

LOS DERECHOS LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LA IMPORTANTE CONTRIBUCIÓN Y DEFENSA DE MARIO PASCO COSMÓPOLIS

RICARDO MARCENARO FRERS

Existen abogados laboristas que se aferran al pasado y no entienden que la humanidad avanza a pasos agigantados, que las instituciones han sufrido una vertiginosa transformación y que los cambios se producen cada vez con mayor rapidez. Mario Pasco Cosmópolis fue uno de los juristas que tenía visión de futuro, entendía perfectamente la evolución del Derecho Laboral y sabía que el crecimiento económico y la flexibilización laboral eran fundamentales para el desarrollo nacional. Así en 1990 se produjeron algunas reformas que permitieron iniciar el proceso de flexibilización del Derecho Laboral. Ese inicio de reforma que algunos por razones ideológicas llamaron “flexibilización salvaje” se la considera hoy como demasiado tímida y por ello todos los interesados en generar más trabajo formal exigen que “debe flexibilizarse el régimen laboral”⁽¹⁾. Esa flexibilización que hoy se reclama reiteradamente, fue iniciada hace veinticinco años pero luego detenida y hasta revertida por razones ideológicas que están ampliamente superadas. En estas breves páginas me referiré exclusivamente al tema de la Constitución de 1993 y a la resolución del Tribunal Constitucional que ha distorsionado completamente el sentido del texto constitucional.

(1) *El Comercio*, Editorial del viernes 5 de setiembre de 2014.

I. LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El 30 de diciembre de 1992 se instaló el Congreso Constituyente Democrático y en enero de 1993, fueron designados los miembros de las diversas comisiones en las que tenían que estar representadas proporcionalmente todas las fuerzas políticas conforme a los últimos resultados electorales. La Comisión de Trabajo y Seguridad Social estaba integrada por cinco congresistas de NM-C90, dos del FIM, uno del PPC y uno del Frepap. El 18 de enero de 1993 se instaló la Comisión y me honraron con la elección de Presidente, por unanimidad. Inmediatamente, solicité se aprobara un cronograma de invitaciones para las diferentes instituciones vinculadas con la problemática laboral, comenzando por las Confederaciones de Trabajadores. El 15 de febrero recibimos la visita de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) y de la Confederación de Trabajadores del Perú (CTP); el 1 de marzo de la Confederación Nacional de Trabajadores (CNT) y de la Central de Trabajadores de la Revolución Peruana (CTRP) y el 8 de marzo de la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CAT) y la Confederación Intersectorial de Trabajadores del Estado (CITE). A todas estas importantes Centrales se les solicitó con carácter de urgencia presentaran sus propuestas de artículos constitucionales en materia laboral y de seguridad social. También se les invocó para que el articulado a presentarse tuviere carácter técnico e independiente de las influencias de partidos políticos.

El 17 de marzo la Comisión de Trabajo y Seguridad Social analizó, discutió y aprobó por unanimidad de sus nueve integrantes el dictamen con la propuesta constitucional en materia de Trabajo. Esta propuesta se había originado en el aporte efectuado por un grupo de los laboristas más destacados del Perú con quienes me había venido reuniendo desde el 28 de enero de 1993. Al momento de ser elegido Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social entendí que era responsable de presentar una propuesta de articulado en materia de Derecho Laboral y de seguridad social a la Comisión de Constitución y Reglamento del CCD. En la medida en que tenía interés en preparar un documento moderno y técnico era importante reunir a profesores universitarios especialistas en la materia. Conversé con los doctores Alfonso de los Heros Pérez-Albela, Pedro Morales Corrales, Jaime Zavala Costa y Víctor Ferro Delgado, quienes inmediatamente ofrecieron su total colaboración. Me siento profundamente agradecido por haber contado con la participación desinteresada e ilustrada de estos destacados laboristas peruanos. Deseaba redactar un articulado ajeno a la política partidaria, producto del mayor consenso posible y totalmente técnico. Los cinco éramos directores del Instituto de Capacitación y Estudios Laborales (ICEL), asociación sin fines de lucro dedicada al estudio de temas laborales, por lo que dicho instituto

