

## TEMA I

### LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES

#### Ponencias Oficiales

Wilfredo Sanguinetti Raymond  
Jorge Toyama Miyagusuku

#### Ponencias Libres

Juan Carlos Cortés Carcelén  
Javier Espinoza Escobar  
Cecilia Guzmán Barrón  
Carlos Humberto Jiménez Silva  
Rafael Omar Llanos Gamarra  
Ricardo Marcenaro Frers  
Shirley Milagros Palacios Ordóñez  
Raúl Saco Barrios  
Liliana Tsuboyama Shiohama  
Mauro Ugaz Olivares  
Daniel Ulloa Millares  
Michael Vidal Salazar  
Walter Zuñiga Villegas

### “LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993”

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND\* \*\*

*“La función del Derecho del Trabajo es evitar que el hombre sea tratado como las cosas”.*

H. SINZHEIMER

#### Sumario

I. Premisa: la especial relevancia de la Constitución para la conformación del ordenamiento laboral y la necesidad de una aproximación dinámica e institucional a sus contenidos como criterios de análisis del texto constitucional. II. El “bloque de la laboralidad” en la Constitución de 1993: ¿concesión o freno al

\* Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Catedrático Habilitado. Universidad de Salamanca  
\*\* El autor desea expresar su fervorosa gratitud a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por haberle encomendado la preparación de esta ponencia cuando están próximas a cumplirse dos décadas de su permanencia fuera de las fronteras de nuestro país. Entre las razones de dicho alejamiento se sitúan acontecimientos a los que no es ajena la aprobación de la Constitución de 1993. Por ello, la ocasión ha sido propicia, no sólo para hacer posible mi acercamiento a dicho texto, del que me sentí durante mucho tiempo especialmente alejado, sino para comprobar cómo el mismo, de la mano del Tribunal Constitucional, ha sido capaz de convertirse en un instrumento de especial utilidad para la afirmación de los valores de justicia e igualdad que antes y ahora he tenido la ocasión de defender. Y que resultan además de especial importancia para el futuro de nuestro país. Igualmente, mi reconocimiento es inmenso a aquellas personas que me han prestado su colaboración para poder elaborar, a pesar de la distancia, esta ponencia contando con todo el material normativo, jurisprudencial y doctrinal necesario. En especial, a Mónica Pizarro y Roberto Rojas Dávila, que hicieron todo lo posible porque no careciese de ninguna referencia doctrinal, por específica que fuese. Y también a Alfredo Villavicencio, Cesar González, Fernando García, Juan Carlos Cortes y Martín Carrillo, colegas y amigos entrañables respecto de los que el tiempo no ha hecho más que aproximarme, por sus recomendaciones, consejos y sugerencias. Finalmente, mi reconocimiento también a todos aquellos de quienes aprendí a apreciar, desde un origen ideológico no necesariamente coincidente, la importancia de los valores democráticos y constitucionales. Especialmente a Carlos Blancas, de cuya constancia en el estudio de los problemas laborales desde la perspectiva constitucional he extraído grandes enseñanzas desde mis años de estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. A él, y a través de él mis maestros, está dedicada esta ponencia

neoliberalismo? A. Una significativa reducción del volumen de derechos laborales y su intensidad tutelar como punto de partida. B. El mantenimiento, a pesar de todo, de las bases esenciales de construcción del Derecho del Trabajo. C. La resistencia del Derecho del Trabajo a su "desconstitucionalización": un intento de explicación. III. El impacto del nuevo marco constitucional: la "recomposición" desde bases constitucionales del ordenamiento laboral por obra del Tribunal Constitucional. A. Una aproximación general tuitiva al tratamiento de los derechos laborales. B. El reforzamiento de la efectividad de los derechos colectivos de los trabajadores. 1. La afirmación de la función de tutela de las organizaciones sindicales. 2. El fomento de la negociación colectiva. C. La revisión del régimen jurídico de las relaciones individuales de trabajo. 1. Una clara preocupación por la vigencia efectiva de los derechos laborales. 2. La garantía del respeto de los derechos constitucionales de titularidad general o "inespecífica" en las relaciones de trabajo. 3. Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tutela de la salud: una visión integradora. 4. La reformulación de la noción de despido arbitrario.

#### I. PREMISA: LA ESPECIAL RELEVANCIA DE LA CONSTITUCIÓN PARA LA CONFORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO LABORAL Y LA NECESIDAD DE UNA APROXIMACIÓN DINÁMICA E INSTITUCIONAL A SUS CONTENIDOS COMO CRITERIOS DE ANÁLISIS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

Siendo la Constitución la norma de cimentación del conjunto del ordenamiento jurídico, el análisis de la incidencia de sus previsiones resulta de especial interés para cualquier disciplina jurídica. En el caso del Derecho del Trabajo, sin embargo, dicho examen reviste una importancia muy superior a la habitual. Esto se debe a que, a diferencia de lo que ocurre por lo general tratándose de las relaciones entre sujetos privados, respecto de las cuales los textos constitucionales se limitan a configurar solamente las bases o principios fundamentales sobre los que ha de apoyarse su régimen legislativo, en el caso de las relaciones laborales, las normas constitucionales suelen ser bastante más explícitas y detalladas, procurando ofrecer un marco general para su regulación, el cual delimita o prefigura de manera más intensa de lo usual las opciones a las que deberá ceñirse el legislador a la hora de llevar a cabo su

desarrollo.<sup>1</sup> Es decir, en materia laboral, las constituciones no se contentan usualmente con delegar en el legislador la regulación sustantiva de las instituciones, ofreciéndole solamente pautas de carácter genérico, sino que optan por compartir con él la tarea de su diseño. De allí que se haya dicho que la norma fundamental posee una "virtualidad conformadora" del ordenamiento laboral muy superior a la que ésta ostenta tratándose de las otras disciplinas jurídico-privadas, en la medida en que, especialmente a través del sistema de derechos por ella previsto, estructura y delimita los criterios y principios que han de presidir su construcción<sup>2</sup>. Esto supone que, aunque no sea posible negar que es a la legislación ordinaria a la que corresponde el diseño hasta sus últimas consecuencias de las instituciones jurídico-laborales, deba admitirse también que ese diseño se encuentra decisivamente condicionado por su tratamiento constitucional, no pudiendo por tanto el Derecho del Trabajo desarrollado a nivel legislativo ser sustancialmente distinto del que aparece ya esbozado en la Constitución<sup>3</sup>.

Detrás de esta mayor intensidad reguladora de las normas constitucionales en materia laboral se sitúa, como no es difícil de intuir, la influencia de la forma de Estado Social y Democrático de Derecho. Una modalidad de organización del Estado a la que adhieren la mayor parte de las constituciones modernas —incluida la nuestra, conforme se desprende de su artículo 43— que se caracteriza por asumir como una de sus finalidades prioritarias la corrección de las situaciones de inseguridad, injusticia y desigualdad presentes en la sociedad<sup>4</sup>. Como salta a la vista, ésta es una tarea que precisa, antes que de mandatos destinados a hacer posible la actuación sin condicionamientos de las fuerzas sociales, de la adopción por parte de la norma constitucional de una posición activa de garantía de los mencionados objetivos

1 En este sentido, A. Martín Valverde, "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", Revista Española de Derecho del Trabajo, 1988, núm. 33, pág. 56. El Derecho del Trabajo ocuparía, de este modo, según este autor, una posición intermedia entre los "sectores o ramas del ordenamiento jurídico que tienen por objeto la estructura y funcionamiento del Estado", para los cuales la Constitución opera, a la vez que como norma fundamental, como "un instrumento de regulación de aspectos o cuestiones particulares", y los que "regulan las relaciones entre los individuos y los grupos sociales", respecto de los que la carta magna desempeña el más modesto papel que se acaba de señalar debido a la necesidad de asegurar la autonomía de dichos sujetos en el desarrollo de sus relaciones. En la misma dirección, entre nosotros, vid. también C. Blancas Bustamante, "La reforma constitucional y el Derecho del Trabajo, Asesoría Laboral, 1993, núm. 26, pág. 12.

2 J. L. Monereo Pérez, Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, CES, 1996, pág. 120.

3 J. L. Monereo Pérez, op. cit., pág. 121.

4 De acuerdo con la clásica afirmación de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "El trabajo en la Constitución", en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (Coordinador), Los trabajadores y la Constitución, Madrid, SELSA, 1981, pág. 18. Vid. también, con mayor amplitud, vid. C. BLANCAS BUSTAMANTE, "Estado social, constitución y derechos fundamentales", en M. CARRILLO CALLE (Director), Constitución, trabajo y seguridad social. Estudio comparado de 20 constituciones hispanoamericanas, Lima, ADEC-ATC, 1993, págs. 23 y sigs.

de justicia y equilibrio, para cuya consecución se hace necesaria en muchos casos una mayor predeterminación de las soluciones normativas, que sea capaz por su orientación de inclinar la balanza hacia los mismos. Este es caso, precisamente, de las normas constitucionales que afectan al Derecho del Trabajo, manifestación emblemática y principal del Estado Social<sup>5</sup>, donde la necesidad de asegurar desde el máximo nivel normativo condiciones de equilibrio en el desenvolvimiento de una relación, como es la laboral, marcada por la desigualdad de partida entre los sujetos que en ella intervienen, induce al constituyente a introducir normas de tutela de carácter imperativo, las cuales se alejan de la normal óptica de mera garantía de la libertad con la que la norma fundamental contempla las demás relaciones entre sujetos privados.

La constatación de la especial posición que el Derecho del Trabajo ocupa dentro de la norma constitucional tiene, en cualquier caso, como corolario la necesidad de prestar una atención muy especial a sus previsiones en materia laboral, y singularmente al sistema de derechos por ella consagrado, dado que de su adecuada ponderación depende la determinación de los rasgos a los que deberá ceñirse la construcción del ordenamiento laboral por el legislador.

Ahora bien, éste es un examen que puede hacerse desde diversas perspectivas. Una primera posibilidad consiste en centrar la atención en el sistema de derechos consagrado por la norma fundamental en materia laboral y las garantías previstas para su aplicación, buscando desvelar sus características y funcionalidad<sup>6</sup>. Como es evidente, esta aproximación a la "Constitución laboral", que podríamos denominar formal y estática por oposición a las que serán mencionadas a más adelante, constituye el presupuesto de cualquier otra, toda vez que solamente luego de haber determinado cuáles son los alcances de los diversos mandatos contenidos en la norma fundamental y qué instrumentos pone ésta al servicio de su vigencia es posible pasar a realizar otro tipo de indagaciones sobre su proyección respecto del ordenamiento laboral. No obstante, sus limitaciones son evidentes, al menos desde una doble perspectiva.

5 En este sentido, C. BLANCAS BUSTAMANTE, op. ult. cit., pág. 33, para quien "por la innegable trascendencia social" de las relaciones de trabajo, "debido a la implicación de los intereses personales del trabajador en la prestación de trabajo y la posición habitualmente desventajosa de los trabajadores asalariados en el mercado de trabajo, la manifestación más importante, si no la única del Estado Social, es el Derecho del Trabajo". En la misma dirección, A. MARTÍN VALVERDE, "La Constitución ...", cit., pág. 57, destaca cómo el Derecho del Trabajo se ha erigido "en el instrumento principal (aunque, ciertamente, no exclusivo) del Estado Social".

6 Como una muestra de este tipo de análisis puede verse el estudio de A. MONTOYA MELGAR, "La protección constitucional de los derechos laborales", en AA.VV., Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Madrid, CEC, 1980, págs. 267 y sigs., aparecido en la etapa inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la Constitución española de 1978.

En primer lugar, parte de contemplar los preceptos constitucionales en materia laboral como piezas normativas inconexas, cada una de ellas expresión de un mandato independiente de las demás. La Constitución, sin embargo, es algo más que un catálogo más o menos amplio o restringido de derechos. En realidad, dichos derechos no son otra cosa que la expresión jurídica de aquellos principios y valores éticos y políticos que el constituyente ha considerado que deben conformar las bases del sistema jurídico y, por tanto, de la convivencia social<sup>7</sup>. El sistema de derechos reconocidos por la norma constitucional es expresión también, de este modo, de un determinado proyecto de organización de la sociedad, cuyas líneas maestras es preciso desvelar si se quiere aprehender el sentido profundo de todas y cada una de sus previsiones<sup>8</sup>. Naturalmente, si lo que se acaba de decir es correcto, no resulta adecuado examinar los derechos laborales consagrados por la Constitución exclusivamente en su específica y singular individualidad. Antes bien, los mismos responden, como se ha puesto de manifiesto, "a unos criterios o ideas fundamentales, que ordenan de manera coherente el conjunto normativo de las relaciones de trabajo, y que lo conectan con los otros ingredientes básicos de ordenación de la sociedad"<sup>9</sup>. De allí que para captar en su auténtica dimensión el "programa laboral" marcado por la Constitución sea preciso poner igualmente de manifiesto la "lógica unitaria subyacente" al conjunto de derechos laborales por ella consagrado; es decir, las "grandes opciones o principios de organización" que lo presiden<sup>10</sup>. La exégesis en torno al contenido de dichos derechos debe verse, por ello, complementada por la adopción de esta perspectiva "institucional" de análisis del texto constitucional, ya que solamente complementado por ella es realmente capaz de desvelar las líneas que, por decisión del mismo, han de presidir la elaboración del Derecho del Trabajo por parte del legislador ordinario<sup>11</sup>.

En segundo lugar, debe tenerse presente que elección de una óptica puramente formal y estática de acercamiento a dichos derechos puede tener sentido cuando la norma constitucional se encuentra en su periodo inicial de vigencia, ya que entonces la determinación inicial del contenido de sus mandatos

7 Cf. A. PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, estado de derecho y Constitución, Madrid, Ed. Tecnos, 1984, pág. 310.  
8 Como apunta E. GARCÍA DE ENTERRÍA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Ed. Civitas, 1981, pág. 97, "la Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un 'orden de valores' expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas".  
9 En palabras de A. MARTÍN VALVERDE, "La Constitución ...", cit., pág. 68.  
10 Las expresiones subrayadas pertenecen, nuevamente, a A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit.  
11 Un ejemplo paradigmático de este examen, dirigido a determinar los caracteres del "modelo constitucional vigente de ordenación jurídica de las relaciones de trabajo", es el realizado por M.-C. PALOMEQUE LÓPEZ, Los derechos laborales en la Constitución española, Madrid, CEC, 1991, págs. 15 y sigs.

y la forma de hacerlos cumplir constituye un presupuesto ineludible para su correcta aplicación. En cambio, resulta claramente insuficiente cuando, como ocurre con la Constitución peruana de 1993, la misma ha cumplido ya un período de vigencia significativo, puesto que descuida el decisivo aspecto de su aplicación, especialmente por parte de los tribunales. Un aspecto sin el cual resulta imposible tomar verdadera cuenta del significado de la norma fundamental y su incidencia efectiva sobre el sistema normativo de relaciones laborales. No debe perderse de vista que, como se ha puesto de relieve con particular crudeza, “la Constitución –lo mismo que cualquier otra norma– es, guste o no, lo que la jurisdicción ve en ella”<sup>12</sup>. Es por esta razón que, cuando se trate del análisis de textos constitucionales que no son de muy reciente aprobación, la contemplación del sistema de derechos debe ser necesariamente complementada por una evaluación de la manera como el mismo ha sido interpretado y aplicado a nivel jurisdiccional.

Para evaluar la auténtica virtualidad de cualquier Constitución es preciso, así pues, contemplarla “en movimiento”, es decir dinámicamente, a través del estudio de las resoluciones jurisdiccionales que aplican sus preceptos. Naturalmente, en esta indagación ocupa un lugar singular y privilegiado el examen de la jurisprudencia constitucional. Debe tenerse en cuenta que, especialmente en sistemas como el nuestro, en los que existe un órgano jurisdiccional especializado al cual se atribuye la capacidad interpretar la Constitución con eficacia vinculante no sólo para el ciudadano sino para el conjunto de órganos del Estado, el “bloque de la Constitucionalidad” se encuentra compuesto realmente, no sólo por las normas fundamentales propiamente dichas, sino también por las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional en uso de sus competencias. Unas decisiones que, al provenir de su intérprete auténtico, equivalen nada menos que a la Constitución misma<sup>13</sup>. Tomar conciencia de lo que la Constitución supone en la actualidad para el Derecho del Trabajo peruano resulta, por ello, imposible sin un paralelo acercamiento a la jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional sobre cuestiones laborales<sup>14</sup>.

12 En este sentido, J. JIMENEZ CALVO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 14.

13 Conforme destaca E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pág. 2, para el cual la interpretación de la Constitución por parte de este tipo de órganos tiene como consecuencia necesaria la “creación de un sistema de normas subconstitucionales”, compuesto por las todas las decisiones adoptadas por los mismos, el cual impregna el sentido de la norma objeto de interpretación hasta hacerlo equivalente a ellas.

14 Una muy buena muestra de este tipo de análisis es el realizado respecto de la jurisprudencia “laboral” del Tribunal Constitucional español por M. E. CASAS BAAMONDE, “Evolución constitucional y Derecho del Trabajo”, en A. PEDRAJAS MORENO (Director), *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2000, págs. 63 y sigs.

En conclusión, para aprehender en su auténtica dimensión la influencia de la Constitución y el sistema de derechos por ella consagrado sobre el Derecho del Trabajo es preciso, por todo lo hasta aquí expuesto, complementar el análisis sistemático de sus preceptos con una aproximación institucional y dinámica a la misma, que tenga en cuenta los grandes principios que subyacen a su construcción y la manera como el Tribunal Constitucional los ha venido interpretando y aplicando.

La construcción de esta ponencia responde, en virtud de ello, a un doble objetivo:

- Llevar a cabo una aproximación al sistema de derechos laborales presente en la Constitución, intentando desvelar, a la vez, las claves que informan su construcción y los condicionamientos que por su intermedio se imponen a la conformación del ordenamiento jurídico-laboral por el legislador ordinario.
- Realizar un balance de la manera cómo, a través de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional, ese sistema de derechos no sólo ha visto progresivamente perfilados sus alcances, sino que ha alcanzado un impacto real y efectivo sobre dicho ordenamiento, contribuyendo en algunos casos a confirmar las decisiones adoptadas por el legislador ordinario, en otros a una “relectura” de su contenido a la luz de lo dispuesto por la Constitución y en otros incluso a desautorizarlas sin más.

Es importante advertir, finalmente, que aunque éstas son pautas metodológicas a las que seguramente es conveniente recurrir a la hora de examinar cualquier texto constitucional, su aplicación reviste especial interés tratándose de la Constitución peruana de 1993. Como es de sobra conocido, ésta introdujo un listado de derechos fundamentales laborales que, aunque objeto de valoraciones diversas, fue unánimemente percibido como expresión de un significativo retroceso respecto de su precedente, la Constitución de 1979. Establecer el sentido que este cambio constitucional tiene para la construcción del ordenamiento laboral, determinando si ha sido o no portador de una mutación en las características o la finalidad del Derecho del Trabajo, constituye, sin lugar a dudas, un imperativo ineludible, al cual solamente es posible aportar una respuesta convincente recurriendo a la antes mencionada perspectiva institucional de análisis del texto constitucional. Del mismo modo, el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya asumido en los últimos años un papel especialmente activo en materia laboral,

habiendo expedido un muy importante número de pronunciamientos de indiscutible trascendencia en este ámbito, hace especialmente necesario realizar un balance del impacto que, a través de ella, está alcanzando la Constitución sobre el ordenamiento laboral actual, máxime cuando éste ha sido construido –o quizá pudiera decirse con más propiedad “deconstruido”– en sus líneas maestras en la etapa inmediatamente anterior a su entrada en vigor, atendiendo a criterios no necesariamente coincidentes con los que hasta entonces habían venido informando su elaboración.

A ambas tareas nos abocaremos sin más dilaciones a continuación, a través de las dos partes siguientes de la presente ponencia.

## II. EL “BLOQUE DE LA LABORALIDAD” EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993: ¿CONCESIÓN O FRENO AL NEOLIBERALISMO?

Es indudable que cualquier valoración del contenido laboral de la Constitución de 1993 ha de partir de tener en cuenta la singular función jurídico-política que es posible atribuir a este instrumento, en atención al dramático contexto de ruptura institucional en el que fue aprobado. Una función que, como resulta difícilmente rebatible a estas alturas, no es otra que la de operar como mecanismo de legitimación democrática de un régimen autoritario en lo político y neoliberal en lo económico, que había iniciado poco tiempo atrás una profunda reforma de la legislación laboral, tanto individual como colectiva, inspirada en dichos postulados<sup>15</sup>, varios de cuyos componentes más relevantes resultaban difícilmente conciliables con el marco constitucional previamente imperante<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Tan es así que dicho proceso ha sido considerado por un observador imparcial del mismo como O. ERMIDA URIARTE, “La flexibilidad”, en AA.VV., Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo núm. 124, 2000, págs. 16-17, como “la experiencia más paradigmática de desregulación impuesta verificada en los años ‘90 en América Latina” en atención a “la profundidad de las reformas, por tratarse de una imposición legislativa unilateral de desmejora, por incluir una ‘re-regulación’ del Derecho colectivo, e inclusive por consolidarse en el marco de una ruptura constitucional”. Para un balance de este proceso puede verse, además de la colección de estudios que se incluyen en la obra colectiva recién citada, V. FERRO DELGADO (Coordinador), Balance de la reforma laboral peruana, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, passim.

<sup>16</sup> En esta dirección M. CARRILLO CALLE, “La flexibilización del contenido laboral de la Constitución”, en V. FERRO DELGADO (Coordinador), Balance de la reforma laboral peruana, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, pág. 45, apunta cómo “el radical proceso de flexibilización llevado a cabo a inicios de la década de los noventa (...) significaba un claro violentamiento del marco constitucional entonces vigente, lo que llevó a que se presenten ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (...) sendas demandas contra los pilares en que se sustentaba la reforma laboral, es decir, la Ley de la Compensación por Tiempo de Servicios, (...) Ley de Participación del Trabajador en la Empresa, Ley de Beneficios Sociales; (...) Ley de Fomento del Empleo y Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada”. “El Tribunal de Garantías Constitucionales llegó a declarar inconstitucionales los Decretos Legislativos 650 y 674, en sus respectivos extremos referidos al efecto cancelatorio de los pagos adelantados por concepto de la Compensación por Tiempo de Servicios. El cierre de facto que sufrió el Tribunal en abril de 1992, le impidió pronunciarse sobre la otras normas impugnadas”.

Con tan inequívoco punto de partida, era de esperar que la aprobación de la nueva Constitución supusiese, no sólo una legitimación de las reformas operadas hasta el momento, sino la introducción de una regulación de la materia laboral coherente con sus postulados inspiradores, que abriese el camino a su continuación y eventual profundización. Es decir, en correspondencia con la evolución política e institucional experimentada hasta el momento, lo previsible era, si no la recepción sin más por la carta en ciernes de los postulados contrarios a la intervención estatal y el desarrollo de las formas de organización colectiva de los trabajadores que deben inspirar la ordenación de las relaciones de trabajo de acuerdo con el ideario liberal entonces imperante, al menos el abandono de aquellos que sustentaban el régimen de derechos laborales dentro de la Constitución de 1979, cuya oposición respecto del “nuevo rumbo” emprendido por la legislación laboral resultaba patente.

¿En qué medida ha sido efectivamente así? Es decir, ¿en qué medida el nuevo sistema de derechos y principios laborales fundamentales introducido por la Constitución de 1993 ha supuesto el abandono de los paradigmas que hasta la pérdida de vigencia de la Constitución de 1979 habían venido orientando la conformación a nivel legislativo del Derecho del Trabajo y su sustitución por otros contrapuestos a ellos, inspirados en la individualización de las relaciones de trabajo, el abstencionismo normativo y el desaliento de los fenómenos colectivos característicos del recetario neoliberal?

