

Segunda Ed. Lima, 2005.

- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. La idea de derecho en el Perú Republicano del S. XIX. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996.
- VALDÉS DAL RÉ, Fernando. "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador". En: XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo, 2003.
- VILLAVICENCIO, Alfredo. "Constitución y libertad sindical" En: AA.VV. (Director: Javier Neves). Editorial Cuzco, Lima, 1989.
- VINATEA RECOBA, Luis. "El tratamiento de los derechos individuales laborales en el texto aprobado por Comisión de Constitución del CCD". En: Revista Asesoría Laboral, Lima, mayo de 1993.

## LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN EL PERÚ

JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN\*

### Sumario

I. Introducción. II. Los campos de regulación de los derechos y principios fundamentales. 2.1. Reconocimiento constitucional de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. 2.2. Reconocimiento de los principios y derechos en instrumentos internacionales. 2.3. Desarrollo legislativo de los principios y derechos fundamentales. III. Resoluciones del Tribunal Constitucional. 3.1. Determinación del contenido de la libertad sindical. 3.2. Contenido del principio de no discriminación. IV. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente ponencia es reflexionar sobre la protección que la actual Constitución Peruana le brinda a los Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo recogidos en la Declaración de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo. Con esta finalidad se señala los campos de regulación de estos importantes principios y derechos y cuál es el desarrollo que el Tribunal Constitucional ha efectuado, a través de resoluciones significativas sobre la materia.

Como se recordará la Declaración establece que los derechos fundamentales recogidos en la Declaración son:

---

\* Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
- b) la eliminación de todas formas de trabajo forzoso u obligatorio
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Estos cuatro derechos se expresan en ocho Convenios Internacionales, todos ellos ratificados por el Perú.

La Declaración tiene mucha relevancia en la actual situación mundial marcada por el proceso de globalización que incluye segmentos importantes del país, y también excluye a otros. En este contexto, los principios y derechos fundamentales en el trabajo, conjuntamente con la reflexión sobre el trabajo decente, marcan una apuesta por la dignidad de la persona, integradora sin exclusiones.

Este instrumento internacional ha tenido como objetivos los siguientes:

- Crear un consenso explícito alrededor de derechos que no deberían generar resistencias, y que más bien podrían producir una reacción generalizada por la implementación real de dichos derechos. Quizás la mayor resistencia a este consenso está referida a la libertad sindical, ya que algunos sectores de la población no consideran favorablemente el desarrollo de los sindicatos. Por nuestra parte consideramos que más bien, la libertad sindical y lo que implica ésta (representación adecuada, generación del equilibrio, fortalecimiento de las sociedades intermedias) es en buena parte una condición básica para el respeto de los otros derechos fundamentales reconocidos en la Declaración. Ejemplo de esta resistencia a la libertad sindical en el caso del Perú, es el hecho que es el único de los cuatro derechos que no tiene un Plan Nacional que busque la implementación real y la promoción de este derecho<sup>1</sup>.
- Genera un núcleo duro de principios fundamentales. Se ha criticado en diversos foros que esta opción significa disminuir el nivel o afectar a otros derechos igualmente fundamentales, al relegarlos a un segundo plano. Creemos que esta crítica carece de fundamento en tanto, por un lado se realiza una priorización por la problemática de esos derechos en su

1 Paradjicamente, es el único de los cuatro derechos que se ha reconocido en "positivo", es decir, que la acción que se busca es la de promocionar y no eliminar o suprimir.

aplicación y porque además su vigencia genera también la aplicación de otros derechos. Por el contrario, la priorización hecha tiene como efecto focalizar que estos derechos relacionados intrínsecamente con la dignidad humana exijan un mayor nivel de compromiso por parte de los Estados. Al respecto se ha señalado que "No obstante en la economía mundial, esos derechos fundamentales deberán considerarse como una parte indisoluble de cualquier conjunto de condiciones mínimas"<sup>2</sup> Además estratégicamente en el tiempo, genera una metodología que beneficia a otros derechos fundamentales. En el mismo sentido se ha señalado que se ha constatado "que la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales es un eje determinante para la discusión y desarrollo de las relaciones laborales y la protección del trabajo a nivel nacional, ya que además de su valor intrínseco refuerza y completa los compromisos adquiridos por los países con la previa ratificación de los Convenios fundamentales. La discusión de políticas públicas sobre esta materia pasa necesariamente por considerar la aplicación de la Declaración y de los Convenios de la OIT que la complementan"<sup>3</sup>.

