

PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR. COMENTARIOS AL PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS JORNADAS ATIPICAS O ACUMULATIVAS

CÉSAR A. PUNTRIANO ROSAS*

Sumario

I. Introducción. II. El principio-derecho de la dignidad humana. Tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su vinculación con el ámbito laboral (trabajo decente). III. El precedente: antecedentes y detalle del mismo. IV. Cuestiones sustantivas derivadas del precedente: Reflexiones en torno a la aplicación del Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a nuestro ordenamiento: 4.1 Génesis y sentido del Convenio N° 1 de la OIT. 4.2 Aplicación del Convenio N° 1 luego de más de 80 años de su entrada en vigor en lo referido a las jornadas de trabajo atípicas. 4.2.1 Reconocimiento de las jornadas atípicas en nuestro ordenamiento. 4.2.2 Reconocimiento de las jornadas atípicas o acumulativas por la OIT. 4.2.3 Validez de las jornadas atípicas a la luz de la dignidad de la persona humana. V. Cuestiones procesales derivadas del precedente: Infracción del debido proceso. VI. Consecuencias del Pronunciamiento del TC. 6.1. Determinación del carácter vinculante del precedente. 6.2. Creación de un parámetro adicional de evaluación de la viabilidad de las jornadas

* Abogado laboralista egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y Erika Monreal Bringsvaerd. La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 58. p.57

atípicas en el sector minero. 6.3. Duración de las jornadas atípicas.
VII. A manera de conclusión. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La institución del tiempo de trabajo, referida al encuadramiento temporal de la deuda de actividad a cargo del trabajador, ha servido históricamente para delimitar la cantidad máxima de horas de trabajo debidas al empresario, a efectos de ofrecer al trabajador una protección mínima frente a los riesgos que representan una duración excesivamente prolongada del trabajo o corta de los descansos.¹

El diseño legal de esta condición de trabajo² evidencia una evolución de la misma, pues pasamos de una preocupación por el aspecto cuantitativo (reivindicación obrera de la jornada de ocho horas al día) hacia una centrada en los aspectos también a los aspectos cualitativos de la jornada. Esta última perspectiva comprende el interés empresarial de contar con una distribución del tiempo de trabajo de su personal que responda a sus necesidades, y de otra, el interés del trabajador en lograr una conciliación entre el tiempo que dedica a sus actividades laborales y su vida personal y familiar.³

A fin de lograr este equilibrio entre los requerimientos del empleador y el tiempo que naturalmente debe el trabajador dedicar a su descanso y a su familia se introducen modalidades de trabajo más flexibles que permiten optimizar el tiempo de trabajo, procurando que exista un equilibrio que redunde en el bienestar físico y espiritual del trabajador, que posea una jornada laboral en consonancia con su dignidad del ser humano, y que sus condiciones laborales durante dicha jornada laboral cuenten con un estándar que le asegure el mantenimiento de un clima que favorezca su desenvolvimiento eficaz y eficiente durante sus horas de trabajo.

Ahora bien, debemos indicar que, a nuestro entender, durante toda la jornada laboral, ya sea flexible o rígida, el empleador debe cumplir a cabalidad con sus obligaciones en su condición de tal, esto es, no solamente abonando las acreencias laborales a las que el trabajador tiene derecho, sino también

² Como sabemos existen dos acepciones del término condición de trabajo, por un lado una restringida, referida a aquellos elementos que el empleador proporciona a su personal para el adecuado cumplimiento de sus labores, y por otro la acepción amplia que apunta a describir todos los elementos presentes en una relación de trabajo, como la remuneración, jornada de trabajo, descanso vacacional, etc.

³ PEREZ DE LOS COBOS, op.cit. p.58.

garantizando el cumplimiento de estándares razonable de seguridad y salud ocupacional.

En el presente trabajo estudiaremos una de las modalidades de distribución flexible del tiempo de trabajo, las jornadas atípicas o acumulativas, las cuales, si bien tienen por objeto responder los requerimientos operativos del empleador, pueden ser empleadas para que, durante el descanso compensatorio, el trabajador pueda disfrutar no solamente de un lapso de receso en sus actividades físicas, sino también de un momento de comunión espiritual con sus seres queridos.

Para el desarrollo de la presente ponencia, analizaremos una sentencia vinculante emitida por el Tribunal Constitucional (TC) en un proceso de amparo seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Perú Copper Corporation, así como su aclaratoria, en las cuales el TC se pronuncia de manera contraria a las jornadas atípicas. En dichos pronunciamientos el TC analiza a las jornadas de trabajo a la luz del principio-derecho de la dignidad de la persona humana, señalando que las mismas atentan contra dicho principio, así como otros derechos fundamentales del trabajador como el derecho al descanso, a la salud, entre otros.

Estudiaremos brevemente al principio-derecho de la dignidad humana y su tratamiento en la jurisprudencia del TC, para luego concretar nuestro análisis en la sentencia referida anteriormente, tanto desde el punto de vista sustantivo a partir de unas reflexiones sobre la aplicación del Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a nuestro ordenamiento, como desde el punto de vista procesal opinando sobre unos aspectos procesales del pronunciamiento del TC.

Finalmente, presentaremos algunos escenarios que, a nuestro entender, podrían presentarse como consecuencia del precedente establecido por el TC en sus sentencias antes mencionadas.

II. EL PRINCIPIO-DERECHO DE LA DIGNIDAD HUMANA. TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU VINCULACIÓN CON EL ÁMBITO LABORAL (TRABAJO DECENTE)

Nuestro texto Constitucional en su artículo 1° señala que, "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Según lo entiende Rubio, este artículo es un principio hermenéutico para todo nuestro sistema jurídico, pues sirve "para que allí donde no haya significados claros en las normas, o donde debamos sustituir una laguna del Derecho con una regla, la primacía de la persona humana sea un elemento determinante en los contenidos a diseñar y, también, en la metodología que se utilice para solucionar el problema jurídico de que se trate".⁴

En ese sentido, el significado del artículo glosado anteriormente, apunta a consagrar que la sociedad en general debe defensa y respeto a la dignidad de la persona, la misma que consiste, en esencia sostiene Rubio, "en que cada uno es igual al otro por su condición de ser humano, y más allá de cualquiera de las múltiples diferencias que hay entre una y otra persona".⁵