Ésta es la decisiva pregunta a la que intentaré ofrecer respuesta a continuación, distinguiendo para ello las dos perspectivas de análisis del contenido del texto constitucional apuntadas en el apartado anterior: la que centra su atención en los contenidos de los diversos preceptos implicados y aquella que los contempla, de manera complementaria, desde la más amplia perspectiva de la lógica unitaria y los principios guía que les sirven de fundamento.

### A. Una significativa reducción del volumen de derechos laborales y su intensidad tutelar como punto de partida

En principio, una comparación desde la óptica formal entre los textos de las Constituciones de 1979 y 1993 permite detectar importantes diferencias entre los contenidos laborales de ambas. Estas se vinculan, antes que nada, con el relieve que cada una de ellas asigna al trabajo y los derechos con él relacionados. Referencias tan emblemáticas al trabajo como las contenidas en los artículos 42,

79 y 110 de la Constitución de 1979, a través de las cuales se atribuía al mismo la triple condición de fuente principal de la riqueza y fundamento del Estado y del régimen económico, desaparecen en la Constitución de 1993, que opta además por no asignar a los derechos laborales un capítulo especial y por negarles incluso el calificativo de fundamentales, al situarlos extramuros del Capítulo I de su Título I, que es el que recoge los derechos de tal naturaleza. Si bien es cierto que ninguna de estas opciones tiene en lo inmediato consecuencias prácticas relevantes, máxime cuando la tutela de los derechos constitucionales se extiende dentro del sistema de la Constitución de 1993 a todos ellos, al margen del Capítulo en el que se sitúen, es evidente a través de ellas se expresa, como se ha puesto de manifiesto, una clara intención del constituyente de recortar la importancia del trabajo como eje valorativo dentro de la norma fundamental<sup>17</sup>. El trabajo pierde de este modo centralidad, tanto respecto del modelo socioeconómico como de la forma de Estado<sup>18</sup>.

Esta menor valoración se ve acompañada, por lo demás, de una muy significativa reducción del volumen y la intensidad tutelar de los derechos consagrados constitucionalmente. El texto de la Constitución de 1993 no sólo es, así pues, significativamente más breve que el de la de 1979, que dedicaba el doble de artículos al tratamiento de la materia (dieciséis frente a los ocho actuales), sino bastante menos pródigo y prolijo a la hora de reconocer y regular los derechos laborales.

Este "aligeramiento" del tratamiento de la materia laboral por parte de la Constitución de 1993 se expresa de tres maneras distintas:

- En primer lugar, a través de la supresión de buena parte de los derechos, principios o mandatos al legislador de naturaleza laboral previstos por la Constitución de 1979. Así, haciendo una apretada síntesis, es posible señalar que desaparecen del texto constitucional las siguientes previsiones: a) la preferencia del empleo de los trabajadores nacionales frente a los extranjeros (artículo 42); b) la igualdad salarial entre hombres y mujeres (artículo 43); c) el desarrollo por ley de un sistema de asignaciones familiares (artículo 43); d) la posibilidad de llevar a cabo reducciones de la jornada de trabajo por ley o convenio colectivo (artículo 44); e) la obligación de remunerar

17 Así, C. BLANCAS BUSTAMANTE, "Las normas laborales del proyecto de Constitución", Asesoría Laboral, 1993, núm. 34, pág. 7.

18 Como apunta C. CARRILLO CALLE, "La flexibilización...", cit., pág. 59.

extraordinariamente el trabajo que supere la jornada ordinaria (artículo 44); f) la regulación por ley del trabajo nocturno o realizado en condiciones insalubres o peligrosas (artículo 44); g) la compensación por tiempo de servicios (artículo 44); h) el derecho al pago de gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios sociales (artículo 44); i) el fomento de la formación profesional por el Estado (artículo 46); j) la promoción pública de la higiene y seguridad en el trabajo (artículo 47); k) la prescripción a los quince años de la acción de cobro de las deudas laborales (artículo 49); l) el reconocimiento a los trabajadores a domicilio de una situación jurídica análoga a los demás (artículo 50); m) el fuero sindical (artículo 51); n) el derecho de organización sindical de los trabajadores independientes (artículo 52); ñ) la creación por el Estado del Banco de los Trabajadores; y o) la retroactividad benigna de las leyes laborales (artículo 187).

- En segundo lugar, determinados derechos o principios laborales de vocación tuitiva, si bien permanecen, cambian de contenido, ya sea para ver reducida su intensidad tutelar y hacerse de preceptividad mediata o diferida, o para ser objeto de limitaciones a las que con anterioridad no se encontraban sujetos. Ejemplos paradigmáticos de lo primero son los derechos de estabilidad en el empleo (artículo 27) y de participación en la empresa (artículo 29). Así, mientras el primero experimenta una mutación radical, al transformarse el derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa en un encargo al legislador para que prevea un régimen de protección adecuada frente al despido arbitrario; el derecho de participación se vincula dentro de la nueva Carta exclusivamente a las utilidades o beneficios económicos de las empresas, pasando la participación en la gestión y la propiedad reconocidas por su precedente a ser objeto únicamente de una eventual promoción por parte del Estado. Muestras de lo segundo son, por su parte, el nuevo tratamiento que reciben el derecho de huelga (artículo 28.3) y el principio in dubio pro operario (artículo 26.3). En el caso del primero, la mera alusión al necesario ejercicio del derecho "en la forma que establece la ley" ha sido sustituida por una expresa habilitación al legislador, tanto para regular las condiciones que garanticen que será ejercido "en armonía con el interés social", como para establecer "excepciones y limitaciones" al mismo; en tanto que, tratándose del principio de interpretación antes aludido, su aplicabilidad se circunscribe a los casos de "duda insalvable" sobre el sentido de una norma laboral. Una afirmación que contrasta con la amplitud de su reconocimiento por la Constitución anterior, que no tenía prevista cortapisa alguna a su operatividad.

- Finalmente, las referencias de detalle al contenido de algunos derechos o principios laborales presentes en la Constitución derogada son sustituidas por meras alusiones a los mismos. Pueden citarse aquí especialmente los casos del principio de igualdad, cuyo tratamiento diversificado por varios preceptos se condensa ahora en una genérica referencia a la “igualdad de oportunidades sin discriminación” (artículo 26.1); de la libertad sindical (artículo 28.1), que pierde la descripción garantista de sus componentes que antes se hacía a partir de lo dispuesto por los Convenios de la OIT sobre la materia; o del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales (artículo 26.2), en relación con el cual desaparece la expresa indicación de las consecuencias de su vulneración.

A la vista de este abundante inventario de modificaciones, la mayor parte de ellas dotadas de un potencial sesgo restrictivo, no es difícil concluir, como efectivamente se ha hecho, que la aprobación de la nueva Constitución ha supuesto un claro retroceso, menoscabo o recorte en materia de tutela de los derechos laborales respecto de su precedente<sup>19</sup>, el cual se traduce en una importante minoración del número de derechos, principios o mandatos al legislador de contenido laboral constitucionalmente recogidos, en una merma de la profundidad con la que éstos son protegidos y en una disminución de las disposiciones que definen sus contenidos e introducen, por tanto, límites expresos a su regulación por el legislador.

## **B. El mantenimiento, a pesar de todo, de las bases esenciales de construcción del Derecho del Trabajo**

Como se acaba de ver, contemplados desde un punto de vista exclusivamente formal y cuantitativo, los cambios introducidos por la Constitución de 1993 en la regulación de los derechos laborales pueden ser considerados expresión de un importante repliegue de la función tutelar que hasta el momento había venido caracterizando la configuración del Derecho del Trabajo a nivel constitucional.

Esta conclusión, que abona claramente en favor de la tesis de la recepción por parte de la nueva Carta de las tesis neoliberales en materia de ordenación de las relaciones de trabajo imperantes durante la etapa de su aprobación, admite

<sup>19</sup> Para un completo inventario de los distintos autores que se han pronunciado expresamente en este sentido, con cita expresa de sus opiniones, vid. M. CARRILLO CALLE, “La flexibilización ...”, cit., pág. 58.

importantes matizaciones, no obstante, si complementamos dicho análisis con una aproximación de carácter cualitativo al texto constitucional, que trascienda la contemplación aislada de los preceptos que lo integran para prestar atención a los grandes principios, criterios de regulación y referencias institucionales que a través de ellos encuentran acogida al máximo nivel normativo. Es decir, si vamos más allá de la literalidad de cada uno de los ocho artículos de contenido laboral incluidos en la Constitución y tratamos de desvelar las líneas maestras sobre las que se asienta la construcción del Derecho del Trabajo a nivel constitucional, de las que ellos son expresión.

Si se contempla el contenido de la “Constitución laboral” desde esta segunda y más amplia perspectiva, no resulta difícil apreciar cómo, a pesar del recorte experimentado, la norma fundamental hoy vigente sigue apostando, al menos con la misma claridad que su precedente, por el diseño de un modelo democrático, equilibrado y dinámico de relaciones laborales, asentado sobre la necesidad de una intervención tutelar del Estado en la regulación de aspectos clave de las relaciones individuales de trabajo y la garantía de la libre actuación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empleadores en defensa de sus respectivos intereses. Un modelo de relaciones laborales, por tanto, muy alejado de los postulados neoliberales que sirvieron de aliento a la legislación del régimen imperante la década pasada.

En efecto, si nos apartamos por un momento de la desconfianza que con toda seguridad produce el texto de 1993 debido a su discutible origen y su poco recomendables fuentes de inspiración ideológica, y pasamos a contemplar los preceptos que incluye por lo que éstos efectivamente dicen antes que por lo que dejan de decir, podremos detectar en él sin mayores dificultades la totalidad de las claves que hacen reconocible dicho modelo dentro de cualquier Constitución.

Estas claves, en opinión de quien esto escribe, son las siguientes:

- La especial valoración del trabajo y la asignación de una orientación protectora a la legislación que regula su prestación. Pese a que ésta es una nota que puede ser deducida sin dificultades del contenido de los diversos preceptos incluidos en la norma fundamental, todos los cuales se encuentran inspirados por dicha lógica, el constituyente se ha preocupado de proclamarla de manera expresa a través de sus artículos 22 y 23. Unos preceptos que asignan al trabajo la doble condición de “base del bienestar social” y “medio de realización de la persona” y lo declaran “en sus diversas

modalidades, objeto de atención prioritaria del Estado". Deducir a partir de esta doble declaración que el trabajo continúa ostentando, a despecho de la "poda" de las demás alusiones a su trascendencia incluidas en la Constitución de 1979, un destacado valor dentro del sistema constitucional no resulta, evidentemente, descabellado. Como tampoco lo es entender que de tal modo se proclama de forma suficientemente explícita la finalidad tuitiva de la legislación laboral<sup>20</sup>. Una finalidad que, por lo demás, se ve confirmada a través del reconocimiento por la propia Constitución de principios de aplicación e interpretación inspirados de forma clara en ella, como los de igualdad de oportunidades, irrenunciabilidad de derechos e interpretación favorable de las normas en caso de duda –bien que calificada de "insalvable"– sobre su sentido, recogidos por su artículo 26. Y que se extiende, además, no sólo al aspecto compensador de la desigualdad contractual característico de la más rancia legislación laboral, sino también al su faceta de tutela de la persona del trabajador implicada en el intercambio contractual, al disponer el propio artículo 23 que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"<sup>21</sup>.

- La garantía de la intervención estatal en aspectos clave del desenvolvimiento de las relaciones individuales de trabajo. Aquí, si bien la Constitución de 1993 ha sido bastante más parca que la que la antecedió, no ha dejado de prestar atención los tres temas básicos que, como se ha indicado, conforman el núcleo del Derecho Individual del Trabajo: la remuneración, la duración de la jornada laboral y la extinción del contrato de trabajo<sup>22</sup>. Y de prever en relación con cada uno de éstos una solución tutelar, bien que dotada de la amplitud y

generalidad propia de las normas constitucionales, se trate de la exigencia de que la remuneración percibida por el trabajador sea "equitativa y suficiente", con la consiguiente legitimación de fijación por el Estado de "remuneraciones mínimas" dirigidas a hacer posible la consecución de ese objetivo (artículo 25); de la imposición desde la propia Constitución de un límite máximo a la duración de la jornada de trabajo, el cual aparece fijado en módulo diario y semanal (ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales), aunque permitiendo su cómputo a lo largo de períodos más dilatados en el caso de "jornadas acumulativas o atípicas" (artículo 25); o del encargo al legislador del establecimiento en provecho de los trabajadores de una protección, expresamente adjetivada de "adecuada", frente al despido arbitrario (artículo 27). En los tres casos, la norma constitucional inspira su contenido en principios o criterios de regulación típicos del ordenamiento laboral, como son los de suficiencia salarial, limitación de la jornada o, en el caso del tercero y más polémico de los supuestos, causalidad del despido. La formulación del artículo 27 no debe, en este sentido, llamar a engaño. De ella se deduce con toda claridad que el despido sin causa, al que la norma denomina "arbitrario", constituye un acto ilícito, frente al cual el legislador ha de asegurar a los trabajadores afectados una tutela suficiente<sup>23</sup>. La solución normativa es, desde luego, más débil, ambigua y abierta que la prevista por la Constitución precedente, pero no deja por ello de encontrarse igualmente inspirada en el principio de causalidad del despido, que continúa así siendo objeto de cobertura a nivel constitucional.

- La consagración plena del principio de autonomía colectiva. Esta se lleva a cabo mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos colectivos de libre sindicación, negociación colectiva y huelga y la atribución de "fuerza vinculante" a las convenciones colectivas adoptadas su ejercicio (artículo 28). Estos son derechos cuya vigencia resulta decisiva para la afirmación del carácter democrático y pluralista, no sólo del modelo de relaciones laborales, sino de la sociedad en su conjunto<sup>24</sup>. Que la norma fundamental haya optado por mantenerlos dentro de su texto, aunque recurriendo a una redacción más escueta respecto del primero, pone de manifiesto, no sólo la aceptación por

20 Respecto de ambas valoraciones, vid. J. NEVES MUJICA, "Los derechos y principios laborales en las Constituciones de 1979 y 1993", *Revista del Foro*, 1993, núm. 1, págs. 45 y 49. Coinciden también en entender reflejada dicha orientación en el artículo 23 a pesar de que éste ha cambiado la alusión directa al carácter protector de la legislación laboral por una expresión más ambigua, como la de "atención prioritaria", entre otros, M. CARRILLO CALLE, "La flexibilización...", cit., pág. 66; y G. BOZA PRO, "Los principios del Derecho del Trabajo en la nueva Constitución", *Asesoría Laboral*, 1994, núm. 37, pág. 35. Distinta es la opinión de C. BLANCAS BUSTAMANTE, "Las normas laborales...", cit., pág. 8, para quien la diferencia entre la formulación actual y su precedente, así como el hecho de que la norma aluda a continuación a la necesidad de deparar una protección especial algunas categorías de trabajadores, conllevan "de manera muy clara, un debilitamiento del llamado Principio Protector o Tuitivo del Derecho del Trabajo", que "abre la puerta a una legislación 'flexibilizadora' que rebaje a su mínima expresión el sentido protector de la legislación laboral para los trabajadores no comprendidos en esas categorías". En un sentido parecido, aunque asignando un valor positivo al cambio, vid. también, M. PASCO COSMÓPOLIS, "El trabajo en la Constitución", *Ius et Veritas*, 1993, núm. 7, págs. 28-29.

21 Sobre la distinción entre estas dos finalidades del Derecho del Trabajo, asignando a la primera la denominación de "compensadora" y a la segunda la de "tuitiva", aunque atribuyendo a ambas un alcance protector, vid. A. MARTIN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Ed. Tecnos, 14ª Edic., 2005, págs. 57-59.

22 J. NEVES MUJICA, "Los derechos y principios...", cit., págs. 46-47.

23 Vid. en este sentido, especialmente J. NEVES MUJICA, "La estabilidad laboral en la Constitución de 1993", *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, 1995, núm. 11, pág. 48; y L. VINATEA RECOBA, "El derecho de estabilidad laboral en la nueva Constitución", *Asesoría Laboral*, 1994, núm. 37, pág. 18.

24 Como apunta J. C. CORTES CARCELÉN, "Derechos colectivos y Proyecto de Constitución", *Asesoría Laboral*, 1993, núm. 29, pág. 11. Vid. también, del mismo autor, "La huelga en la Constitución de 1993", *Asesoría Laboral*, 1994, núm. 37, pág. 31.

parte de ésta de la existencia y legitimidad del conflicto intereses genéticamente instalado en el seno de las relaciones de trabajo, sino la afirmación de la capacidad de los propios sujetos en él implicados de proceder a su composición a través de la negociación colectiva. La norma fundamental parte, así, de reconocer implícitamente, no sólo el derecho de los trabajadores a organizarse colectivamente y adoptar medidas de conflicto en defensa de sus intereses, sino su capacidad para fijar "libre y autónomamente", bien que de forma conjunta con los empleadores, "las reglas relativas a la ordenación y gestión de sus intereses"<sup>25</sup>. Ello supone que el modelo de relaciones laborales consagrado por la Constitución tiene como uno de sus pilares fundamentales, al lado de la intervención estatal de signo protector a la que se acaba de hacer alusión, a la función reguladora de los interlocutores sociales, a los que se atribuye un auténtico poder normativo concurrente con el del Estado, que les permite aprobar a través de la negociación colectiva instrumentos jurídicos vinculantes dirigidos a la ordenación de las relaciones de trabajo, los cuales tienen expresamente reconocidos efectos similares a los de las normas jurídicas<sup>26</sup>. Es más, al propio reconocimiento del derecho a la negociación colectiva subyace también la atribución a la misma de la condición, si no de cauce único, al menos sí de cauce privilegiado para la regulación de las condiciones de trabajo, cuya efectividad deberá ser promovida en vez de obstaculizada por el Estado, como por lo demás dispone de forma expresa el artículo 28.2 de la Constitución. El sistema de fuentes jurídicolaborales se ve de este modo redefinido, como se ha puesto de manifiesto, "pasando la virtualidad reguladora de la autonomía y negociación colectivas al primer plano del sistema normativo"<sup>27</sup>.

25 Dicho con palabras de F. VALDÉS DAL-RE, "Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, núm. 55, pág. 105.

26 De este modo, como afirma J. TOYAMA MIYAGUSUKU, "Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993", en V. FERRO DELGADO (Coordinador), Balance de la reforma laboral peruana, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, pág. 31, "el poder normativo de los agentes sociales tiene su base en la propia Constitución" en la medida en que "el reconocimiento estatal del derecho a la negociación colectiva importa, automáticamente, la atribución a los sujetos colectivos (de la capacidad) de crear normas jurídicas". La coincidencia a nivel doctrinal en cuanto al entendimiento del sentido de la fórmula "fuerza vinculante" como equivalente a "eficacia normativa" y, por tanto, efecto automático e imperativo de los convenios colectivos, es por lo demás unánime. En este sentido, vid. C. BLANCAS BUSTAMANTE, "Las normas laborales ...", cit., pág. 10; J. C. CORTES CARCELÉN, "Derechos colectivos ...", cit., pág. 13; M. CARRILLO CALLE, "La flexibilización ...", cit., págs. 81-82; R. HERRERA VÁZQUEZ, "Constitución de 1993: fuerza vinculante del convenio colectivo e incorporación al contrato de trabajo", Asesoría Laboral, 1994, núm. 39, pág. 22; J. NEVES MUJICA, "La negociación colectiva y el convenio colectivo en las Constituciones de 1979 y 1993, Asesoría Laboral, 1994, núm. 37, pág. 28, y M. PASCO COSMÓPOLIS, "El trabajo ...", cit., pág. 34.

27 Como apunta, M.-C. PALOMBEQUE LÓPEZ, Los derechos laborales ..., cit., pág. 18, en relación con las consecuencias de la previsión, de muy semejante tenor, contenida en el artículo 37.1 de la Constitución española.

De este modo, aunque es cierto que la Constitución de 1993 reconoce menos derechos laborales, con menor intensidad tutelar y menos detalle que su precedente, las señas de identidad del modelo de relaciones laborales consagrado por ésta última no se han visto alteradas en lo sustancial. Ni el Estado es ahora indiferente ante la desigualdad de posiciones característica de la relación laboral, ni contempla con indiferencia o desconfianza los fenómenos de organización y actuación colectiva de los trabajadores. Antes bien al contrario, el Derecho del Trabajo como estructura institucional orientada ofrecer una regulación equilibrada de las relaciones de trabajo mediante la actuación combinada de la intervención protectora del Estado y la libre actuación de los sujetos colectivos en defensa de sus intereses es perfectamente reconocible dentro del texto constitucional, encontrándose sus principales instrumentos e instituciones garantizados al máximo nivel normativo<sup>28</sup>.

En suma, las bases constitucionales sobre las cuales se asienta el Derecho del Trabajo en la dentro de nuestro sistema jurídico, no sólo siguen siendo las mismas, sino que son coincidentes con las de cualquier ordenamiento laboral moderno y avanzado<sup>29</sup>.

Éstas se articulan en torno a dos planteamientos fundamentales:

- La tutela o protección del trabajo. Esta es una idea que se expresa en el texto constitucional, como se ha visto, de dos maneras distintas: a través de la especial valoración que el trabajo recibe como base del bienestar y medio de realización de la persona y mediante la consideración de la relación de trabajo como una de carácter asimétrico, dentro de la cual es preciso prestar una especial atención a la tutela de la posición de los trabajadores. Es aquí donde encuentra su fundamento, como es evidente, la intervención estatal protectora, dirigida a hacer posible una fijación equilibrada de las condiciones de trabajo y el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales de quienes prestan sus servicios en condiciones de dependencia.

28 A ello se refiere seguramente M. PASCO COSMÓPOLIS, "El trabajo ...", cit., pág. 35, cuando indica que el nuevo texto "ha buscado resguardar las esencias intangibles del Derecho Laboral". Y también J. NEVES MUJICA, "Los derechos y principios ...", cit., pág. 52, cuando destaca que el recorte de derechos laborales llevado a cabo por la Constitución de 1993 "ha afectado más a la periferia que el núcleo de los derechos laborales".

29 Se recoge aquí el concepto de "bases constitucionales" en el sentido utilizado por A. MARTÍN VALVERDE, "La Constitución como fuente ...", cit., pág. 68, para el cual éste "designaría a las grandes opciones o principios de organización de la vida social, cuyos elementos no son normas o disposiciones de Derecho propiamente dichas, pero sí están dotadas de una gran potencialidad de inspiración normativa". Aunque no coincidente del todo, la definición que se hace continuación de dichas bases dentro de nuestro ordenamiento se encuentra también influida por la síntesis aportada por dicho autor respecto de la Constitución española.

- El pluralismo social. La plasmación de este principio, que se sitúa en la base misma de la forma de Estado Social, implica la integración dinámica de éste con la sociedad civil, mediante la garantía y el estímulo de la formación y actuación de organizaciones representativas de los distintos grupos que interactúan dentro de la sociedad civil<sup>30</sup>. La recepción de este principio en el ámbito de las relaciones de trabajo se lleva a cabo mediante el reconocimiento del principio de autonomía colectiva y la consiguiente legitimación de la presencia dentro del sistema de las organizaciones representativas de los trabajadores y empresarios y su actuación normativa en ejercicio de los derechos de negociación y conflicto que les son reconocidos. El principio pluralista es objeto de recepción por parte de la Constitución de 1993, en cualquier caso, en su versión "templada", ajena por tanto al extremismo propio del denominado "liberalismo colectivo", enemigo de cualquier presencia en las relaciones de trabajo ajena a las partes sociales, al encontrarse prevista la intervención del Estado, no sólo en aspectos clave del régimen jurídico de las relaciones de trabajo, sino como garantía de la efectividad de los propios derechos colectivos<sup>31</sup>.

