodo de prueba, esto es la verificación de las aptitudes del trabajador. No obstante esta deficiencia de nuestro sistema procesal laboral y constitucional respecto a la tutela de derechos fundamentales, consideramos que en cierta medida se está flexibilizando, por lo menos en la Vía Ordinaria, pues se ha incluido la presunción legal en caso del despido motivado por razones de embarazo, tal como aparece en el inciso e) del artículo 29 de la LPCL, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27185, en el que se precisa que “*Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir*”. Esperemos que se haga extensivo este mecanismo a los demás casos cuando de defensa de los derechos fundamentales se trate, en especial la libertad sindical, la cual constituye un derecho humano laboral de primer orden.