Pero la dignidad humana no es un concepto cerrado ni con contenido absoluto, en ese sentido, "si bien a priori se puede partir de una idea general de la dignidad humana, como concepción del hombre en tanto persona, en la cual se corporeizan los más altos valores espirituales y costumbres éticas, individuales y comunitarias constituyendo un principio y un límite de la actuación de todas las personas, la sociedad y del Estado, resulta más comprensible encontrar un concepto de dignidad de la persona humana, cuando se le viola por la actuación consciente o inconsciente del Estado, la sociedad y de los particulares, que produce positiva u omisivamente daño a los valores innatos de la persona humana, codificados en la conciencia jurídica y social".⁶

Vemos a la dignidad humana concebida como un principio y un límite a la actuación del Estado, particulares y la sociedad en general, como un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar.⁷

En cuanto a la relación entre dignidad y derechos fundamentales, podemos afirmar que la dignidad es la razón de ser, fin y límite de los mismos, operando como un derecho individual sino también como un derecho objetivo, sirviendo de límite a los derechos fundamentales, lo cual se traduce en el deber general de respetar derechos ajenos y propios.⁸ Así, la dignidad humana es un valor, fuente

de todos los derechos independientemente de su naturaleza, que provienen de esa dignidad inherente a todo ser humano.⁹

Es interesante señalar que esta concepción de la dignidad humana nacida en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial ha tenido reconocimiento en las normas de Derecho internacional en materia de Derechos Humanos.¹⁰

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 afirma en su Preámbulo que: "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad (...) los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en (...) la dignidad y el valor de la persona". Asimismo, el artículo primero de la citada declaración proclama que: todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y de conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 afirma en su Considerando 2º que, "los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana".

La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 estableció en su artículo 11.1 que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

Nuestro Tribunal Constitucional (TC), supremo intérprete de la Constitución, no es ajeno al rescate de la importancia fundamental de la dignidad humana, habiéndose ocupado de la misma en sendos pronunciamientos jurisprudenciales, como lo detallamos brevemente en las líneas que siguen:

(i) Dignidad humana e interpretación constitucional.

Pronunciamiento recaído en el Expediente N° 0030-2005-PI/TC, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28617, Ley que establece la Barrera Electoral.

9 FERNANDEZ SEGADO. op.cit. p.33.

10 Si bien no es una norma de Derecho Internacional, podemos citar a manera de ejemplo a la Constitución española de 1978 en la cual la dignidad de la persona ha sido conceptualizada como fundamento de los Derechos Humanos, cuando se afirma en el artículo 10.1. que: "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes ... son el fundamento del orden político y de la paz social."

4 RUBIO CORREA Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Torno I. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 115.

5 Ibid. p.114.

6 SPAEMANN, Robert. Über den Begriff der Menschenwürde. En: Ernst-Wolfgang Böckenförde y Robert Spaemann (editores) Menschenrechte und Menschenwürde. Stuttgart: Klett-Cotta, pp.295 y ss. Citado por: LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. En: Ius et Veritas. Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año X, N°21. Noviembre 2000. p.14

7 FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. En: Revista Derecho PUCP. N° 50, diciembre de 1996. p.32.

8 ALEGRE MARTINEZ, Miguel Angel. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. Universidad de León, 1996. Citado por: LANDA. op.cit. p.20

Fundamento 40 de la Sentencia del TC (STC): "La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural, como desde el subjetivo-institucional. Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana."

(ii) Dignidad humana y contenido esencial de los derechos fundamentales
Pronunciamiento recaído en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

Fundamento 21 de la STC: "El contenido esencial de un derecho fundamental no puede ser determinado a priori. Dicho contenido esencial es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona".

(iii) Dignidad humana y derechos fundamentales
Pronunciamiento recaído en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la ONP.

Sumilla Fundamento 2 de la STC: "Si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado"

Adicionalmente, el TC se ha pronunciado respecto a la dignidad humana en los siguientes casos:

(iv) Dignidad humana y derecho fundamental a la pensión
Pronunciamiento recaído en los Expedientes N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, proceso de

inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

(v) Dignidad humana y derechos fundamentales de configuración legal.
Pronunciamiento recaído en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

(vi) Dignidad humana y derechos fundamentales prestacionales.
Pronunciamiento recaído en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la ONP.

(vii) Dignidad humana y derechos no enumerados.
Pronunciamiento recaído en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la ONP.

(viii) Dignidad humana y libertades económicas
Pronunciamiento recaído en el Expediente N° 0034-2004-AI/TC, proceso de inconstitucionalidad seguido por don Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N.° 26271, Ley que norma el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros.

(ix) Dignidad humana y regulación legal de los derechos fundamentales.
Pronunciamiento recaído en los Expedientes N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

Trabajo decente y dignidad humana

Como lo hemos visto en las líneas anteriores, el principio-derecho de la dignidad humana surge como un imperativo orientador de nuestro ordenamiento jurídico y de las actuaciones de los operadores del mismo, ello con

el fin de garantizar la supremacía de la persona, tanto individualmente considerada como en el aspecto social.

El Derecho del Trabajo, que duda cabe, no es ajeno a la trascendental importancia de la dignidad humana, siendo la misma parte fundamental de los cimientos de nuestra disciplina, los cuales justificaron su aparición: la dignidad del ser humano trabajador.

Ahora bien, en el marco de los cambios ocurridos por la mundialización y liberalización de la economía, que en las palabras del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha trastocado las relaciones entre el Estado, el mundo del trabajo y el ámbito empresarial¹¹ se afirma que el trabajo decente es el punto de convergencia de los cuatro objetivos estratégicos de la organización: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social¹².

Así, el trabajo decente ha pasado "a ser un objetivo central que enfrenta desde una nueva conciencia social, los cambios producidos especialmente por la evolución de los sistemas tecnológicos y de producción, desde la identidad personal y los derechos humanos, así como aquellos que derivan de los cambios en el mercado y en especial, que provocan la inseguridad a las personas, lo que hace necesaria y urgente, un redimensionamiento desde una perspectiva humana de la economía mundial."¹³

La respuesta a esos importantes cambios, importa desde la perspectiva de la OIT, y en general entendemos nosotros desde el mundo del Derecho del Trabajo, una especial preocupación por la persona, no sólo en términos de su situación en el mercado de trabajo, sino desde su calidad de sujeto de derechos fundamentales, investida de una dignidad propia.

En ese sentido, "(...) la idea de trabajo decente, considera las particularidades de cada país, de las economías y de las personas, pero a la vez, envuelve en sí, un concepto básico dado por la necesidad de resguardar la dignidad humana (...) "¹⁴.

El trabajo decente, aspiración a la cual todos debemos propender, evidentemente contiene como concepto o núcleo básico a la dignidad humana, como fuente inspiradora de sus principios.