Estas bases conforman lo que pudiéramos denominar la esencia del Derecho del Trabajo recogido en la Constitución. Como tales no tienen, evidentemente, un valor normativo directo. Sin embargo, dado que constituyen la síntesis más elevada de los criterios fundamentales que ordenan el tratamiento de la materia laboral dentro de la misma, poseen un indudable valor, tanto desde el punto de vista hermenéutico como de la inspiración de la producción normativa.

Naturalmente, a la luz de estas consideraciones, no es posible entender que la entrada en vigor de la nueva Constitución haya tenido, respecto de los cambios operados en la legislación laboral con anterioridad a su entrada en vigor, más virtualidad que la de legitimar aquellas opciones normativas que no puedan ser consideradas incompatibles con la nueva formulación de sus mandatos. Este ha sido el caso, seguramente por así pretenderlo de forma expresa el constituyente, de las reformas de la participación de los trabajadores en la empresa y –con mayores dudas– del despido, cuya manifiesta inconstitucionalidad pudo ser –al menos inicialmente– conjurada con la entrada

30 Vid. C. BLANCAS BUSTAMANTE, "Estado social...", cit., pág. 26.

31 En un sentido semejante, respecto de la Constitución española, nuevamente A. MARTÍN VALVERDE, op. cit., págs. 65 y 69-69.

en vigor del nuevo texto<sup>32</sup>. Más allá de ello, sin embargo, las normas constitucionales vigentes pueden ser consideradas, antes que un acicate, un claro freno a cualquier pretensión de desregular el funcionamiento del mercado de trabajo. Aquí también, así pues, la "garantía de (los) derechos constitucionales de carácter social" opera como un "elemento de conservación y consolidación del Derecho del Trabajo", a partir del cual es posible hacer frente con éxito a "la puesta en duda de la esencia misma del Derecho del Trabajo y su función protectora, por tendencias neoliberales de desreglamentación o flexibilización de la normativa laboral"<sup>33</sup>.

Lo anterior no debe hacer perder de vista que, aunque la renovación constitucional no ha supuesto, ni un cambio de modelo, ni la legitimación de una desregulación a ultranza de nuestro sistema de relaciones laborales, como posiblemente hubieran pretendido algunos de los más radicales defensores del régimen felizmente extinguido con pasada década, si conlleva una mayor apertura hacia la labor del legislador, al que el menor número de mandatos de contenido laboral, así como la inferior precisión de sus contenidos, dejan libres espacios de actuación superiores a los del pasado. Es más, seguramente éste fue el propósito último de los redactores del "capítulo laboral" de la nueva Constitución: descartada, por las razones sobre las que habrá ocasión de reflexionar más adelante, la posibilidad de alterar en sus componentes esenciales el modelo constitucional vigente, lo que se intentó fue, más bien, tratar de abrir márgenes mayores para la flexibilización de las relaciones de trabajo. Una operación para la cual resultaba indispensable, a criterio de los impulsores del nuevo texto, romper con el "reglamentismo" de la Constitución precedente<sup>34</sup>.

32 En esta dirección, J. TOYAMA MIYAGUSUKU, "Los derechos laborales...", pág. 23, señala cómo "la Constitución de 1993 (...) 'constitucionalizó' disposiciones legales preconstitucionales que eran cuestionadas por oponerse a la Constitución de 1979. En efecto, las disposiciones sobre estabilidad laboral, participación de los trabajadores en la gestión y propiedad, jornadas de trabajo acumulativas o atípicas tuvieron un cuestionable desarrollo en el ámbito primario bajo la vigencia de la Constitución de 1979; empero, con la Constitución de 1993 se 'constitucionalizaron'. Solo debe apuntarse a lo dicho por este autor que, más que una "constitucionalización" de las reformas, lo que ha habido es una ruptura de su manifiesta incompatibilidad con el texto constitucional precedente. Una operación que no garantiza, sin más, su concordancia con el nuevo, como demostraría con posterioridad la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección contra el despido arbitrario de la que se tratará más adelante. Específicamente en relación con la reforma de la participación de los trabajadores en la empresa, vid. T. OBREGÓN SEVILLANO, "La Constitución de 1993 y la participación de los trabajadores en la empresa", Asesoría Laboral, 1994, núm. 37, págs. 25-26.

33 Como apunta M. RODRÍGUEZ-PINERO, "Justicia constitucional y relaciones laborales", Temas Laborales, 1990, núm. 19-20, pág. 10.

34 Esta idea se expresa en el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente Democrático que aprobó el 17 de marzo de 1993 el texto del proyecto de reforma constitucional en materia laboral del siguiente modo: "el Proyecto propuesto busca fijar un marco más flexible o moderno para encauzar las relaciones de trabajo en nuestro país. Así mismo, se ha utilizado una redacción más clara y precisa que sintetice la verdadera naturaleza de los derechos laborales fundamentales, evitando la tendencia reglamentarista que prevalece en la Constitución vigente". Situando también esta intención en la base del nuevo texto, vid. R. MARCENARO FRERS, "El trabajo en la nueva Constitución, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1994, pág. 23; M. PASCO COSMÓPOLIS, "El trabajo...", cit., pág. 35; y J. ZAVALA COSTA, "Constitución y reforma laboral", Asesoría Laboral, 1993, núm. 26, pág. 13-14.

Dotar al régimen jurídico de las relaciones de trabajo de una mayor flexibilidad, mediante la atribución a los empresarios de herramientas de gestión que les permitan hacer frente a los cambios que pueda experimentar su actividad a lo largo del ciclo económico<sup>35</sup>, es un objetivo perfectamente posible y lícito dentro del actual marco constitucional, siempre y cuando a través de esta operación no se desconozcan los derechos y principios que lo integran. Como se ha apuntado, la Constitución vigente se opone –y además de manera frontal– a las versiones extremas de la opción flexibilizadora, que la identifican con una radical limitación del papel del Estado y los sujetos colectivos en la ordenación de las relaciones de trabajo y la asignación de un rol definitorio a la voluntad individual de los contratantes. Es decir, con la desregulación sin más del mercado de trabajo. Pero no a aquellas que intentan compatibilizar la creación de dichos instrumentos de adaptación con la garantía de los derechos laborales reconocidos por la norma fundamental<sup>36</sup>.

El marco constitucional actual no es, de tal modo, incompatible con la flexibilización pretendida por quienes llevaron a cabo la reforma constitucional. Pero impone a aquella un rumbo muy preciso: el de su conciliación con el respeto de los derechos garantizados a los trabajadores por la Carta de 1993.

Esta opción no tiene, por lo demás, por qué ser considerada contraproducente, incluso desde la perspectiva del fomento del crecimiento y la competitividad empresarial, argumento central en el que suelen apoyarse los defensores de una puesta entre paréntesis de las principales instituciones jurídico-laborales. Como he tenido la ocasión de poner de manifiesto en otro lugar, la garantía de un núcleo básico de derechos laborales no sólo no es por sí misma incompatible con el funcionamiento flexible del mercado de trabajo, sino que constituye un

35 Por utilizar aquí la noción de “flexibilidad” propuesta hace ya bastante tiempo por M. RODRÍGUEZ-PINERO, “Flexibilidad: ¿un debate interesante o un debate interesado?”, *Relaciones Laborales*, 1987, T. I, pág. 14.

36 En principio, lo que la idea de flexibilización impone es un proceso de revisión del patrimonio normativo del Derecho del Trabajo, que conduzca a la sustitución de todas aquellas previsiones que impidan o dificulten más allá de lo razonable una fluida adaptación empresarial a los cambios operados en su entorno económico, tecnológico o productivo, por soluciones normativas más dúctiles y flexibles. Como tal, el juicio de flexibilidad no se encuentra directamente relacionado con la existencia o no de normas estatales, o incluso con la presencia en ellas de soluciones más o menos protectoras del interés de los trabajadores, sino más bien con la mayor o menor capacidad de las mismas para acomodarse a los cambios que puedan surgir a lo largo de la vida de la relación laboral. Es por ello que, adecuadamente entendida, la opción flexibilizadora no puede ser considerada incompatible, ni con el Derecho del Trabajo como tal, ni con la función protectora que éste ha venido desempeñando. Otra cosa será, naturalmente, el aprovechamiento ideológico del concepto que se ha hecho en diversas latitudes, incluida la nuestra, a través del cual se pretende presentar como “flexibilización” de la legislación laboral lo que en realidad es una “desregulación” sin más de sus contenidos, innecesaria y además seguramente contraproducente desde la perspectiva de los objetivos que en estos casos se pretenden. Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, “El discurso de la crisis y las transformaciones del Derecho del Trabajo: un balance tras la reforma laboral de 1994”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1996, núm. 165, especialmente págs. 44-45. Este trabajo ha aparecido publicado también en *Derecho y Sociedad*, 1996, núm. 11, págs. 163-168.

componente indispensable para alcanzar un desarrollo económico y social pleno, equilibrado y duradero. En contra de lo que se sostuvo la década anterior, la consecución de ese objetivo no puede basarse sólo en la reducción de los costos laborales y el incremento de las facultades empresariales de disposición unilateral sobre la fuerza de trabajo. Antes bien, requiere tener como uno de sus pilares básicos la potenciación del valor y la capacidad del factor trabajo. Una estrategia para la cual la garantía de los derechos consagrados por la norma constitucional constituye, sin lugar a dudas, un elemento fundamental<sup>37</sup>.

Desde esta perspectiva, el actual marco de regulación constitucional de los derechos laborales puede ser considerado en la actualidad –haya sido ese o no el propósito de sus autores– como la mejor garantía de un desenvolvimiento armonioso y equilibrado de nuestras relaciones laborales, que es en realidad el único capaz de asegurar a medio y largo plazo el desarrollo económico y el bienestar social.

### C. La resistencia del Derecho del Trabajo a su “desconstitucionalización”: un intento de explicación

Lo expuesto en el apartado permite concluir que, si lo que se encontraba en juego al inicio del proceso constituyente era nada menos que la revisión de las señas identidad del Derecho del Trabajo con el fin de poner la legislación laboral al servicio del programa de liberalización de la economía entonces en fase de implementación, ese objetivo no se consiguió. Antes bien, los mandatos de alcance laboral contenidos en la Constitución de 1993 pueden ser valorados, una vez superado el fragor de la confrontación con el régimen de facto que promovió su aprobación, más bien como un freno a esa posibilidad. Ello nos sitúa, por sorprendente que parezca, ante un texto constitucional que, habiendo sido aprobado por la mayoría parlamentaria de un régimen de clara orientación neoliberal, termina por imponer límites a la aplicación de dicho programa en el ámbito laboral.

¿Cuál es la explicación de esta paradoja? ¿Por qué, si las convicciones de quienes conformaban el núcleo más influyente del Congreso Constituyente Democrático eran otras, no las plasmaron en el texto constitucional finalmente aprobado?

37 Para un desarrollo más amplio de este punto de vista, vid. W. SANGUINETI RAYMOND, “La ‘deconstrucción’ del Derecho del Trabajo de base nacional en el era de la globalización: ¿un devenir inevitable?”, *Relaciones Laborales*, 2004, núm. 23, págs. 132-133, y “Globalización, derechos fundamentales del trabajo y ciudadanía social”, *Laborem*, 2004, núm. 4, págs. 28-32, así como la bibliografía citada en ambos trabajos.

Desde luego, no fue por falta de intención, ya que el grupo parlamentario Cambio 90-Nueva Mayoría llegó a elaborar un proyecto de articulado laboral inspirado en las ideas entonces imperantes<sup>38</sup>. En un momento determinado del debate constitucional, empero, ese mismo sector decidió, en lo que ha sido calificado como un singular supuesto de "outsourcing normativo"<sup>39</sup>, encargar elaboración a un conjunto de especialistas, convocados por una institución privada. El articulado finalmente aprobado es, con ligeras modificaciones, el propuesto por dicha institución<sup>40</sup>.

¿Qué motivó este cambio de estrategia? ¿Por qué la mayoría parlamentaria renunció a su proyecto inicial para aceptar otro, finalmente más alejado de sus puntos de vista?

La respuesta salta a la vista: "desconstitucionalizar" el Derecho del Trabajo no es una operación fácil de realizar. Ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el punto de vista político. Ello, antes que por cualquier otra razón, debido a que sus señas de identidad, como se ha dejado apuntado desde un inicio, forman parte de la esencia del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, forma superior de organización política sobre la cual se asienta la legitimidad de la mayor parte de los actuales regímenes democráticos<sup>41</sup>. Privar a la nueva carta magna de un bloque de derechos laborales acorde con dicho esquema era, por ello, no sólo una maniobra jurídicamente cuestionable, sino sumamente riesgosa desde el punto de vista político, en la medida en que suponía prescindir de uno de los elementos que con mayor claridad contribuyen a la legitimación social del sistema constitucional<sup>42</sup>. Adicionalmente, debe tenerse presente también que los derechos laborales de mayor relieve cuentan, debido precisamente a su trascendencia, con el respaldo

38 Sobre el contenido de dicho proyecto, J. NEVES MUJICA, "Los derechos y principios ...", cit., pág. 52, destaca que "sólo el artículo 11 se ocupaba del tema, con dos características básicas: se formulaba un listado de derechos meramente enunciados, cuya regulación se remitía a la ley y a los tratados internacionales, y las únicas precisiones de contenido que se efectuaban, tenían tono prohibitivo (la actividad sindical no enerva la obligación de trabajar ni deja perjudicar el funcionamiento de la empresa; las organizaciones y dirigentes sindicales están prohibidos de intervenir en actividades políticas; numerosas categorías quedaban excluidas del derecho de huelga; etc.)".

39 Por M. CARRILLO CALLE, "La flexibilización ...", cit., pág. 50.

40 Los detalles del proceso pueden verse en M. CARRILLO CALLE, op. cit., págs. 50-52; y R. MARCENARO FRERS, El trabajo ..., cit., págs. 34-39.

41 De allí que la propia Constitución de 1993, a pesar de la hostilidad de sus impulsores hacia cualquier forma de intervención estatal, no haya sido capaz de renunciar a proclamarla, como se desprende del enunciado de su artículo 43. En general sobre los derechos laborales como instrumento de legitimación democrática del Estado y la conformación de la noción de "ciudadanía social" a de ellos, vid. "Globalización, derechos fundamentales del trabajo y ciudadanía social", Laborem, 2004, núm. 4, págs. 14-18.

42 De hecho, la circunstancia de que el texto fuese percibido, a pesar del retroceso en sus intenciones iniciales por parte de la mayoría parlamentaria, como portador de un claro recorte de los derechos económicos y sociales de la población, se encuentra en la base, como es de sobra conocido, del elevado porcentaje de votos obtenido por el "no" en el referéndum de aprobación de la Constitución. Un porcentaje de rechazo que alcanzó nada menos que el 48 %.

de importantes instrumentos internacionales, la mayor parte de ellos ratificados por el Perú<sup>43</sup>. Unos instrumentos de cuyo contenido no parecía tampoco prudente prescindir si lo que se pretendía era elaborar un texto constitucional susceptible de ofrecer el soporte internacional del que en principio carecía el régimen de facto.

Es seguramente por esta doble razón, de política interna y externa, que el constituyente, si bien consiguió "podar" muchos de los elementos accesorios del sistema de derechos laborales previsto por la Constitución de 1979, no pudo hacer desaparecer sus componentes nucleares, ni a nivel individual ni a nivel colectivo, inclinándose más bien por tratar de rebajar sus contenidos —como ocurrió, emblemáticamente, con la estabilidad en el empleo— o, en todo caso, darles una formulación más amplia y genérica, con el fin de dejar mayores espacios libres para su regulación en clave flexibilizadora por el legislador ordinario. Fue así como, lo que pudo llegar a ser una negación en toda regla de las claves que permiten identificar al Derecho del Trabajo dentro de cualquier ordenamiento terminó por convertirse, una vez que el realismo político se impuso, en una apertura del mismo hacia una articulación más flexible de sus contenidos a nivel legislativo.

Lo anterior no debe hacer de vista los riesgos de esta opción. Y en especial, el peligro de que el contenido de los preceptos constitucionales, menos preciso ahora que en el pasado, pueda ser desnaturalizado a la hora de su desarrollo por el legislador<sup>44</sup>. Que éste pueda, con las disposiciones actualmente vigentes, "cambiar en la práctica el contenido del texto constitucional a través de leyes ordinarias", como se ha insinuado<sup>45</sup>, resulta no obstante bastante difícil. Pero no sólo debido a que las normas laborales presentes en la Constitución, si bien tienen un contenido amplio y general, suelen superar el nivel de precisión a la mayor parte de los mandatos constitucionales. También porque existen dos elementos "contextuales" que contribuyen a limitar la posibilidad de su desconocimiento por el legislador.

43 Cfr. M. CARRILLO CALLE, "Los derechos laborales fundamentales: normas mínimas internacionales", en M. CARRILLO CALLE (Director), Constitución, trabajo y seguridad social. Estudio comparado en 20 constituciones hispanoamericanas, Lima, ADEC-ATC, 1993, págs. 41 y sigs. Este autor llega a identificar un total de treinta y un derechos laborales fundamentales a partir del estudio de once instrumentos internacionales de derechos humanos.

44 Vid., desde esta perspectiva, especialmente M. CARRILLO CALLE, "La flexibilización ...", cit., pág. 56, el cual se lamenta de que la Constitución de 1993 haya preferido "regular los derechos laborales —en su gran mayoría— a través de disposiciones 'huecas', que no precisan un contenido básico ni definiciones mínimas que orienten al legislador ordinario en su tarea de desarrollo normativo".

45 En este sentido S. ABAD YUPANQUI, "Congreso Constituyente: ¿el fin justifica los medios?", Themis, 1993, núm. 26, pág. 10.

El primero de ellos está representado por la exigencia, impuesta por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, de interpretar los derechos por ella reconocidos de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Esta es una declaración que asume un papel de la mayor importancia cada vez que los derechos constitucionales son consagrados, como ocurre con varios de naturaleza laboral dentro de la actual Constitución —piénsese en el caso emblemático de la libertad sindical—, mediante un sistema de cláusula general. En función ella, la determinación del sentido y alcances de los preceptos constitucionales se encuentra sometida a una parámetro de “doble concordancia” en materia interpretativa<sup>46</sup>, que obliga a tener en cuenta, además de su contenido, lo que sobre el particular dispongan las normas internacionales. La eventual falta de referencias al contenido preciso de los derechos puede ser suplida, de esta forma, por los mandatos contenidos en dichas normas. Máxime tratándose de una disciplina que, como el Derecho del Trabajo, cuenta con un entero sistema internacional de normas dirigido a afirmar sus principales instituciones, como es el de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

A lo anterior se añade la necesidad de llevar a cabo una lectura de los derechos laborales acorde con el contenido global de la Constitución y el sistema de valores por ella propugnados. La Constitución no sólo es una norma de rango superior a las demás, sino también una norma distinta de todas ellas, en la medida en que “consagra un sistema de valores y configura un todo coherente y sistemático” dentro del cual “cada precepto adquiere valor y sentido en función de los demás”<sup>47</sup>. Como consecuencia de ello, sus preceptos, lo mismo que cualquier otra norma de rango inferior, deben ser interpretados de manera que quede garantizada la vigencia de esos grandes referentes axiológicos por medio de los cuales la norma fundamental asegura la unidad del conjunto del ordenamiento jurídico<sup>48</sup>. La configuración del social y democrática del Estado, el respeto de la dignidad de la persona, la justicia, la igualdad o el pluralismo, constituyen, de este modo, referentes de primer orden para una mejor comprensión del sentido de los derechos constitucionales. Incluyendo dentro de ellos, naturalmente, a los laborales. Esto tiene una especial relevancia para el

46 M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid. Ed. Tecnos, 1997, pág. 142.

47 Como apunta M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Justicia constitucional ...”, cit., pág. 12.

48 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma ...*, cit., pág. 99, destacando cómo dichos principios deben “presidir la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, comenzando por la Constitución misma”.

Derecho del Trabajo. Como se ha apuntado, dichos principios aseguran “una base firme, incluso ideológica, a la función de tutela del trabajo que tradicionalmente ha venido cumpliendo la disciplina”<sup>49</sup>, capaz de imponer un límite eficaz a cualquier intento del legislador de desconocerla a través de la desnaturalización del sentido de sus preceptos.

Las bases constitucionales de nuestro Derecho del Trabajo se encuentran, así pues, firmemente ancladas dentro de la norma fundamental, al contar con el respaldo de sólidos referentes institucionales que condicionan la actividad legislativa de una forma más intensa que la que en principio pudiera deducirse de la sola redacción de sus preceptos.

### III. EL IMPACTO DEL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL: LA “RECOMPOSICIÓN” DESDE BASES CONSTITUCIONALES DEL ORDENAMIENTO LABORAL POR OBRA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una vez puestas manifiesto de las grandes líneas que han de presidir la construcción del Derecho del Trabajo de acuerdo con las previsiones constitucionales, resulta necesario interrogarse por el impacto que las mismas están teniendo sobre el ordenamiento laboral vigente.

Ésta es una pregunta que no parecería tener, en el caso del Perú, el hondo significado que se le ha atribuido en otros ordenamientos. En especial en aquellos en los que la reforma de la Constitución trajo consigo un auténtico cambio de régimen político y, por tanto, también una modificación de los paradigmas de ordenación de las relaciones de trabajo<sup>50</sup>. En nuestro caso, en cambio, a pesar de sus diferencias, las Constituciones de 1979 y 1993 comparten las mismas ideas de fondo en cuanto al tratamiento de los derechos laborales. El cambio constitucional no tendría, en virtud de ello, por qué afectar, al menos de modo relevante, a la legislación vigente, al no suponer una alteración significativa del marco al que hasta entonces ésta venía encontrándose sujeta. Sin embargo, resulta evidente que no es así. En realidad, la pregunta sobre la incidencia de la Constitución sobre el ordenamiento laboral es, también en

49 Nuevamente, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., pág. 13.

50 Este es el caso, por ejemplo, de España, donde, como apunta A. MARTINVALVERDE, “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Política Social*, 1983, núm. 137, pág. 107, es preciso hablar de “reconstrucción del Derecho del Trabajo” a la vista de “las profundas mutaciones que se han producido en el ordenamiento laboral como consecuencia de la Constitución” aprobada en 1978.

nuestro caso, una pregunta cargada de actualidad, sentido e intensidad. Ello se debe, antes que a cualquier otra razón, al hecho de que, como es de sobra conocido, la aprobación de la nueva Carta se asentó sobre un proceso previo de intensa degradación de los contenidos protectores de la legislación laboral, que el constituyente no quiso, no pudo o no supo recoger al máximo nivel normativo. La circunstancia de que la Constitución de 1993 haya supuesto, como se ha observado, "una regresión menor a la producida en el conjunto de la legislación laboral desde agosto de 1990 en que empezó a ejecutarse un programa económico neoliberal"<sup>51</sup>, convierte, sin lugar a dudas, al examen de las consecuencias reales y efectivas que está teniendo su aplicación sobre la normativa laboral heredada del régimen que propició su aprobación en una cuestión de la más palpitante actualidad.

Ahora bien, la tarea de adecuar el ordenamiento infraconstitucional a los mandatos presentes en la norma suprema corresponde, al menos en principio, a una pluralidad de sujetos. Desde el legislador, a quien compete el rol más destacado, pasando por los órganos jurisdiccionales, que han de controlar su aplicación, hasta llegar a los propios agentes sociales, que pueden cumplir también una labor desarrollo del texto constitucional a través de la negociación colectiva. Dicha tarea ha sido asumida en nuestro caso, sin embargo, de manera prácticamente exclusiva por el Tribunal Constitucional.