presidido por el Dr. Alfonso de los Heros Pérez-Albela acordó tomar la iniciativa y convocar a otros especialistas. Fueron invitados los doctores Luis Aparicio Valdez, Carlos Blancas Bustamante, Joaquín Leguía Gálvez, Julio César Barrenechea Calderón, Fernando Elías Mantero, Javier Néves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Francisco Javier Romero M. y Ana María Yáñez Málaga. **Dejo constancia** que los doctores Carlos Blancas Bustamante, Javier Neves Mujica, Francisco Javier Romero M. y Ana María Yáñez Málaga, por motivos personales diversos, no participaron en la redacción del documento final preparado por ICEL. Durante muchas horas en reuniones celebradas del 28 de enero al 11 de marzo de 1993 se discutieron los artículos en materia laboral. El 12 de marzo de 1993, el Dr. Alfonso de los Heros Pérez-Albela en su calidad de Presidente de ICEL nos remitió “la versión final de las normas constitucionales sobre el trabajo, que nuestra institución pone a consideración de vuestra comisión y del Congreso de la República, a manera de colaboración para la consecución de una Carta Magna moderna y flexible”. Estos artículos fueron puestos en conocimiento de los congresistas de Nueva Mayoría – Cambio 90 quienes los aprobaron el 15 de marzo de 1993 con la única atinencia para que se eliminara el inciso 4to. del artículo relativo a los principios, que a la letra decía: “de retroactividad de la norma cuando está expresamente la declare y sea favorable al trabajador”. Por iniciativa del Dr. Carlos Torres y Torres Lara se acordó eliminar dicho inciso de la propuesta y conseguir así el total apoyo de Nueva Mayoría - Cambio 90. El 16 de marzo a las 10:30 a.m. inicié ante la Comisión de Constitución y Reglamento la fundamentación del articulado relativo al trabajo haciendo expresa salvedad que se trataba del proyecto que había preparado ICEL y que Nueva Mayoría - Cambio 90 hizo suyo. En la sesión desarrollé los conceptos fundamentales de los artículos propuestos, absolviendo las preguntas que me fueron formuladas. En esa sesión se presentaron dos propuestas de articulado: una presentada por Henry Pease García en nombre del MDI y otra por Lourdes Flores Nano en el del PPC. En esa misma sesión el señor Rafael Rey Rey presentó su propuesta sobre Régimen Educativo y Cultural. Ningún artículo fue sometido a votación en la referida sesión, postergándose la continuación del análisis y posterior aprobación para otra sesión.

El articulado, presentado en la Comisión de Constitución y Reglamento había sido discutido ampliamente y aprobado **por unanimidad** en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social el 17 de marzo de 1993, luego de que todos los miembros manifestaran al Presidente su felicitación por el trabajo realizado. Es necesario dejar constancia que los otros proyectos constitucionales fueron presentados por los grupos políticos directamente a la Comisión de Constitución y Reglamento. Solamente la parte laboral fue aprobada previamente en la Comisión respectiva. Solicité la colaboración de los gremios interesados (Confederaciones de

trabajadores), simultáneamente la de los especialistas y luego sometí el texto a consideración de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, habiendo obtenido la **aprobación unánime de los grupos políticos representados**. Los grupos políticos presentaron sus propuestas constitucionales directamente a la Comisión de Constitución y Reglamento. Se sometió a la aprobación previa de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social el articulado preparado por los especialistas y adoptado por NM-C90. El 23 de marzo de 1993 fui invitado nuevamente por la Comisión de Constitución y Reglamento para continuar la sustentación de la propuesta de articulado aprobado por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social. El día anterior (22 de marzo de 1993) la Coordinadora de Centrales Sindicales presentó a nuestra comisión una propuesta de articulado con exposición de motivos. Desgraciadamente, el documento fue entregado una semana después que los integrantes de la comisión habían aprobado el texto del articulado por unanimidad y sustentado ante la Comisión de Constitución y Reglamento. Al entregarnos el documento los representantes de la Coordinadora de Centrales Sindicales manifestaron que este había sido preparado exclusivamente por sus técnicos sin injerencia de partido político alguno⁽²⁾.

El 7 de julio de 1993, el Plenario acordó suspender el tratamiento del tema de educación que se venía discutiendo y se aprobó pasar a los artículos relativos al Derecho del Trabajo. Los artículos de trabajo fueron analizados y aprobados los días 7 y 8 de julio. Hubieron muchas exposiciones de los congresistas por el tema de trabajo, pero la gran mayoría se dedicó a largas exposiciones políticas con altas dosis de demagogia. Solamente algunos parlamentarios hicieron una presentación doctrinal buscando presentar aportes. El resultado de la votación en el Plenario fue el siguiente:

Proyecto	Constitución	A favor	En contra
Art. 18	Art. 22	62 (91 %)	6
Art. 19	Art. 23	62 (90 %)	7
Art. 20	Art. 24	47 (77 %)	14
Art. 21	Art. 25	47 (70 %)	20
Art. 22	Art. 26	56 (84 %)	11
Art. 23	Art. 27	54 (79 %)	14
Art. 24	Art. 28	48 (71 %)	20
Art. 25	Art. 29	44 (92 %)	4

(2) Debo dejar constancia de mi gran sorpresa al comparar el documento presentado por el Dr. Henry Pease García en nombre del MDI (16 de marzo de 1993) y el presentado por la Coordinadora de Centrales Sindicales (22 de marzo de 1993) por cuanto se trataba del mismo documento, incluyendo la exposición de motivos.

En mérito a lo expuesto puedo afirmar que la Constitución de 1993 en materia laboral recoge el proyecto encargado por el Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social (Marcenaro) a 18 destacados laboristas y profesores universitarios que dedicaron varios meses a preparar el articulado. El debate y aprobación en el pleno del Congreso se realizó fundamentalmente el 7 de julio y se concluyó la votación el 8 de julio de 1993. Esta es la única parte del texto constitucional que fue previamente aprobada por unanimidad en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social (17 de marzo de 1993) y luego en la Comisión de Constitución y Reglamento, que se terminó de votar el 23 de marzo de 1993.