11 Oficina Internacional del Trabajo, 1999, "Trabajo Decente", Memoria del Director General. 87ª reunión Conferencia Internacional de Trabajo. (Ginebra, Suiza).

12 OIT, op.cit. p.4

13 TAPIA, FRANCISCO. "Seguimiento del grado de cumplimiento de las normas fundamentales y de las relaciones laborales y el impacto de las políticas económicas en el sector público en la zona del Mercosur más Chile". Organización Internacional del Trabajo. Abril 2003.

14 Ibid.

Hasta aquí hemos estudiado a la dignidad humana, tanto en su acepción doctrinaria, su reconocimiento por el TC y su relación con el trabajo decente. En las siguientes líneas analizaremos al precedente del TC sobre las jornadas atípicas, procurando exponer, por qué, a nuestro entender, las jornadas atípicas no atentan contra la dignidad del trabajador.

III. EL PRECEDENTE: ANTECEDENTES Y DETALLE DEL MISMO

Como se estudiará en este numeral de nuestro trabajo, el precedente del TC regula de manera limitativa el régimen de trabajo acumulativo o atípico, es decir, aquél que alterna días continuos de trabajo con días de descanso compensatorio alegando que atenta contra diversos derechos del trabajador, y contra el principio de la dignidad humana.

Antes de desarrollar el precedente, conviene advertir que el año 2002 el TC ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la legislación que regula las jornadas atípicas o acumulativas, manifestando en dicha oportunidad que las mismas no lesionaban ningún principio del ordenamiento constitucional peruano. En efecto, en la sentencia recaída en el expediente N° 1391-2001-AA/TC, proceso de amparo seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra la empresa Southern Perú Copper Corporation, justamente las mismas partes del proceso en el cual recayó el precedente, expedida el 27 de setiembre de 2002, el TC sostuvo que: "Respecto al horario de trabajo, el artículo 25° de la Constitución vigente indica expresamente que la jornada de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales como máximo; y que, tratándose de jornadas atípicas o acumulativas, el promedio de horas trabajadas no puede superar el máximo indicado. En tal sentido, cabe destacar que el texto constitucional no establece únicamente un horario de ocho horas diarias, sino que, cualquiera que sea este, en ningún caso puede superar las cuarenta y ocho horas semanales."

Sin embargo, el Colegiado, con una conformación algo distinta ha cambiado su criterio jurisprudencial, pronunciándose en contra de las jornadas acumulativas o atípicas, inicialmente prohibiéndolas y luego limitándolas.

En efecto, el día 9 de mayo de 2006 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, la sentencia del TC recaída en el Expediente No. 4635-2004-AA/TC, y en la que el Colegiado resolvió declarar que la jornada atípica minera

contenida en los artículos 209^{o15}, 210^{o16}, 211^{o17} y 212^{o18} del D.S. N° 003-94-EM, Reglamento de la Ley General de Minería, era incompatible con la Constitución Política del Perú, estableciendo que los fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41 de la Sentencia en cuestión constituyen un precedente vinculante inmediato, conforme a lo prescrito en el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El TC basa su sentencia en el "Informe sobre Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería en el Perú", elaborado por el Equipo Técnico Multidisciplinario para los países andinos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del año 2002, para asumir como ciertos algunos aspectos citados en el mismo, como el riesgo inherente a la actividad minera, la deficiente alimentación de los trabajadores mineros, la generación del "trabajo en soledad", la existencia de enfermedades profesionales, entre otros.

- 15 Artículo 209.- Para los casos a que se refiere el numeral 2) inciso a) del Artículo 206 de la Ley, el titular de actividad minera podrá establecer un sistema minero especial de trabajo que mantenga la proporción entre los días de trabajo y de descanso tal como dispone el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 713.
- 16 Artículo 210.- El régimen especial de trabajo está dirigido a cualquier titular de actividad minera, sea que inicie sus actividades a partir de la fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley N° 26121, realicen ampliaciones de su capacidad productiva en proyectos existentes, inicien nuevos proyectos de inversión minera o aquellas que se adecuen al régimen previsto en este Reglamento.
Tratándose de trabajadores con contrato vigente a la fecha de entrada en vigencia de este Reglamento, los titulares de actividad minera que se encuentren proporcionando las facilidades previstas en el Artículo 206 de la Ley observando la jornada normal de trabajo, podrán continuar con el mismo sistema respecto de tales trabajadores, o sustituirlo por el previsto en el presente Reglamento, celebrando acuerdos directos con sus trabajadores. A falta de éstos se podrá solicitar a la Autoridad Administrativa de Trabajo que resuelva de acuerdo a lo previsto en el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 692, previo informe técnico favorable emitido por el Ministerio de Energía y Minas.
- 17 Artículo 211.- Los titulares de actividad minera que se acojan al régimen especial de Trabajo deberán comunicar tal decisión, al Ministerio de Energía y Minas, informando sobre el número de trabajadores comprendidos en el sistema, los puestos y la modalidad de trabajo establecida y las jornadas y turnos para cada uno. Copia del cargo de dicha comunicación deberá ser presentada al Ministerio de Trabajo y Promoción Social para su conocimiento. De existir cualquier variación al régimen establecido ésta deberá ser comunicada en la forma prevista en el párrafo anterior, dentro del mes siguiente.
- 18 Artículo 212.- En estos casos, la jornada de trabajo será establecida por el titular de actividad minera teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 713, el Decreto Ley N° 26136, sus reglamentos, normas modificatorias y lo establecido en la presente Sección:
 - a) Se podrá establecer una jornada ordinaria de trabajo para laborar turnos diarios de hasta doce (12) horas consecutivas, durante un determinado período de días, el que no podrá ser menor de cuatro (4) días consecutivos, para descansar luego hasta el número total de días que mantenga la debida proporción.
 - b) La jornada ordinaria de trabajo comprenderá los horarios para refrigerio y descanso, que en total no podrán ser mayores de una (1) hora.
 - c) Se podrá establecer cronogramas mensuales de turnos diurnos y nocturnos, para una más eficiente y equitativa distribución de trabajo.
 - d) De conformidad con el Artículo 7 del Decreto Ley N° 26136, la jornada ordinaria del trabajador minero será de cuarenta y ocho (48) horas semanales, no siendo de aplicación el límite diario. Las horas de trabajo semanal que superen el límite de cuarenta y ocho (48) horas serán remuneradas extraordinariamente.
 - e) La jornada extraordinaria será remunerada de acuerdo a lo que establece el Decreto Ley N° 26136 y sus reglamentos y, en su caso, los convenios que se adopten.
 - f) El cómputo del récord vacacional se realizará conforme lo establece el Decreto Legislativo N° 713.