- Los principios y derechos fundamentales conjuntamente con el tema del trabajo decente, revitaliza el rol de la OIT, en momentos precisos en los cuáles sectores de la población olvidan aspectos importantes de convivencia deslumbrados o ennegrecidos por las ventajas de la globalización. Compartimos la opinión que señala que "Los defensores de la globalización están en lo cierto cuando dicen que tiene el potencial de mejorar la calidad de vida de todos. Pero no fue lo que hizo. Las cuestiones planteadas por los trabajadores franceses jóvenes, que se preguntan cómo hará la globalización para mejorar sus vidas si implica aceptar salarios más bajos y una menor protección laboral, ya no puede ignorarse. Tampoco puede responder a esos interrogantes con la esperanza nostálgica de que todos algún día se beneficiarán"<sup>4</sup>. Recordar, destacar y afirmar estos temas resulta de vital importancia en el contexto descrito. Además, la OIT, por su carácter tripartito y su especialidad, juega un rol de contrapeso y aporta en la reflexión sobre el futuro.
- Se pone en la vitrina estos derechos, realidades que son totalmente sensibles porque, por un lado, reflejan las miserias de nuestras sociedades (niños y

2 (Informe del Director General sobre la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización. "Por una globalización justa. El papel de la OIT. OIT. 2004, pg. 34.

3 OIT. Estrategia para promover la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT. OIT, Lima, 2005. pg. 16

4 Stiglitz, Joseph. Qué hacer para que la globalización funcione. En Caretas. Setiembre 14, 2006. pg. 48.

niñas explotados, hombres y mujeres en sistemas de esclavitud o semi esclavitud, personas discriminadas), y por otro lado, la dificultad de su aplicación en tanto requiere de cambios sustantivos y no solamente legales. Una sociedad que se respete a sí misma no debe permitir la existencia de estos males.

- También pone en la mesa de discusión la búsqueda de la inclusión porque estos principios y derechos tienen como objetivo incluir a sectores de la población que normalmente están excluidos o abandonados y, porque establecen derechos a los trabajadores en su conjunto y no únicamente a aquellos que se encuentran en un trabajo subordinado y formal, lo que contribuye a fortalecer la aplicación de derechos laborales a todos los trabajadores.

Queda claro que para efectos de la real aplicación de estos principios es necesario la acción conjunta de los actores sociales (y en realidad todos los sectores de la sociedad), y que enfrentar los problemas que obstaculizan la vigencia real de estos derechos es muy difícil. El punto de partida de los obstáculos viene dado por la carencia de información sobre los mismos. Por ejemplo, no existe información suficiente sobre los diferentes mecanismos de trabajo forzoso en el país, no hay cifras exactas y hay realidades totalmente encubiertas, como es el caso de estudio realizado sobre el trabajo forzoso en la extracción de la madera en la Amazonía Peruana<sup>5</sup>.

En consecuencia, la Declaración y los principios y derechos en ella, y principalmente la búsqueda de su real aplicación son pues aspectos medulares en el contexto mundial actual y de nuestro país.

## II. LOS CAMPOS DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Para efectos de este trabajo distinguimos los campos de regulación de los derechos y principios fundamentales.

El primer campo está definido por la regulación expresa contenida en la Constitución. En los artículos pertinentes relacionados a cada uno de los derechos se deberá determinar el contenido esencial y todas aquellas porciones del derecho que tiene la protección constitucional.