La Constitución aprobada por el Congreso Constituyente Democrático fue sometida por primera vez en la historia del Perú a su ratificación por el pueblo peruano mediante un referéndum en el que los ciudadanos votarían si estaban de acuerdo o no con el texto constitucional. Excluyendo los votos en blanco y nulos el “Sí” consiguió el 52.33 % y el “No” 47.67 %.

II. LA ESTABILIDAD LABORAL

El empleador ya no tiene la libre disposición del contrato con el trabajador, no es titular del derecho irrestricto a rescindir el vínculo laboral. El trabajador tiene derecho a la estabilidad laboral. Se fundamenta en los derechos humanos reconocidos en los diversos instrumentos jurídicos internacionales en esta materia, tales como el derecho a la dignidad, libertad e igualdad. Es evidente que el trabajo dignifica al ser humano y, por lo tanto, el trabajador será eficiente, responsable, etc. a fin de conseguir su propio desarrollo y la tranquilidad de su familia. La estabilidad laboral se fundamenta en la libertad del hombre frente al hombre. Es decir, que el trabajador no depende de la arbitrariedad del empleador para continuar trabajando, sino de sus propios medios y esfuerzo. También se fundamenta en la igualdad toda vez que el trabajador podrá defender su derecho a la estabilidad laboral lo que significa que está en situación de igualdad frente al empleador y que, por lo tanto, este no puede actuar arbitrariamente y si lo hace será sancionado.

Dentro del ámbito propio del Derecho Laboral la estabilidad laboral se deduce del principio de continuidad. Este principio se fundamenta en que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, por lo general no se agota en una prestación. Es una relación con vocación de permanencia que, normalmente, debería concluir por muerte o jubilación del trabajador. Por ello, el contrato propio del Derecho del Trabajo es el indeterminado, mientras que los a tiempo determinado solo se celebran cuando la naturaleza de la prestación así lo exige.

La doctrina distingue la estabilidad absoluta y la relativa. En la estabilidad absoluta se le niega al empleador la posibilidad de disolver el vínculo laboral por acto unilateral, permitiéndose solamente por causa justificada. En consecuencia, si rescinde el vínculo laboral sin causa justa, deberá reincorporar al trabajador y, en caso de negarse la autoridad jurisdiccional, le impone el cumplimiento de la obligación. Estamos ante la estabilidad relativa cuando rescindido el vínculo laboral por parte del empleador sin causa justa, no se obliga a la reincorporación del trabajador, pero sí al pago de indemnización.

El Convenio 158 de la OIT no ratificado por el Perú en su artículo 10 señala que en caso de ser injustificado el despido “(...) Y, si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

“Por lo tanto, el convenio 158 de la OIT reconoce las dos manifestaciones de la estabilidad (absoluta y relativa). Así lo dice expresamente Arturo S. Bronstein, jefe de la sección de legislación del trabajo de OIT en ginebra ‘acotaremos que el convenio 158 no impone una u otra solución y al parecer acepta todas ellas (...)’⁽³⁾.”

Sin duda, el artículo 27 de nuestra Constitución es el que mayor polémica ha motivado con el argumento que al eliminar la expresión “el estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo” que figuraba en la Constitución de 1979 ha desaparecido la estabilidad laboral. Todos los opositores al nuevo artículo 27 alegaban que solo empleando la expresión estabilidad laboral esta quedaba garantizada en la nueva Constitución. Es decir, se convirtió en una expresión casi mágica por cuanto solo existiría si se usaba esa denominación “estabilidad laboral o estabilidad en el trabajo”.

“este es el precepto que ha servido para que se rasguen farisaicamente las vestiduras los enemigos de la nueva carta magna. Sostienen, con desenfado sin igual, que suprime la estabilidad laboral y que, una vez que sea aprobado, se va a producir una cadena de despidos y una aguda desocupación.

(3) BRONSTEIN, Arturo S. “La protección contra el despido arbitrario en el Derecho Comparado del Trabajo”. En: *Derecho del Trabajo: Normas y Realidad*. Universidad Nacional Andrés Bello, Chile, 1993, p. 125.

La protesta es insincera, interesada y falsa. Este artículo no suprime la estabilidad laboral sino que la reorienta de modo de permitir varias opciones frente al despido sin justa causa”⁽⁴⁾.

En nuestra legislación hasta 1970 el empleador podía rescindir el vínculo laboral sin expresión de causa con un simple preaviso de 90 días o pagando una indemnización equivalente en el caso de que el trabajador fuera empleado y sin necesidad de preaviso o indemnización si era obrero. En 1970 el gobierno militar dicta el Decreto Ley N° 18471 y se estableció que el trabajador con más de tres meses de servicios solo podía ser despedido por la comisión de falta grave expresamente tipificada en la ley.

“de allí en adelante, la estabilidad laboral pasó a ser la *bête noir* del Derecho Laboral peruano, el sacro santo derecho absoluto a la inmovilidad que reclaman y defienden los trabajadores, y la causa y explicación de la mayoría de los males que aquejan a la producción y a la economía que acusan los empleadores”⁽⁵⁾.