Con relación a la Jornada de trabajo en el sector minero, el TC ha concluido (basándose en el Informe) que el promedio de horas de trabajo supera las 48 horas semanales.

A partir de las premisas glosadas anteriormente, el TC procede a enunciar una serie de derechos que intenta cautelar con la mencionada sentencia, entre los cuales se encuentra el respeto de la dignidad de la persona.

Precedentes vinculantes

En la sentencia bajo comentario, El TC desarrolló los siguientes fundamentos sobre los cuales basa su pronunciamiento para ordenar se deje sin efecto las jornadas obligatorias de doce horas de trabajo durante cuatro (4) días seguidos por tres (3) días de descanso impuestas por la empresa en sus diferentes secciones, y se ordene la restitución de la jornada de trabajo de ocho horas:

- El TC estima que, en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho (8) horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros, y que en el caso de la sentencia, afirma el TC, se caracterizan por un despliegue mayor de fuerza física (12 horas durante 4 días seguidos, y en algunos casos hasta 5 días), en un contexto de alto riesgo para su salud (trabajo físico a más de 3,500 m.s.n.m.); alimentación deficiente; y mayor exposición a los polvos minerales, con el consiguiente deterioro de la esperanza de vida. (Fundamento 28).
- Tratándose de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias, ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N.º 1 de la OIT. Considerando que el Artículo 25º de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora. (Fundamento 29).
- Un sistema de turnos de trabajo como el implementado por la empresa demandada¹⁹ no es compatible con el parámetro constitucional descrito, puesto que afecta la dignidad de las personas, principio-derecho que

19 De cuatro (4) días de trabajo por tres (3) de descanso, con doce (12) horas de trabajo.

reconoce el Artículo 1° de la Constitución, y constituye, en el mediano plazo, una acelerada disminución de la esperanza de vida y una amenaza del derecho a la vida de los trabajadores mineros. (Fundamento 35).

A partir de lo establecido en el precedente, el TC descalifica a las jornadas atípicas en el sector minero, señalando que, en atención a determinadas condiciones laborales del personal de dicho sector, las horas de trabajo diarias no deben sobrepasar las ocho (8) horas diarias. Tratándose de labores distintas a la actividad minera, la jornada no puede superar el promedio de ocho horas diarias, ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto.

Esta posición radical del TC sobre las jornadas atípicas motivó una reacción del sector empresarial cuestionando la declaratoria de inconstitucionalidad de normas que regulaban la jornada atípica o acumulativa minera y la limitación excesiva de dicha jornada en otros sectores económicos, sistema de trabajo que obedecía a la naturaleza productiva de los sectores minero, hidrocarburos, entre otros, motivó un retroceso del TC el cual se materializó a través de la resolución aclaratoria a su sentencia, publicada el 8 de junio de 2006 en su portal web²⁰.

El TC, en la resolución aclaratoria, precisa que el límite para instaurar jornadas acumulativas, atípicas o concentradas para los trabajadores mineros, compatible con la Constitución también está sujeto, a su vez, a límites. En ese sentido, la limitación para restringir las jornadas atípicas o acumulativas deberá cumplir, copulativamente dice el TC, las siguientes condiciones, que constituyen el "test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros":

- a) La evaluación caso por caso, teniendo en cuenta las características del centro minero; por ejemplo, si se trata de una mina subterránea, a tajo abierto, o si se trata de un centro de producción minera.
- b) Si la empleadora cumple, o no, con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera.
- c) Si la empleadora otorga, o no, adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria.
- d) Si la empleadora otorga, o no, descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la jornada ordinaria, compatibles con el esfuerzo físico desplegado.

20 <http://www.tc.gob.pe>.

- e) Si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada a la diurna.

Alternativamente, también podrá exigirse la siguiente condición:

- f) Si se ha pactado en el convenio colectivo el máximo de ocho horas diarias de trabajo.

Si no se cumplen las condiciones descritas en el fundamento anterior, advierte el TC, procederá la limitación de las jornadas acumulativas o atípicas.

En el caso de cualquier tipo de actividades laborales, incluidas las mineras, debe aclararse que no son compatibles con la Constitución las jornadas atípicas o acumulativas que en promedio superen las ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales para un período de tres semanas, o un período más corto. Ello no quiere decir, precisa el TC, que las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas sean de tres semanas, sino que su promedio se computa en períodos de tres semanas. Por tanto, las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas que superen tal promedio, no serán compatibles con la Constitución.

IV. CUESTIONES SUSTANTIVAS DERIVADAS DEL PRECEDENTE: REFLEXIONES EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL CONVENIO N° 1 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) A NUESTRO ORDENAMIENTO

4.1 Génesis y sentido del Convenio N° 1 de la OIT²¹

Desde su creación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo ha buscado adoptar normas internacionales que regulen la jornada laboral. Vemos así que en el Preámbulo de la Parte XIII (Trabajo) del sistema de tratados de paz de Versalles, por el que se estableció la OIT, se previó expresamente la "reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la

21 Para un mayor análisis al respecto véase: Organización Internacional del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, 2005. Informe III (Parte 1B), Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30) Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). El informe puede obtenerse en: <http://www.oit.org>.

jornada y de la semana de trabajo" entre las medidas indispensables para mejorar las condiciones de trabajo.

Las dos propuestas alternativas del Tratado de Versalles, la jornada de ocho (8) horas o la semana de trabajo de 48 horas se examinaron en la primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Washington DC en octubre de 1919. Como lo señala la OIT, dichas propuestas diferían en algunos aspectos importantes. El principio de la jornada de ocho (8) horas suponía la instauración de una semana de 56 horas si se trabajaba siete días por semana, práctica frecuente en algunos sectores que debían llevarse a cabo de manera ininterrumpida. En cambio, de combinarse la misma con media jornada libre y un día de descanso semanal, el número de horas de trabajo podía quedar reducido a menos de 48.

Con la propuesta de 48 horas se garantizaba que el promedio de horas de trabajo no superaría las ocho horas diarias durante seis días, aunque se permitía que hubiera días en los que se trabajaran más horas si éstos se compensaban con otras jornadas más cortas (por ejemplo, medio día libre).

