

BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V., V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, primera edición, Lima, 2001.
- A.A.V.V., Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano, Sociedad peruana de derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 2004.
- A.A.V.V., Temas actuales de Derecho Laboral (Obra colectiva), Normas Legales, Trujillo, 2005.
- ARCE ORTIZ, Elmer, La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales, segunda edición, ARA editores, Lima, 2006.
- GOMEZ VALDEZ, Francisco, La empresa y el empleador, primera edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004.
- LUQUE PARRA, Manuel, "Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, Bosch, Barcelona, 1999
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, Derecho del Trabajo, vigésima quinta edición, Tecnos, Madrid, 2004.
- NEVES MUJICA, Javier, Introducción al derecho laboral, segunda edición, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.
- OJEDA AVILES, Antonio, Derecho sindical, séptima edición, Tecnos, Madrid, 1995.
- PACHECO ZERGA, Luz, La dignidad humana en el Derecho del Trabajo (tesis doctoral), Pamplona, 2006.
- PACHECO ZERGA, Luz, "La subordinación como elemento tipificante del contrato de trabajo" en Primeras Jornadas de Derecho de la Empresa, Universidad de Piura, Piura, 1996,
- QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, Los acuerdos de empresa, naturaleza, función y contenido, Civitas, Madrid, 2002.
- SANGUINETTI RAYMOND, Segundo, Contrato de trabajo y nuevas sistemas productivos, primera edición, ARA editores, Lima, 1997,
- SUPIOT, Alain, Crítica del Derecho del Trabajo, Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Madrid, 1996
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral, segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- VEGA RUIZ, María Luz, La Reforma Laboral en América Latina. Un análisis comparado, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2001.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL DESCANSO

CECILIA GUZMÁN BARRÓN

Sumario

Introducción. I. El derecho al descanso en el texto constitucional de 1993. II. Contenido esencial del derecho del trabajador al descanso y su desarrollo legislativo. III. La protección jurisdiccional del derecho constitucional al descanso. IV. A modo de conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Las fronteras del derecho al descanso despiertan en los últimos meses una especial atención de parte del gobierno, habiendo sido incluso materia de la campaña presidencial pasada; de los empleadores, quienes desde junio último se encuentran muy preocupados por implantar sistemas de control del tiempo de trabajo más rigurosos; de los trabajadores, lo que ha generado un importante número de demandas de pago de horas extras; y en un plano internacional, de la propia Organización Internacional del Trabajo, como lo pone de relieve el resultado de la Décimo Cuarta Reunión Regional Asiática celebrada del 29 de agosto al 1 de septiembre de 2006, en la cual se incorpora como "otros desafíos relacionados con el trabajo decente" –pilar de la gestión de Juan Somavia como director de la OIT– las "largas jornadas laborales" que no guardan coherencia con el fuerte incremento en la productividad de las primeras economías asiáticas.¹

¹ www.oit.org/public/spanish/bureau/int/pr/2006/39.htm
La centralidad del tiempo de trabajo en el discurso del trabajo decente explica la reciente publicación del libro "Decent Working Time. New Trends, New Issues", de Jon C. Messenger, Jean-Yves Boulain, Michael Lallement y François Michon.

Las horas extras, o la prolongación de la jornada de trabajo más allá de los límites fijados por el empleador, el convenio colectivo, el pacto individual o la ley, pueden afectar precisamente el derecho al descanso.

El descanso, y no el ocio, es el tema que nos convoca. Nos referimos concretamente a la pausa en el trabajo para reponer fuerzas tanto físicas como mentales, que forma parte del tiempo de ocio o tiempo libre de que dispone el trabajador. Ese tiempo no subordinado del trabajador presupone el reconocimiento de su derecho a decidir, con libertad y dentro del marco de la ley, el orden público y las buenas costumbres, sus actividades en la esfera pública y privada. El descanso se refiere básicamente a esta última esfera, más familiar e íntima, indiscutiblemente necesaria para la propia vida.

Resulta obvio que el tiempo libre comprende no sólo el período dedicado a la quietud, sino que también está destinado –según lo considere cada trabajador- a diversas actividades distintas a las del trabajo, como son las sociales, culturales, religiosas, familiares, domésticas, académicas, deportivas o de recreación en general, actividades de consumo, capacitación, etc.