En 1978 con el Decreto Ley N° 22126 se estableció que entre los tres meses y tres años de servicios el empleador podía despedir al trabajador con un simple preaviso de tres meses o una indemnización equivalente. Entre otras modificaciones aumentó las causas que constituían falta grave y motivo del despido. En 1986 se dicta la Ley N° 24514 mediante la que se establece nuevamente que, superado el periodo de prueba de 90 días, solo podrá ser despedido el trabajador por causa justa señalada expresamente en el dispositivo legal.

En 1991, por autorización expresa del Congreso de la República, se dicta el Decreto Legislativo N° 728 mediante el cual se precisan algunas causales de despido por falta grave y se redacta el tema de la extinción del contrato de trabajo de manera técnica y didáctica. Se agregan en dicha norma las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador conforme al artículo 41 del Convenio de OIT N° 158 toda vez que en las normas anteriores se había legislado casi exclusivamente respecto a causas de despido vinculadas a la conducta del trabajador.

En la Constitución de 1993 se pretendió evitar las rigideces del pasado que impedían el normal desarrollo del Derecho Laboral y se buscó no solo proteger al trabajador sino también convertir a esta rama del Derecho en promotora de empleo

(4) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “El trabajo en la Constitución”. En: *Ius et Veritas*. Año IV, N° 7, noviembre de 1993, p. 31.

(5) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *La extinción de la relación laboral*. Edit. Aele, 1987, p. 371.

y desarrollo económico. Es decir, se acordó redactar una Constitución que reconociera los derechos laborales fundamentales pero que también permitiera se legisle en favor de la flexibilización del Derecho Laboral.

Sabiamente la Comisión encargada de preparar el proyecto de reforma a la Constitución de 1993, no aceptó el criterio manifestado por el Dr. Carlos Ferrero Costa, ex presidente del Congreso, ya que “para el titular del Congreso la nueva Carta Magna que surja, después de aprobadas la reformas, se parecerá en lo laboral a la de 1979 y en lo económico a la de 1993” (*El Peruano*, 10 de marzo de 2002, p. 4). Es evidente que la economía y el Derecho Laboral deben tener una misma orientación y, en consecuencia, nos parece correcto que los parlamentarios no aceptarán la concepción ideológica que inspiró la Constitución de 1979, ni el primer proyecto presentado a la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Curiosamente algunos parlamentarios criticaron desde el año 1993 la Constitución en el tema laboral, sin embargo, al momento de redactar la propuesta de un nuevo texto en el año 2002 con la participación del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Centrales Sindicales y la Representación de los empleadores, se tomaron en cuenta los mismos temas de la Constitución de 1993 y solo se han cambiado algunos conceptos.

Destacados juristas, profesores universitarios de Derecho Laboral y muchos especialistas han resaltado los evidentes méritos de la Constitución de 1993 en el tema laboral. Podemos resumir los diversos comentarios favorables a la Constitución de 1993 en materia laboral con las palabras del Dr. Mario Pasco Cosmópolis:

“A nuestro entender, lo recogido en materia laboral por la nueva Constitución supera la gaseosa y superabundante proliferación de la anterior en esta materia. No podía ser distinto si atendemos a que el moderno texto fue elaborado, en su integridad, por un grupo de conspicuos juslaboralistas (...) y diversos profesores universitarios. Ese grupo informal era de amplia y plural composición; estuvo representado allí el pensamiento de personas cercanas al movimiento sindical, como al empresariado y a la cátedra independiente. En una materia delicada, difícil y conflictiva como es la laboral, resulta enaltecedor que el contenido de la Constitución sea fruto de un consenso académico y no de una lucubración política.

Sus características más saltantes son, en nuestra opinión, las siguientes:

1. Concisión y concreción. La Carta de 1979 adolecía de grandilocuencia y lirismo. Eran más los postulados teóricos, las declaraciones principistas, las metas ideales, que los derechos concretos y exigibles que de ella podían desprenderse (...) Una buena Constitución debe ser concreta, veraz y factible. Debe proponerse metas que puedan ser cumplidas; no meras declaraciones ideales, sino preceptos en los cuales pueda el trabajador obtener tutela para sus legítimas aspiraciones.

El texto aprobado reúne esas características.

2. Flexibilidad. La Constitución de 1979 era extremadamente rígida en muchas de sus postulaciones, pese a lo cual tenía el curioso defecto de remitir demasiadas cosas para la legislación posterior...

3. Tecnicismo. Al haber sido redactada por expertos, el uso del lenguaje es cuidadoso, buscando precisión y claridad.

4. Liberalismo. Resultaría contrario a la lógica y la razón que la parte laboral de la nueva Constitución no se alineara con el sustrato ideológico que prevalece en lo demás. Promovida desde un Gobierno que ha sentado las bases legales y económicas para un desarrollo basado en la libre empresa, en la reducción del rol estatal, en la eliminación del intervencionismo y los controles, en la apertura de los mercados, etc., de un Gobierno abiertamente liberal, en suma, la nueva Carta tiene que recoger ese aliento y ese destino.

En lo social, empero, se ha buscado resguardar las esencias intangibles del Derecho Laboral: su carácter eminentemente protector, el respeto a la dignidad del trabajador, la garantía de sus derechos fundamentales, el reconocimiento de los derechos colectivos y la promoción a su ejercicio democrático.