El instrumento que se adoptó, el Convenio N° 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919, contiene una combinación de los dos principios mencionados en el Tratado de Versalles con respecto a todos los trabajadores comprendidos bajo su ámbito, pues se limita la duración del trabajo a ocho horas por día y 48 horas por semana en las empresas industriales en general, y a 56 horas por semana en el caso de los trabajos cuya realización continua, por razón de la naturaleza del mismo deba ser asegurada por equipos sucesivos.

También se prevé la posibilidad de trabajar determinado promedio de horas durante cierto período, así como excepciones permanentes y temporales a la norma general.

La idea fundamental subyacente al Convenio núm. 1, puntualiza la OIT, "es que la combinación de las normas de la jornada de ocho horas y la semana de 48 horas de trabajo contemplada por el Tratado de Versalles debe incorporarse a la legislación nacional a modo de límite jurídico a las horas de trabajo, que debe establecer el poder legislativo y de cuyo cumplimiento se han de encargar los órganos ejecutivos competentes del Estado."

Finalmente, debemos indicar que dicho instrumento fue ratificado por nuestro país el 8 de noviembre de 1945, a través de la Resolución Legislativa N° 10195.

4.2 Aplicación del Convenio N° 1 luego de más de 80 años de su entrada en vigor en lo referido a las jornadas de trabajo atípicas

Como lo hemos visto en el numeral anterior el Convenio N° 1 de la OIT, adoptado por dicho organismo internacional en el año 1919 fue ratificado por nuestro país en el año 1945, hace ya más de medio siglo.

Desde una perspectiva jurídica no existe la expiración de una norma imperativa por el transcurso del tiempo, en otras palabras, una norma determinada mantiene sus efectos mientras no sea modificada o derogada por otra posterior, para lo cual la disposición derogatoria deberá cumplir una serie de formalidades tal y como lo dispone nuestro ordenamiento.

En ese sentido, el Convenio N° 1 de la OIT, norma internacional de naturaleza imperativa en nuestro ordenamiento, continúa vigente, pese a haber caído en desuso, a nuestro entender, luego de casi cien (100) años de su adopción por la OIT.

Ahora bien, si nos remitimos a nuestra Constitución, su artículo 25° establece que la ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. Si comparamos esta disposición con la regla general dispuesta en el Convenio, advertimos que nuestra norma fundamental, a diferencia de su antecesora de 1979, permite que en algunos días de la semana se superen las ocho horas diarias, siempre que el total semanal no sea mayor a las 48 horas. Si somos estrictos en la aplicación del Convenio N° 1, podríamos llegar a sostener que en aplicación del artículo 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada y ratificada por nuestro país, para aquellas actividades comprendidas en el Convenio N° 1 deberá emplearse el límite establecido en el Tratado, salvo que nos encontremos ante una de las excepciones allí previstas.

Es más, siguiendo dicha interpretación, tratándose de días en que se labore más de ocho horas, una de las excepciones del Convenio permite que la ley, autorice que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la semana, siempre que el exceso del tiempo nunca pueda ser mayor de una hora diaria. Es bastante discutible esta aplicación de las disposiciones de un Convenio que datan de hace casi un siglo, cuando, como lo estudiaremos seguidamente, la realidad actual de los hechos se orienta hacia una jornada semanal flexible, en la cual exista una distribución del tiempo de trabajo a través de días consecutivos de trabajo con descansos compensatorios prolongados.

4.2.1 Reconocimiento de las jornadas atípicas en nuestro ordenamiento

Como sabemos, el ciclo de jornadas alternativas y acumulativas comprende aquellos que establecen un período de labor o de trabajo seguido de un período de descanso²².

En el período de trabajo se labora todos los días, durante una jornada que comprende, sea la jornada ordinaria de ocho horas, y además un lapso de sobretiempo que comprende usualmente dos a cuatro horas diarias.

Durante el período de descanso, se otorga unos días de descanso por una cantidad de días que compensa los días de descanso semanal obligatorio y/o descanso en días feriados que fueran incluidos en el período laboral, así como los días de compensación por las horas trabajadas en sobretiempo.

Este sistema de trabajo, de carácter flexible, responde a las actividades productivas que realiza el empleador, tal y como sucede en los sectores mineros, de hidrocarburos, energéticos, entre otros. En estos casos se requiere que la fuerza laboral permanezca más de ocho horas continuas por un lapso determinado de tiempo a fin de mantener operativo el ciclo productivo.

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a esta particular situación en diversos sectores económicos del país, por lo que otorga plena validez al régimen flexible de jornadas acumulativas o atípicas.

Así, la Constitución Política de 1993 en su artículo 25° establece que "en caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo"

A nivel infraconstitucional, el Decreto Legislativo N° 713, Ley sobre Descansos Remunerados, establece en su artículo 2° que "cuando los requerimientos de la producción lo hagan indispensable, el empleador podrá establecer regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo y descansos respetando la debida proporción, o designar como día de descanso uno distinto al domingo, determinando el día en que los trabajadores disfrutarán del descanso sustitutorio en forma individual o colectiva. (...) "

Asimismo, el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, Decreto Supremo N° 007-2002-TR, reconoce la existencia de estos regímenes de trabajo, exigiendo que el promedio de horas laboradas en el período correspondiente no exceda de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo.

En efecto, el artículo 4° del citado dispositivo legal establece que "(...) en los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo y descanso, en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar los máximos a que se refiere el artículo 1° (...) "

Debemos precisar que el artículo 9° del Reglamento de la referida Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2002-TR, exige que el ejercicio de la facultad del empleador de fijar jornadas alternativas acumulativas o atípicas de trabajo se ejercite siempre que resulte necesario en razón de la naturaleza especial de las labores de la empresa.

En el sector minero, la Ley General de Minería, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece que "los titulares de actividad minera están obligados a proporcionar a sus trabajadores que laboren en zonas alejadas de las poblaciones y a los familiares de éstos (...) 2. Facilidades de vivienda, exclusivamente para los trabajadores bajo un sistema que permita un número de días de trabajo por otros de descanso en un centro poblado, en la forma que establezca el Reglamento de la presente Ley." (Artículo 206).

El Reglamento a que se refiere el dispositivo legal²³, declarado incompatible con la Constitución de acuerdo al TC, reconoce que el titular de actividad minera podrá establecer un sistema minero especial de trabajo que mantenga la proporción entre los días de trabajo y de descanso, pudiendo fijar una jornada ordinaria de trabajo para laborar turnos diarios de hasta doce (12) horas consecutivas, durante un determinado período de días, el que no podrá ser menor de cuatro (4) días consecutivos, para descansar luego hasta el número total de días que mantenga la debida proporción.