<sup>5</sup> Bedoya Garland, Eduardo y Alberto Bedoya Silva-Santistevan. Trabajo Forzoso en la Extracción de la Madera en la Amazonía Peruana. OIT. Lima, 2005 (Documento de Trabajo N° 193)

El segundo campo está definido por los instrumentos internacionales, especialmente los Convenios Internacionales de la OIT referidos a los cuatro principios y derechos fundamentales y la Declaración. La conexión entre el primer y segundo campo está claramente delimitada por la Cuarta Disposición Final de la Constitución<sup>6</sup>. Esta conexión sirve para determinar un bloque que tiene efecto delimitar la actuación de las normas de desarrollo y la propia actuación del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional sobre esta disposición ha dicho: "Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional"<sup>7</sup>.

El tercer campo es el relativo a las normas infraconstitucionales que desarrollan los artículos constitucionales. También hacen un campo con los otros dos a efectos de delimitar la actuación de los agentes públicos y privados<sup>8</sup>.

Sin embargo, cada uno de los campos puede ser alimentado o integrado de contenido con resoluciones de órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, los que a su vez tiene una incidencia en la interpretación de cada uno de los campos. Por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, con las resoluciones que emite sobre libertad sindical, negociación colectiva y huelga, va configurando lo dispuesto en los Convenios 87 y 98, y directamente también reformulando la interpretación constitucional e infraconstitucional.

De la misma manera, las resoluciones del Tribunal Constitucional (especialmente mediante las acciones de amparo) y del Poder Judicial (tanto en el vía constitucional como en la ordinaria), también juegan ese rol, estableciéndose una doble vía: por un lado, respetando el contenido que viene dado por el articulado de la Constitución o de la Ley, y por otro lado, configurando su contenido mediante la interpretación.

Una relevancia especial tienen las resoluciones del Tribunal Constitucional cuando resuelven una acción de inconstitucionalidad, debido a ese poder interpretativo que llevado al límite determina contenidos de la normativa e

<sup>6</sup> Cuarta. Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

<sup>7</sup> Sentencia Expediente 1124-2001-AA/TC, Lima - Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, Fundamento 9.

<sup>8</sup> Para efectos de este trabajo hemos omitido deliberadamente hacer mención al desarrollado bloque de constitucionalidad.

inclusive la expulsión de normas del sistema jurídico, llegando a constituirse como un cuarto campo.

Sobre la importancia del rol de la jurisprudencia en la interpretación de los derechos fundamentales (en términos generales) se ha señalado "En este contexto se renueva también, y decididamente, el papel de la jurisprudencia. Corresponde a las decisiones judiciales la aplicación en cada caso del contenido de esos derechos y la fijación de sus limitaciones por el contrato de trabajo, compatibilizando las lógicas antagónicas de las relaciones de trabajo dentro de la amplitud e indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales, en el marco de su regulación legal, convencional colectiva o del propio contrato, si existe. Tan delicada tarea, que se instrumenta a través de juicios de ponderación, convierte a la jurisprudencia en elemento central del sistema, en el que, frente a la reforma legislativa incesante, la jurisprudencia de los derechos fundamentales aporta continuidad, especialmente si los diferentes Tribunales llamados a realizar esta tarea – en el plano de la legalidad y constitucionalidad – utilizan criterios coincidentes y seguros"<sup>9</sup>.

Cada uno de los campos no es estático ni inamovible, por el contrario, se va recreando con el transcurso del tiempo y además con la dinámica de los otros campos, de tal manera que el contenido protegido tiene diferentes perfiles en diversas épocas.

Queremos resaltar que para efectos de los principios y derechos fundamentales, el que denominamos el segundo campo, nos hace una propuesta interesante y provocativa. Plantea que cuatro principios y derechos fundamentales tengan una especial consideración, nos los presenta como un núcleo derechos interrelacionados con el objetivo que los países procuren un desarrollo de dichos derechos. Así, se señala "la importancia de las normas internacionales del trabajo, basadas en principios promovidos por la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, como herramientas de gobernanza para lograr un desarrollo económico y social equilibrado".