De allí que cuando nos referimos al descanso del trabajador nuestra atención se concentre en preservar su salud, bien jurídico que tutela –como veremos seguidamente- nuestra Constitución Política a través de diversos artículos.

En el seno de una relación contractual caracterizada por la desigualdad entre las partes y su conflicto permanente, como la laboral, resulta imperativa la intervención estatal para garantizar el respeto de condiciones mínimas laborales, mediante las cuales se asegure la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador como ser humano². Ello, pese a que la realidad ha demostrado que no basta la letra de la ley para hacer efectivo un derecho. En efecto, un reciente estudio de Gustavo Yamada sobre horas de trabajo en el Perú concluye en que “la remuneración promedio por hora para hombres en Lima metropolitana se ha reducido en 49% en términos reales, mientras que ha ocurrido un incremento de 8,9% en las horas promedio trabajadas, las que pasaron de 50,3 a 54,8 horas semanales entre 1985 y el 2000.”³

² Sobre el concepto de derechos fundamentales que acogemos en esta ponencia, véase más adelante.

³ Yamada, Gustavo, Horas de trabajo: determinante y dinámica en el Perú urbano, Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico y Consorcio de Investigación Económica y Social, 2005, p. 65.

I. EL DERECHO AL DESCANSO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1993

En un sistema jurídico que reconoce como primer derecho fundamental el derecho a la vida, no puede sorprender que la salud de todas las personas, en particular la de quienes trabajan, sea protegida por medio de otros derechos fundamentales y de derechos sociales, también llamados de tercera generación.

Nuestra Constitución Política de 1993 consagra el derecho al descanso como derecho fundamental en el artículo 2.22 al señalar que:

Artículo 2.- “Toda persona tiene derecho: 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.”

El constituyente reconoce así de forma explícita un derecho ya recogido en convenios internacionales ratificados por el Perú, según consta en el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en el artículo 7.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cabe destacar que en ambos textos internacionales el derecho al descanso se encuentra ubicado junto al derecho al disfrute del tiempo libre, a la limitación razonable del tiempo de trabajo y a las vacaciones periódicas pagadas. El que aquellos dos derechos fundamentales sean seguidos por estos dos de índole laboral se explica con toda lógica a partir de la definición de descanso antes mencionada. Sin tiempo de ocupación –que no necesariamente trabajo- no habría fronteras para el tiempo libre donde radica el descanso.

Sobre el particular, Rodríguez-Piñero ha sostenido que la regulación de la jornada de trabajo tiene una doble función: la de medida, esto es la de fijar el tiempo “debido” por el trabajador a su empleador; y el sentido negativo de dicha función, que delimita el tiempo libre, precisando que “esa conexión implica el mutuo condicionamiento del tiempo de trabajo y el tiempo libre”.⁴

Además del referido reconocimiento directo al derecho de toda persona al descanso, el artículo 25 de la Constitución Política establece el derecho de todo trabajador al descanso semanal y anual:

Artículo 25.- “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas

⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, “La evolución del concepto de tiempo de trabajo”, en Seminario de Verano: El tiempo de trabajo, Alcalá de Henares, 1998, p. 7.

acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.”

A su vez, el derecho al descanso se encuentra implícitamente consagrado en otros derechos, tales como los que le acompañan en el mismo artículo 22.2, los derechos sobre los cuales se asienta (el derecho a la vida del artículo 22.1 y el derecho a la salud del artículo 7), y el derecho a la jornada máxima de trabajo (artículo 25 antes citado).