En efecto, por razones que sería largo explicar aquí, el Tribunal Constitucional ha sido la única instancia que a lo largo de los casi tres lustros de vigencia de la Constitución de 1993 ha asumido la responsabilidad de llevar a cabo el ajuste de los contenidos de la legislación precedente a sus mandatos. Y lo ha hecho además, por llamativo que parezca, esencialmente a través de su jurisprudencia en materia de amparo. Es decir, mediante la resolución de múltiples supuestos de presunta vulneración de los derechos constitucionales laborales que han llegado a su conocimiento por esta vía.

A pesar de este modesto origen, esta jurisprudencia está teniendo un profundo impacto sobre el ordenamiento laboral. Al punto de poderse afirmar que, a través de ella, el Tribunal Constitucional está consiguiendo —progresivamente, caso a caso, en un proceso que no puede considerarse todavía concluido— llevar a cabo una auténtica "recomposición" desde bases constitucionales del régimen jurídico de las relaciones de trabajo vigente en el Perú. Que tan importante resultado haya podido ser alcanzado a través de

51 J. NEVES MUJICA, "Los derechos y principios ...", cit., pág. 52.

sucesivas sentencias en materia de amparo, a pesar del carácter específico y concreto de éstas, puede resultar sorprendente. Lo es menos, empero, si se repara en que buena parte de los presuntos atentados contra los derechos laborales sometidos a la consideración del Tribunal Constitucional por esta vía han sido supuestos en los que la acción del sujeto gozaba de la cobertura, al menos formal y aparente, de una norma legal heredada de las reformas laborales de los años noventa. Así las cosas, el examen del acto pretendidamente inconstitucional implicaba, de forma necesaria, una valoración previa de la adecuación a la Constitución de la norma a cuyo abrigo había sido realizado. Y su declaración como lesivo del derecho fundamental, una paralela desautorización de la misma. El Tribunal Constitucional conseguirá así, por esta vía indirecta pero no por ello menos eficaz, limar algunas de las aristas más conflictivas de la legislación vigente y colmar algunos de sus más clamorosos vacíos.

Es importante anotar, finalmente, que para llevar a cabo esta labor de "recomposición" constitucional del ordenamiento laboral el supremo intérprete de la norma fundamental no se ha servido solamente del potencial de los distintos derechos laborales consagrados por la Constitución, sino de ésta en su conjunto. Para ello ha recurrido, como se podrá comprobar en las páginas que siguen, a tres herramientas hermenéuticas fundamentales, cuyas características interesa destacar aquí.

La primera de ellas está constituida por la interpretación de los preceptos constitucionales como porciones de un conjunto normativo más amplio informado por una lógica común. Esta comprensión en clave sistemática de los mandatos de la Constitución, coherente con el carácter prioritario que la doctrina atribuye a dicho método hermenéutico en este ámbito<sup>52</sup>, permitirá al Tribunal Constitucional superar la dicción específica de cada uno de sus distintos artículos, para adoptar una comprensión más amplia de sus alcances, extraída de su necesaria interrelación con los demás. Ello resultará de especial importancia para resolver de manera armoniosa con el sistema de derechos consagrado por la Constitución algunos de los supuestos más conflictivos sometidos a la consideración de su supremo intérprete. En especial, aquellos en los que no era posible detectar una colisión directa entre el comportamiento denunciado, que

52 Con carácter general, vid. K. HESSE, "La interpretación constitucional", en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1983, especialmente págs. 47-48, y A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos ...*, cit., págs. 273-274. Respecto de la importancia de la interpretación sistemática para la determinación del contenido y alcance de los derechos laborales consagrados por la Constitución, vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Justicia constitucional ...", cit., págs. 12-13.

contaba además con la cobertura de una norma de rango legal, y el contenido explícitamente declarado de los preceptos constitucionales.

A esto se añade el recurso a la ya mencionada "cláusula de apertura" prevista por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, con el objeto de extraer de los de los tratados y convenios internacionales en materia laboral criterios útiles para desentrañar el contenido de los derechos por ella consagrados. Este es un instrumento cuya utilidad se ha revelado especialmente significativa, como era de esperar, en aquellos casos en que los derechos aparecen reconocidos mediante meras alusiones nominales, carentes por tanto de toda referencia a los elementos que los componen.

Finalmente, una tercera herramienta exegética de la que se ha servido con especial provecho el Tribunal Constitucional está representada por la realización de una lectura de los preceptos de la "Constitución laboral" acorde con el sistema de valores presente en ella. El Tribunal Constitucional ha recurrido en más de una ocasión a esta lectura finalista para desentrañar el alcance de sus mandatos. La clave para ello ha venido representada por la adopción, como criterio guía para la interpretación del sentido de las disposiciones laborales de la Constitución, del principio de respeto de la dignidad de la persona, al que el artículo 1 de la misma atribuye la condición de "fin supremo de la sociedad y del Estado". Y cuya vigencia en el ámbito de las relaciones de trabajo se encuentra expresamente garantizada por el artículo 23. De esta consagración de la dignidad de la persona, como "valor último" o "principio rector supremo del ordenamiento jurídico", se desprende la necesidad de llevar a cabo una interpretación de los preceptos constitucionales que garantice que la consideración que merecen las personas no se vea afectada en ningún tipo de situación por la que las mismas puedan atravesar. Y también la imposibilidad de que cualquier derecho pueda ser ejercido "conculcando la dignidad esencial de otro ser humano"<sup>54</sup>. Unas recomendaciones que resultan especialmente relevantes en un ámbito tan "sensible" a la afectación de dicho atributo como es el de la relación laboral, dada la asimetría de poderes que lo caracteriza. Al reconocer una especial relevancia a este principio, el Tribunal Constitucional no ha hecho, así, más que corroborar una constatación elemental: los supuestos más relevantes y clamorosos de vulneración de la dignidad de la persona se presentan en el ámbito de "los llamados derechos sociales o socio-económicos, cuya conculcación sistemática, más por los particulares que por los poderes públicos, revela altísimos niveles de

53 Vid., en ambos sentidos, F. FERNÁNDEZ SEGADO, "La dignidad de la persona", Jus, 2003, núm. 2, págs. 216 y 233.

insolidaridad social ante los que los poderes públicos no pueden permanecer impasibles"<sup>54</sup>.

Ha sido el recurso a este triple expediente hermenéutico lo que ha permitido al Tribunal Constitucional no sucumbir a la común "tentación de interpretar la Constitución de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico". Y, por tanto, de convalidar sin mayores cuestionamientos las decisiones adoptadas por el legislador ordinario en torno al contenido de los derechos constitucionales. Frente a ello, ha optado más bien por proceder a la inversa. Es decir, tratando de reinterpretar "los preceptos de las leyes conforme y de acuerdo con los preceptos constitucionales"<sup>55</sup>.

Los resultados de esta labor son, en sus grandes líneas de trazado, los que se exponen a continuación.

#### A. Una aproximación general tuitiva al tratamiento de los derechos laborales

Una de las cuestiones objeto de debate durante la etapa inicial de vigencia de la Constitución de 1993 fue la relativa a la consagración o no por parte de la misma del carácter protector de la legislación laboral. En la base de la discusión estuvo la sustitución de la declaración de que el trabajo era "objeto de protección por el Estado", contenida en el artículo 42 de la Carta derogada, por otra más ambigua, incluida en el artículo 23 de la nueva, de acuerdo con la cual el mismo es acreedor apenas de la "atención prioritaria" de los Poderes Públicos<sup>56</sup>.

Frente a estas dudas, el Tribunal Constitucional no ha tenido inconveniente en proclamar a través de diversos pronunciamientos, bien que todos expedidos a lo largo de la presente década, el mantenimiento de dicha orientación por parte de la norma fundamental, sin que para ello sea inconveniente el tenor menos enfático del precepto antes citado. Para ello ha recurrido a una lectura global de los preceptos constitucionales de contenido laboral, con el fin de extraer de la lógica común que los informa la existencia de una finalidad de tutela de la posición de los trabajadores como parte menos favorecida de la relación de trabajo. "El Derecho del Trabajo no ha dejado de ser tuitivo", proclamará, de este modo, en su Sentencia de 10 de julio de 2002<sup>57</sup>, "conforme aparece de las

54 Nuevamente, F. FERNÁNDEZ SEGADO, op. cit., pág. 231.

55 For decirlo con palabras de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., págs. 12-13.

56 Sobre este debate, vid. especialmente las opiniones de los autores citados en supra nota 20.

57 Exp. Núm. 628-2001-AA/TC. Caso Elba Graciela Rojas Huamán contra Telefónica del Perú.

prescripciones contenidas en los artículos 22 y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes que caracteriza a los contratos que regula". Este reconocimiento de la finalidad tuitiva de la aproximación de la Constitución al trabajo se verá confirmado, por lo demás, por pronunciamientos posteriores, en los cuales se opta por vincularla, de manera complementaria, con los propósitos que se encuentran en la base de la consagración de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. Este es el caso, emblemáticamente, de la Sentencia de 11 de julio de 2002<sup>58</sup>, en la que se declara que "el principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo" no sólo "se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador", sino que constituye una "consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de Derecho que se desprende de los artículos 43 ('República' social) y 3 de la Constitución". La lectura sistemática de los preceptos constitucionales a la luz de los principios y valores consagrados por la norma fundamental conduce de este modo al Tribunal a un resultado que, por obvio que pueda parecer a quienes desde el principio sostuvieron su vigencia, resultará decisiva para la orientación posterior de su jurisprudencia.

En efecto, la circunstancia de que el Tribunal Constitucional haya llegado a la conclusión de que la inspiración protectora de la legislación laboral cuenta con un firme anclaje dentro del texto constitucional ha condicionado de manera especialmente relevante el devenir de su jurisprudencia, en la medida en que lo ha impulsado a adoptar una lectura de sus preceptos acorde con ella. No es casual, en este sentido, que sus más importantes pronunciamientos sobre la materia se hayan producido, precisamente, a partir del momento en que se inclinó por su reconocimiento.

## B. El reforzamiento de la efectividad de los derechos colectivos de los trabajadores

Un primer ámbito en el que se aprecia la adopción por parte del Tribunal Constitucional de una aproximación favorable a la efectividad de los derechos laborales consagrados por la Constitución es el relativo a los vinculados con el ejercicio de la autonomía colectiva. Si bien no son abundantes los pronunciamientos en los que el mismo se ocupa de estos temas, algunos de ellos

58 Exp. Núm. 1124-2001-AA/TC. Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL contra Telefónica del Perú.

poseen una especial relevancia en la medida en que contribuyen a potenciar el ejercicio de estos derechos, tan golpeado por el legislador a lo largo de la década pasada.

Estos pronunciamientos se vinculan con la afirmación del papel de las organizaciones sindicales y el fomento de la negociación colectiva, como se podrá apreciar a continuación.

### 1. La afirmación de la función de tutela de las organizaciones sindicales

El hecho de que el artículo 28 de la Constitución se conforme con declarar que el Estado "reconoce" y "garantiza" la libertad sindical, sin aludir para nada a su contenido, no ha impedido al Tribunal Constitucional identificar los elementos básicos que forman parte de este derecho<sup>59</sup>. Para ello se ha servido, como era de prever, del texto de los diversos instrumentos internacionales vigentes sobre la materia, de directa aplicación aquí dada la expresa remisión que a ellos hace la Constitución a través de su Cuarta Disposición Final y Transitoria<sup>60</sup>.

Ahora bien, inicialmente esta delimitación ha afectado a los elementos que conforman la dimensión individual y organizativa del derecho. En este sentido, mediante su Sentencia de 11 de julio de 2002<sup>61</sup> el Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar que la libertad sindical posee "como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional", añadiendo que mientras "el

59 Durante la fase de discusión y posterior aprobación del texto constitucional se generó un interesante debate en torno a las consecuencias de la decisión del constituyente de prescindir de toda referencia a los elementos integrantes del derecho de libertad sindical. Las opiniones oscilaron entonces, entre el más severo de los cuestionamientos, pasando por el reconocimiento de que "el reglamentarismo mesurado puede ser expresión de una mayor protección del derecho", hasta llegar a la consideración de dicha especificación como innecesaria debido al enunciado amplio del precepto y la regla hermenéutica contenida en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En este sentido, vid., respectivamente, A. CIUDAD REYNAUD, "La libertad sindical en la nueva Constitución Peruana", Asesoría Laboral, 1994, núm. 39, pág. 10; J. C. CORTES CARCELEN, "Derechos colectivos ...", cit., págs. 11-12; y C. BLANCAS BUSTAMANTE, "Las normas laborales ...", cit., pág. 10.

60 El recurso a este procedimiento hermenéutico se encuentra tan asentado dentro de la jurisprudencia constitucional que existe incluso una declaración expresa dirigida a identificar cuáles son los tratados y declaraciones internacionales de derechos a los que debe prestarse atención a la hora de delimitar el contenido de los derechos colectivos de los trabajadores. En este sentido, en la parte resolutoria de la Sentencia de 12 de agosto de 2005 (Exp. Núm. 008-2005-PI/TC. Caso Juan José Gorriti y otros contra el Congreso de la República) el Tribunal Constitucional declara que "de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, los derechos laborales (...) de sindicación, negociación colectiva y huelga previstos en el artículo 28 de dicho texto, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales o Culturales (...); el Convenio Núm. 87 de la OIT (...); el artículo 6 del Convenio Núm. 98 de la OIT (...) y el Convenio Núm. 151 de la OIT".

61 Exp. Núm. 1124-2001-AA/TC. Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL contra Telefónica del Perú, ya citada.

primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales”, el segundo se vincula con “la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones” e implica, a su vez, “la protección del trabajador afiliado o sindicado” frente a “actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato”. Esta es, como salta a la vista, una descripción bastante limitada de los ingredientes, siquiera básicos, de la libertad de sindicación, como por lo demás reconoce en esta misma sentencia el Tribunal Constitucional, al indicar que lo afirmado antes “no conlleva que el contenido del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados”, añadiendo que resulta “posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección” del mismo, las cuales “no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística”, toda vez 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”.

Esta afirmación en torno al carácter abierto y expansivo de la configuración de la libertad sindical se ha visto complementada por pronunciamientos posteriores, a través de los cuales se proclama de manera expresa la garantía de la faceta colectiva y dinámica de este derecho. Esta perspectiva aparece, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de enero de 2006<sup>62</sup>. En ésta se declara que la libertad sindical no sólo posee “una dimensión individual, relativa a la constitución del sindicato y a su afiliación”, sino “también una dimensión plural”, a través de la cual se protege, tanto “la autonomía sindical, esto es, la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente, sin injerencias o actos externos que lo afecten”, como “las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales”, de forma tal que “todo acto lesivo, no justificado e irrazonable que afecte colectivamente a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado”. Como se habrá podido comprobar, esta declaración conlleva el expreso reconocimiento de la tutela, no sólo de los aspectos orgánicos del ejercicio del derecho de sindicación, sino también de su vertiente dinámica. El derecho de los sindicatos a realizar cuantas actividades lícitas sean precisas para

62 Exp. Núm. 3311-2005-PA/TC. Caso Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha contra Compañía Minera Atacocha.

el cumplimiento de su misión constitucional encuentra, es este modo, acomodo claro dentro del artículo 28 de la Constitución. De allí que en otro pronunciamiento próximo en el tiempo el Tribunal Constitucional haga alusión, como uno de los componentes del “haz de facultades” comprendidas dentro de la libertad sindical, al “derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes les asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados”<sup>63</sup>. La potencialidad de esta declaración, en especial de cara a la expansión de las formas de actuación de las organizaciones sindicales es evidente. Como también lo es también que la garantía del libre ejercicio de las actividades sindicales supone una correlativa protección a su desarrollo por parte de los trabajadores y representantes sindicales.

El eventual peligro de una interpretación restrictiva de los alcances de la libertad sindical garantizada por la Constitución, en especial en relación con su faceta activa, a la que sólo de manera implícita se refieren los instrumentos internacionales sobre la materia<sup>64</sup>, se ha visto de esta manera expresamente conjurado por el Tribunal Constitucional mediante la adopción de una comprensión abierta y dinámica de sus alcances.

Es importante observar, en cualquier caso, que estas declaraciones, cuya vocación garantista salta a la vista, no han tenido de momento incidencia alguna sobre la legislación sindical vigente. Esto es así en la medida en que el Tribunal Constitucional no ha tenido todavía la ocasión de pronunciarse sobre adecuación a la Constitución de la regulación de la libertad sindical contenida en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Una regulación plagada de limitaciones al ejercicio este derecho<sup>65</sup> a la que cabe atribuir en buena medida la responsabilidad por el declive experimentado por los sindicatos en nuestro país a lo largo de la pasada década, cuya revisión constituye –al menos a criterio de quien esto escribe– una condición indispensable para que los mismos puedan recuperar el espacio social de actuación del que han sido desposeídos. Y, por tanto, para que el principio de autonomía colectiva, a cuya garantía se dirigen los derechos

63 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de agosto de 2005. Exp. Núm. 008-2005-PI/TC. Caso Juan José Gorriti y otros contra el Congreso de la República, ya citada.

64 Debe recordarse que, ante el silencio del Convenio 87 de la OIT, la afirmación del derecho a la actividad sindical requiere llevar a cabo una interpretación del artículo 3.1 del mismo, de acuerdo con el cual los sindicatos tienen derecho a “organizar sus actividades” y “formular su programa de acción”, a la luz de su artículo 10, que define a los mismos como organizaciones cuyo objeto es “fomentar y defender los intereses de los trabajadores”.

65 Para un análisis crítico del contenido de esta norma desde la perspectiva de las restricciones que impone a la libertad sindical, vid. W. Sanguinetti Raymond, “Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, en AA.VV., *Quo Vadis Jus? Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ricardo La Hoz Tirado*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1994, págs. 259 y sigs.

colectivos consagrados por el artículo 28 de la Constitución, tenga vigencia efectiva en nuestras relaciones laborales<sup>66</sup>.

Esta circunstancia no ha impedido, de todas formas, al Tribunal Constitucional llevar a cabo una contribución importante al fortalecimiento de las organizaciones sindicales y su rol como organismos de defensa de los intereses de los trabajadores. Esta contribución se ha llevado a cabo de manera indirecta, a través del reconocimiento a las mismas de capacidad para interponer acciones de garantía frente a actos que, aunque dirigidos de manera individual contra sus afiliados y dirigentes, tienen como objetivo último afectar su libre funcionamiento.

El supuesto desencadenante de esta construcción está representado por la puesta en práctica de despidos masivos de todos –o la mayor parte– de los representantes y afiliados sindicales, normalmente sin expresión de causa o sin individualización de la responsabilidad que les compete en los hechos que les son imputados. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de enfrentarse a hechos como éstos en más de una ocasión, habiendo optado en todos los casos por defender la aptitud del sindicato para accionar en defensa de los derechos de libertad sindical, tanto en su faceta individual como colectiva. Sirva como muestra de ello su Sentencia de 5 de agosto de 2001<sup>67</sup>, primera en la que se hace explícito este planteamiento<sup>68</sup>. En ella, la alegación en el sentido de que “el sindicato recurrente no contaba con poder de representación de sus afiliados”, esgrimida con el fin de conseguir la desestimación de su pretensión, es considerada “constitucionalmente inaceptable” por el supremo intérprete de la Constitución en atención a dos razones fundamentales. La primera de ellas se vincula con el rol que cabe atribuir a dichas organizaciones. Desde esta perspectiva, dado que las mismas tienen como “objetivo primordial” la “defensa de los derechos e intereses de sus miembros”, impedirles actuar procesalmente con tal fin “supondría dejar virtualmente desarticulada la razón de ser de estos

66 Que los efectos de la aplicación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, unida naturalmente a una serie de factores adicionales de carácter contextual, ha sido devastadora para el sindicalismo en el Perú salta a la vista si se tiene en cuenta un solo dato: entre 1990 y 2002 la tasa de afiliación sindical en Lima descendió del 22 % al 4 % de los trabajadores. En este sentido, vid. Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos, Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente, Lima, 2003, pág. 69 de la versión multicopiada.

67 Exp. Núm. 632-2001-AA/TC. Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Química del Pacífico contra Quimpac-Paramonga.

68 Con posterioridad, vid. también la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de enero de 2006 (Exp. Núm. 3311-2005-PA/TC. Caso Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha contra la Compañía Minera Atacocha, ya citada. Anteriormente, hechos en lo sustancial semejantes se habían sometido a la consideración del Tribunal en la tantas veces citada ya Sentencia de 11 de julio de 2002 (Exp. Núm. 1124-2001-AA/TC. Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL contra Telefónica del Perú). La legitimación de los sindicatos demandantes no fue, sin embargo, cuestionada en este caso.

entes y, con ello, el contenido constitucionalmente protegido de la libertad sindical”. De allí que deba entenderse, “en el plano de la justicia constitucional”, que “no es preciso” que los sindicatos “cuenten con poder de representación legal para que puedan actuar a favor de todos sus afiliados o un grupo de ellos”. A esta razón de carácter genérico se añade, no obstante, otra vinculada a la peculiar textura de los comportamientos sujetos a enjuiciamiento. El Tribunal advierte aquí que los despidos denunciados por el sindicato son actos de un evidente carácter “pluriofensivo”, en la medida en que, aunque sus efectos recaen prima facie sobre “la esfera individual de cada uno de los trabajadores afectados”, también repercuten “indirectamente, sobre la propia organización sindical, puesto que es evidente que el despido de todos los miembros de la Junta Directiva del sindicato, también se presenta, ab initio como una lesión de la propia institución sindical”.

En casos como éstos, como se ha apuntado, “el interés propio del sindicato en la decisión que judicialmente pueda adoptarse respecto de la pretensión del trabajador afiliado y directamente afectado por el acto empresarial es claro que postula su legítima intervención en el proceso de tutela del interés sindical presuntamente vulnerado”<sup>69</sup>. El Tribunal Constitucional así lo reconoce en el ámbito del proceso de amparo, cerrado el paso a una interpretación exquisitamente restrictiva de las posibilidades de actuación sindical que hubiera contribuido decisivamente a que los comportamientos sujetos a examen quedasen huérfanos de una reacción por parte del ordenamiento jurídico.

Esta es una construcción que, sin lugar a dudas, refuerza el papel de los sindicatos, al permitirles, no sólo defender de forma más eficaz los intereses de los trabajadores, sino defenderse a sí mismos de los comportamientos dirigidos a acabar con ellos. Las prácticas descritas, a las cuales subyace un manifiesto desprecio hacia las instancias de representación sindical de los trabajadores respaldadas al máximo nivel normativo por la Constitución, encuentran de este modo un claro oponente colectivo, cuya actuación oportuna a través de los procedimientos de amparo es capaz, como sucedió en los casos descritos, de ponerles coto, afirmando la vigencia efectiva de la libertad sindical. Todo ello es coherente con la consideración constitucional de los sindicatos como “formaciones de relevancia social que integran la sociedad democrática”, cuya actuación contribuye a “la consolidación del Estado Social y Democrático de

69 Como apuntaría hace ya bastante tiempo M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Sindicato y proceso de trabajo”, en *Derecho del Trabajo y razón crítica*, Salamanca, Gráficas Varona, 2004, pág. 297.

Derecho", de la que viene dando cuenta el Tribunal Constitucional en algunos de sus últimos pronunciamientos <sup>70</sup>.

## 2. El fomento de la negociación colectiva

Aunque poco abundante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de negociación colectiva ha permitido aportar respuestas a algunas de las principales cuestiones planteadas por la nueva formulación con la que el artículo 28.2 de la Constitución proclama este derecho.