Esta propuesta no ha sido asumida por nuestro sistema, que sigue tratando a cada uno de esos derechos como totalmente independientes, e inclusive salvo escasos puntos de contacto, son tratados en normativa especial, en Planes Nacionales distintos, con distintos agentes, etc.

<sup>9</sup> CASAS BAAMONDE, María Emilia. ¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?. En: Relaciones Laborales. 1er. Semestre 2004. pg. 133.

El aporte de la OIT en este tema, no sólo significa haber colocado en la agenda de discusión, para la promoción y real vigencia, los derechos señalados, sino que también en que se ha realizado un bloque de derechos fundamentales que tienen que ser atendidos en su conjunto, porque garantizan un estándar mínimo de convivencia.

## 2.1 Reconocimiento constitucional de los principios y derechos fundamentales en el trabajo

Son varios artículos los que están relacionados con los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y se podrían dividir entre aquellos que son generales o aplicables a más de un principio y los que son específicamente relacionados con uno de los derechos.

En cuanto a los generales, podemos citar a los siguientes artículos:

- El artículo 22°, especialmente a lo que se refiere a que el trabajo es un medio de realización de la persona. No se cumple esta función si por ejemplo, el trabajador es discriminado o si el trabajo es forzoso.
- El artículo 23° en lo que se refiere a la atención prioritaria del Estado, a la promoción de las condiciones de progreso social y económico y la restricción en la limitación al ejercicio de los derechos constitucionales o al desconocimiento o rebaja de la dignidad.

En lo que se refiere a los específicos, tenemos lo siguiente:

- Referidos a la eliminación de la discriminación. El punto de partida es la cláusula general contenida en el artículo 2.2 que recoge el principio de igualdad ante la ley, y la prohibición de discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera índole. Con respecto a algunos sectores el Estado debe proteger especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. Asimismo, el artículo 26° establece que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.
- En relación con la abolición del trabajo infantil, además de los aspectos generales, puede citarse el artículo 23° que obliga especialmente al Estado a proteger al menor que trabaja, lo que interpretando sistemáticamente con

otros artículos constitucionales significa evitar que los menores laboren cuando se vulneran otros derechos constitucionales.

- En referencia a la eliminación del trabajo forzoso, el artículo 2.15 reconoce la libertad de trabajo y el artículo 2.24.b establece que están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas. Lo anterior se complementa con el artículo 23° que establece específicamente que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento. De acuerdo a nuevas corrientes de interpretación también se involucraría en este punto el artículo 25° que establece que la jornada máxima de trabajo es de 8 horas diarias o 48 semanales, que tiene como consecuencia la prohibición de horas extras obligatorias. Al respecto, se señala que nuevas formas de trabajo forzoso son: "En los países en desarrollo también se pueden detectar en la actualidad, junto con las formas tradicionales, otras modalidades más modernas de trabajo forzoso. Entre ellas cabe citar la trata interna y la trata transfronteriza de personas, con incidencia especialmente grave de la trata de niños en algunas regiones, así como la realización forzosa de horas extra bajo la amenaza de despido. Un problema fuertemente arraigado que está adquiriendo nuevos tintes de coacción es el trato dispensado a los trabajadores domésticos. Los niños y adultos que trabajan en el servicio doméstico, muchos de los cuales suelen emigrar desde zonas rurales hasta las ciudades de los países en desarrollo, han sido víctimas durante mucho tiempo del trabajo forzoso que les imponen los empleadores locales" (énfasis nuestro)<sup>10</sup>.
- En lo que respeta a la libertad sindical, el artículo 28° dispone que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, garantiza la libertad sindical y fomenta la negociación colectiva. Para el caso de los servidores del Estado se reconoce el derecho de sindicalización en el artículo 42°. También tienen incidencia en esta materia libertades generales como el derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 2.24), el derecho de opinión, expresión e información (artículo 2.4) o el derecho de reunión (artículo 2.12). Al respecto debe recordarse que en diversas oportunidades la OIT se ha pronunciado sobre la interdependencia entre la libertad sindical y los demás derechos fundamentales.

