

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU**

Sumario

I. El trabajo en la evolución constitucional. 1.1 Constituciones del Siglo XIX: el trabajo, un presupuesto de la ciudadanía. 1.2. Constituciones del S. XX: la persona del trabajador, un presupuesto del Derecho Laboral. II. Derechos inespecíficos o de la persona del trabajador. 2.1. Derechos fundamentales: hacia una definición. 2.2. Eficacia de derechos fundamentales: vinculación a los particulares. 2.3. Doble contenido de los derechos fundamentales. 2.4. Contenido de los derechos fundamentales. 2.5. Conflictos de derechos fundamentales. 2.6. Las libertades y derechos inespecíficos de los trabajadores en la Constitución. 2.7. Algunas sentencias emblemáticas del TC sobre derechos inespecíficos del trabajador III. Derechos específicos o laborales del trabajador. 3.1. El Estado social en la Constitución de 1993. 3.2. Derechos laborales ¿fundamentales?. 3.3. Los derechos constitucionales y la relación laboral. 3.4. La protección al trabajo y derecho al trabajo. 3.5. La remuneración: alcances e intangibilidad. 3.6. La jornada de trabajo: la limitación de las jornadas atípicas de trabajo. 3.7. Los derechos colectivos. 3.8. Los principios constitucionales. 3.9. El derecho de estabilidad laboral: la sentencia laboral emblemática del TC. IV. La protección constitucional: las acciones de amparo laborales. 4.1. El supremo intérprete constitucional. 4.2. El Tribunal Constitucional y

* Profesor Asociado de la PUCP. Profesor en la UPC, ESAN y UDEP. Miembro del Consejo Directivo de la SPDTSS. Abogado Laboralista.

las acciones de amparo en el ordenamiento jurídico. 4.3. Procesos de amparo: el proceso de delimitación de las acciones de amparo. 4.4. La limitación constitucional de las acciones de amparo laborales. 4.5. Remuneraciones devengadas. 4.6. Breve referencia al sector público laboral. 4.7. A título de conclusiones.

El tratamiento doctrinario, la regulación normativa y la resolución de conflictos sobre los derechos fundamentales del trabajador han tenido un desarrollo harto relevante en los últimos años, a tal punto que podríamos indicar que los derechos fundamentales se han constituido en la institución más importante de las relaciones laborales de nuestro país. A su vez, el Tribunal Constitucional (TC), en su calidad de intérprete supremo de nuestra Constitución, ha tenido un rol protagónico sobre los alcances de los derechos fundamentales del trabajador.

El desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías, el desarrollo de la gestión de personas, los sistemas de producción y de trabajo constantemente variables, la globalización y las relaciones laborales transnacionales así como el llamado multiculturalismo, la globalización cultural y los fenómenos sociales han impulsado el desarrollo de los derechos fundamentales del trabajador en la doctrina, jurisprudencia y la elaboración de las normas internacionales¹.

A través del presente artículo, queremos describir los alcances más relevantes de los derechos fundamentales del trabajador. Naturalmente, el tratamiento de los derechos fundamentales comprende tanto los derechos de la persona del trabajador, esto es, los llamados derechos inespecíficos o de la "ciudadanía laboral", así como los derechos laborales propiamente dicho o derechos específicos del trabajador. Ambos grupos de derechos fundamentales han tenido relevancia en la regulación laboral y la resolución de conflictos de nuestro país.

Para ello, primero analizaremos brevemente la evolución constitucional que se puede apreciar en el tratamiento de los derechos fundamentales del

1 Sobre las causas y evolución en la configuración de los derechos fundamentales laborales, pueden verse GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. *La libertad de información del trabajador*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 37 y ss.; MOLINA, C. & OLARTE, S. "Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia constitucional". En: *Revista Relaciones Laborales 1999-II*, Madrid, 1999. Ed. La Ley, p. 360; PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. "Los derechos laborales en la Constitución Española" En: *Cuadernos y Debates*. Centros de estudios Constitucionales. Madrid, 1991; RODRIGUEZ MANCINI, Jorge. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Ed. Astrea, Bs.As., 2004, pp. 93 y ss. y; VALDÉS DAL RÉ, Fernando. "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador". En: *XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo, 2003, pp. 37 y ss.

trabajador; luego, nos avocaremos al estudio de los derechos inespecíficos del trabajador, especialmente los supuestos típicos que generan conflicto con las facultades del empleador; seguidamente, nos referiremos a los derechos específicos laborales que han tenido mayor relevancia en las relaciones de trabajo, y; finalmente, detallaremos algunas notas sobre los criterios del TC en los procesos de amparo laboral.

Como se desprende de la distribución de los temas indicados, tras el primero, en los tres siguientes describiremos cada una de las instituciones detallando las principales resoluciones del TC que han tenido impacto en la regulación laboral, así como la evolución que se aprecia en el propio TC sobre el tratamiento de estas instituciones laborales.

I. EL TRABAJO EN LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL

El tratamiento del trabajo y los derechos fundamentales del trabajador han tenido una evolución constitucional que se manifiesta en la forma de abordar los derechos del trabajador, tanto específicos como inespecíficos. Brevemente en este punto, nos referiremos a esta evolución.