Destaca así que el derecho del trabajador al descanso sea garantizado en el capítulo de los “Derechos Fundamentales de la Persona” al mismo tiempo que en aquél denominado “De los Derechos Sociales y Económicos”. Respecto de esta división sistemática de derechos constitucionales, el artículo 3 de nuestra Carta Magna señala que no afecta su rango, ni su posible calificación como derechos fundamentales en tanto cumplan con los rasgos característicos de éstos. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el referido artículo 3 constituye un reconocimiento del carácter abierto de la enumeración de derechos fundamentales que contiene el capítulo primero de la Constitución, afirmando incluso que son también derechos fundamentales aquéllos no enumerados en el propio texto constitucional, pero que al mismo tiempo “surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.”⁵

A fin de poder determinar si los derechos constitucionales que constan en el capítulo segundo de nuestra Constitución pueden calificarse como derechos fundamentales, recurrimos a la definición de Luigi Ferrajoli, quien los identifica como “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”.⁶

Con base a tal definición, Valdés dal Ré resume en tres las características esenciales de todo derecho fundamental, señalando que son su universalidad, su indisponibilidad y su consagración mediante reglas generales y abstractas⁷. Habrá, por tanto, que reconocer la presencia concurrente de las tres

características para sostener el carácter fundamental de un derecho constitucional.

En cuanto al derecho a la salud, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reconociendo su carácter de derecho fundamental, al sostener con claridad que “La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida.”⁸

El contenido del derecho a la salud ha sido desarrollado por el Alto Tribunal en la misma sentencia, cuando señala lo siguiente:

“El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.”⁹

Se reconoce así el carácter programático del derecho a la salud y, en general, de los derechos económicos, sociales y culturales. Ello significa –como apunta Donayre¹⁰– que tienen un carácter prestacional, esto es que el Estado se encuentra obligado a realizar un programa de acción para lograr la eficacia de tales derechos. Ese carácter genera la duda sobre su eficacia inmediata y, por consiguiente, su protección en vía de amparo, como se analiza más adelante.

Acerca del derecho a la jornada máxima de trabajo, el Tribunal Constitucional ha referido implícitamente su naturaleza de derecho fundamental, cuando indica que aquél derecho se encuentra consagrado tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, incidiendo en que se trata de “una disposición jurídica del más alto rango y cuya fuerza jurídica vincula no sólo a los poderes públicos y a la Administración, sino

7 Valdés dal Ré, Fernando, op.cit., p. 43.

8 STC 2945-2003-AA/TC, de fecha 20 de abril de 2004, Azanca Alhelí Meza García.

9 STC 2945-2003-AA/TC, de fecha 20 de abril de 2004, Azanca Alhelí Meza García.

10 Donayre Montesinos, Christian, “El carácter residual del amparo en el Código Procesal Constitucional peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos”, en AA.VV. Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 170-171.

5 STC 2488-2002-HY/TC, de fecha 18 de marzo de 2004, Genaro Villegas Namuche.

6 Ferrajoli, Luigi, citado por Fernando Valdés dal Ré, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, en Libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2003, p. 42.

también a los particulares.¹¹ Siguiendo el mismo razonamiento, habría que predicar el carácter fundamental del descanso constitucional semanal y anual, dado que se encuentra consagrado en tratados internacionales de derechos humanos.

En definitiva, el derecho al descanso está contemplado en el texto constitucional de forma explícita e implícita como derecho fundamental.

Con respecto de los derechos fundamentales y su vinculación a las relaciones laborales, se ha sostenido que pueden clasificarse en dos grupos, que son: a) derechos específicos, es decir los derechos reconocidos de forma directa a los sujetos del Derecho del Trabajo; y b) derecho inespecíficos, que pertenecen en general a todos los hombres, y quienes los llevan consigo a todos los ámbitos de su vida, incluyendo a su vida laboral. Dentro del segundo grupo se distinguen dos subgrupos: en primer lugar, los derechos inespecíficos laboralizados, porque han sido convertidos en propios de los trabajadores; y, en segundo lugar, los derechos inespecíficos no laboralizados, que, contrario sensu, continúan perteneciendo a todos los hombres.¹²

Atendiendo a la mencionada clasificación, podemos afirmar que el derecho al descanso consta en derechos específicos (derecho a la jornada máxima, derecho al descanso semanal y anual), y en derechos inespecíficos no laboralizados (derecho a la salud, derecho a la vida, derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso), lo que concede al trabajador –en nuestra opinión– mayores opciones para alcanzar la protección constitucional de su derecho al descanso.

II. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DEL TRABAJADOR AL DESCANSO Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

Una vez conocido el haz de derechos constitucionales que tienen por objeto proteger el derecho del trabajador al descanso, es preciso esbozar su contenido esencial.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha adoptado una posición ambivalente, en tanto ha señalado que el contenido esencial sólo se puede determinar en cada caso concreto, y simultáneamente que “existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación” y que habría que

11 STC 4635-2004-AA/TC, de fecha 17 de abril de 2006, Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos.

12 Rodríguez Mancini, Jorge, *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Bs. As.: Astrea, 2004, p. 40-41.

deducir a partir de la estructura del derecho fundamental.¹³ Dada la trascendencia jurídica del contenido esencial de un derecho fundamental, hubiéramos preferido que se señalara una suerte de “test de esencialidad”, pues en el caso del derecho a la pensión –al que se refiere la sentencia– resulta evidente que las condiciones y requisitos para acceder a ella forman parte del contenido esencial, lo que no se repite con las misma claridad en todos los supuestos. En todo caso, puede ayudarnos en esta tarea la metodología planteada por el Tribunal Constitucional Español, que nos conduce a dilucidar el contenido esencial en función a “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible (sic) como perteneciente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría”, o, dicho de otra forma, a “aquella parte del contenido mismo que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.¹⁴

Aplicando la segunda metodología, deberíamos prestar atención a aquellas materias que afectan directamente la salud del trabajador, y que se encuentran recogidas en nuestro texto constitucional. En anterior ocasión¹⁵ destacamos que el trabajador y su tiempo de trabajo resultan inseparables, y en tal medida la regulación del tiempo de subordinación interviene en su esfera más privada, así como el ejercicio de sus otros derechos fundamentales. En razón a ello, el contenido esencial del derecho fundamental del trabajador al descanso estará constituido por el establecimiento de límites a la jornada de trabajo y la fijación de períodos razonables de descanso¹⁶. Estos instrumentos permitirán delimitar las fronteras de las pausas dedicadas al reposo físico y mental del trabajador, cuyo objetivo es reparador a la vez que preventivo (de accidentes de trabajo).

Ahora bien, la periodicidad del disfrute del descanso conformará –bajo determinadas circunstancias– parte del contenido esencial del derecho fundamental, lo que dependerá de cada supuesto. Nótese que en nuestro ordenamiento se eleva a rango constitucional la periodicidad del disfrute del descanso (semanal y anual) así como su carácter remunerativo¹⁷. Ambos períodos

13 STC 1417-2005-AA/TC de fecha 8 de julio de 2005, Manuel Anicama Hernández.

14 Hernández Valle, Rubén, *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006, p. 84-85.

15 Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia, “El camino hacia la distribución flexible del tiempo de trabajo en el Perú”, Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pp. 465-471.

16 Sobre la protección de la salud a través de la ordenación del tiempo de trabajo, véase Fito Ortega, Fernando, *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 28.

de descanso tienen como primera finalidad la de proteger la salud, de modo que podemos afirmar que también están incluidos en el contenido esencial del derecho en cuestión. Su naturaleza remunerativa contribuye a reforzar la protección del derecho al descanso, puesto que el trabajador tiene asegurado su ingreso por el tiempo que requiere para recuperar su nivel de rendimiento laboral. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional de Colombia ha ratificado que "es de la esencia del derecho al descanso su carácter remunerado"¹⁸, mientras que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha resuelto que el trabajador no puede renunciar a todos los días de vacaciones acumulados en años anteriores a cambio de una compensación económica.¹⁹

Un derecho aún no reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y que participa de este carácter esencial del derecho al descanso es, sin lugar a dudas, el descanso entre jornadas, cuya finalidad tutelar no se cumple, si se computa sin tomar en cuenta la realidad del pluriempleo.

No se alcanza la misma conclusión respecto de la opción normativa por un determinado día de la semana para que se efectúe el descanso, pues ello se encuentra más vinculado al ejercicio de otros derechos fundamentales del trabajador, como el de disfrutar de su tiempo libre en el sentido más amplio del término, que consiste en el desarrollo de actividades de integración con la sociedad (las ya mencionadas culturales, deportivas, etc.) o de prácticas de su libertad de culto, entre otros. En este mismo espíritu se ubica el derecho a gozar de los días feriados.