<sup>10</sup> OIT. Una Alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del Trabajo. OIT, Ginebra, 2005.

## 2.2 Reconocimiento de los principios y derechos en instrumentos internacionales

En referencia a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, los instrumentos que más se realizan son los ocho Convenios Internacionales de la OIT, los cuáles son:

Derecho	Convenios
Libertad sindical y negociación colectiva	1) Convenio OIT 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 2) Convenio OIT 98, sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva
Eliminación del trabajo forzoso	1) Convenio OIT 29, sobre el Trabajo Forzoso, 1930 2) Convenio OIT, sobre abolición del trabajo forzoso, 1957
Abolición del trabajo infantil	1) Convenio OIT 138, sobre la edad mínima, 1973 2) Convenio OIT 182, sobre las peores formas de trabajo infantil.
Eliminación de la discriminación	1) Convenio OIT 100, sobre Igualdad de remuneración, 1951 2) Convenio OIT 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación)

Complementariamente a estos Convenios y a la Declaración de 1998 contamos con otros instrumentos internacionales que incorporan los principios y derechos fundamentales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Resulta importante destacar que la Declaración de 1998 ha pasado a jugar un papel importante en Tratados Bilaterales como es el caso de algunos Acuerdos Comerciales entre países. Por citar un ejemplo, en el reciente Acuerdo Complementario Perú Chile, se ha suscrito un Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación Laboral y Migratoria en el cual se señala:

“Artículo 2: Compromisos compartidos

1. Las Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998) y de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de Naciones Unidas (1990). Cada Parte procurará asegurar que tales principios, así como los derechos establecidos en el artículo 6° del presente Memorándum, sean reconocidos y protegidos por su legislación nacional”.

Todos los estos instrumentos internacionales - que componen este campo de regulación - tienen una especial conexión con el campo constitucional como consecuencia de la Cuarta Disposición Final de la Constitución de 1993.

**2.3 Desarrollo legislativo de los principios y derechos fundamentales**

En este punto sólo queremos hacer una mención general a las principales normas de desarrollo en cada uno de los derechos.

- En materia de libertad sindical, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento, aplicable a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, y los Decretos Supremos N°s. 003-82-PCM y 02-82-JUS, normas (desfasadas) que regulan a los trabajadores sujetos al régimen público laboral. Para estos últimos trabajadores también se aplica la Ley 27556 y su reglamento, referidos al registro sindical. Recuérdese que en este campo en lo que se refiere a la primera norma, tardó cerca de 10 años para

que la legislación adoptará (no totalmente) recomendaciones que había efectuado la OIT

- En lo que se refiere a la eliminación del trabajo forzoso, la normativa es dispersa y no enfrenta directamente el tema, ya que se entiende la proscripción a partir del establecimiento del pago de la remuneración, mediante el establecimiento de sanciones penales frente a algunas conductas (promoción de la prostitución, rufianismo, la trata de personas) y mediante el reconocimiento de la voluntariedad de las horas extras.
- Con relación a la abolición del trabajo infantil la principal norma es el Código de los Niños y Adolescentes que proscribire tipos de trabajo y edades en los que los niños pueden acceder a un trabajo, entre otros aspectos.
- Normas vinculadas al tema de la eliminación de la discriminación son la Ley N° 26772, que prohíbe la exigencia de requisitos que anulen o alteren la igualdad de trato en el acceso al empleo, la Ley General de la Persona con Discapacidad, la protección contra el despido discriminatorio, etc.

Como puede observarse el desarrollo legislativo es variado, disparejo y con enfoques en algunos casos indirectos. En términos generales podría afirmarse que hay un limitado desarrollo legislativo infraconstitucional de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y como se ha señalado, sin conexión entre los principios y derechos fundamentales.