Nadie que actúe de buena fe y con sensatez y ponderación, podrá calificar esta Carta de antiobrera o retrógrada. Es más bien progresista en la medida que se orienta y enrumba en el sentido del cambio social que nuestra patria y el mundo entero vienen viviendo.

Es, por sobre todo, un texto hecho para el Perú, pensando en el país real y en el tiempo actual; no tomado a préstamo de realidades extranjeras, que pueden ser útiles como ejemplo, mas no como modelo

y menos como paradigma. Debe ser, por todo ello, al menos en la materia laboral, el marco que conduzca a relaciones laborales más racionales y más equitativas, en las que los derechos se asienten en el cumplimiento de los deberes y no se exageren unos con desmedro de los otros, y que no se subordine a la economía, pero que tampoco la desdeñe⁷⁽⁶⁾.

Como lo demuestran los libros *El trabajo en la nueva Constitución*⁽⁷⁾ y *El trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas*⁽⁸⁾ del autor de esta contribución, los artículos laborales de la Constitución de 1993 son los mismos que rigen mayoritariamente en el mundo occidental y en los países de mayor desarrollo jurídico, cultural y democrático. No se han eliminado derechos que tengan jerarquía o rango constitucional, y los que figuraban en la Constitución de 1979 y fueron excluidos, son el resultado del estudio serio realizado por los expertos conforme a la tendencia mundial. Por ello, en el proyecto de Constitución de 2002, en el que han participado representantes del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, trabajadores y empleadores se han reiterado los conceptos y estructura de la Constitución de 1993 y no se han reintegrado aquellos derechos que fueron correctamente excluidos. He podido comprobar que los profesores de Derecho Constitucional y los del Derecho Laboral desconocen muchas veces el Derecho Constitucional Laboral Comparado que constituye una especialidad diferente. Asimismo, otros pretenden que se regrese a las concepciones ideológicas que regían en los años sesenta. Algunos profesores de Derecho Constitucional han afirmado que la Constitución de 1993 ha eliminado derechos laborales fundamentales, no obstante que dichos constitucionalistas reconocen que no dominan el Derecho Laboral y que no han realizado ningún estudio especializado al respecto. Desgraciadamente estas apreciaciones, sin fundamento, han sido repetidas por otros. En el tema del trabajo la Constitución de 1993 ha seguido las tendencias más modernas y exactamente la misma orientación que rige a la mayoría de Constituciones del mundo occidental. Evidentemente nos referimos a los artículos que en materia laboral establece la Constitución de 1993 y no al resto del texto. Las pasiones que a veces despiertan estos temas han llevado al extremo de afirmar de manera absolutamente desinformada y contradiciendo la realidad del marco constitucional mundial que “las observaciones que hacen los autores que conforman la doctrina nacional, comparten el cuestionamiento por la acentuada opción neoliberal

(6) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “El Trabajo en la Constitución”. En: *Ius et Veritas*. Año IV, N° 7, noviembre de 1993, p. 27.

(7) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Cultural Cuzco S.A., 1995.

(8) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas*. Editado por Ricardo Marcenaro Frers Abogados 2004 y Universidad Tecnológica del Perú, 2006.

asumida por la Constitución, lo que ha significado tanto cualitativa como cuantitativamente, un retroceso, restricción, regresión, menoscabo, desconocimiento, reducción, replanteamiento, adelgazamiento, desmejora, supresión, recorte o poda del contenido laboral de nuestra Constitución”⁽⁹⁾. Esta afirmación se fundamenta en la eliminación de algunos artículos que existían en la Constitución de 1979 y que no fueron recogidos en la de 1993, sin tomar en cuenta que no eran artículos de rango constitucional y que conforme a la doctrina y Derecho Constitucional Laboral Comparado se procedió de manera correcta.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO RESPECTO AL DESPIDO ARBITRARIO

El autor procede a analizar la resolución del Tribunal Constitucional respecto al despido arbitrario por ser la que ha generado mayor polémica y la que ha tenido gran trascendencia para el contexto laboral nacional. Además significó un cambio drástico a los criterios uniformes de las resoluciones anteriores.

Exp. N° 1124-2001-AA/TC

El 11 de julio del año 2002 el Tribunal Constitucional resolvió el expediente N° 1124-2001-AA/TC con la asistencia de los señores magistrados: Rey Terry, Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma. Mediante esta Resolución se declaró inaplicable el artículo 34, segundo párrafo del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR. Esta norma establece: “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido”.

Los argumentos de los miembros del Tribunal Constitucional son que la Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y como tal vincula al Estado y la sociedad en general. En consecuencia, al establecer al artículo 38 que todos los peruanos tienen el deber de respetar y cumplir la Constitución, esta vinculatoriedad se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado sino también a las establecidas

(9) CARRILLO CALLE, Martín. *La flexibilización del contenido laboral de la Constitución*. Balance de la Reforma Laboral Peruana, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, setiembre de 2001, p..58.

entre los particulares (f. j. 6). Por lo tanto su fuerza tiene eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros respecto de los derechos fundamentales. Por lo expuesto cualquier particular que pretenda conculcar o desconocer derechos fundamentales incurre en inconstitucionalidad. “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. 23, segundo párrafo)” (f. j. 7). Posteriormente los miembros del Tribunal Constitucional reconocen que de conformidad a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución los derechos constitucionales se interpretan conforme a los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia y que, por lo tanto, constituyen parámetros que deben cumplirse al momento de interpretar un derecho constitucional, sin perjuicio además, de la aplicación directa del tratado internacional que forma parte del Derecho nacional conforme al artículo 55 de la Constitución (f. j. 9).