La primera de ellas se vincula con el significado que cabe atribuir a la descripción de los efectos de los convenios colectivos llevada a cabo por el precepto recién citado. Como es sabido, éste sustituyó la polémica alusión a la "fuerza de ley" de dichos instrumentos contenida en el artículo 54 de la Constitución derogada, por una referencia a la "fuerza vinculante" de lo mismos. Para el Tribunal Constitucional el reconocimiento de este efecto a los convenios colectivos tiene consecuencias tanto sobre el ámbito subjetivo que a los mismos debe atribuirse como respecto de sus efectos jurídicos. En relación con lo primero, la garantía de la "fuerza vinculante" de las convenciones colectivas permite entender que éstas obligan a tres categorías de sujetos distintos: a) las personas que las celebraron; b) las personas representadas en su suscripción; y c) quienes se incorporen con posterioridad a la celebración de las mismas a su ámbito de aplicación. Por su parte, en el terreno de los efectos jurídicos, dicha garantía debe ser entendida "como referente del carácter normativo del acuerdo laboral", implicando por tanto un doble efecto: a) "la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad comercial correspondiente, sin que exista necesidad de su posterior recepción en los contratos individuales"; y b) "su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, la que sólo puede disponer su mejora pero no su disminución".

Estas aseveraciones, contenidas en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de agosto de 2005<sup>71</sup>, son sin duda relevantes, dado que suponen la confirmación por la máxima instancia encargada de la interpretación de la norma fundamental de la consagración a este nivel del efecto normativo de los convenios colectivos. Es decir, de su cualidad de fuente de derecho objetivo. Una conclusión

70 Vid. en este sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 2005 (Exp. Núm. 0206-2005-PA/TC. Caso Cesar Antonio Baylón contra EPS EMAPA Huacho), y 12 de agosto de 2005 (Exp. Núm. 008-2005-PI/TC. Caso Juan José Gorriti y otros contra el Congreso de la República). Esta última ya citada.

71 Exp. Núm. 008-2005-PI/TC. Caso Juan José Gorriti y otros contra el Congreso de la República, ya citada en más de una ocasión.

que, en contra de lo que pudiera pensarse, no resulta del todo pacífica en otros ordenamientos, incluso cuando éstos han optado por recurrir a fórmulas de semejante tenor <sup>72</sup>. No obstante, no representa en realidad novedad alguna, ya que recoge la opinión unánime de la doctrina en torno a los alcances del precepto <sup>73</sup> y concuerda además con la descripción de los efectos de estos instrumentos hacen los artículos 42 y 43 de la vigente Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

La segunda cuestión sobre la que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse se vincula con los alcances de la obligación de "fomento" de la negociación colectiva que el artículo 28.2 impone al Estado en sustitución de la de "garantía" presente en la Constitución precedente. Desde un inicio, la doctrina se encargó de destacar el mayor compromiso que la inclusión de deber suponía para el Estado <sup>74</sup>, así como su difícil compatibilidad con varias de las disposiciones contenidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, cuya formulación parecía responder más a un propósito de dificultar el ejercicio de este derecho o restarle efectividad que de incentivarlo <sup>75</sup>. Especiales dudas generó, desde esta perspectiva, la opción de la misma de orientar la negociación colectiva hacia el nivel de empresa, incluso en aquellos casos en que las partes habían venido negociando anteriormente a nivel de sector o la negociación en el primero resultaba inviable <sup>76</sup>.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado de tan delicado asunto a través de su Sentencia de 26 de marzo de 1993 <sup>77</sup>, en la que se examina la adecuación a la Constitución de dos resoluciones de la Administración Laboral a través de las cuales se pretende, en abierta contradicción con lo dispuesto por la norma antes citada, imponer a la representación empresarial del sector de la construcción la

72 Este es el caso del ordenamiento español, del que se ha extraído la fórmula en cuestión. La "fuerza vinculante" garantizada por el artículo 37.1 de la Constitución española a los convenios colectivos ha sido objeto, en realidad, de diversas interpretaciones, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, pudiendo estimarse que la determinación de sus alcances constituye todavía una cuestión no del todo resuelta. Otra cosa es que el tipo de convenio colectivo que en este país se celebra habitualmente, que es el regulado por el Título II del Estatuto de los Trabajadores, tenga atribuidos por dicha norma efectos similares a aludidos en el texto principal. En relación con dicho debate, vid. W. SANGUINETI RAYMOND, *La inaplicación parcial del convenio colectivo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, págs. 216 y sigs.

73 Cfr. las opiniones de los autores citados en supra nota 26.

74 Vid., por todos, C. BLANCAS BUSTAMANTE, "Las normas laborales ...", cit., pág. 10, destacando que el nuevo texto, "si se aplica consecuentemente puede devenir en el fortalecimiento de la autonomía colectiva".

75 Vid. especialmente, J. NEVES MUJICA, "La negociación y el convenio ...", cit., pág. 27, con alusiones a diversos aspectos de la regulación de la negociación colectiva llevada a cabo por dicha norma.

76 Además de la opinión del autor citado en la nota anterior, vid. J. C. CORTÉS CARCELÉN, "Derechos colectivos ...", cit., pág. 13.

77 Exp. Núm. 0261-2003-AA/TC. Caso CAPECO contra el Ministerio de Trabajo. Con posterioridad, los criterios sustentados aquí serían ratificados por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de octubre de 2004. Caso COSAPI contra el Ministerio de Trabajo.

negociación con los representantes de los trabajadores a nivel de rama de actividad. La pretensión de los demandantes de vulneración de los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, así como del derecho constitucional a la negociación colectiva y las libertades de contratación y de asociación, es rechazada aquí sobre la base de entender amparadas las actuaciones mencionadas en la obligación estatal de fomento de la negociación colectiva. Para ello el Tribunal Constitucional adopta una comprensión amplia de los alcances de dicha obligación, que supera su consideración como mera garantía de remoción de los obstáculos que puedan imponerse al libre desarrollo de la actividad negocial. En esta dirección, afirma que "si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado 'plus de tutela' cuando ésta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva". Se reconoce de esta forma que la vigencia efectiva del principio de autonomía colectiva exige que el Estado organice el sistema de negociación colectiva atendiendo a criterios "no sólo de libertad sino, además, de posibilidad e iniciativa reales"<sup>78</sup>. Y que ello puede demandar, cuando existan motivos que lo justifiquen, la adopción de medidas dirigidas evitar que los procesos de negociación se trunquen o no puedan iniciarse. La actividad de fomento de la negociación colectiva asume entonces un marcado carácter unilateral, sin que ello suponga fractura alguna del principio de igualdad o afectación del pluralismo, sino más bien la garantía más fiel de que estos principios tendrán plena efectividad en este ámbito<sup>79</sup>.

Establecido lo anterior, la cuestión se desplaza, evidentemente, hacia la determinación de si en el supuesto sujeto a examen se dan condiciones especiales que aconsejen algún tipo actuación positiva del Estado dirigida a permitir el desarrollo de los procesos de negociación colectiva. Una conclusión a la que no es difícil llegar al Tribunal Constitucional a partir de la contemplación de las dificultades que plantea la negociación colectiva de ámbito empresarial en sector de construcción, en especial debido al elevado grado de eventualidad de

78 Como apunta F. VALDÉS DAL-RE, "Ideologías pluralistas...", cit., pág. 110.

79 Nuevamente, destacando el necesario "carácter unilateral de los procesos de incentivación" del derecho a la negociación colectiva en situaciones como éstas, F. VALDÉS DAL-RE, op. cit., pág. 11.

estas actividades y su variable ubicación. En función de ello, el mismo entiende que, "con el fin de que la negociación colectiva no se torne en inoperante, es razonable y justificado que el Estado intervenga estableciendo medidas que favorezcan una la efectiva negociación" en este ámbito. Añadiendo que, como consecuencia de ello, "deberán expulsarse de nuestro ordenamiento jurídico aquellas normas que resulten incompatibles con un eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de construcción civil". Y, además, "de ser el caso, expedirse normas que sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo".

Ciertamente, no es fácil pensar en una interpretación del deber estatal de fomento de la negociación colectiva que sea capaz de superar el nivel de compromiso que la que se acaba de reseñar. No obstante, no cabe duda de que se trata de una lectura plenamente coherente con el sentido de dicho deber, además de necesaria desde todo punto de vista luego de la etapa de intenso debilitamiento a la que se ha visto sometida la negociación colectiva la década pasada<sup>80</sup>. Lo que queda por ver es si el Tribunal Constitucional tendrá en el futuro la oportunidad de examinar los demás componentes del régimen jurídico de la negociación colectiva actualmente vigente. Y si aplicará a éstos, como sería deseable, este mismo prisma de análisis. Los resultados serían seguramente muy llamativos.

### C. La revisión del régimen jurídico de las relaciones individuales de trabajo

Aunque las aportaciones del Tribunal Constitucional en materia de derechos colectivos no son desdeñables, el grueso de su contribución a la afirmación de los derechos laborales y principios de ordenación de las relaciones de trabajo contenidos en la norma fundamental se centra en el ámbito de las relaciones individuales.

Es aquí, en efecto, donde su jurisprudencia está teniendo un impacto más claro sobre la legislación ordinaria, contribuyendo a reformular desde bases

80 Los resultados de la aplicación de esta política saltan a la vista. Para tomar cuenta de ello basta con comprobar, por ejemplo, cómo la tasa de cobertura de la negociación colectiva se redujo en Lima metropolitana, entre los años 1990 y 2002, de aproximadamente el 40 % de los trabajadores a poco más del 10 %. El dato aparece en el ya citado Documento de la Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos titulado Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente, pág. 69 de la versión multicopiada.

constitucionales algunos de sus componentes más emblemáticos y a colmar algunas de sus más llamativas lagunas. Si fuese necesario esquematizar en pocas palabras el sentido de este amplio acervo jurisprudencial, podría afirmarse que el mismo ha girado en torno a dos preocupaciones básicas: garantizar la vigencia efectiva de los derechos –tanto laborales como extralaborales– garantizados a los trabajadores por la Constitución y eliminar aquellos componentes de la legislación vigente que de forma más clara podían prestarse a un uso arbitrario por parte de los empleadores, favoreciendo un empleo más equilibrado de los mecanismos de flexibilidad introducidos en los años noventa.

El grueso de esta jurisprudencia puede ser presentado a través de los cuatro apartados a los que se dedican las páginas siguientes.

### 1. Una clara preocupación por la vigencia efectiva de los derechos laborales

La aplicación del programa de liberalización económica impulsado por el régimen de facto que gobernó el país a lo largo de la década pasada no sólo supuso importantes cambios en los contenidos de la legislación laboral. Dentro de su herencia puede contarse también, como efecto inducido de sus políticas, una significativa reducción de la virtualidad práctica de dicha legislación. Expresión de ello ha sido el crecimiento exponencial del número de personas que desarrollan labores de carácter dependiente sin que les sean reconocidos los beneficios establecidos por las normas legales y los convenios colectivos. Si bien la estimación de la magnitud de esta “bolsa de incumplimiento” no es una tarea fácil debido al carácter oculto de estas prácticas, una ponderación no demasiado arriesgada de sus alcances induce a pensar que podría aproximarse a la mitad de los trabajadores<sup>81</sup>.

Frente a un estado de cosas como éste, resulta evidente cualquier programa de intervención en las relaciones laborales ha de plantearse, como primer y más relevante objetivo, garantizar la aplicación de la normativa expedida por el Estado a quienes reúnen los requisitos exigidos para ello. De allí que sea posible afirmar que nuestro Derecho del Trabajo se encuentra actualmente necesitado, antes incluso que de una reforma de sus contenidos, de

81 Esta estimación constituye una proyección realizada a partir de la información recopilada para el estudio “Locación de servicios y contrato de trabajo: balance y perspectivas de reforma tras quince años de vigencia del Código Civil”, que introduce la 2ª edición de mi trabajo El contrato de locación de servicios, Lima, Gaceta Jurídica, 2000. Para mayores consideraciones sobre el particular, vid. también W. SANGUINETI RAYMOND, “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional de Derecho del Trabajo en el Perú”, Laborem, 2003, núm. 3, págs. 41 y sigs., así como la bibliografía citada en ambos trabajos.

un auténtico “rearme institucional”, que reivindique para la mayoría de trabajadores peruanos la condición de sujeto de derechos que de tal modo se les niega. La recuperación de la “ciudadanía laboral” se convierte, desde esta perspectiva, como he tenido la ocasión de sustentar en otro lugar, en una de las prioridades básicas –sino la principal– de la política social en el Perú<sup>82</sup>.

Esta es una situación que, como es evidente, no resulta indiferente para la Constitución. Antes bien, dentro de ella es posible encontrar evidencias claras de la existencia de un mandato que exige encarar desde las instancias públicas el problema de la informalidad en sus diversas manifestaciones, incluida la del fraude laboral<sup>83</sup>. Para ello, basta con atender al compromiso del Estado, que el artículo 43 adjetiva de “social”, de atender las diversas formas de trabajo (artículo 23) y a la consideración como “deberes primordiales” del mismo los de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y “promover el bienestar general” (artículo 44)<sup>84</sup>.

Naturalmente, la informalidad no es un problema que pueda ser combatido exclusivamente desde la Constitución. Y menos aún a partir de la jurisprudencia constitucional. Su adecuado encaramiento exige, como salta a la vista, de un complejo de medidas de diverso tipo, dentro de las cuales ocupan un lugar seguramente privilegiado, al lado de las dirigidas a reforzar el nivel de exigencia de la legislación laboral, las de apoyo y estímulo al desarrollo de proyectos productivos con capacidad efectiva para competir sin necesidad de recurrir a esta clase maniobras<sup>85</sup>. Esto no significa, de todas formas, que la contribución de una y otra al encaramiento del fenómeno pueda ser considerada irrelevante. Para empezar porque, como se ha afirmado, el reconocimiento constitucional de los derechos laborales representa un importante factor de reforzamiento de su eficacia, en la medida en que legitima a sus titulares a utilizar las garantías previstas en su beneficio para exigir su aplicación<sup>86</sup>. Si a esto se le añade la

82 Vid. W. SANGUINETI RAYMOND, “Recuperar la ciudadanía laboral”, Boletín Legal Express, Lima, Gaceta Jurídica, 2001, núm. 9, pág. 2; y “La recuperación de la ciudadanía laboral: prioridad de la política social”, Análisis Laboral, Lima, 2002, núm. 304, págs. 53-54.

83 Según apunta G. BOZA PRO, “Informalidad y relaciones de trabajo”, en SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. I Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, pág. 42.

84 Nuevamente, G. BOZA PRO, op. cit., págs. 39-40.

85 Vid., además de la opinión del autor citado en la nota anterior, págs. 55-65, y los demás estudios sobre el tema contenidos en la obra colectiva allí referida; S. RUEBSGA, La economía sumergida, Madrid, Acento Editorial, 2000, pág. 80 y sigs.

86 Como observara O. ERMIDA URIARTE, “Constitucionalización del Derecho Laboral”, Asesoría Laboral, 1993, núm. 26, pág. 19. En la misma dirección, vid. también M. CARRILLO CALLE, “Los derechos laborales en las Constituciones hispanoamericanas: bases para un estudio comparado”, en M. CARRILLO CALLE (Director), Constitución, trabajo y seguridad social. Estudio comparado en 20 constituciones hispanoamericanas, Lima, ADEC-ATC, 1993, pág. 64.

adopción por parte de la jurisdicción constitucional de una actitud receptiva ante la reivindicación de dichos derechos, capaz por su incisividad de poner al descubierto las situaciones de encubrimiento que puedan presentarse, habremos dado con un instrumento capaz de desempeñar un importante papel disuasorio de la realización de dichas prácticas.

Pues bien, ésta es precisamente la actitud que ha adoptado el Tribunal Constitucional frente al acuciante problema del fraude en la contratación laboral, al menos a lo largo de la presente década<sup>87</sup>. Esta actitud se refleja en una multitud de resoluciones a través de las cuales dicho tribunal se ha inclinado por desvelar la naturaleza laboral de las relaciones sometidas a su conocimiento, que en principio se presentaban bajo la apariencia de contratos civiles de locación de servicios o prestación de "servicios no personales", aplicando para ello un principio de rancia raigambre dentro del Derecho del Trabajo como es el de "primacía de la realidad"<sup>88</sup>. Para ello no han sido obstáculos, ni la falta de consagración expresa de este principio a nivel constitucional<sup>89</sup>, ni las dudas que es capaz de suscitar la consideración de la calificación jurídica como una de las tareas de la jurisdicción constitucional, ni la ausencia dentro del procedimiento de amparo de una etapa probatoria en la que pueda demostrarse la existencia de una relación laboral.

Para el Tribunal Constitucional "el principio de primacía de la realidad –según se lee en una de las muchas sentencias que lo aplican– es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto éste como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona (artículo 22) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23)"<sup>90</sup>. Su aplicación resultará pertinente, en consecuencia, cada vez que exista

87 Con anterioridad, sin embargo, el Tribunal Constitucional mostró una actitud claramente legitimadora de la evasión de las normas laborales mediante contratos civiles o mercantiles. Como muestra de ello pueden verse las sentencias citadas en W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato ...*, cit., pág. 22, nota 14.

88 Para una amplia muestra de esta jurisprudencia, vid. C. PUNTRIANO ROSAS y K. PASCO ARRÓSPIDE, "Reconocimiento del principio de primacía de la realidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Asesoría Laboral*, 2006, núm. 182, págs. 11-17.

89 El principio de primacía de la realidad se encuentra reconocido a nivel legislativo a través del artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de acuerdo con el cual "en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado".

90 Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 2000 (Ex Núm. 0991-2000-AA/TC. Caso Liberio Edmar Vidal contra Municipalidad Distrital de Nuevo Chimbote). Para ejemplos más recientes vid. las Sentencias de 5 de octubre de 2004 (Exp. Núm. 1869-2004-AA/TC. Caso Rosa Carmela Mariñas contra Municipalidad Distrital de Baños del Inca), y de 18 de marzo de 2005 (Exp. Núm. 1259-2005-AA/TC. Caso Oscar Eduardo Romero Ortiz contra Red Asistencial de Piura-EsSalud).

"discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos o contratos", conduciendo al juez constitucional a otorgar "preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos"<sup>91</sup>, sin que constituya inconveniente el hecho de que la Constitución no aluda a él.

Esta tesis de la proclamación de la consagración constitucional "implícita" de este principio puede ser, naturalmente, objeto de discusión. Pero no la circunstancia de que el establecimiento del carácter laboral o no de una determinada relación jurídica es una cuestión de indudable relevancia constitucional, en la medida en que de ella pende la atribución al sujeto de la titularidad de una amplia gama de derechos consagrados por la norma fundamental. Como tampoco resulta discutible que dicha determinación ha de hacerse atendiendo a criterios realistas, basados en la conducta efectivamente desplegada por los sujetos, cuando ésta contradice las afirmaciones contenidas en los documentos por ellos suscritos. El principio de primacía de la realidad es en estos casos, como se ha apuntado, "el instrumento de acceso a los derechos y beneficios laborales" consagrados por la Constitución<sup>92</sup>. Su aplicación posee, por ello, una indiscutible trascendencia desde la perspectiva constitucional. Y se encuentra plenamente justificada cada vez que la presunta desnaturalización de una relación de trabajo venga acompañada de la alegación de la vulneración de un derecho fundamental.

Los límites a la aplicación por la jurisprudencia constitucional de este principio vienen dados, si acaso, por las especiales características del instrumento procesal a través del cual se accede a ella. La falta de una etapa probatoria dentro del procedimiento de amparo determina, desde esta perspectiva, que el establecimiento del carácter laboral de la relación deba afrontarse casi de forma exclusiva a partir del estudio de las pruebas de carácter documental que puedan haberse acompañado a la demanda<sup>93</sup>. Esta limitación no parece, sin embargo, plantear demasiadas dificultades en buena parte de los supuestos sometidos a la consideración del Tribunal Constitucional, dado que la laxitud con la que hasta hace poco ha venido contemplándose el fenómeno del fraude laboral en el Perú determina que el uso de las modalidades de contratación civil sirva por lo general para encubrir situaciones en las que la existencia de una relación de trabajo salta

91 Por decirlo con las palabras empleadas por la Sentencia de 16 de julio de 2004. Exp. Núm. 0833-2000-AA/TC. Caso Nidio Calle Vilchez contra RENIBC.

92 Como afirma J. TOYAMA MIYAGUSUKU, "El principio de primacía de la realidad en las sentencias del Tribunal Constitucional", en AA.VV., *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pág. 48.

93 Conforme pone el acento, J. TOYAMA MIYAGUSUKU, op. ult. cit., pág. 54.

a la vista incluso a partir de la simple lectura de las estipulaciones contenidas en los contratos de tal naturaleza <sup>94</sup>.

## 2. La garantía del respeto de los derechos constitucionales de titularidad general o "inespecífica" en las relaciones de trabajo

El ordenamiento constitucional peruano es uno de los muy escasos a nivel comparado que incluye una cláusula expresa de afirmación de la eficacia de los denominados derechos constitucionales de titularidad general o "inespecífica" <sup>95</sup> en el ámbito de las relaciones de trabajo. Se trata del artículo 23 de la actual Constitución, a través el cual se proclama que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". Como se ha afirmado, ésta es una declaración lo suficientemente amplia como para asegurar la aplicación de la totalidad de los derechos consagrados por la norma fundamental, y además bastante precisa en cuanto a sus efectos, ya que proscrib, sin excepciones, toda limitación a ejercicio de los mismos establecida como contenido de una relación de trabajo o surgida en el seno de ésta <sup>96</sup>.

Pese a contar con el aval explícito de la norma constitucional, no es posible encontrar dentro de la legislación ordinaria normas que reconozcan a los trabajadores la titularidad de estos derechos <sup>97</sup>. Y menos aún preceptos que busquen asegurar su respeto efectivo, imponiendo para ello límites a los poderes empresariales capaces de afectarlos. La única excepción a esta falta de referentes legislativos explícitos está constituida por la caracterización del despido nulo contenida en el artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en la medida en que los motivos susceptibles de dar lugar al mismo –la afiliación sindical o la participación en actividades sindicales,

la elección o el ejercicio de funciones de representación, la presentación de quejas o reclamos, la discriminación, el embarazo y ser portador de VIH/SIDA– se vinculan todos, de una manera u otra, con la vulneración de algún derecho constitucional. Dicha lista, sin embargo, es taxativa y, por lo tanto, excluye de dicha calificación la lesión de cualquier otro derecho de la misma naturaleza no incluido en ella <sup>98</sup>. De allí que se haya señalado que, tal y como aparece configurado en la actualidad, el despido nulo no sólo "no permite la protección integral de los derechos fundamentales del trabajador" <sup>99</sup>, sino que acarrea "la indefensión de gran parte del bloque de la constitucionalidad laboral" <sup>100</sup>.

Esta notoria insuficiencia de la regulación estatal no ha podido ser colmada, por lo demás, a través de la negociación colectiva, a pesar de que no existen en principio inconvenientes formales para ello, debido a la situación de profunda debilidad en la que ésta ha quedado sumida luego de las reformas operadas en su régimen jurídico la década anterior. Así las cosas, que la declaración del artículo 23 de la Constitución tenga o no virtualidad efectiva en nuestras relaciones de trabajo ha terminado por depender exclusivamente del celo que puedan demostrar las instancias judiciales a la hora de proceder a la aplicación directa de este mandato. Y muy especialmente de la labor del Tribunal Constitucional, en tanto que garante último del respeto de la norma fundamental.

Pues bien, dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es difícil encontrar declaraciones de carácter general que afirman la plena eficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares. Incluyendo dentro de éstas últimas, naturalmente, a las de trabajo. Sirva como muestra de ello la Sentencia de 13 de marzo de 2003 <sup>101</sup>, en la que se señala que "esta eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1 de la Constitución de 1993", añadiéndose que "se trata además de una consecuencia que se deriva (...) del propio artículo 38 de la Constitución, según el cual 'todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)'", en la medida

94 Vid. por ejemplo los supuestos contemplados en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 4 de agosto de 2004 (Exp. Núm. 1116-2002-AA/TC. Caso Pablo Gregorio Gonza Tito contra Municipalidad Distrital de Surquillo), y de 10 de septiembre de 2004 (Exp. Núm. 2493-2004-AA/TC. Caso Marco Néstor Bemilla Castillo contra Entidad Prestadora de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Lambayeque).