**III. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Las Resoluciones del Tribunal Constitucional han desarrollado principalmente dos de los derechos y principios fundamentales: la libertad sindical y la eliminación de la discriminación. Esto obviamente tiene la explicación en el hecho que las escasas posibilidades de acceder a la justicia por parte de un trabajador que está en una situación de trabajo forzoso o de un niño que trabaja, en el limitado desarrollo legislativo, en la carencia de la voluntad política que históricamente han demostrado los gobiernos para resolver los problemas relacionados a estos principios y derechos. Esto hace que nuestro análisis se limite a los dos derechos y principios fundamentales señalados.

El punto de partida es la consideración del contenido de los derechos constitucionales como evolutivos. Así ha señalado que “Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado

derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciados de manera apriorística" (Exp. N° 1124-2005, Fundamento 8)

Reforzando esta idea recalca que "Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su vis expansiva a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones" (Exp. N° 1124, Fundamento 8).

### 3.1. Determinación del contenido de la libertad sindical

Diferentes sentencias del Tribunal Constitucional se han pronunciado sobre este tema y han delimitado el contenido de la libertad sindical. En este caso resulta importante el contenido asignado en tanto, cuando se promulgó la Constitución de 1993, ciertos sectores manifestaron que esta norma había dejando sin contenido a la libertad sindical haciendo del articulado en esta materia inocuo. Esta posición se basaba en el hecho que, a diferencia de la Constitución de 1979 que desarrollaba los derechos que componían el derecho de sindicación, la Constitución de 1993 era escueta en el reconocimiento del derecho. Como veremos la posición del Tribunal Constitucional es la de una mirada amplia en el contenido de la libertad sindical.

El contenido que el Tribunal ha señalado es el siguiente:

#### Aspectos de la libertad sindical.

De acuerdo al Tribunal la libertad sindical tiene dos aspectos<sup>11</sup>: Aspecto orgánico y aspecto funcional. El orgánico es la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales; y el funcional que consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. Además de la protección del trabajador afiliado o sindicato a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga. Desde nuestro punto de vista, la facultad de afiliarse, no afiliarse o desafilarse de una organización sindical corresponde a la parte orgánica o estática de la libertad sindical, contenido que comparte con el derecho de asociación.

11 Sentencia Expediente 1124-2001-AA/TC, Lima – Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FEIRATEL. Fundamento 8.

Posteriormente el TC realiza una modificación en su opinión señalando que en cuanto a los alcances de la libertad sindical hay dos planos: el intuito persona y el plural (Exp. N° 008-2005-PI/TC, Caso de la Inconstitucionalidad de la Ley Marco del Empleo Público).

Así señala que la libertad sindical intuito persona plantea dos aspectos:

- Aspecto positivo: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.
- Aspecto negativo: Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafilarse de una organización sindical.

En buena cuenta, reconoce la libertad sindical individual positiva y negativa, incluyendo aunque no claramente el ejercicio individual de la actividad sindical, que tiene una proyección distinta (más variada y dinámica) que el hecho de la organización, afiliación y no afiliación.

El TC señala que la libertad sindical intuito persona se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28° de la Constitución. Sin embargo, también establece que existen sectores que no tienen ese derecho (miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional - artículo 42° -, miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial - artículo 153°- y miembros de la Administración Pública, con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza o dirección - artículo 42° -).

#### Representación de las organizaciones sindicales.

El Tribunal al determinar la representación de las organizaciones sindicales no solo se queda en la mención general a este tema, sino en la finalidad que cumplen.

En efecto, es conveniente recordar "(...) que los sindicatos de trabajadores no son entidades cuya creación obedezca a la satisfacción de intereses ajenos a quienes lo conforman, sino, contrariamente, su objetivo primordial lo constituye la defensa de los derechos e intereses de sus miembros. En ese sentido, en el plano de la justicia constitucional, el Tribunal estima que no es preciso que estos cuenten con poder de representación legal para que puedan plantear reclamaciones o iniciar acciones judiciales a favor de todos sus afiliados o un grupo determinado de ellos. Y es que una comprensión de la función y el significado de los sindicatos

en el sentido esbozado (...), supondría dejar virtualmente desarticulada la razón de ser de estos entes y, con ello, el contenido constitucionalmente protegido de la libertad sindical, reconocida en el artículo 28° de la Constitución<sup>12</sup>.