Tampoco puede aducirse que la protección del derecho al descanso origina el denominado "descanso pre y post natal", la licencia por adopción, o el período de lactancia, cuya finalidad principal está más relacionada a la promoción de la familia y a la tutela de los trabajadores con responsabilidades familiares, que al descanso físico y psíquico.

En cuanto a la limitación de la jornada, se inscribe dentro del contenido esencial del derecho del trabajador al descanso, el tope en sí mismo, sea de la jornada ordinaria o extraordinaria, y sea establecida de modo absoluto o como promedio en un período determinado (tal como ocurre en las jornadas

17 No ocurre lo mismo en otros textos constitucionales, como el argentino y el colombiano, en los cuales sí se reconoce el derecho al descanso, sin especificar su periodicidad (aunque el artículo 14.bis de la Constitución Argentina hace mención a las vacaciones).

18 Sentencia T-076/01 de fecha 19 de enero de 2001, Exp. T-340808, Oscar Angulo Navarro, que recoge los argumentos sostenidos en la Sentencia T-837 de 2000 para reconocer la naturaleza fundamental del derecho al descanso.

19 Sentencia de fecha 6 de abril de 2006, Asunto C124/05, contra el gobierno neerlandés, en que se dispuso que se atentaba contra la Directiva Europea sobre ordenación del tiempo de trabajo.

acumulativas o atípicas del artículo 25 de nuestra Constitución).

Finalmente, la pausa destinada a la alimentación principal del trabajador, o refrigerio, que, asimismo, se reconoce como período de descanso, no comparte el mismo carácter esencial de la limitación de la jornada o del tiempo razonable de descanso, a pesar que su función es principalmente la de reponer fuerzas mediante el alimento y no necesariamente el descanso.

De esta manera, hemos reconocido como parte del contenido esencial del derecho materia de estudio a dos instituciones jurídicas referidas al aspecto cuantitativo del tiempo de trabajo, vale decir al número de horas de labor (y su contrapartida, las horas de descanso) que se proponen como garantías de la salud del trabajador. El aspecto cualitativo del tiempo de trabajo se propone así como un segundo nivel de protección del descanso del trabajador, pues evidentemente, una vez delimitadas las fronteras entre el tiempo de subordinación y el dedicado a reponer las fuerzas, habrá que distribuir el primero según las necesidades productivas empresariales y las exigencias de cada trabajador, como asevera María Luz Vega:

"La adecuación de los períodos de actividad a las necesidades psicofísicas del trabajador, la acomodación de los descansos a las características de la función y del puesto de trabajo, la compatibilización de los horarios con las necesidades individualizadas del trabajador, la articulación de los turnos de trabajo o la reglamentación del trabajo nocturno, ponen de manifiesto la necesidad de tener en cuenta y preservar la salud de los trabajadores y, en última instancia, su calidad de vida."²⁰

La organización del tiempo de trabajo afectará la dimensión social del hombre, su ritmo de vida. Por ello, el contenido esencial del derecho fundamental del trabajador al descanso, que se apoya sobre el aspecto cuantitativo del tiempo de subordinación, y que se debe consagrar a nivel constitucional, no exime al legislador de desarrollar normativamente las instituciones que faciliten una distribución tal de las horas de trabajo que permita realizar aquel derecho (así, el régimen de turnos, el horario nocturno, la distribución irregular de la jornada laboral, etc.).

Precisamente la distribución de las horas de trabajo junto con el contenido esencial del derecho al descanso es materia de regulación legal y reglamentaria en nuestro ordenamiento (Convenios OIT números 1, 14, 20, 52, 67, 79, 90 y 101;

20 Vega Ruiz, María Luz (ed.), *La reforma laboral en América Latina: 15 años después*, Lima, OIT, 2005, p. 42.

Decretos Supremos números 007-2002-TR y 008-2002-TR, que versan sobre Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo; Decreto Legislativo N° 713 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 012-92-TR, sobre Descansos Remunerados; y Decretos Supremos números 004-2006-TR y 011-2006-TR, relativos al Registro de Control de Asistencia al Trabajo).