95 En la terminología acuñada por M.-C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales ...*, cit., págs. 31 y sigs., el cual alude a ellos como "derechos del ciudadano trabajador" que éste "ejercita como trabajador ciudadano".

96 C. BLANCAS BUSTAMANTE, "El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional", en AA.VV., *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pág. 96.

97 Como destaca J. C. CORTÉS CARCELÉN, "Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional", en AA.VV., *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, págs. 64-65, 96, afirmando la importancia de este tipo de declaraciones, a pesar de la eficacia inmediata de la norma fundamental, para la consolidación de los derechos en cuestión.

98 Conforme indica C. BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho Laboral Peruano*, Lima, Ara Editores, 2002, pág. 315, "el efecto concreto de la enumeración legal" consiste "en reservar la declaración de nulidad únicamente a la lesión de los derechos constitucionales comprendidos en ella, excluyendo, por tanto, que ésta pueda extenderse, en forma general, a toda violación de los derechos fundamentales que opere efectivamente como motivo real del despido".

99 Nuevamente, C. BLANCAS BUSTAMANTE, "El despido lesivo ...", cit., pág. 100.

100 E. ARCE ORTÍZ, *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*, Lima, FUCP, 1999, pág. 213.

101 Exp. Núm. 976-2001-AA/TC. Caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú.

en que este precepto “establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones de los particulares con el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares”. La “fuerza normativa de la Constitución” se proyecta, de este modo, también a las relaciones “establecidas entre particulares, por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional”. En suma, “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico –incluidos los referidos a la materia laboral– pues ellos forman parte del orden público constitucional”.

Estas afirmaciones del Tribunal Constitucional son lo suficientemente claras y enfáticas como para no dar lugar a ningún tipo de dudas sobre el convencimiento del supremo intérprete de la Constitución en torno al “efecto horizontal” de los derechos por ella consagrados. No obstante, una vez admitida la vigencia de los derechos constitucionales no específicamente laborales en este ámbito, el siguiente problema a resolver es el de su compatibilización con las obligaciones libremente asumidas por el trabajador a través del contrato de trabajo y especialmente con el desenvolvimiento de los poderes empresariales a los que el mismo se encuentra sujeto como consecuencia de su celebración. ¿En qué medida dichas obligaciones y el sometimiento a los poderes patronales de que ellas se derivan son capaces de justificar algún tipo de limitación de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución? o ¿en qué medida ocurre a la inversa, pudiendo más bien los derechos constitucionales servir para modular el contenido de dichas obligaciones y poderes?

Esta es una cuestión a la que, como reconoce con carácter general el Tribunal Constitucional en la sentencia antes mencionada, sólo es posible responder “caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad”, toda vez que “con frecuencia existen justificaciones para la realización de conductas o actos de los privados que no podrían aducirse nunca respecto de los actos emanados de órganos estatales”. No obstante, el punto de partida de su aproximación al problema viene dado, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución, por una clara toma de postura en favor de la prevalencia de los derechos constitucionales del trabajador sobre los intereses empresariales en caso de conflicto entre ambos. Una prevalencia que sólo es capaz de ceder en supuestos excepcionales, cuando existan motivos fundados vinculados con la tutela de otro derecho consagrado por la Constitución así lo justifiquen. Este punto de vista está presente, entre otras, en la Sentencia de 11

de julio de 2002<sup>102</sup>, donde el supremo intérprete de la Constitución no tiene inconveniente en afirmar que, si bien el empleador dispone de las “potestades empresariales de dirección y organización”, éstas “deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales” del trabajador. “En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular el Derecho Constitucional, se proyecta en sentido tuitivo” del trabajador. “Las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden”, en virtud de ello, “vaciar de contenido los derechos del trabajador” ni “devenir en una forma de ejercicio irrazonable”, como por lo demás se desprende del artículo 23 de la Constitución, cuando precisa “que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador”<sup>103</sup>.

Esta opción favorable a la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador no se ha quedado, por lo demás, en meras declaraciones generales. Antes bien, ha tenido traducción práctica a través de la solución de casos concretos. Aunque éstos no han sido demasiados, si han sido significativos, tanto por la trascendencia de los derechos constitucionales implicados como por la firmeza de la posición adoptada por el Tribunal Constitucional en su defensa. De allí que convenga prestar atención por separado, aunque sea brevemente, a cada uno de ellos.

El Tribunal Constitucional ha resuelto conflictos en torno a la aplicación de derechos constitucionales de titularidad general al ámbito de las relaciones de trabajo en los tres supuestos que se resumen a continuación:

- Sentencia de 10 de julio de 2002<sup>104</sup>, en la que se discute “si la sanción disciplinaria” impuesta a un servidor público por las expresiones críticas sobre la actuación de la entidad para la que laboraba, vertidas con ocasión de una entrevista radial concedida en su condición de representante sindical, “afecta

102 Exp. Núm. 1124-2001-AA/TC. Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL contra Telefónica del Perú, citada ya.

103 Esta misma tesis se expresa en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de agosto de 2004 (Exp. Núm. 1058-2004-AA/TC. Caso Rafael Francisco García Mendoza contra SERPOST), del modo siguiente: “aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23 de nuestra norma fundamental contempla expresamente que ‘ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador’. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos”.

104 Exp. Núm. 1058-2004-AA/TC. Caso Rafael Francisco García Mendoza contra SERPOST, citada en la nota anterior.

o no su libertad de expresión e información" garantizada por el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución. Para resolver este supuesto, el Tribunal Constitucional parte de admitir que el legislador puede imponer límites al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de las "relaciones especiales de sujeción bajo las que se encuentran determinados individuos", como ocurre precisamente en el caso de los servidores públicos, respecto de los cuales se prevé la obligación de contar con autorización de su superior jerárquico para ejercerlas. No obstante, en la medida en que esos límites "tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública", su aplicación "para sancionar administrativamente a un servidor público sólo puede justificarse en la medida en que, con el ejercicio de las libertades informativas, se haya comprometido los intereses públicos". Ello supone que "sólo está prohibido difundir a la opinión pública aquellas actividades que pongan en riesgo el cumplimiento constitucionalmente adecuado de las funciones de la Administración y los principios que informan la relación de trabajo entre el empleador y el trabajador". Cosa que no ha ocurrido, entiende la sentencia, en el caso subjuice, en la medida en que "lo informado por el actor no pone en riesgo el normal cumplimiento de las funciones de la emplazada y/o el correcto ejercicio de sus potestades" ni "compromete el principio de jerarquía"<sup>105</sup>. En consecuencia, las limitaciones aludidas "no pueden interpretarse" de forma tal que los trabajadores "se vean silenciados en el reclamo de sus derechos" o en la denuncia de "malos manejos administrativos". El uso de la libertad de expresión como "instrumento de presión" y "como instrumento de denuncia" sindical<sup>106</sup> queda, de este modo, plenamente legitimado.

- Sentencia de 10 de agosto de 2002<sup>107</sup>, vinculada con el ejercicio de la "libertad de conciencia y de religión" reconocida por el artículo 2, inciso 3, de la Constitución. El conflicto se origina por la exigencia del demandante de que "se le exima del cumplimiento de una orden dictada por su empleadora

<sup>105</sup> El Tribunal relata aquí que "el demandante se limitó a exponer las razones por las que consideraba ilegal que se someta al personal de salud a una evaluación personal, así como a declarar sobre las represalias de las que había sido objeto el Secretario General del Sindicato, la realización de una próxima asamblea del Sindicato, denuncias sobre malos manejos económicos, el cuestionamiento del nombramiento de una funcionaria pública en la Dirección de la Subregión, las irregularidades que se habrían cometido en una inspección de trabajo, así como el incumplimiento de ciertas resoluciones administrativas".

<sup>106</sup> A los que aluden C. MOLINA NAVARRETE y S. OLARTE ENCABO, "Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Relaciones Laborales, 1999, T. II, pág. 370.

<sup>107</sup> Exp. Núm. 0895-2001-AA/TC. Caso Lucio Valentín Rosado Adanaque contra EsSalud.

(asistir a laborar los días sábados) en razón de que su confesión religiosa no le permite obedecerla". Para el Tribunal Constitucional este caso constituye un supuesto claro de ejercicio del "derecho a la objeción de conciencia", comprendido dentro de la libertad de conciencia, en la medida en que se está ante la pretensión del actor de que se le libere del acatamiento de "una obligación cuya exigencia riñe con los dictados de la conciencia o religión que profesa". De esta consideración no se deriva, sin embargo, la declaración sin más de la legitimidad de la negativa a acatar la orden, toda vez que "la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción". Y, como tal, su procedencia "debe ser declarada expresamente en cada caso". Esta observación parecería llevar el razonamiento del Tribunal Constitucional a un punto muerto. O a una imperiosa necesidad de definición. No obstante, éste encuentra en las circunstancias del caso un elemento que le permitirá eludir tan decisivo pronunciamiento: "la emplazada tenía pleno conocimiento de la confesión religiosa del recurrente, razón por la que se puede presumir con razonable objetividad que éste fue el motivo por el que no se le programó en las jornadas laborales de los días sábados durante los años 1999 y 2000". Esta constatación le permite dar un giro radical al razonamiento: "si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera a cambiar de decisión". O, en todo caso, la demandada no las ha aportado, al hacer apenas una "vaga referencia" a "razones de necesidad institucional", cuando el "carácter de derecho fundamental derivado del principio de dignidad humana" hacía preciso que se observase aquí "un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio". La "objeción de conciencia" del recurrente respecto del "deber de asistir a laborar los días sábados" encuentra de tal forma "fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente".

- Sentencia de 18 de agosto de 2004<sup>108</sup>, donde se ventila la constitucionalidad de una presunta vulneración de los derechos constitucionales a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas reconocidos por los incisos 7

<sup>108</sup> Exp. Núm. 1058-2004-AA/TC. Caso Rafael Francisco García Mendoza contra SERPOST, ya citada.

y 10 del artículo 2 de la Constitución, ocurrida en el marco de un procedimiento disciplinario. El conflicto se deriva de la decisión del empleador de abrir y revisar desde uno de los terminales situados en la sede de la empresa los correos electrónicos recibidos por un trabajador, sin el consentimiento y en ausencia de éste, con el fin de comprobar cómo entre ellos se encontraban algunos de contenido pornográfico que le habían sido dirigidos por el demandante de amparo, que es despedido como consecuencia de ello. Para el Tribunal Constitucional, la solución de la controversia pasa aquí por determinar "si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad" o si, por el contrario "existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno a los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable". La sentencia se inclina por esta segunda opción por considerar que cuando las facilidades técnicas o informáticas otorgadas al trabajador para desarrollar su labor "suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal", toda vez que se trata de "condiciones laborales referidas a derechos fundamentales". En consecuencia, "por más que el soporte de esas comunicaciones pertenezca a la empresa", ésta no puede "arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos". Ahora bien, establecido lo anterior, el hecho de que el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución reconozca el derecho de toda persona a que sus comunicaciones no sean abiertas sino mediante mandato judicial conduce al Tribunal Constitucional a entender que, si bien en casos como estos el empleador puede hacer uso de su poder fiscalizador para "comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado", ha de respetar necesariamente "limitaciones establecidas" para ello "por la Constitución". En concreto, "si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial", ya que así lo impone la misma de manera expresa. Frente a ello, la demandada "ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que obviamente no está permitido por la Constitución".

Las citas han sido extensas, pero seguramente necesarias para poner de manifiesto cómo el Tribunal Constitucional ha optado por garantizar la aplicación

efectiva de los derechos fundamentales sujetos a cuestionamiento a pesar de que en ninguno de los supuestos examinados existía una norma de rango legal que de manera expresa legitimase la pretensión del trabajador. Los derechos fundamentales han operado, así pues, como fuente de integración del régimen jurídico de las relaciones de trabajo, imponiéndole límites que no se encontraban previstos por él. De aquí a reconocer la "doble vertiente" de los derechos fundamentales, como generadores de un "deber negativo de respeto", susceptible de imponer "efectivos límites al ejercicio del poder de dirección", y, a la vez, como "fuente de deberes positivos o preactivos de protección o prestación", capaces de permitir una "integración normativa del contenido obligacional del contrato de trabajo" 109, existe todavía un trecho. No obstante, el Tribunal parece haber empezado a recorrerlo en la segunda de las sentencias citadas, en la medida en que ésta supone, como se ha puesto de manifiesto, "un paso importante" para reconocer "que es deber del empleador organizar el trabajo, de tal modo, que la relación laboral no limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador" 110.

Conviene no perder de vista, de todas formas, que el Tribunal Constitucional ha contado en los tres casos examinados con la inestimable ayuda de las características del caso concreto. Así, en el primero de ellos, debe tenerse presente la decisiva influencia que ha tenido para su solución favorable el hecho de que el empleador sea una entidad pública. Como apunta con insistencia la doctrina, cuando concurre el carácter público del empleador "la relevancia o interés público de la información pasa a primer plano y determina una extensa ampliación de los límites legítimos del ejercicio" de las libertades de expresión e información 111. Naturalmente, la situación no hubiera sido la misma de tratarse de un empresario privado, ya que entonces resulta preciso tener en cuenta "otros intereses" igualmente atendibles, relacionados con su condición de titular de una organización de medios dirigida a la producción de bienes o la prestación de servicios para el mercado, como la salvaguardia de su imagen

109 En la línea con lo postulado por C. MOLINA NAVARRETE y S. OLARTE ENCABO, "Los derechos de la persona ...", cit., pág. 367.

110 L. BACHECO ZERGA, "Los derechos fundamentales del trabajador en la jurisprudencia constitucional, en AA.VV., Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pág. 84.

111 Como apunta C. ORTIZ LALLANA, "Derechos fundamentales y relación laboral", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998, núm. 13, pág. 47., a partir de la experiencia del Tribunal Constitucional español. En la misma dirección vid. también, con mayor amplitud, S. DEL REY GUANTER, "Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional", en M. R. ALARCÓN CARACUEL (Coordinador), Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional), Madrid, M. Pons, 1992, págs. 76-82.

comercial, la defensa de la seguridad o la tutela de su posición competitiva <sup>112</sup>. El Tribunal Constitucional se habría visto, en consecuencia, en la necesidad de llevar a cabo un delicado juicio de ponderación con el fin de establecer si la limitación de los derechos de palabra del trabajador encontraba o no justificación en la protección de los intereses empresariales, amparados por la libertad de empresa <sup>113</sup>.

Del mismo modo, en el segundo supuesto, el hecho de que el empleador hubiese accedido previamente a llevar a cabo una adecuación del régimen de trabajo a las exigencias derivadas del ejercicio de la libertad religiosa permite al Tribunal resolver la controversia de manera favorable para el trabajador sin tener que imponer al primero una alteración del marco contractual inicial <sup>114</sup>. Una solución sin duda posible sobre la base de entender que el respeto de los derechos fundamentales exige al empleador no sólo no entorpecer su libre ejercicio, sino también facilitarlos, al menos cuando ello no constituya un elemento de quebranto de la organización productiva <sup>115</sup>. Pero a la que no siempre ha accedido la jurisprudencia constitucional a nivel comparado <sup>116</sup>.

112 De acuerdo con las observaciones de F. VALDÉS DAL-RÉ, "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador", en Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro de Informes Generales, Montevideo, 2003, págs. 143-144.

113 Nuevamente F. VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., pág. 144.

114 Como apunta J. C. CORTÉS CARCELÉN, "Los derechos inespecíficos laborales...", cit., la situación "sería diferente" si el trabajador "no hubiera tenido ese régimen, en tanto recién nos preguntaríamos sobre la posibilidad de hacer compatible la objeción de conciencia del trabajador y las facultades del empleador".

115 Como he tenido la ocasión de sustentar, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en W. SANGUINETI RAYMOND, "Derechos fundamentales de titularidad general o inespecífica y contrato de trabajo en la jurisprudencia del tribunal constitucional español", Foro Jurídico, 2002, núm. 2, pág. 228. Se trataría, así pues, de aplicar la doctrina de origen norteamericano del "deber de acomodación razonable" de la organización productiva al ejercicio del derecho fundamental, de la que da cuenta S. DEL REY GUANTER, "Contrato de trabajo...", cit., págs. 48-50. Con todo, en opinión de S. SANTOS LOYOLA, "La objeción de conciencia laboral por creencias religiosas y la exigencia de una 'acomodación razonable' ante un eventual conflicto con el ius variandi del empleador. Reflexiones a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional", Derecho y Sociedad, 2002, núm. 23, pág. 85, el "juicio de la acomodación razonable" se encuentra implícito en el análisis del Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de comentario.

116 Dentro de la jurisprudencia constitucional española, bien que no reciente, es posible encontrar un supuesto prácticamente idéntico al examinado por nuestro Tribunal Constitucional, que mereció una respuesta negativa por parte de su homólogo español. Se trata del contemplado por la Sentencia 19/1985, de 13 de febrero, en el que se examina el caso de una trabajadora convertida a la Iglesia Adventista del Séptimo Día a la que fue denegada una solicitud de cambio en el turno de trabajo dirigida a compatibilizar su actividad laboral con el precepto que prohíbe trabajar en sábado, razón por la que abandonó su puesto de trabajo y fue despedida. Para fundamentar la inexistencia de lesión de la libertad religiosa, el Tribunal Constitucional español indica aquí que "partiendo del régimen de jornada establecida con carácter general para la empresa, el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario". Como es fácil de apreciar, la única diferencia con el caso que nos ocupa radica en que aquí el empleador no había mostrado antes tolerancia con dicha práctica. Otro supuesto de este tipo, objeto de una respuesta igualmente negativa, es el contemplado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1989, de 17 de julio, referida esta vez a la compatibilización del turno de trabajo con el ejercicio del derecho a la educación.

Finalmente, el burdo proceder del demandado, que irrumpe sin ninguna cautela en el ámbito de las comunicaciones privadas del trabajador, facilita también la decisión del Tribunal Constitucional contraria a cualquier tipo de intervención en ese ámbito que no venga autorizada judicialmente que se observa en el tercer supuesto. A nivel doctrinal, sin embargo, se pone de manifiesto la necesidad de buscar, en supuestos como los descritos, un cierto equilibrio entre el derecho del trabajador a la reserva de las comunicaciones que emite desde la empresa contando con la tolerancia del empleador y el legítimo interés de éste de controlar el adecuado desarrollo de la prestación laboral. Una necesidad que puede hacer aconsejable admitir "una cierta apertura de la intimidad del trabajador en la empresa" <sup>117</sup> que permita al empleador, en casos debidamente justificados, ejercer también sus facultades de control en dicho ámbito, siempre que esta actividad se lleve a cabo atendiendo a un criterio de "indispensabilidad o estricta necesidad" <sup>118</sup> y utilizando además "métodos de control respetuosos con los derechos fundamentales" del trabajador <sup>119</sup>.

A la luz de estas consideraciones, cabe preguntarse qué hubiera sucedido si en lugar de haber sido una entidad pública la que sancionó al representante sindical que ejerció la libertad de expresión se hubiese tratado de una empresa privada, si el empleador no hubiera tolerado antes la negativa del trabajador a laborar los sábados en atención a sus convicciones religiosas, o si se hubiese tomado conocimiento del uso abusivo del correo electrónico a través de un procedimiento menos intrusivo.

Naturalmente, no es posible saberlo. No obstante, el punto de partida de garantía de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en la relación laboral adoptado por el Tribunal Constitucional, así como la consideración por parte de éste de la introducción de limitaciones a los mismos como una situación excepcional, permiten aventurar que la respuesta, favorable o no a las pretensiones de los demandantes de amparo, hubiera sido en todo caso respetuosa de sus derechos fundamentales.

117 B. CARDONA RUBERT, "Relaciones laborales y tecnologías de la información y comunicación", Datospersonales.org, 2006, pág. 6.

118 En función del cual, como apunta J. L. GOÑI SEIN, "El control sobre los sistemas de comunicación de los trabajadores: el correo electrónico e internet", original inédito, pág. 8, "la intervención del correo electrónico sólo se considerará legítima cuando sea necesaria y no haya otra alternativa y sea, además, proporcionada en el sentido de que no cause más perjuicios que beneficios".

119 Nuevamente, B. CARDONA RUBERT, op. cit., poniendo como ejemplos "la medición del volumen de tráfico, generado en relación a la tarea desarrollada; la utilización de sistemas de detección de determinadas palabras de diversa índole; la adjudicación de una doble cuenta de correo, una a uso estrictamente profesional, otra a uso personal", añadiendo que de lo que se trata es de, "en definitiva, realizar un esfuerzo imaginativo que permita conciliar los intereses de ambas partes".

### 3. Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tutela de la salud: una visión integradora

A diferencia de su precedente de 1979, el artículo 25 de la actual Constitución no sólo fija una duración máxima para la jornada ordinaria de trabajo atendiendo a un módulo diario (ocho horas) y otro semanal (cuarenta y ocho horas), sino que autoriza la realización de las denominadas "jornadas acumulativas o atípicas", condicionándolas al requisito de que "el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente" no supere "dicho máximo".

La incorporación al texto de artículo 25 de esta autorización estuvo dirigida a convalidar la legalización de este tipo de jornadas llevada a cabo durante la vigencia de la Constitución anterior, poniendo fin a las acusaciones de que la misma no se ajustaba a lo dispuesto por el artículo 44 de ésta, que no tenía prevista la posibilidad de ponerlas en práctica <sup>120</sup>. La ratificación de la validez de este tipo de jornadas se produjo, de todas formas, de manera deficiente, al no fijar la nueva Constitución, como hubiera sido deseable, ningún tipo de límite al "período" dentro del cual debía efectuarse el cómputo del indicado máximo <sup>121</sup>, con la consiguiente posibilidad de que, mediante su prolongación más allá de lo razonable, pudiera terminarse por vaciar de contenido el mandato constitucional.

En cualquier caso, si algo parece evidente de acuerdo con la redacción actual del precepto es que las jornadas acumulativas o atípicas que tengan como período de cómputo la semana y no rebasen dentro de ella las cuarenta y ocho horas de trabajo no resultan cuestionables desde la perspectiva del mismo. Es más, de hecho así tuvo la ocasión de declararlo inicialmente el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 27 de septiembre de 2002 <sup>122</sup>, en relación con la aplicación en la actividad minera de una distribución irregular del tiempo de trabajo semanal que combinaba doce horas diarias de labor durante cuatro días seguidos con tres de descanso (sistema 4 X 3).

Esta conclusión, sin duda inobjetable desde el punto de vista formal, se ha visto alterada, sin embargo, con posterioridad. En efecto, en su Sentencia de 17 de abril de 2006 <sup>123</sup>, en la cual se examinaba un conflicto de similar naturaleza

120 Vid. en esta dirección J. TOYAMA MIYAGUSUKU, "Los derechos laborales en las constituciones ...", cit., pág. 23.

121 Como observaron entonces C. BLANCAS BUSTAMANTE, "Las normas laborales ...", cit., pág. 137; y J. ZABALA COSTA, "Remuneraciones y jornada de trabajo", Asesoría Laboral, 1994, núm. 13, 23.

122 Exp. Núm. 1396-2001-AA/TC. Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Perú Copper Corporation.

123 Exp. Núm. 4635-2004-AA/TC. Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Perú Copper Corporation.

entre las mismas partes, el propio Tribunal Constitucional ha optado por declarar que ese sistema organización del trabajo resulta incompatible con la Constitución.

¿Cuál ha sido la razón de este, sin duda sorprendente, cambio de criterio?