- Dimensión plural: Autonomía y personalidad jurídica.

En el Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, este Colegiado estableció que la libertad sindical no sólo tenía una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural, que se manifiesta en la autonomía sindical y la personalidad jurídica (Fundamento N.º 26). Esta dimensión plural de la libertad sindical es parte del contenido constitucional pero debe ser configurada (Exp. N.º 3311-2005-PA/TC, fundamento 4).

En ese contexto el Tribunal considera que la dimensión plural protege (Exp. N.º 3311-2005-PA/TC, fundamento 6).

- a) la autonomía sindical, considerada como la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten (no intromisión del Estado ni del empleador)
- b) las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva,
- c) las actividades sindicales que desarrollan los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos

Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga (Exp. N.º 206-2005-PA, Caso Baylón Flores Huaura, Fundamento 12).

Complementando su posición la libertad sindical plural, el TC recurre a un planteamiento clásico de la doctrina que establece el contenido de la libertad sindical en función de ante quien se impone. Así se distingue:

<sup>12</sup> Exp. N.º 632-2001-AA/TC, Fundamento N.º 8, reiterado en el Expediente N.º 3311-2005-PA/TC. Caso Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha- Fundamento 1.

- Ante el Estado: Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical.
- Ante los empleadores: Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales.
- Ante las otras organizaciones sindicales: Comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.
- Protección especial dirigentes sindicales.

Recalcando lo señalado anteriormente se manifiesta que existe una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado (Exp. N.º 206-2005-PA, Fundamento 13).

El Tribunal Constitucional ha utilizado de manera frecuente para determinar el contenido del artículo constitucional sobre la libertad sindical los Convenios OIT. Así ha señalado por ejemplo, que "El artículo 3.1. del Convenio N.º 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y de formular su programa de acción. Por su parte el artículo 1.2. del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, establece la protección de los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo" (Exp. N.º 3311-2005-PA/TC, fundamento 5).

Como se ha señalado el Tribunal parte de un concepto más integral del significado de las organizaciones sindicales dentro de una sociedad democrática y ha señalado "Este Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.a. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en

materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o “Protocolo de San Salvador”). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos (Exp. N.º 206-2005-PA, Caso Baylón Flores Huaura, Fundamento 14).

Con respecto a los principales hechos violatorios de la libertad sindical, el Tribunal Constitucional ha analizado especialmente el caso de los despidos que afectan el derecho al empleo y la libertad sindical. Al respecto, el TC generalmente cuando se ha pronunciado amparando las pretensiones que acusan una violación al derecho al empleo se ha basado también en que los actos violatorios también han afectado a otro derecho constitucional (libertad sindical, debido proceso, derecho de defensa, etc.). Es decir, el TC ha considerado que existe un acto pluriofensivo.

El caso que marcó un cambio fundamental en la protección del derecho al empleo estuvo relacionado a la violación de la libertad sindical y él se señaló que se “trató de la lesión de la libertad de sindicación al haberse procedido al despido de personas que tienen la condición de afiliados a los sindicatos antes mencionados; circunstancia que implica la vulneración al citado derecho constitucional, conclusión que resulta clara cuando se tiene en cuenta el contenido de éste a partir o conforme lo establecido por el citado Convenio sobre Libertad Sindical”.

Téngase en consideración que a partir de ese caso se modificó sustancialmente la protección contra el despido, generándose dos tipos de órdenes en dicha protección: el constitucional, con una reparación mayor (la reposición) y el laboral ordinario, teniendo como regla la indemnización como reparación.

### 3.2. Contenido del principio de no discriminación

Con respecto al contenido del principio de no discriminación en materia laboral, el Tribunal Constitucional ha realizado una aproximación general al tema en la sentencia relacionada a la evaluación de la constitucionalidad de la Ley Marco de Empleo Público (Exp. 008-2005). Considera que la regla de no discriminación en materia laboral asegura la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.