Como podemos advertir, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las jornadas flexibles, en este caso las atípicas, atendiendo justamente a la realidad de la producción en los sectores económicos en los cuales se pretenda aplicar, en este caso, el sector minero.

4.2.2 Reconocimiento de las jornadas atípicas o acumulativas por la OIT

Como lo señala el Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Juan Somavia²⁴, "la presión para lograr una mayor flexibilidad se

²³ Para mayor detalle véase notas dieciséis (16) a diecinueve (19).

²⁴ "Cambios en el Mundo del Trabajo", Memoria del Director General de la OIT presentada en la reciente 95ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo llevada a cabo durante los meses de mayo y junio de 2006. p. 40.

centra tanto en facilitar la contratación y el despido como en los horarios de trabajo, ya que muchos empleadores tratan de buscar formas de prolongar el tiempo en que el capital se puede utilizar plenamente. Para ello se puede recurrir al trabajo por turnos o según convocación y a otras modalidades de horario flexible" (...).

Pero esta adopción de jornadas de trabajo flexible no responde a un interés subjetivo empresarial pues existen razones organizativas y de producción que llevan al empresario a organizar su sistema de trabajo en base a jornadas flexibles.

El propio Director General de la OIT reconoce que "(...) la combinación de una mayor competencia internacional y de las posibilidades que ofrece la evolución de la tecnología a la hora de reestructurar empresas, incluso a través de una mayor externalización, ha dado lugar a una mayor incertidumbre respecto de la seguridad del empleo en muchos países.

Al confiar menos las empresas en su situación respecto del mercado, y verse sometidas a presiones para mantenerse a la altura de sus competidores más innovadores, numerosos empleadores han tratado de encontrar mecanismos para incrementar la flexibilidad de las disposiciones laborales, a través tanto de la reorganización interna (flexibilidad funcional) como de una normativa menos rígida en materia de contratación y despido (flexibilidad numérica)(...)"²⁵

Dice el Director General que, dichas presiones "están llevando a las empresas a reorganizar el trabajo en el plano interno mediante, por ejemplo, el alargamiento de las jornadas de trabajo, la organización de los calendarios de producción en función de los picos de demanda o pidiendo a los trabajadores que desarrollen tareas múltiples. (...)"²⁶.

Adicionalmente, la propia OIT en un estudio del año 2005²⁷ denominado Horas de trabajo ¿de lo fijo a lo flexible?, la OIT reconoce la existencia de modalidades de ordenación con distribución variable de las horas de trabajo, definiendo a las mismas como formas de organizar el tiempo de trabajo que permiten adaptar los horarios en función de las variaciones del volumen de actividad laboral durante cierto período, ampliando en determinados días el horario de trabajo y acortándolo en otros, de modo que el número total de horas trabajadas durante tales períodos no exceda de ciertos límites.

4.2.3 Validez de las jornadas atípicas a la luz de la dignidad de la persona humana

Imaginemos que, tal y como sucedió en la primera sentencia del TC sobre el tema que nos ocupa, se declara la ilegalidad de las jornadas atípicas estableciendo que la jornada máxima es de 48 horas semanales y 8 diarias.

En ese supuesto, tratándose de actividades que se prestan en lugares alejados de la ciudad²⁸, la prohibición de pactar jornadas de trabajo atípicas o acumulativas perjudicaría al trabajador, pues al otorgarle únicamente un día de descanso a la semana (descanso semanal obligatorio), se le estaría limitando la posibilidad de compartir más tiempo con su familia²⁹. No debe perderse de vista que para trasladar al trabajador a la ciudad se puede tomar varias horas de viaje, situación que va disminuyendo aquellas que el trabajador había previsto para gozar de su descanso físico en compañía de sus seres queridos.

La preocupación por el mantenimiento de la unidad familiar es compartida por el TC, el que hace referencia en su sentencia citada anteriormente a la importancia de la protección del medio familiar. A partir de ello nos preguntamos, ¿no es acaso más conveniente para el trabajador que labora en lugares alejados el tener derecho a varios días consecutivos de descanso que le permitan disfrutarlos plenamente con su familia? La respuesta a nuestro entender es evidente.

La existencia de jornadas atípicas o acumulativas, permite al trabajador gozar de un descanso prolongado y reparador, situación que a nuestro entender, es beneficiosa para el personal comprendido en dicho régimen, y por ende acorde con su dignidad como ser humano.

Aplicando conceptos del Derecho del Trabajo al razonamiento expuesto anteriormente tenemos que, en este caso nos encontramos frente a un Tratado (Convenio N° 1 de la OIT) que establece una jornada de ocho horas diarias y 48 semanales y la posibilidad de laborar más de ocho horas al día pero sin contener una flexibilidad como la requerida para el establecimiento de jornadas atípicas o acumulativas que sí se prevé en nuestra Constitución, y en sus normas de desarrollo, es decir que se pueda laborar nueve, diez, once o hasta doce horas al día, siempre que se otorgue un descanso compensatorio proporcional.

²⁸ Normalmente en estos lugares operan las empresas que requieren una jornada atípica o acumulativa.

²⁹ Ello sin perjuicio de su descanso vacacional.

²⁵ Ibid. p.61.

²⁶ Ibid. p.62.

²⁷ Organización Internacional del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, 2005. op.cit.

En ese sentido, y de acuerdo a la posición tomada en el párrafo precedente, nuestra norma constitucional, interpretada conjuntamente con las disposiciones que la desarrollan, en lo referido al establecimiento de regímenes de trabajo flexibles, reiteramos resultaría ser más favorable para el trabajador y por ende no vulnerarían la dignidad de aquél³⁰.

Por consiguiente, tratándose de una norma internacional que entra en conflicto³¹ con una norma nacional, debemos recurrir a un principio especial del Derecho Laboral formulado para afrontar situaciones de conflicto, el de la norma más favorable. De acuerdo a este principio, cuando dos normas regulen de manera incompatible el mismo hecho, debe seleccionarse la que conceda más ventajas para el trabajador³², en este caso, a nuestro entender la Constitución (bloque constitucional).

Si bien la Convención de Viena en su artículo 27 señala que los Estados no pueden ampararse en su derecho interno para desconocer el texto de los Tratados, creemos que en este caso la Constitución y su bloque de normas de desarrollo tendrán preeminencia frente al Tratado, tal y como lo establecen los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 5.2 común, y la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 19.8: No podrá admitirse restricción o menoscabo de los derechos humanos reconocidos en un país por leyes u otras normas, con el pretexto de que el tratado no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Ahora bien, la Constitución interpretada en conjunto con sus normas de desarrollo en materia de jornadas atípicas también poseerá preeminencia respecto al Tratado Internacional por el hecho de poseer una mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, de acogerse la postura que los Tratados Internacionales en general gozan de un rango legal en el sistema jurídico peruano.