Desde luego no la adopción por dicho órgano jurisdiccional de una lectura distinta del artículo 25, que de forma clara e indubitable habilita esa forma de distribución del tiempo de trabajo. Las razones del cambio hay que buscarlas más bien, como apunta la propia sentencia, una alteración del "parámetro constitucional" utilizado para la valoración de la misma. En concreto, frente al empleado en la primera de las sentencias citadas, basado en la contemplación aislada del tenor literal del artículo en cuestión, la segunda se inclina por llevar a cabo una valoración de la modalidad atípica de jornada objeto de cuestionamiento a la luz del entero sistema de derechos y valores contemplado por la norma fundamental. Y teniendo en cuenta además la particular realidad socio-laboral dentro de la cual la misma es aplicada. Es este decisivo "viraje metodológico" el que conducirá al Tribunal Constitucional a adoptar una conclusión opuesta a la que llegó en su primera aproximación al problema.

El punto de arranque de este nuevo enfoque del problema viene marcado por la adopción, como fundamento del parámetro constitucional a emplear para la solución del caso, del principio de dignidad de la persona recogido por el artículo 1 de la Constitución. En opinión del Tribunal Constitucional, este principio no sólo actúa como fundamento del reconocimiento de todos los derechos constitucionales, sino que irradia su eficacia sobre todos ellos, exigiendo que sean interpretados y aplicados de manera que se garantice siempre "la máxima eficacia en la valoración del ser humano". Que la dignidad de la persona sea, según se lee en la sentencia, el principio "a la luz del cual se resolverá el caso" nos alerta ya sobre el camino que pretende recorrer el Tribunal.

La dignidad, entendida como exigencia de "un tratamiento concorde en todo momento con la naturaleza humana", posee un "valor absoluto" dentro del ordenamiento jurídico, en la medida en que opera como fundamento último de éste. De allí que deba entenderse que "ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre" <sup>124</sup>. Es decir, la dignidad

124 En palabras de F. FERNÁNDEZ SEGADO, "La dignidad ...", cit., págs. 213 y 216.

constituye “un ‘mínimum invulnerable’ que todo estatuto debe respetar”, de forma tal que, “sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales”, éstas no podrán nunca conllevar “menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”<sup>125</sup>. Trasladadas estas ideas al caso, no tienen sino una traducción: si resulta posible establecer que la jornada objeto de examen afecta la dignidad de la persona, no será compatible con la Constitución, por más que pueda entenderse que el artículo 25 la autoriza, ya que ningún derecho, ni menos aún precepto, de la Constitución puede ser ejercido o aplicado “conculcando la dignidad de otro ser humano”<sup>126</sup>.

Pues bien, dicho lo anterior, la pregunta clave no es otra que la siguiente: ¿puede entenderse que el sistema de jornada 4 X 3 afecta a la dignidad de los trabajadores que lo llevan a cabo?

Para responder a esta pregunta el Tribunal Constitucional opta por llevar a cabo una valoración de dicho sistema a partir del específico “contexto en el que se desarrolla el trabajo en el sector minero en el Perú” y teniendo en cuenta su compatibilidad, no directamente con el artículo 25 de la Constitución, con el que no plantea conflicto alguno, como se ha visto, sino con otros derechos consagrados por norma fundamental, los cuales constituyen igualmente “concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana” y deben por tanto ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo dicho examen. En concreto, los derechos “al disfrute del tiempo libre y al descanso” y “a la protección de la salud”, consagrados por los artículos 2, inciso 22, y 7 de la Constitución.

El resultado de este análisis es la apreciación de la manifiesta incompatibilidad del régimen de jornada considerado con ambos derechos. En este sentido, el Tribunal Constitucional entiende que, “atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros”, que se concretan en “un despliegue mayor de fuerza física, esto es, doce horas durante cuatro días seguidos y en algunos casos hasta cinco días, en un contexto de alto riesgo para su salud, de trabajo físico a más de 3,500 m.s.n.m., de alimentación deficiente y mayor exposición a los polvos minerales, con el consiguiente deterioro de la esperanza de vida”, “la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal

125 Nuevamente, F. FERNÁNDEZ SEGADO, op. cit., págs. 216-217.

126 Una vez más, F. FERNÁNDEZ SEGADO, op. cit., pág. 233.

razonable”<sup>127</sup>. “La jornada laboral de doce horas diarias seguidas”, sobre la cual pivota el sistema de trabajo cuestionado, debe ser considerada, en consecuencia, “incompatible con los derechos mencionados”.

El sistema de trabajo impugnado termina, así pues, por resultar contrario a la Constitución, pese a no colisionar de forma directa con el precepto que de manera directa regula la materia, en la medida en que “afecta a la dignidad de las personas” y constituye “una amenaza para el derecho a la vida de los trabajadores mineros”, para los que conlleva “una acelerada disminución de la esperanza de vida”. El contenido del artículo 25 de la Constitución queda, de este modo, redefinido a la luz de los artículos 1, 2 inciso 22 y 7 de la misma, debiéndose entender que en ningún caso las jornadas acumulativas o atípicas que autoriza pueden tener unas características tales que, teniendo en cuenta las específicas condiciones en las que se desarrollan las labores en la actividad de la que se trate, afecten o pongan en peligro los derechos al descanso y a la vida y protección de la salud de los trabajadores que las llevan a cabo.

Esta sentencia constituye hasta el momento la muestra más acabada de la manera como la contemplación de los derechos laborales, no aisladamente sino dentro del entero marco constitucional y a la luz de los valores que lo informan, es capaz de contribuir de manera decisiva a la salvaguardia de los objetivos de tutela de la persona y de la dignidad que le es inherente que se encuentran en la base misma de la existencia del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma. Con todo, no es la única, conforme se podrá comprobar a continuación.

#### 4. La reformulación de la noción de despido arbitrario

La sustitución del derecho del trabajador a no ser despedido sino “por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”, contenido en el artículo 47

127 El Tribunal abunda en estas consideraciones en otro apartado de la sentencia, en el que se afirma que “para este Colegiado son manifiestas las especiales condiciones de riesgo para la salud y la seguridad que comporta el trabajo en las minas del Perú y que indudablemente no se dan en otros sectores laborales de nuestro país. En efecto, las condiciones laborales descritas para el trabajo en las minas, entre las que destacan la labor en altura (esfuerzo físico mayor), horario de trabajo diario por encima del máximo ordinario (8 horas), que requiere también más trabajo físico e impide un descanso diario adecuado, aunadas a una dieta alimentaria deficiente y a una exposición permanente a sustancias tóxicas (acumulación de polvos minerales en los pulmones), que determina una mayor predisposición a contraer alguna de las 30 enfermedades profesionales a las que están expuestos los trabajadores mineros, constituyen factores de riesgo que reducen ostensiblemente su esperanza de vida”. Aunque la cita ha sido larga, bien vale la pena en la medida en que, a la vez que permite poner de manifiesto con mayor amplitud la delicada situación con la que ha tenido que enfrentarse el Tribunal, es una muestra de la especial sensibilidad y el criterio humanista con los que se ha aproximado a ella.

de la Constitución de 1993, por el encargo al legislador de otorgarle "adecuada protección contra el despido arbitrario", al que alude el artículo 27 de la vigente, constituye sin lugar a dudas la reforma medular operada en el ámbito de las relaciones de trabajo como consecuencia del cambio constitucional.

Las diferencias entre ambos preceptos son evidentes, tanto en lo que afecta a su grado de imperatividad, inmediata en el primero y diferida en el segundo, como en cuanto a su contenido. Aún así, como se encargarían de poner de manifiesto ya los primeros comentaristas del texto, el artículo 27 de la nueva Constitución comparte con su precedente un rasgo fundamental: la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad resolutoria del contrato de trabajo y la consiguiente consideración del despido basado exclusivamente en ella con un acto ilícito, carente del respaldo del ordenamiento jurídico<sup>128</sup>. El despido *ad nutum*, es decir fundado en la sola voluntad extintiva del empleador, encuentra, de este modo, un expreso rechazo dentro del texto constitucional, que parte más bien de configurar al mismo como una institución causal<sup>129</sup>. El contraste entre las dos disposiciones radica más bien en que, mientras la primera condiciona de manera directa la validez del despido al cumplimiento de esa exigencia de causalidad, imponiendo de tal modo la readmisión como reparación necesaria frente a su vulneración<sup>130</sup>, la segunda deja al arbitrio del legislador la determinación del contenido de dicha protección, sometiénola únicamente a la exigencia de que sea "adecuada".

La existencia de esta remisión fue interpretada, desde un inicio y de manera unánime, como portadora de una autorización implícita al legislador para optar entre un sistema de estabilidad "real" o "absoluta", en el que la tutela frente al despido sin causa se articula en torno a la privación a éste de efectos y la imposición al empleador de la readmisión del trabajador en el puesto de trabajo que venía ocupando, u otro de estabilidad "obligatoria" o "relativa", a través del cual se admite que dicho acto pueda surtir efectos siempre que se abone al trabajador una indemnización que compense la pérdida injusta del empleo que

sufre<sup>131</sup>. Y también como una expresa convalidación de las sucesivas regulaciones del despido llevadas a cabo en los años noventa con el fin de estrangular cada vez más el espacio de la readmisión en el empleo<sup>132</sup>. Incluida la actualmente vigente, introducida en 1995 por la Ley 26513, que eliminó la posibilidad de que los trabajadores puedan exigir su reposición en los supuestos de despido arbitrario y la reservó exclusivamente para los casos de despido nulo por vulneración de determinados derechos constitucionales<sup>133</sup>.

La noción de despido arbitrario presente en el actual artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad laboral contiene, sin embargo, un elemento cuyo encaje dentro de la concepción causal del despido que inspira el artículo 27 de la Constitución resulta, por decir lo menos, problemático. En efecto, de acuerdo con dicho precepto, el cese del trabajador puede ser considerado arbitrario "por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio". Esto supone que la noción de despido arbitrario abarca dos hipótesis claramente distinguibles: a) el despido sin expresión de causa, sea éste verbal, escrito o producido a través de hechos concluyentes; y b) el despido con indicación de causa que no se consigue acreditar judicialmente. Pues bien, como salta a la vista, de estos dos supuestos sólo el segundo se adecua sin dificultades a la exigencia de constitucional causalidad del despido. El primero, en cambio, se configura claramente como un supuesto de despido libre, *ad nutum* o *incausado*<sup>134</sup>. Lo coherente con la norma fundamental hubiera sido, por ello, que esta hipótesis fuese objeto de una sanción distinta y más severa que la del simple abono de una indemnización, a través de su configuración como un supuesto de despido nulo capaz de abrir las puertas a la readmisión del trabajador. Al no haber sido así, el legislador dejó abierto un importante espacio para el ejercicio sin alegación de causa de la facultad resolutoria empresarial. Es decir, para el funcionamiento en la práctica de un sistema de "despido libre y sin causa", bien que indemnizado<sup>135</sup>.

128 Sobre la que pone el acento C. BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido ...*, cit., pág. 117.

129 Vid., coincidiendo con este punto de vista en torno a los alcances del precepto, además del autor citado en la nota anterior, J. C. CORTÉS CARCELÉN, "Flexibilidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión unilateral del empleador", en AA.VV., *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo núm. 124, 2000, pág. 169; J. NEVES MUJICA, "Los derechos y principios ...", cit., pág. 47; y L. VINATEA RECOBA, "El derecho de estabilidad laboral en la nueva Constitución", *Asesoría Laboral*, 1994, núm. 37, pág. 19, indicando que aquí "es la propia Constitución la que reconoce que el negocio bilateral laboral no puede ser resuelto unilateral y arbitrariamente por el empleador".

130 Vid. W. SANGUINETI RAYMOND, "El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana", en J. NEVES MUJICA (Director), *Trabajo y Constitución*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1989, págs. 120 y sigs.

131 Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, "Las normas laborales ...", cit., pág. 9; M. CARRILLO CALLE, "La flexibilización ...", cit., pág. 76; R. MARCENARO FRERS, *El trabajo ...*, cit., pág. 170; J. NEVES MUJICA, "Los derechos y principios ...", cit., pág. 47; M. PASCO COSMÓPOLIS, "El trabajo ...", cit., pág. 31; y J. TOYAMA MIYAGUSUKU, "Los derechos laborales ...", cit., pág. 28.

132 Para una síntesis de esta evolución, vid. J. C. CORTÉS CARCELÉN, "Flexibilidad en la terminación ...", cit., págs. 166-167.

133 En este sentido, por todos, J. TOYAMA MIYAGUSUKU, "Los derechos laborales ...", cit., pág. 26: "la Ley de Fomento del Empleo - hoy Ley de Productividad y Competitividad Laboral - no transgredió la Constitución, en la medida en que prevé, como regla general, el pago de una indemnización ante un despido arbitrario. Finalmente, se cumple lo dispuesto en la Constitución al regular un tipo de protección a los trabajadores despedidos arbitrariamente".

134 Como pone de manifiesto C. BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido ...*, cit., pág. 133.

135 Según lo califica A. CIUDAD REYNAUD, "Efectos de la flexibilización del Derecho Individual del Trabajo sobre las relaciones colectivas en el Perú", en V. FERRO DELGADO (Coordinador), *Balance de la reforma laboral peruana*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, pág. 256.

Esta manifiesta laxitud permitiría un uso perverso del precepto, por completo ajeno a la lógica constitucional. Fue así como, al amparo de una lectura del mismo como consagratorio de la potestad del empleador de extinguir el contrato de trabajo sin expresión de causa, se multiplicaron desde mediados de los años noventa los supuestos de empleo desviado de la facultad resolutoria empresarial mediante el recurso a procedimientos diversos, todos caracterizados por su manifiesta arbitrariedad: despidos de hecho, despidos formulados por escrito pero sin expresión de causa o con expresión de causas notoriamente inválidas o falsas e, incluso, despidos encubiertos mediante la apariencia de una "renuncia voluntaria" del trabajador, forzada en realidad a través de la amenaza del uso de dicha potestad<sup>136</sup>. Unos procedimientos, por lo demás, que si en algunos casos afectaban de manera individual a determinados trabajadores, en otros se enmarcaban dentro de una política de reducciones masivas de personal o incluso de eliminación de la presencia sindical en la empresa.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a los "efectos restitutorios (readmisión en el empleo)" de determinados "despidos arbitrarios o con infracción de derechos fundamentales"<sup>137</sup>, constituye, precisamente, una reacción frente a estas prácticas. Si bien esta línea jurisprudencial cuenta con algunos antecedentes en los años noventa<sup>138</sup>, su andadura se inicia con la Sentencia de 11 de julio de 2002<sup>139</sup>, consolidándose a través de la Sentencia de 13 de marzo de 2003<sup>140</sup>, cuya doctrina es mantenida hasta la fecha por el Tribunal Constitucional con ligeros ajustes en su aplicación, introducidos por la Sentencia de 28 de noviembre de 2005<sup>141</sup> con el fin de ajustarla a la nueva configuración de la acción de amparo derivada de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional aprobado en mayo de 2004. El efecto principal de esta jurisprudencia ha sido, precisamente, como se podrá comprobar inmediatamente, desautorizar varias de las prácticas desviadas a las que dio lugar la aplicación del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sustituyendo

respecto de las mismas el pago de una indemnización, previsto como reparación ordinaria por dicho precepto, por la reposición del trabajador en el puesto de trabajo que venía ocupando. Para ello el Tribunal Constitucional ha recurrido, dependiendo de los pronunciamientos, a argumentos de diverso tipo y consistencia, varios de ellos muy contestados a nivel doctrinal<sup>142</sup>. El resultado ha sido, no obstante, al margen de la base argumentativa empleada en cada caso, la extensión de la garantía de la readmisión, prevista por el precepto antes citado exclusivamente para los supuestos de despido nulo, a dos supuestos singulares de despido arbitrario.

De acuerdo con la mencionada Sentencia de 13 de marzo de 2003, estos supuestos son los siguientes:

- Despido "incausado", entendiéndose por tal aquel en que "se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique". La aplicación de la garantía de la readmisión se justifica aquí, a criterio del Tribunal Constitucional, por la necesidad de "cautelar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución (derecho al trabajo) y demás conexos".
- Despido "fraudulento", definido como aquel en que "se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causa y los cánones procedimentales". Así definida, esta singular modalidad de despido se configura para el Tribunal Constitucional en cualquiera de las siguientes cuatro situaciones: a) "se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios"; b) "se le atribuye una falta no prevista legalmente"; c) "se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad"; y d) se pretende fundamentar falsamente el acto extintivo "mediante la fabricación de pruebas". En estos supuestos, "al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador, o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley, la situación es equiparable al despido sin causa". El comportamiento resulta, así pues, "lesivo del derecho

136 Para una descripción de alto valor testimonial de la forma de operar de este mecanismo, vid. A. CIUDAD REYNAUD, op. cit., págs. 256-257.

137 Dicho con las palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2003. Exp. Núm. 976-2001-AA/TC. Caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, ya citada.

138 Vid. los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que imponen en esta etapa la reposición en el empleo en base a la violación a través del procedimiento disciplinario de los derechos al debido proceso y a la defensa, a las que hace alusión C. BLANCAS BUSTAMANTE, "El derecho al trabajo y el despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2002, núm. 49, págs. 32-33.

139 Exp. Núm. 1124-2001-AA/TC. Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL contra Telefónica del Perú, ya citada.

140 Exp. Núm. 976-2001-AA/TC. Caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, citada ya en múltiples ocasiones.

141 Exp. Núm. 0206-2005-PA/TC. Caso Cesar Antonio Baylón contra EPS EMAPA Huacho, ya citada.

142 Vid. especialmente las opiniones de los autores citados en infra nota 147.

constitucional al trabajo", amén de otros preceptos constitucionales, como los artículos 103 (prohibición de abuso del derecho) e inciso 3 del artículo 139 (observancia del debido proceso) de la Constitución. De allí que deba atribuirse a esta figura "efectos restitutorios" con el propósito de "cautelar la plena vigencia" de todos ellos.

Este planteamiento no se ha visto afectado en lo sustancial por la posterior Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 2005, toda vez que ésta se ha limitado a precisar, en correspondencia con el carácter subsidiario y abreviado que el vigente Código Procesal Constitucional atribuye al proceso de amparo, que éste será la vía idónea para hacer frente a los supuestos de despido fraudulento exclusivamente "cuando el demandante acredite fehacientemente e indubitablemente que existió fraude", en tanto que, "cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos"<sup>143</sup>. En tales casos, sin embargo, los jueces laborales, en la medida en que actúan como jueces constitucionales<sup>144</sup>, deberán igualmente garantizar "una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución", para lo cual habrán de actuar, como precisa el Tribunal Constitucional en otro pasaje de la Sentencia, "aplicando los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales"<sup>145</sup>. Los supuestos de despido fraudulento en los que no pueda evidenciarse de forma indubitable la simulación o engaño a través de las pruebas de carácter documental susceptibles de ser acompañadas a la demanda de amparo no quedan, de este modo, extramuros de la tutela constitucional, que ahora será dispensada por el juez laboral competente, sino exclusivamente del ámbito del amparo.

143 No es excesiva la reflexión que, al menos de momento, ha suscitado este pronunciamiento, de relieve exclusivamente procesal. Vid., en este sentido, J. CASTILLO GUZMAN y otros, "La procedencia del amparo en los procesos de despido", *Asesoría Laboral*, 2006, págs. 9 y sigs.; y J. DOLORIER TORRES y J. RIVERA UGARTE, "Improcedencia de las acciones de amparo laboral por excesiva carga probatoria", *Actualidad Jurídica*, 2006, núm. 142, págs. 248 y sigs.

144 Como indica la sentencia, del nuevo esquema introducido por el Código Procesal Constitucional se desprende que "el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder judicial a través de los procesos ordinarios".

145 El debate generado con anterioridad a la expedición de esta sentencia en torno a la posibilidad de solicitar también en la vía ordinaria laboral la reposición en estos casos, dentro del cual se emitieron opiniones a favor (J. NEVES MUJICA, "Sentencia del Tribunal Constitucional: Caso Telefónica", *Asesoría Laboral*, 2002, núm. 142, págs. 11-15) y en contra (J. TOYAMA MIYAGUSUKU, "El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral: el Caso Telefónica", *Asesoría Laboral*, 2003, págs. 9-22) ha quedado de este modo zanjado de forma expresa con una respuesta favorable del Tribunal Constitucional.

El desarrollo de este planteamiento por el Tribunal Constitucional ha tenido, como efecto más relevante, un completo replanteamiento desde esquemas constitucionales de la regulación inicial del despido arbitrario contenida en el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de consecuencias prácticas sumamente relevantes. Como es fácil de deducir, éste permite reconducir la aplicación del remedio indemnizatorio, previsto originalmente por dicho precepto "como única reparación por el daño sufrido" por un despido arbitrario, exclusivamente a las situaciones en que haya existido un uso serio y regular, aunque no por ello necesariamente exitoso, de la facultad resolutoria. Es decir, a aquellos supuestos en los que, como apunta la Sentencia de 13 de marzo de 2003, el empleador haya puesto de manifiesto "al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador". El despido ad nutum queda, de tal modo, si no proscrito expresamente, impedido de verificarse en la práctica. No debe perderse de vista que, para que el despido arbitrario sea capaz de dar lugar al abono de una indemnización, es preciso ahora: a) que se lleve a cabo por escrito y con alegación de causa; b) que suponga la imputación al trabajador de hechos reales susceptibles de justificar la extinción del contrato; c) que tales hechos no hayan sido falsamente atribuidos al trabajador mediante la "fabricación de pruebas"; y d) que no tenga en su origen un "vicio de la voluntad" del mismo. La posibilidad de un eventual uso desviado, torpe o abusivo de la facultad resolutoria, en la línea de los comportamientos aludidos con anterioridad, se ve de esta forma seriamente cuestionada, al oponérsele como sanción la readmisión del trabajador afectado.

La construcción del Tribunal Constitucional cuyos efectos acaban de ser reseñados ha sido recibida con perplejidad por un importante sector de opinión, en especial debido a la puesta en cuestión que a través de ella se hace del precepto aprobado por el legislador en desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a pesar del abierto encargo formulado por éste al primero para que decida la forma en que ha de repararse el daño causado al trabajador a través del despido arbitrario. El Tribunal Constitucional ha sido acusado, así, de desconocer dicho mandato constitucional mediante la adopción de una "interpretación exagerada"<sup>146</sup>, de "contenido ideológico" y además "invasora de

146 P. MORALES CORRALES, "Derecho al trabajo y despido arbitrario. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional", en AA.VV., *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pág. 144.

la esfera que el propio ordenamiento constitucional reconoce al legislador<sup>147</sup>. Una interpretación que, además, se encontraría en abierta contradicción con lo dispuesto por el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de aplicación aquí de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que expresamente prevé, en relación con la garantía del derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo, que “en casos de despido justificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Conviene no perder de vista, de todas formas, que la tesis del Tribunal Constitucional no conlleva la negación radical del remedio indemnizatorio previsto por el legislador, sino exclusivamente su no aplicación a determinadas hipótesis de despido arbitrario, en relación con las cuales se declara la procedencia del mecanismo de reparación aplicable con carácter general a los supuestos de vulneración de los derechos previstos por la Constitución. Es decir, la reposición al estado de cosas anterior, en este caso mediante la reinstalación del trabajador en el empleo. Así las cosas, esta distinción entre supuestos de despido arbitrario pudiera ser razonable si existiese un motivo constitucionalmente válido, vinculado con la tutela de algún otro derecho o bien igualmente amparado por la norma fundamental, que la justifique.