Señalan que la Constitución en su artículo 22 reconoce el derecho al trabajo y esto implica al derecho a acceder a un puesto de trabajo y a no ser despedido sino por causa justa. El derecho a acceder a un puesto de trabajo es de desarrollo progresivo y conforme a las posibilidades del Estado. Sin embargo, el derecho al trabajo debe ser entendido como proscripción a ser despedido, salvo causa justa. El artículo 27 de la Constitución establece: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Reconocen que esta norma comprende tres aspectos: a) Otorga un mandato al legislador; b) Reserva a la ley la regulación de la protección; c) No determina forma alguna de protección sino que remite a la ley su concreción. Sin embargo, el legislador no podrá desnaturalizar el derecho y debe además respetar su contenido esencial. En mérito a lo expuesto, es indispensable analizar si la fórmula acogida por el legislador de otorgar una indemnización ante el despido arbitrario respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo (f. j. 12). Señalan que al establecerse como única reparación del despido arbitrario la indemnización, se está vaciando de contenido el derecho al trabajo por cuanto solo procede el despido por causa justa.

“El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos de contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional”⁽¹⁰⁾.

(10) STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC del once de julio del dos mil dos.

Además los señores miembros del Tribunal Constitucional agregan que al tratarse de una disposición inconstitucional “La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido al acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo (f. j. 12).

Considero que la interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 27 de la Constitución lo desnaturaliza totalmente, toda vez que este solo define de manera genérica y abstracta la garantía de la estabilidad laboral y por lo tanto la norma de desarrollo constitucional puede regularla en cualquiera de sus sentidos, pero, no podrá desconocerla, tal como lo afirma el profesor Jorge Toyama.

“El artículo 27 de la Constitución *delega* a la ley la protección que debe brindarse al trabajador que es sujeto de un despido arbitrario. La Constitución ha reconocido el derecho de estabilidad laboral pero ha señalado que la ley protegerá al trabajador, esto es, el legislador determinará el nivel de protección o el tipo de estabilidad laboral (absoluta o relativa). No puede, entonces, analizar el contenido de la estabilidad laboral sobre la base del artículo 22 de la Constitución cuando tenemos la delegación *legal* de protección en el artículo 27 (...) un sistema de protección del derecho de estabilidad laboral basado en el pago de una indemnización (la reposición es un supuesto reservado para los despidos nulos), opción que es compatible con el texto de la Carta Magna y las normas internacionales sobre estabilidad laboral”⁽¹¹⁾.

El artículo 22 de la Constitución no debe analizarse de manera desintegrada del resto de los artículos y por lo tanto es indispensable interpretarlo con el artículo 27 que de manera expresa señala que corresponde al legislador establecer el tipo de protección que este considere adecuada. Es decir, será el legislador el que defina si le exige al empleador la reincorporación del trabajador o una indemnización en caso del despido arbitrario o incausado. Esto implica que la reposición no es parte del contenido esencial del derecho a la estabilidad laboral. El legislador será el encargado de establecer si es que procede una reposición o una indemnización ante el despido incausado y cualquiera de las opciones es perfectamente constitucional. También será constitucional si es que la decisión de dicha opción se le otorga al trabajador, al empleador o al juez.

(11) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional”. En: *Las Instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, p. 482.

La existencia de normas semejantes al artículo 22 de nuestra Constitución están incorporadas en diez constituciones europeas y quince latinoamericanas y, sin embargo, no se considera en los tribunales de dichos países que la indemnización como reparación al despido arbitrario es inconstitucional. Tampoco lo interpretan así los Tribunales Constitucionales en los que existe norma semejante a la del artículo 22 de nuestra Constitución. Pero, además, es necesario precisar que nuestra Constitución ha tenido la previsión de agregar el artículo 27 para permitirle al legislador establecer la forma de protección ante el despido arbitrario. Esta disposición no existe en las Constituciones europeas (salvo Portugal), sin embargo, permiten la indemnización como forma de reparación ante el despido arbitrario. Los tribunales constitucionales aceptan en dichos países que no obstante existe la disposición que reconoce el derecho al trabajo esto no implica la obligatoriedad de la reposición en tales circunstancias. En consecuencia, distinguen claramente entre el derecho al trabajo como derecho fundamental y la reposición que no es derecho fundamental toda vez que también está permitida la indemnización ante el despido incausado. En Latinoamérica de las catorce constituciones que se refieren a la estabilidad laboral solamente en dos le permiten al trabajador optar por la reposición. En seis países latinoamericanos sus Constituciones le dejan al legislador optar por la estabilidad laboral absoluta o la relativa. En otros seis optan a nivel constitucional por la indemnización como forma de reparar el despido arbitrario.