En todo, caso si bien en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Perú sirven de pauta interpretativa para las normas

30 No desconocemos el hecho que la actividad minera sea riesgosa por naturaleza, por lo que partimos del supuesto que el empleador debe cumplir con las obligaciones de seguridad y salud ocupacional previstas en las disposiciones correspondientes. Por ende, la determinación de si el empleador otorga o no equipos adecuados de seguridad, o un ambiente saludable de trabajo no es materia de nuestro análisis pues dicha obligación es independiente de la jornada de trabajo que posea el personal.

31 El conflicto se produce cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo hecho, de modo incompatible entre sí. En tal hipótesis, la cuestión central es seleccionar la norma aplicable.

32 NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Lima. Ara Editores. 1997.

relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, creemos que en el caso de la jornada de trabajo flexible existiría un conflicto de regulaciones, no siendo viable recurrir al Convenio N° 1 de la OIT para interpretar al artículo 25° de nuestra Carta Magna.

En ese sentido, el hecho de que el TC considere tanto en el precedente como en su aclaración a una jornada laboral de 8 horas diarias y 48 semanales, cuando el texto constitucional establece que la jornada legal laboral en el Perú es de 8 horas diarias o 48 semanales, se estaría modificando de hecho el texto constitucional, lo cual no sería procedente pues el mecanismo para modificar la Constitución Política no comprende la participación del TC.

En consecuencia, podemos concluir que las jornadas atípicas no atentan contra el trabajo decente ni contra la dignidad del trabajador³³, y que, como hemos visto, nuestro ordenamiento constitucional primaria sobre el Convenio N° 1 de la OIT en cuanto a dicha ordenación flexible del tiempo de trabajo. Es más creemos que el propio TC ha advertido de la inviabilidad de declarar inconstitucionales a las jornadas atípicas pues, como veremos más adelante, ha establecido un test que permitiría que dicha forma flexible de trabajo se mantenga.

V. CUESTIONES PROCESALES DERIVADAS DEL PRECEDENTE: INFRACCIÓN DEL DEBIDO PROCESO

El TC basa su pronunciamiento en un informe de la OIT del año 2002 denominado "Condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la minería en el Perú", cuyas afirmaciones son tomadas por el Colegiado como una verdad absoluta, sin permitir que la empresa demandada ejerza su derecho a contradecir dicha prueba de oficio, a través de argumentos jurídicos o inclusive mediante una contraprueba.

Recordemos que en materia de prueba, el principio de contradicción requiere, como requisito de validez (o eficacia si se quiere) de la prueba, que la misma se haya producido con el conocimiento de la parte contra quien se hará valer la misma, otorgándole una oportunidad razonable para fiscalizarla o discutirla³⁴.

33 Debemos reiterar la importancia de que el empleador cumpla con su deber general de cuidado, procurando mantener condiciones óptimas de seguridad y salud ocupacional, alimentación y vivienda del trabajador, pues de lo contrario la jornada atípica será descalificada por el TC, no por ser atípica sino por la falta de alguna de las condiciones señaladas anteriormente.

34 BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un Proceso Justo. Lima Ara Editores. 2001. p.262

Este principio implica "el derecho de las partes a intervenir en la actividad probatoria, a tomar conocimiento oportuno de los medios de prueba ofrecidos, admitidos e incorporados de oficio por el juzgador, así como el derecho a intervenir en su práctica o actuación, sea para cuestionarlos o discutirlos – de ser el caso- e incluso para analizarlos con el propósito de hacer presente al juzgador su grado de fuerza o valor probatorio³⁵".

Es un principio que garantiza el ejercicio del "derecho a contraprobar", u ofrecer prueba de descargo.

En el caso materia de nuestro comentario advertimos que el TC no otorgó a la parte demandada la oportunidad de intervenir en la actuación probatoria del informe de la OIT señalado anteriormente, a fin de ejercer su derecho de contradicción y cuestionar, eventualmente, el informe.

El TC incorporó de oficio el citado informe al momento de resolver el expediente, no habiendo, reiteramos tenido la parte demandada la posibilidad de pronunciarse sobre el mismo. Dicha situación, teniendo en consideración lo señalado anteriormente, restaría validez o al menos eficacia al informe en el cual se basó el TC.

Ahora bien, somos de la opinión que la decisión del TC vulneró el derecho al debido proceso de la empresa demandada, en su faz adjetiva o procesal. Recordemos pues que el derecho al debido proceso posee un carácter complejo, componiéndose de una serie de elementos algunos, entre los cuales debemos resaltar al derecho de contradicción o defensa, y al derecho a probar o a producir prueba, incluyendo este último al "derecho a ofrecer medios probatorios, el derecho a que se admitan los medios probatorios ofrecidos, el derecho a que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos, el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba, y el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios probatorios que hayan sido actuados o practicados³⁶".

Como vemos, el derecho a probar o a la prueba, es un derecho de naturaleza procesal que forma parte del derecho fundamental a un debido proceso, "de tal suerte que allí donde no exista o no tenga una vigencia real o efectiva no habrá proceso o procedimiento justo³⁷".

En consecuencia, la decisión del TC de basar su pronunciamiento en un informe, no vinculante de la OIT, sin haber otorgado a la parte vencida la

oportunidad de ejercer su derecho de contradicción respecto a dicho medio probatorio, fue a nuestro entender lesiva al debido proceso.

VI. CONSECUENCIAS DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TC

6.1. Determinación del carácter vinculante del precedente

Un precedente vinculante es aquella regla jurídica contenida en una decisión del TC que resuelve un caso concreto y debe ser observada de manera obligatoria por el propio TC (precedente vinculante horizontal), así como por todos los jueces y tribunales inferiores (precedente vinculante vertical) en aquellos casos sustancialmente iguales³⁸.

A nivel legislativo, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, establece que "las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)".

Esta disposición a entender de Abad³⁹ busca establecer un mayor orden y seguridad para definir cuándo una decisión del Tribunal Constitucional adquiere la condición de precedente de observancia obligatoria.

Según Adrián, "la primera parte de esta disposición reconoce el precedente vinculante del TC, precedente cuya observancia es exigible tanto al propio Tribunal Constitucional (precedente horizontal), como a todos los jueces de la jurisdicción constitucional (precedente vertical)".