En consecuencia, la pregunta clave aquí no es otra que la siguiente: ¿existe un motivo constitucionalmente válido que sirva de fundamento a la exclusión de los supuestos de despido incausado y despido fraudulento del remedio indemnizatorio previsto por el legislador con carácter general para el despido arbitrario en desarrollo del mandato previsto por el artículo 27 de la Constitución? O, dicho de otra manera: ¿cuál puede ser la justificación

147 V. FERRO DELGADO, “El despido arbitrario en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo y en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *Laborem*, 2003, núm. 3, pág. 198. La segunda de las críticas mencionadas es suscrita también por F. ELÍAS MANTERO, “Algunas consideraciones sobre el pronunciamiento por el Tribunal Constitucional en el Caso Telefónica”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2002, núm. 49, pág. 57; y P. MORALES CORRALES, loc. cit. Más radical es el planteamiento de L. CASTILLO CÓRDOVA, “El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo”, *Asesoría Laboral*, 2004, núm. 167, págs. 9-14, para quien de tal modo “el Tribunal Constitucional no está interpretando la Constitución, sino que en buena cuenta la está modificando”. Coinciden también en cuestionar la solidez de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, L. VINATEA RECOBA, “La ‘adecuada protección procesal’ contra el despido arbitrario”, en AA.VV., *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, págs. 107 y sigs.; así como J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “El Tribunal Constitucional y los supuestos ...”, cit., *passim*, y “La inconstitucionalidad de los despidos: un análisis de los criterios del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Laboral*, Diciembre de 2003, págs. 19 y sigs.

constitucional de que unos supuestos de despido arbitrario tengan como “adecuada protección” el pago de una indemnización y otros la readmisión?

Este es un interrogante cuya respuesta no aparece dibujada con toda la claridad que sería deseable dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En principio, de acuerdo con los pasajes de la Sentencia de 13 de marzo de 2003 que han sido transcritos páginas atrás, la razón de dicha diferencia se encontraría en el hecho de que a través de ambas formas de despido arbitrario se vulnera el derecho al trabajo reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Un derecho dentro del cual se encuadra, según tuvo ocasión del declarar el propio Tribunal en su Sentencia de 11 de julio de 2002, el “derecho a no ser despedido sin justa causa”.

Difícil resulta admitir, sin embargo, que el fundamento de dicha diferencia pueda encontrarse, al menos de forma exclusiva, en la vulneración del citado derecho. Ello, antes que por cualquier otra razón, debido a que, como se ha puesto de manifiesto, “todos los supuestos en los cuales el cese se produce por la voluntad unilateral del empleador y no existe una justa causa, en la medida en que implican una pérdida del empleo no deseada por el trabajador, afectan a este derecho al trabajo”<sup>148</sup>. Así, tanto la protección de un despido incausado o fraudulento como de uno causado pero no demostrado “debería”, si se atiende a este exclusivo argumento, “ser la misma”<sup>149</sup>. La diferencia de tratamiento, pues, de ser legítima, “no puede fundamentarse en el derecho al trabajo”<sup>150</sup>.

La constatación de este decisivo inconveniente ha conducido a buscar el fundamento de la aplicación del mecanismo restitutorio a los supuestos mencionados en la constatación por parte del Tribunal Constitucional de la vulneración, conjuntamente con la del derecho al trabajo, de otro derecho igualmente garantizado por la Constitución, cuya reparación exigiría, esta vez sí, la readmisión del trabajador. Esta argumentación ha sido sustentada, en especial, en relación con el ejercicio del derecho de defensa en el marco de un debido proceso, al que aluden los incisos 14 y 3 del artículo 139 de la Constitución en el ámbito de los “principios y derechos de la función jurisdiccional”. Desde esta perspectiva se ha sostenido que “en el caso del despido incausado el empleador niega de antemano y en único acto la posibilidad de que el trabajador ejerza su derecho de defensa y se someta a un

148 J. C. CORTÉS CARCELÉN y M. PIZARRO DÍAZ, “El derecho a no ser despedido sin causa y el derecho a no ser despedido sin causa justa”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2002, núm. 49, pág. 92.

149 J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “La inconstitucionalidad de los despidos ...”, cit., pág. 39.

150 Nuevamente, J. TOYAMA MIYAGUSUKU, loc. cit.

debido proceso"<sup>151</sup>, en la medida en que la ignorancia de los motivos del cese sitúa al mismo en una "manifiesta imposibilidad para articular la defensa jurisdiccional" de su derecho, generándose así "una suerte de indefensión"<sup>152</sup>.

Este planteamiento parecería apoyarse en numerosos pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional, que desde mediados de la década pasada han venido declarando la obligación de empleador de readmitir al trabajador injustamente cesado precisamente en base a la violación de los derechos en cuestión<sup>153</sup>. Y además en la propia Sentencia de 13 de marzo de 2003, en la medida en que ésta, como se dejó apuntado, alude al debido proceso como uno de los bienes afectados por el despido fraudulento.

Aún así, no resulta fácil convenir en que la falta de formulación de la causa del despido o la imputación de una falta sin un mínimo sustento legal o soporte probatorio se encuentre realmente en condiciones de situar al trabajador en una situación de indefensión capaz de afectar al ejercicio de su derecho de defensa en el proceso que iniciará con el fin de obtener la declaración no conformidad a Derecho del acto extintivo<sup>154</sup>. Y es que, ante un cese de tales características, la mejor defensa del mismo estará constituida, precisamente, por la alegación de dichas circunstancias, ya que será ésta, sin necesidad de ningún tipo de argumentación adicional, la que lo conducirá al éxito dentro del proceso. Es decir, a la declaración del carácter arbitrario del despido. Guardando silencio de la causa de cese o aduciendo una manifiestamente torpe el empleador no lesiona, pues, el derecho de defensa del trabajador. Es más, dado que no existe aquí acusación que refutar o ser ésta manifiestamente torpe, es posible considerar que el empleado no tiene en estas situaciones verdaderamente de qué defenderse<sup>155</sup>. Simplemente, la causa de despido no existe si el empleador no la formula. Y los hechos alegados por éste tampoco tienen valor si no demuestra su existencia y aptitud para dar lugar al cese válido del trabajador. Y en ambos casos el acto extintivo deviene en arbitrario.

151 En este sentido, J. C. CORTÉS CARCELÉN y M. PIZARRO DÍAZ, "El derecho a no ser despedido ...", cit., pág. 93.

152 De acuerdo con la opinión de E. ARCE ORTÍZ, "Los supuestos de reposición en el despido individual (la tipología del Tribunal Constitucional)", en AA.VV., Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, págs. 159-160.

153 Cfr. supra nota 138.

154 Como destaca, de manera coincidente, J. TOYAMA MIYAGUSUKU, "El Tribunal Constitucional ...", cit., pág. 28 de la versión digitalizada del texto.

155 De forma coincidente, J. TOYAMA MIYAGUSUKU, loc. cit.: "el despido incausado no supone un caso de indefensión pues, al no haberse cumplido con el requisito de imputación causal del despido, el trabajador no tendrá necesidad de defenderse en la vía judicial. Más todavía, el solo despido incausado importará que el trabajador tenga derecho a la indemnización".

¿Por qué, entonces, se ha entendido que en estos casos se afecta el derecho de defensa del trabajador?

La respuesta hay que buscarla, en opinión de quien esto escribe, no tanto en la ausencia de causa o de legitimidad de los hechos imputados al trabajador, sino en la deficiente reparación que frente a éstas prevé el tantas veces aludido artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. En efecto, si la declaración de ilicitud del acto resolutorio obtenida del modo descrito viniese acompañada de la reposición del trabajador en el puesto de trabajo del que ha sido despojado de tan ilegítima manera, no parece que nadie pudiera estar en condiciones de alegar que su derecho de defensa ha sido lesionado. El problema radica en que no es así. Que en estos casos, al igual que en aquellos en que el empleador actúa seriamente y de buena fe, atribuyendo al trabajador una falta susceptible de dar lugar a la extinción del contrato y aportando pruebas de su comisión por parte del mismo, aunque no obtiene la declaración de procedencia del despido, el acto extintivo carente de causa o con causa manifiestamente torpe consigue desplegar plenos efectos. Es decir, "se consolida", si se nos permite la expresión, a través del pago al trabajador de la indemnización como "única reparación" por el despido arbitrario sufrido.

Naturalmente, si lo anterior es correcto, el problema de fondo no radica aquí tanto en que con los despidos en cuestión se lesione el derecho de defensa del trabajador, que puede ser ejercido y dar lugar a un pronunciamiento judicial favorable a sus intereses, sino en que el sistema de reparación previsto para esta clase de actos manifiestamente arbitrarios permite que a éstos desplegar plena eficacia extintiva, dejando al trabajador inerme frente a ellos a pesar del mandato de causalidad presente en el artículo 27 de la Constitución. Es esta enojosa circunstancia la que genera una apariencia de indefensión que, al menos desde la perspectiva procesal, no es verdaderamente tal.

Lo dicho hasta aquí parecería dejar sin fundamento constitucional suficiente la tesis defendida por el Tribunal Constitucional en torno al necesario efecto restitutorio de determinados supuestos de despido arbitrario, ya que no parece existir derecho constitucional alguno capaz de sustentar de manera convincente esa diferencia de protección. No obstante, no es así. Esta observación se basa en un error de apreciación, derivado de la insuficiente valoración del significado que posee la Constitución como norma de referencia del conjunto del ordenamiento jurídico y la necesidad de adoptar una comprensión de sus

mandatos acorde con su sentido global<sup>156</sup>. Es esta apreciación la que conduce a buscar obsesivamente la oposición de las formas de despido arbitrario tantas veces mencionadas con uno u otro derecho o precepto constitucional específico, cuando lo que desde un inicio ha venido sustentando el Tribunal Constitucional es, más bien, su oposición al sistema de principios y valores sobre los cuales se sustenta la Constitución.

Para tomar cuenta de ello conviene empezar por recordar que las hipótesis de cese a las que anuda su tesis el Tribunal Constitucional son todas expresión de un comportamiento singularmente arbitrario y malicioso por parte del empleador, que se niega siquiera a expresar ante el trabajador su decisión extintiva o los motivos que la sustentan u opta por atribuirle falsamente comportamientos que no ha realizado o que de manera evidente no son aptos para justificar su cese. Es decir, el empleador lleva a cabo el despido aquí, como apunta en Tribunal Constitucional en un pasaje de la Sentencia de 13 de marzo de 2003, "con animo perverso y auspiciado por el engaño", actuando "de manera contraria a la verdad y rectitud". La "burla al ordenamiento", cuyos principios más elementales son desconocidos de tal modo, la "vejación al trabajador", al que se niega la más elemental consideración al hacerlo objeto de un trato manifiestamente irrespetuoso y degradante, y "la ofensa a los valores sociales" básicos que informan la convivencia entre las personas, resultan en estos casos patentes<sup>157</sup>. Y convierten en difícilmente aceptable desde la perspectiva de tales valores una respuesta como la prevista por el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a través de la cual el acto, además de ilícito manifiestamente injusto y degradante para el trabajador, sea capaz de desplegar las consecuencias deseadas por su autor a cambio del simple abono de una contraprestación económica. Como se ha apuntado con particular aspereza, aunque se encuentre sometido al poder de dirección del empleador, el trabajador "tiene también unos derechos fundamentales y una dignidad como persona y como ciudadano que no deben sencillamente ignorarse porque aquel otro muestre el talonario"<sup>158</sup>. El hecho de que tan odiosos comportamientos, así como otros muchos en los demás ámbitos de la vida social y política, se convirtiesen

156 Como hubo ocasión de poner de manifiesto especialmente en supra II.C.

157 Dicho con las palabras empleadas por A. OJEDA AVILÉS, "Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley", Relaciones Laborales, 1987, T. I, pág. 359, para hacer alusión a comportamientos de similares características, cuya represión se encauzó en España durante los años ochenta a través de la figura que da nombre al trabajo del autor.

158 A. OJEDA AVILÉS, op. cit., pág. 347, añadiendo que "en juego se hallan no solamente la dignidad y los derechos humanos de un individuo, sino los de la entera colectividad, agredida cuando a una sustancial parte de sus miembros se permite tratar de semejante modo".

casi en moneda corriente la década pasada, no debe conducirnos, pues, a permanecer impasibles frente a ellos o a aceptarlos como manifestaciones de normalidad cuando en realidad son expresión de un mal que habría que haber erradicado hace mucho tiempo de nuestras relaciones laborales. No otro, naturalmente, que el despotismo.

Pues bien, si se revisa con detenimiento los principales pronunciamientos a través de los cuales el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo la construcción de su doctrina no es difícil advertir que en la base de toda su argumentación se encuentra siempre una preocupación fundamental: la de garantizar el respeto de la dignidad de la persona del trabajador, en consonancia con el mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución, frente a unas prácticas de manifiesto contenido vejatorio como las descritas.

Esta preocupación se apunta en la Sentencia de 11 de julio de 2002, primera de la serie, donde el Tribunal, ante el despido masivo y sin causa de un amplio número de dirigentes y afiliados al sindicato recurrente, constata que "la forma de aplicación" del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral llevada a cabo "evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral", y entiende que este "desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo". Y emerge con absoluta claridad en la Resolución de 16 de septiembre de 2002, aclaratoria de los alcances de la sentencia recién citada. En ésta el Tribunal Constitucional parte de declarar "sobre el fondo del asunto" que "un Estado Constitucional de Derecho no tolera ni la arbitrariedad como modo de comportamiento realizado al margen del ordenamiento jurídico, ni tampoco la idea de que, en su seno, existan o puedan existir derechos absolutos", e indica que semejante situación constituye "el contexto dentro del cual se dictó la sentencia en cuestión". Su convicción en torno al carácter arbitrario, abusivo e injusto de los comportamientos con los que se ha tenido que enfrentar no parece, de este modo, dejar lugar a dudas. Ahora bien, dicho esto, el Tribunal pasa a proclamar, con absoluta transparencia, las razones de fondo que lo han conducido a declarar la insuficiencia del remedio indemnizatorio previsto por la legislación vigente frente a los despidos en cuestión: "la interpretación de la normatividad constitucional" en la que se funda ésta decisión –dirá entonces– está hecha por este Colegiado sobre la base del conjunto de sus disposiciones, a partir de la declaración contenida en el artículo 1 de la Carta Política vigente, que literalmente expresa: "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

La conclusión que de ello se desprende es palmaria: para el supremo intérprete de la Constitución, una lectura del tantas veces citado artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral a la luz de la obligación de garantía del principio rector supremo de dignidad de la persona no es capaz de admitir que, a su amparo, conductas como las enjuiciadas, que la afectan claramente en la persona de los trabajadores que las padecen, puedan producir efectos jurídicos. El hecho de que, como se ha puesto del relieve, el Tribunal Constitucional considere que aquí la "causa de despido injustificada puede afectar la dignidad del trabajador como persona humana"<sup>159</sup>, conduce, de esta manera, al mismo a rechazar la adecuación a la Constitución de la decisión del legislador de permitir el pago de una indemnización como única reparación frente a este tipo de actuaciones, y a inclinarse por imponer en estos casos la única solución que garantiza el pleno restablecimiento de la integridad del supremo bien afectado: la privación radical de efectos del acto ilegítimo, mediante la readmisión en el empleo del trabajador.

Esta idea está presente también aunque de manera menos expresiva, en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, a través de la cual se produce la consolidación de esta doctrina, en la medida en que ésta, además de describir con total crudeza el "ánimo perverso", la voluntad de "engaño" y la ofensa "a la verdad y rectitud" que caracterizan a los despidos fraudulentos, afirma que la "orientación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" sobre la materia "no conlleva" el restablecimiento de "la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección de los trabajadores frente a residuales prácticas empresariales abusivas"<sup>160</sup>. El mismo criterio aparece reflejado, finalmente, también en otros pronunciamientos de menor relevancia del Tribunal Constitucional. Este es el caso, señaladamente, de la Sentencia de 9 de octubre de 2002<sup>161</sup>, donde se afirma que "el artículo 27 de la Constitución" debe ser interpretado "como protector de la persona humana, cuya vocación se inscribe

159 Como pondría de manifiesto ya entonces C. LANDA ARROYO, "Amparo contra Telefónica", *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2002, núm. 49, pág. 40.

160 Aunque improcedente desde el punto de vista dogmático, en la misma dirección apunta también la mención de la prohibición de abuso del Derecho establecida por el artículo 103 de la Constitución como uno de los bienes afectados en los casos de despido fraudulento. Lo mismo que la siguiente indicación, desarrollada más adelante con el fin de poner fin a uno de los principales equívocos a los que dio lugar la aplicación del régimen vigente en materia de despido arbitrario: "el principio de razonabilidad (...), no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. (...) Por ello, cuando el artículo 27 de la Constitución establece que, contra el despido arbitrario, la ley dispensará una "protección adecuada", tal disposición no puede entenderse en el sentido de que con ello se está constitucionalizando el derecho del empleador a despedir arbitrariamente". "El despido arbitrario, por ser precisamente 'arbitrario', es repulsivo al ordenamiento jurídico".

161 Exp. Núm. 1397-2001-AA/TC. Caso Ángel de la Cruz Pomasonco y otros contra EPSASA Ayacucho.

dentro del respeto de los valores que informan el Estado de Derecho", razón por la cual "no puede admitir en modo alguno la consagración de la arbitrariedad como modo de interrelación personal". Y se añade, ya en relación con el supuesto examinado, que aquí "no se está evaluando el despido producido exclusivamente desde la perspectiva de los requisitos que la ley impone, sino desde la óptica que proporciona el cuadro de valores materiales establecido por la Constitución". Así, "la lesión a los derechos constitucionales" examinada "no se concreta con el sólo hecho de no haber cumplido con la ley", sino por haber utilizado la figura del despido "como un mecanismo de vulneración o distorsión de tales atributos esenciales".

Enfocada desde esta perspectiva, resulta realmente difícil, al menos para el autor de estas líneas, plantear objeciones de fondo a la construcción del Tribunal Constitucional. Entre unas y otras modalidades de despido arbitrario existe, como había puesto de manifiesto con anterioridad un sector de la doctrina, una notable diferencia en cuanto a su gravedad<sup>162</sup> o "intensidad abusiva"<sup>163</sup>, en la medida en que los primeros se inscriben dentro de un uso serio y de buena fe, aunque no exitoso, de la facultad resolutoria empresarial, y los otros se llevan a cabo con violación, no sólo de las más elementales reglas que rigen el despido como institución causal, sino de la consideración y el respeto que corresponde al trabajador en cuanto persona. Y merecen, en virtud de ello, una reacción más severa del ordenamiento jurídico, dado el valor absoluto que, como se ha puesto de manifiesto en más de una ocasión a lo largo de este trabajo<sup>164</sup>, posee la dignidad humana tiene en tanto que "piedra angular de los derechos fundamentales" y "soporte del modelo jurídico, político, económico y social de la Constitución"<sup>165</sup>. Un valor absoluto que impide, según se ha destacado también de forma reiterada, que cualquier derecho o potestad puedan ser ejercidos con violación de la misma. La tesis es, así, plenamente coherente con el sistema de principios y valores consagrados por la Constitución, encontrando su punto fundamental de apoyo nada menos que en el artículo 1 de ésta. A través de ella no se oponen, por lo demás, límites excesivos o intolerables a la potestad

162 J. NEVES MUJICA, "Sentencia del Tribunal...", cit., pág. 8 de la versión digitalizada del texto, apuntando que el Tribunal Constitucional "habría distinguido entre el despido meramente arbitrario (en el que no se comprueba la causa alegada) y el despido radicalmente arbitrario (en el que ni siquiera se invoca), confiéndole a éste los efectos del despido nulo".

163 E. ARCE ORTÍZ, "La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido", *Asesoría Laboral*, 2003, núm. 49, págs. 13-16. La cita textual corresponde a la pág. 4 de la versión digitalizada del texto, en la que el autor añade que, desde esta perspectiva, "unos despidos arbitrarios, son más arbitrarios que los otros".

164 Vid. especialmente lo dicho y la bibliografía citada en supra IIC y III.C.3.

165 Por decirlo con palabras de C. LANDA ARROYO, "Amparo contra Telefónica", cit., pág. 40.

resolutoria empresarial, toda vez que los supuestos a los que se aplica son todos supuestos extremos, en los que cualquier empleador mínimamente diligente puede evitar incurrir <sup>166</sup>.

De todas formas, es importante advertir que, así entendido, el despido de efectos restitutorios y no puramente resarcitorios constituye, evidentemente, una figura excepcional, reservada únicamente a las hipótesis de arbitrariedad extrema en el uso del poder disciplinario y no a cualquier incumplimiento de las reglas que de fondo y forma que rigen su ejercicio. Entenderlo de otro modo, tendiendo a una ampliación por vía interpretativa de los supuestos por él comprendidos, podría conducir a vaciar de contenido la legítima opción del legislador de considerar el pago de una indemnización como la reparación aplicable al despido arbitrario con carácter general.

Es más, es seguramente desde esta perspectiva que deben ser contemplados los numerosos supuestos de infracción de aspectos formales y procedimentales del despido disciplinario que el Tribunal Constitucional, de forma paralela, ha venido declarando también contrarios a la Constitución y merecedores de la readmisión del trabajador, por entender que vulneran aspectos esenciales del derecho al debido proceso. Y en especial aquellos en los que dicha infracción se deriva del incumplimiento del procedimiento previo de audiencia al trabajador previsto por el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral <sup>167</sup>. El derecho al debido proceso tiene dentro de la Constitución un ámbito predeterminado, vinculado con el ejercicio de la función jurisdiccional, que no puede ser extendido por vía interpretativa a un espacio como el disciplinario laboral, que le es absolutamente ajeno <sup>168</sup>, no sólo por razones de sistemática sino de naturaleza. En efecto, como se ha apuntado, "en el procedimiento disciplinario en la empresa", el objetivo no es necesariamente "procurar obtener una decisión imparcial, que en cada caso juzgue y resuelva lo más indicado, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes. Y no lo es porque la decisión, normalmente, la adopta una de las partes implicadas". La "aparición procesal" no supera por ello aquí "este nivel de aparición" <sup>169</sup>. Es decir, antes que ante un auténtico

166 Como pondría de manifiesto tempranamente J. NEVES MUJICA, op. cit., pág. 12.

167 Vid., por ejemplo, entre los pronunciamientos recientes, la Sentencia de 1 de octubre de 2004 (Exp. Núm. 2326-2004-AA/TC. Caso Víctor Raúl Palomino Delgado contra Escuela Superior Autónoma de Bellas Artes) a través de la cual se ratifica la vigencia de esta doctrina, aunque no se la aplica al caso.

168 En esta misma dirección, vid. E. ARCE ORTÍZ, "La relevancia constitucional...", cit., págs. 18-19; y L. VINATEA RECOBA, "La adecuada protección...", cit., pág. 121, nota 177. En contra, no obstante, R. BUSTAMANTE ALARCÓN, "Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales. A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Ius et Veritas*, 2000, núm. 21, págs. 301-310.

169 M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, pág. 335.

procedimiento, nos encontramos frente a "un acto de ejercicio de poderes contractuales". De allí que no pueda hablarse con propiedad de la existencia de "un imperativo constitucional que imponga la traslación de los principios de garantía de la defensa al interior de la empresa", ni tampoco de "un standard mínimo de 'fairness', que necesariamente deba observarse en la imposición de una sanción" por exigencia constitucional <sup>170</sup>, por más que la implantación de garantías de orden formal y procedimental pueda resultar altamente recomendable para favorecer una racionalización y funcionalización de los poderes empresariales.

En consecuencia, los despidos incausados y fraudulentos son los únicos que, en atención a una lectura integradora del artículo 27 de la Constitución a la luz del "principio-derecho" de dignidad de la persona proclamado por su artículo 1, merecen el privilegiado nivel de tutela que la doctrina del Tribunal Constitucional les asigna.

170 Las citas textuales han sido extraídas de M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., págs. 336, 337 y 339.