La argumentación del Tribunal Constitucional reconoce la existencia y vigencia de dos instrumentos jurídicos supranacionales en los que expresamente se establece:

- a) Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el que se expresa en el artículo 12 que: “De conformidad con la legislación y las prácticas nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas (...)”.
- b) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448 del 27 de diciembre de 1994. El artículo sétimo, inciso “d” establece “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación, En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Frente a estos instrumentos supranacionales que permiten que los legisladores establezcan en primer término indemnizaciones ante el despido arbitrario, los señores miembros del Tribunal Constitucional argumentan que los derechos internacionales de derechos humanos establecen derechos mínimos que pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y que en todo caso tampoco pueden menoscabar derechos reconocidos por la Constitución. En mérito a estos argumentos establece que es inaplicable el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728.

“(…) el TC ha sentenciado que –según su lectura del texto constitucional– la única protección suficiente contra un despido es la reposición. A ese efecto el TC se remite al Protocolo de San Salvador, el cual sin embargo, lejos de solventar la tesis, la desmiente”⁷⁽¹²⁾.

Estoy de acuerdo que es posible superar los derechos establecidos en los instrumentos jurídicos supranacionales pero esa es una atribución que **solo le compete a los Parlamentos o Congresos**. No le corresponde a ninguno de los tribunales constitucionales superar los derechos incorporados en los instrumentos jurídicos supranacionales.

Considero que es errónea la afirmación del Tribunal Constitucional en el sentido que la única protección suficiente ante un despido arbitrario es la reposición del trabajador. La indemnización es la forma de protección acogida en la casi totalidad de las naciones democráticas del mundo occidental.

“Desde nuestro punto de vista, el derecho a la estabilidad laboral, entendido como una garantía de reposición del trabajador despedido arbitrariamente, no encuentra sustento en la nueva Constitución. (...) el contenido esencial del derecho a la estabilidad laboral no comprende, en la nueva Constitución, la reposición del trabajador: la Constitución ha delegado o remitido a la ley la determinación del tipo de protección que debe existir ante un despido arbitrario. No existe, de este modo, un régimen de estabilidad laboral absoluta en la Constitución.

No encontramos ante un derecho de estabilidad que tiene preceptividad aplazada o eficacia diferida ya que corresponde a la ley señalar el contenido de este derecho; por consiguiente, no cabe la

(12) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Jurisprudencia constitucional en materia de despido laboral”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, Lima, octubre de 2006, p. 369.

interposición de una acción de amparo contra un despido arbitrario que no se ajusta a lo expuesto en las normas legales⁽¹³⁾.

Crítica:

- a) Es indudable que los instrumentos supranacionales siempre han reconocido que ante el despido arbitrario cabe la indemnización.
- b) El Protocolo de San Salvador señala expresamente que frente al despido sin causa (incausado) procede la indemnización y en segundo lugar menciona a la reposición. De esta forma ha resaltado a la indemnización como la primera alternativa ante el despido sin causa.
- c) La comisión de expertos en legislación de la Organización Internacional del Trabajo jamás han observado la legislación universal mayoritaria que permite la posibilidad de la indemnización ante el despido arbitrario. Tampoco lo hacen los tribunales constitucionales más destacados del mundo.
- d) Si el legislador peruano ha establecido los derechos mínimos que establecen los instrumentos jurídicos supranacionales ¿Corresponde al Tribunal Constitucional superar los mínimos en contra de la voluntad del legislador?
- e) El Tribunal Constitucional afirma que la normativa interna puede mejorar los tratados internacionales por tratarse de normas mínimas. Sin embargo, no existe ninguna norma aprobada por el Congreso de la República que haya superado dichas normativas. El legislador podrá superar los derechos otorgados en normas supranacionales pero no puede hacerlo el Tribunal Constitucional.
- f) El Tribunal Constitucional está obligado a interpretar la Constitución de conformidad a los tratados aprobados por el Perú, tal como lo establece expresamente la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución y solamente el legislador está autorizado a superar los derechos establecidos en dichos instrumentos jurídicos supranacionales.

(13) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional". En: *Las instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 482.

- g) El contenido de un derecho fundamental debe ser conocido por el Tribunal Constitucional tomando en cuenta obligatoriamente las normas internacionales y así poder decidir sobre la constitucionalidad de una norma de nivel primario.
- h) Si las normas nacionales contienen los derechos mínimos reconocidos por los instrumentos jurídicos supranacionales ¿Cómo es posible que sean inconstitucionales?
- i) ¿Es posible que los derechos mínimos sean inconstitucionales?
- j) La Constitución argentina también se refiere a la protección contra el despido arbitrario y en su más de medio siglo de existencia ningún jurista argentino ha sostenido que la norma se refiere a la estabilidad laboral absoluta.
- k) Las resoluciones del Tribunal Constitucional hasta antes de la que vengo comentando resolvieron uniformemente que los despidos arbitrarios (causados o incausados) no implicaban una afectación a los derechos fundamentales y que la única reparación era la de indemnización solicitada ante los jueces de trabajo.