La articulación de los derechos constitucionales que tutelan el derecho del trabajador al descanso con los de rango inferior no siempre resulta armoniosa, entre otras razones, porque, si bien la delimitación del tiempo de subordinación se reconoce como facultad del empleador, el tiempo de descanso suele ser fruto del convenio individual y, sólo en defecto de éste, de la decisión unilateral del empleador. Además, las normas heterónomas en esta materia se caracterizan por su intervencionismo y rigurosidad, que resta a los propios actores sociales la autonomía normativa que les permita adaptarse a realidades concretas distintas.

Asimismo, como puso en evidencia la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a las jornadas atípicas en el sector minero, nuestro país ha ratificado convenios cuyos textos eran conformes al texto constitucional de 1979, pero que discrepan notoriamente con las normas laborales promulgadas y publicadas en la década pasada.

Más aún, el desarrollo legislativo del derecho al descanso está divorciado de la realidad, al pretender homogeneizar la organización del tiempo de trabajo (y, ergo, del descanso) en base a un modelo de trabajador ya en extinción. Un ejemplo cercano es la norma original del registro diario de control de asistencia al trabajo, que obligaba al registro del refrigerio olvidando que muchos trabajadores no salen del centro de trabajo por diversas razones no vinculadas con una mayor cantidad de trabajo (prefieren quedarse en el comedor de la empresa, o aprovechar el refrigerio para avanzar asuntos de carácter personal, o tomar clases de inglés, o hacer uso de las instalaciones deportivas de la empresa, etc.).

También llama la atención que algunas normas infraconstitucionales, antes que explicitar o reglamentar el texto constitucional, lo contradicen, originando interpretaciones diversas y en ocasiones violatorias del contenido esencial del derecho al descanso (al respecto, cabe anotar los grupos excluidos de la jornada laboral máxima mediante el Decreto Supremo N° 007-2002-TR, su Reglamento y la fe de erratas de este último).

Según se desprende de lo expuesto, la tarea pendiente del legislador consiste en armonizar las normas que consagran explícita e implícitamente el derecho del trabajador al descanso, de modo que su aplicación sea acorde al contenido esencial de este derecho.

III. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DESCANSO

Respecto de la jurisdicción constitucional, el Código Procesal Constitucional limita el acceso a la acción de amparo en materia laboral, que había dado lugar en la práctica al uso y abuso de esta vía de urgencia. Así, la vía de amparo se plantea como una de índole residual (no alternativa), ya que no procederá el amparo cuando existan "vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado" (artículo 5.2) ni "en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no esté referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo" (artículo 38).

Respecto del primer requisito de procedencia, habría que señalar que, en otros países, se ha usado criterios como rapidez, intermediación o prevención para determinar de forma casuística si el derecho invocado cuenta con otras vías procedimentales igualmente satisfactorias²¹. A fin de evitar interpretaciones contradictorias del concepto vacío que propone el Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional ha fijado mediante precedente de observancia obligatoria los supuestos en los cuales procede el amparo laboral, señalando lo siguiente:

"Consecuentemente, los amparos que se refieran a la (sic) materias descritas (fundamentos 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declarados improcedentes en la vía de amparo."²²

Los citados fundamentos 17 y 18 de la sentencia expedida el 28 de noviembre de 2005 se refieren a la impugnación del despido sin derecho a reposición; el cese de actos de hostilidad (que comprende a los señalados por el artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, así como por la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual); el incumplimiento -en general- de disposiciones y normas laborales; y el pago de remuneraciones y beneficios económicos.

21 Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "Código Procesal Constitucional: Estudio introductorio", en AA.VV., Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 73.

22 STC 206-2005-PA/TC de fecha 28 de noviembre de 2005, César Antonio Baylón Flores.

El segundo requisito de procedencia del amparo, que se refiere al contenido del derecho constitucional, ha sido delimitado también por el Alto Tribunal, según se detalla a continuación:

"Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. (...)

En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27 de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad absoluta. Cfr. STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales. (...) Lo único que ello impla es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental."²³

Más adelante, en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional precisa que, si bien el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales no resulta suficiente para su eficacia, ello no constituye una regla sin excepción.