El punto de partida es la isonomía entre las personas, lo cual se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato, siendo este último

un principio aplicable al ámbito laboral. Considera que el primero genera obligaciones al Estado para que asuma determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. Esto se reafirma por ejemplo con el artículo 103º de la Constitución, que compromete al Estado a no dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas.

El TC señala que la igualdad de oportunidades – en estricto, igualdad de trato – obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

Concretando más su posición, dispone que la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.

Siguiendo a las posiciones doctrinarias sobre este tema, manifiesta que la discriminación en materia laboral, strictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

- a) Por acción directa. Esto se da cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad. Señala como ejemplos, la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.
- b) Por acción indirecta. En este caso 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. Cita como ejemplo de esto, las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Los actos de discriminación pueden presentarse tanto al momento de la postulación al empleo, como se puede realizar la diferenciación arbitraria durante la relación laboral, en temas tales como la formación y capacitación laboral, las

promociones o ascensos, el otorgamiento de beneficios, etc.

Más concretamente, ha opinado sobre la discriminación al momento del término de la relación laboral señalando:

“Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7° y 23° de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”.

Como se desprende de lo anterior, el aporte del Tribunal Constitucional resulta importante por las siguientes razones:

- Enmarca el tema de la igualdad de trabajo o igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, dentro de un contexto de opción constitucional por la igualdad ante la ley y la proscripción de la no discriminación.
- Encuentra que están dentro del alcance de la Constitución conceptos amplios como el afectar características innatas de la persona.
- Señala que la discriminación puede presentarse como acciones directas o indirectas. En este último caso, se refieren a la violación subyacente, es decir, cuando determinados actos aparecen como lícitos, sin embargo, encubren una acción ilícita, como es un acto de discriminación.
- Considera que estos actos discriminatorios pueden efectuarse durante la

relación de trabajo o antes de iniciar la misma.

- Finalmente, para efectos de determinar el contenido de los propios artículos constitucionales utiliza el segundo campo de regulación.

#### IV. CONCLUSIONES

4.1. La Declaración OIT de 1998 referida a los Principios y Derechos Fundamentales y los Convenios Colectivos en los que se sustenta han jugado un papel preponderante para establecer un núcleo duro de derechos, debiendo cada uno de los países miembros procurar su vigencia real.

4.2. Para efectos del análisis de la implementación normativa de estos derechos fundamentales se establece tres campos de regulación, conectados y estableciendo bloques. Adicionalmente, las resoluciones judiciales y del Tribunal Constitucional establecen con estos campos de regulación una doble vía de influencia, en la cual existe un respeto por la norma escrita, pero a la vez se influye en la configuración del contenido.

4.3. Resulta importante el reconocimiento constitucional de los derechos y principios fundamentales del trabajo, así como su desarrollo infraconstitucional. Sin embargo, resulta importante que al igual que en el segundo campo de regulación (convenios internacionales) en los campos de regulación internos se asuma que los cuatro principios y derechos fundamentales son un núcleo, interdependiente y con el objetivo de su vigencia real simultánea. De ahí que no aparezcan desde su reconocimiento legal, como aspectos separados.

4.4. La real vigencia de dichos derechos constituye una obligación de los actores sociales y una obligación como país que se precia de democrático y de pretender ser inclusivo.

4.5. Solo es posible analizar los derechos de no discriminación en materia de empleo y ocupación, y de libertad sindical, en tanto el TC se ha pronunciado de manera profusa sobre el tema.

4.6. El TC considera que el contenido de los derechos constitucionales, incluidos los principios y derechos fundamentales son evolutivos y se configuran con el contenido de los Convenios y Tratados Internacionales. Asimismo, define el contenido del derecho constitucional de la libertad sindical con contenido amplio, e igualmente tiene un contenido amplio el principio de no discriminación.