En ese sentido, aplicando lo que entendemos por precedente vinculante, si se presenta un caso sustancialmente igual, no idéntico, en el que se haya establecido una jornada de trabajo atípica, se debería aplicar el precedente vinculante del TC, invalidándose la misma, en el caso de la actividad minera, o analizando si la jornada supera las 48 horas semanales en promedio durante un período de tres semanas, tratándose de otras actividades económicas.

Sin embargo, sorprende que el propio TC, en la sentencia aclaratoria, señale que el precedente por el cual determinó que en la actividad minera la jornada semanal no puede superar el promedio de ocho horas diarias, no puede ser

35 Ibid. p.262-263.

36 BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Lima Ara Editores. 2001. p.214-215.

37 BUSTAMANTE. El derecho a probar.. op.cit. p. 81

38 ADRIAN, Javier. Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante. Lima, Gaceta del Tribunal Constitucional, N° 2, abril- junio 2006. p.15

39 ABADYUPANQUI, Samuel. El proceso constitucional de amparo. Lima. Gaceta Jurídica. noviembre 2004. p. 552.

aplicable en tanto y en cuanto concurren todas las premisas que componen el denominado "test de protección de la jornada máxima de trabajo para trabajadores mineros".

A nuestro modo de ver, al establecer el TC las limitaciones o características antes descritas en su "test", lo que ha hecho es relativizar la fortaleza de su precedente, en razón, creemos, de la falta de razonabilidad de una medida que limite las jornadas atípicas, cuando las mismas justamente responden a la naturaleza de la actividad productiva que se realiza, y son acordes con nuestra Constitución.

6.2. Creación de un parámetro adicional de evaluación de la viabilidad de las jornadas atípicas en el sector minero

El establecimiento del precedente vinculante del TC, entendido como tal a la primera sentencia y a su aclaración, ha establecido unos requisitos adicionales para determinar la validez de una jornada atípica en el sector minero y en otras actividades distintas.

En efecto, al evaluar la legalidad y constitucionalidad de una jornada atípica, se deberá también verificar si la misma cumple el test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros, establecido por el TC en el precedente.

El test, que ya ha sido citado en el numeral 3 del presente trabajo, apunta mayormente al cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad, salud ocupacional y descansos remunerados por parte de la empresa minera empleadora.

Lo anterior nos llevará a descalificar a las jornadas atípicas que no cumplan los elementos del mencionado test.

Es importante advertir que el establecimiento de criterios para determinar si la jornada atípica es o no inconstitucional permite determinar que tal institución legal (las jornadas atípicas) no es en sí misma inconstitucional. Sólo lo será si no se cumple cada uno de los criterios determinados por el TC en el "test" que hemos detallado líneas arriba.

6.3. Duración de las jornadas atípicas

Teniendo en consideración las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional (precedente y aclaración), y en particular lo señalado en el punto

17 de la aclaración de sentencia⁴⁰, se deberá analizar si las jornadas atípicas no exceden en promedio las 48 horas a la semana durante un período de tres semanas, lo cual debemos precisar no significa que las jornadas atípicas deban tener una duración de tres semanas.

Si pensamos que las tres semanas se refieren a un límite máximo de las jornadas atípicas llegaremos al extremo de afirmar que una jornada atípica de trabajo y descanso de 14 por 14 a razón de 10, 9 e inclusive 8 horas diarias no sería aplicable, pues tratándose de un ciclo de 14 días de trabajo seguido de 14 días de descanso sumaría 28 días y se excedería con ello el máximo de 21 días o tres semanas.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se habrá podido advertir de una lectura de la presente ponencia, hemos querido presentar un punto de vista alternativo de las jornadas atípicas o acumulativas, analizando el supuesto, válido a nuestro entender, que las mismas no son incompatibles con el trabajo decente ni mucho menos con la dignidad humana, de la cual aquél se nutre.

No es nuestra intención fijar una posición inflexible al respecto, sino por el contrario contribuir a un debate en torno a un tema de suma importancia, tengamos en cuenta que la proscripción o limitación de las jornadas atípicas podría atentar contra mecanismos productivos que tantos ingresos está generando para el país como las actividades mineras.

Coincidimos con quienes opinan a favor de la constitucionalidad de las jornadas atípicas, desde luego de aquellas que se ajustan a los requisitos legales, lo cual a nuestro entender, debe ir de la mano con una cultura de prevención de riesgos laborales por parte del empleador, propendiendo a mejorar el entorno laboral en el cual el personal realiza sus labores.

Recordemos que en un mundo tan competitivo como el nuestro, son a fin de cuentas los trabajadores, personas con dignidad y derechos, quienes constituyen las ventajas competitivas de las empresas.

40. En el extremo que reemplaza el numeral 3 del fallo de la primera sentencia por el siguiente texto "Declara que las jornadas atípicas o acumulativas que en promedio superen las ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales para un período de tres semanas, o un período más corto, son incompatibles con la Constitución".

BIBLIOGRAFIA

1. ABAD YUPANQUI, Samuel. El proceso constitucional de amparo. Lima. Gaceta Jurídica. noviembre 2004.
2. ADRIAN, Javier. Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante. Lima, Gaceta del Tribunal Constitucional, N° 2, abril- junio 2006.
3. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Lima Ara Editores. 2001.
4. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un Proceso Justo. Lima Ara Editores. 2001.
5. FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. En: Revista Derecho PUCP. N° 50, diciembre de 1996.
6. LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. En: Ius et Veritas. Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año X, N°21. Noviembre 2000.
7. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Lima. Ara Editores. 1997.
8. Organización Internacional del Trabajo, 1999. "Trabajo Decente", Memoria del Director General. 87ª reunión Conferencia Internacional de Trabajo. (Ginebra, Suiza).
9. Organización Internacional del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 93º reunión, 2005. Informe III (Parte 1B), Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30) Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución).
10. Organización Internacional del Trabajo. "Cambios en el Mundo del Trabajo", Memoria del Director General de la OIT presentada en la reciente 95ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo llevada a cabo durante los meses de mayo y junio de 2006.
11. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y Erika Monreal Bringsvaerd. La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España N° 58.

12. Revista Análisis Laboral (Grupo AELE) Volumen XXVII N° 315, Setiembre 2003.
13. RUBIO CORREA Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999.
14. TAPIA, FRANCISCO. "Seguimiento del grado de cumplimiento de las normas fundamentales y de las relaciones laborales y el impacto de las políticas económicas en el sector público en la zona del Mercosur más Chile". Organización Internacional del Trabajo. Abril 2003.