“Hasta antes de la emisión de la Sentencia recaída en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC, el TC venía resolviendo que los despidos arbitrarios –causados o no– no suponían una lesión a un derecho fundamental. En efecto, ante una demanda de reposición del régimen laboral de la actividad privada, el TC sostenía que la vía ordinaria prevé que la indemnización es la única reparación ante un despido arbitrario y que tal pretensión solamente es conocida por los jueces de trabajo de conformidad con la Ley Procesal del Trabajo”⁽¹⁴⁾.

- l) El Tribunal Constitucional no procedió a explicar las razones y fundamentos por lo que cambiaba diametralmente de criterio.

“Para ello el Tribunal Constitucional ha recurrido a una compleja argumentación, muy contestada a nivel doctrinal”⁽¹⁵⁾.

(14) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional”. Ob. cit., p. 479.

(15) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 98.

- m) No es cierta la afirmación del Tribunal Constitucional cuando afirma que la única protección que corresponde ante el despido incausado es la reposición por cuanto contradice normas internacionales y al propio mandato constitucional que permite la reposición, la indemnización, seguro de desempleo y otras formas de protección.

Posteriormente el Tribunal Constitucional con fecha 16 de setiembre de 2002 y ante la fuerte crítica de los especialistas en Derecho Laboral aclara que la inaplicación del artículo 34 solamente tiene efectos para las partes vinculadas al expediente.

“No comparto la posición del Tribunal concretada en esa jurisprudencia, que, más allá de explicaciones retóricas, implicaría el retorno al Perú de la estabilidad llamada, por muchos, propia o absoluta que rigió en nuestro país en las décadas de los años setenta y ochenta del pasado siglo.

La discrepancia que aquí expreso es estrictamente jurídica. Considero que la jurisprudencia del Tribunal sobre esta materia no interpreta propiamente la Constitución, sino que la distorsiona y hasta la modifica”⁽¹⁶⁾.

Posteriormente el Tribunal Constitucional continuó dictando resoluciones que complicaron cada vez más la interpretación de las normas vigentes. Por límites de espacio no es posible hacer la crítica respectiva a las resoluciones dictadas. Las resoluciones referidas han sido calificadas por destacados juristas peruanos como “exageradas”, “de contenido ideológico”, de “invasoras de las esferas que la Constitución misma reconoce al legislador” y hasta “modificadoras de la propia Constitución”. Así lo sostienen juristas especialistas en Derecho Laboral tales como Pedro Morales Corrales, Víctor Ferro Delgado, Mario Pasco Cosmópolis, Fernando Elías Mantero, Luis Vinatea Recoba, Jorge Toyama Miyagusuku, Luis Castillo Córdova, entre otros. Si al lector le interesa conocer algunas de las muchas críticas vertidas por los especialistas me permito presentar las referencias bibliográficas como nota al pie de página⁽¹⁷⁾.

(16) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Jurisprudencia constitucional en materia de despido laboral*. Ob. cit., p. 365.

(17) MORALES CORRALES, Pedro. “Derecho al trabajo y despido arbitrario. Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional”. En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y provisional*. Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 144; FERRO DELGADO, Víctor. “El despido arbitrario en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo y en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. En: *Laborem*. N° 3, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, p. 198;

“El balance, pues, del derecho al trabajo con los derechos constitucionales del empleador está ausente en las sentencias del TC (al no tomarse en cuenta los derechos del empleador, no se aprecia una interpretación basada en parámetros ponderados)”⁽¹⁸⁾.

El Tribunal Constitucional afirma que el despido incausado es inconstitucional, sin embargo, considera perfectamente constitucional el despido causado, pero no demostrado judicialmente. Considero que el despido incausado y el causado pero no demostrado judicialmente, debieran tener la misma protección.

Después de más de 21 años de vigencia de la Constitución debemos concluir que conforme lo afirmó Mario Pasco se trata en materia laboral de un texto con las características siguientes: concisión y concreción, flexibilidad, tecnicismo, liberalismo, etc. Luego agrega: **“En lo social, empero, se ha buscado resguardar las esencias intangibles del Derecho Laboral: su carácter eminentemente protector, el respeto a la dignidad del trabajador, la garantía de sus derechos fundamentales, el reconocimiento de los derechos colectivos y la promoción a su ejercicio democrático.**

Nadie que actúe de buena fe y con sensatez y ponderación, podrá calificar esta Carta de antiobrera o retrógrada. Es más bien progresista en la medida que se orienta y enrumba en el sentido del cambio social que nuestra patria y el mundo entero vienen viviendo”.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Jurisprudencia constitucional en materia de despido laboral”. En: *Centro de Estudios Constitucionales. Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*. Palestra, Lima, 2006, p. 368; VINATEA RECOBA, Luis. *La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario. Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y provisional*. Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 107; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral: el caso Telefónica”. En: *Asesoría Laboral*, 2003; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La inconstitucionalidad de los despidos: un análisis de los criterios del Tribunal Constitucional”. En: *Actualidad Labora*. Diciembre de 2003, p. 19; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional”. En: *Instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 445; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo”. En: *Asesoría Laboral*. N° 167, 2004, p. 9.

(18) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El despido arbitrario: Los criterios del Tribunal Constitucional*. Ob. cit., p. 481.