Consideraciones de esta índole han llevado a otros tribunales, como la Corte Suprema de Justicia de Uruguay, a desconocer la protección constitucional del derecho a la limitación de la jornada (en el caso concreto de los trabajadores rurales), por tratarse de una norma de carácter programático sin ley de desarrollo.²⁴

Es de resaltar que en lo que atañe al derecho al descanso, la relación enunciativa del artículo 37 del Código Procesal Constitucional incorpora entre los derechos protegidos mediante la vía de amparo, al derecho a la salud así como al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, quedando abierta la posibilidad -de igual modo que el artículo 3 de la Carta Magna- de incluir "los demás {derechos} que la Constitución reconoce".

²³ STC 1417-2005-AA/TC de fecha 8 de julio de 2005, Manuel Anicama Hernández.

²⁴ Mantero de San Vicente, Osvaldo, "Derecho del Trabajo y derechos humanos fundamentales", Derecho Laboral, Tomo XLVI, N° 211 (junio-septiembre 2003), p. 440.

Asimismo, en el plano jurisprudencial, el Alto Tribunal ha declarado procedente el amparo ante la vulneración de los derechos a la limitación de la jornada de trabajo, y a contar con períodos razonables de descanso, estableciendo el periodo de tres semanas como parámetro temporal para determinar si la distribución irregular del tiempo de trabajo en los casos de jornadas acumulativas o atípicas excede los topes máximos de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales.²⁵

En la vía ordinaria laboral, se protegen los derechos cuyo amparo resulta improcedente (así, el pago de vacaciones, de horas extras, de la retribución por trabajo nocturno, o el cumplimiento de la jornada reducida, o del convenio colectivo que establece períodos especiales de descanso). En esta vía, se podría reclamar el respeto de los derechos de configuración legal y los derechos de configuración constitucional, pero delimitación legal indispensable. Asimismo, el control difuso permitiría la protección del derecho fundamental del descanso en caso de colisión con otros derechos de rango legal o inferior.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Estos comentarios advierten que, más allá del carácter programático o de realización automática de un derecho constitucional laboral, o que su contenido se encuentre implícito o explícito en el texto constitucional, lo relevante para su protección consiste en que todos los trabajadores sean titulares del derecho de forma general y abstracta, y que tal derecho sea irrenunciable, adquiriendo así naturaleza de norma fundamental.

Respecto del derecho del trabajador al descanso, cabe destacar que el análisis expuesto demuestra que su protección constitucional emana no sólo de su reconocimiento como derecho fundamental -derecho específico y derecho inespecífico no laboralizado-, sino de la tutela jurisdiccional regulada tanto en la vía de amparo (si bien -a nuestro criterio- la delimitación del ámbito del amparo en esta materia habrá de resolverse casuísticamente) como en la vía ordinaria laboral. En ese sentido, las bases constitucionales están dadas para una efectiva protección del derecho al descanso.

²⁵ STC 4635-2004-AA/TC de fecha 17 de abril de 2006, y sentencia aclarativa de fecha 11 de mayo de 2006, Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos; STC 4169-2004-AA/TC de fecha 15 de mayo de 2006, Sindicato Unificado de Trabajadores del Servicio de Parques y Jardines de Lima Metropolitana (SUTSERP).

A nivel legislativo y reglamentario, en materia de limitaciones de jornadas y descansos razonables, el principio protector laboral se ha confundido con un intervencionismo estatal que restringe el espacio de la norma autónoma. Prevalece la costumbre de la jornada rígida de 48 horas, y también la mirada frecuentemente inflexible por parte de la supervisión gubernamental del cumplimiento de las normas referidas al tiempo de trabajo, que intenta incorporar diversas modalidades de actividades económicas bajo un mismo patrón temporal, cuando la realidad demuestra que el tiempo de trabajo y su correlato, el derecho al descanso, requiere ser individualizado y heterogéneo para adaptarse a cada circunstancia.

En última instancia, debe reclamarse como tarea urgente la armonización de la legislación sobre tiempo de trabajo con el texto constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos, de manera que se asegure la correcta aplicación e interpretación del contenido esencial del derecho del trabajador al descanso, a través del cual se garantiza la vigencia de otros derechos fundamentales y condiciones mínimas de dignidad en el trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

a. Doctrina

- Abad Yupanqui, Samuel B., El proceso constitucional de amparo, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, 585 p.
- Alarcón Caracuel, Manuel R., La ordenación del tiempo de trabajo, Madrid, Tecnós, 1988, 157 p.
- Barbagelata, Héctor-Hugo, "El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales", Derecho Laboral (Uruguay), Tomo XLVII, N° 214 (abril-junio 2004).
- Donayre Montesinos, Christian, "El carácter residual del amparo en el Código Procesal Constitucional peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos", en AA.VV. Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 157-192.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "Código Procesal Constitucional: Estudio introductorio", en AA.VV., Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 17-83.
- Fita Ortega, Fernando, Límites legales a la jornada de trabajo, Valencia,

Tirant Lo Blanch, 1999, 122 p.

- Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia, "El camino hacia la distribución flexible del tiempo de trabajo en el Perú", Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pp. 465-471.
 - Hernández Valle, Rubén, Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional, Lima, Jurista Editores, 2006, 651 p.
 - Mantero de San Vicente, Osvaldo, "Derecho del Trabajo y derechos humanos fundamentales", Derecho Laboral (Uruguay), Tomo XLVI, N° 211 (junio-septiembre 2003), pp. 434-485.
 - Rodríguez Mancini, Jorge, Derechos fundamentales y relaciones laborales, Bs. As.: Astrea, 2004, 363 p.
 - Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, "La evolución del concepto de tiempo de trabajo", en Seminario de Verano: El tiempo de trabajo, Alcalá de Henares, 1998.
 - Sáenz Dávalos, Luis R., "Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo", en AA.VV., Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 126-151.
 - Valdés dal Ré, Fernando, "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador", en Libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2003, pp. 27-148.
 - Vega Ruiz, María Luz (ed.), La reforma laboral en América Latina: 15 años después, Lima, OIT, 2005, 280 p.
 - Yamada, Gustavo, Horas de trabajo: determinante y dinámica en el Perú urbano, Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico y Consorcio de Investigación Económica y Social, 2005, 102 p.
- ### b. Jurisprudencia
- STC 4169-2004-AA/TC de fecha 15 de mayo de 2006, Sindicato Unificado de Trabajadores del Servicio de Parques y Jardines de Lima Metropolitana (SUTSERP).
 - STC 4635-2004-AA/TC, de fecha 17 de abril de 2006, Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos.
 - STC 206-2005-PA/TC de fecha 28 de noviembre de 2005, César Antonio Baylón Flores.
 - STC 1417-2005-AA/TC de fecha 8 de julio de 2005, Manuel Anicama Hernández.

- STC 2488-2002-HT/TC, de fecha 18 de marzo de 2004, Genaro Villegas Namuche.
- STC 2945-2003-AA/TC, de fecha 20 de abril de 2004, Azanca Alhelí Meza García.
- Sentencia T-076/01 de fecha 19 de enero de 2001, Exp. T-340808, Oscar Angulo Navarro.
- Sentencia de fecha 6 de abril de 2006, Asunto C124/05, contra el gobierno neerlandés.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA REMUNERACION Y LA CONCILIACION

CARLOS JIMÉNEZ SILVA*

Sumario

Introducción. I. Ambito de aplicación y protección del derecho constitucional a la remuneración: 1. La remuneración mínima vital 2. El carácter preferencial de la remuneración. 3. El carácter persecutorio de la remuneración. 4. Derecho constitucional de aplicación mediata o diferida II. El principio de irrenunciabilidad de derechos frente al pago preferencial de las remuneraciones. III. Los derechos laborales y su libre disponibilidad por el trabajador: IV. Límites al principio de irrenunciabilidad de derechos frente al derecho constitucional a la remuneración. V. La conciliación laboral. VI. Tipos de conciliación laboral. VII. La conciliación laboral y el derecho constitucional a la remuneración: 1. En un proceso judicial donde se discute la naturaleza jurídica de la relación de trabajo. 2. En un proceso judicial donde se discute el número de días que deben ser materia de reintegro de remuneraciones a un ex trabajador. 3. Respecto al pago preferencial del reintegro de remuneraciones a un ex trabajador. 4. Respecto al carácter persecutorio del reintegro de remuneraciones a un ex trabajador. VIII. La homologación. IX. Conclusiones. Bibliografía.

* JIMENEZ SILVA, Carlos. Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Profesor en las Maestrías de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y de Administración de Recursos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.