Las constituciones del país han evolucionado desde considerar al trabajo como una de las formas de acceder a la ciudadanía, esto es, para contar con la posibilidad de tener derechos políticos, hasta destacar que la ciudadanía y más que ella, los derechos de la persona del trabajador, son un presupuesto de los derechos laborales. Las primeras constituciones de nuestro país (Siglo XIX) destacan que las personas –entre otros supuestos– que tenían un trabajo podían votar en las elecciones y postular a cargos políticos, mientras que las constituciones posteriores (Siglos XX y XXI) desvinculan los derechos políticos de la categoría laboral (así como otras maneras de acceder a tales derechos como ostentar la condición de propietario de bienes) de tal forma que los derechos de la persona –incluidos los derechos políticos– son un presupuesto de la categoría laboral.

1.1 Constituciones del Siglo XIX: el trabajo, un presupuesto de la ciudadanía

Durante el Siglo XIX, la república mostraba relaciones laborales incipientes. La industria era rudimentaria y desarrollada por pequeños establecimientos –concentrada en molinos, curtiembres, tejidos, etc.–, las actividades primarias de

extracción –agricultura, minería– mostraban sistemas pre capitalistas y se apreciaban todavía la esclavitud, el servilismo y vasallaje de los indios, negros y chinos.

A lo expuesto, hay que indicar que las relaciones laborales se veían desplazadas por luchas internas de las cofradías, corporaciones y gremios –instituciones típicamente coloniales que contaban con sus propios reglamentos internos– y un reconocimiento constitucional de las libertades clásicas liberales de empresa e industria².

Es poco fecunda la regulación de lo “laboral” en las constituciones del S. XIX: prácticamente, no existen dispositivos que regulen derechos y obligaciones de las partes laborales. Siguiendo lo expresado por DE LA CUEVA³, podemos decir que el constitucionalismo peruano del S. XIX se adscribía al movimiento que se apreciaba en los demás países latinoamericanos que suponía la casi una nula regulación, reduciéndose prácticamente a la libertad de trabajo, “consecuencia del espíritu individualista y liberal” del S. XIX.

1.1.1. El trabajo: una forma de acceso a la ciudadanía laboral

Las constituciones del S. XIX consideraron que el trabajo era una forma de acceder a la ciudadanía, es decir, a los derechos políticos. Los ciudadanos eran los únicos que podían elegir y ser elegidos. En esta línea, señalaba FUENTES⁴ que el papel del “ciudadano” –nótese que no emplea el término persona, hombre, etc.–, para tener un mejor país, reside en buscar un “honroso trabajo” para alcanzar la tranquilidad del alma y satisfacer sus necesidades. Así, ejemplos del tratamiento indicado se observa en los artículos 17.4 de la Constitución de 1823, 14.4 de la Constitución de 1826 y 40.4 de la Constitución de 1860:

“Artículo 17: (Para ser ciudadano es necesario)... 4. Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero”.

“Artículo 14: (Para ser ciudadano es necesario)... 4. Tener algún empleo o industria; o profesar alguna ciencia o arte, sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico”.

2 BARQUERIZO, Manuel. Historia, Derecho del Trabajo y lucha de clases en el Perú. UNMSM, Lima, 1988, pp. 17 y ss.
3 DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. T. I. Editorial Porrúa S.A. México, 1954, p. 179 y ss.
4 FUENTES, Manuel. Derecho Constitucional Filosófico. Imprenta del Estado. Lima, 1873, p. XXVIII.

“Artículo 40: (El ejercicio de la ciudadanía se suspende)... 4. Por ser notoriamente vago, jugador, ebrio, o estar divorciado por culpa suya”.

Como se aprecia, inicialmente, se reconocía solamente la ciudadanía a quienes tenían un trabajo independiente –propietarios y personas que tenían una ciencia, arte u oficio– y determinados trabajos dependientes que suponían prestar servicios en puestos de trabajo de alguna jerarquía o categoría (los funcionarios, trabajadores de dirección y empleados). Solamente así se explicarían las curiosas exclusiones que se observan en las dos primeras constituciones, ya que la Constitución de 1823 no consideraba como ciudadanos a los “jornaleros” –tradicionalmente, se comprendía en dicho concepto a aquellos que laboraban por día a cambio de un salario– ni a los “sirvientes”, y la Constitución de 1826 excluía solamente a los “sirvientes domésticos”.

Con el tiempo, simplemente, se eliminaron las distinciones arbitrarias de trabajos pero se mantuvo el requisito de laborabilidad para aquellos que quisieran ser considerados como ciudadanos para el Estado peruano –luego de las Constituciones de 1823 y 1826, en el ámbito constitucional, no existe una cláusula que impida el acceso a la ciudadanía a los trabajadores domésticos o jornaleros–. En efecto, desde la Constitución de 1828, solamente se mantuvo la obligación de contar con un trabajo –dependiente o independiente– para mantener el estatus de ciudadano ya que se señalaba que los “vagos” no podían ejercer la ciudadanía.

Por lo demás, cuando una persona tenía la calidad de ciudadano, debía mantener su empleo dado que las Constituciones disponían una suspensión del ejercicio de la ciudadanía a las personas que dejaban de ser trabajadoras. Así, el artículo 17.4 de la Constitución de 1823 disponía que el ejercicio de la ciudadanía se perdía cuando no se contaba con un “empleo, oficio o modo de vivir conocido”; las posteriores Constituciones se referían también a ello al indicar que los “vagos” no podían ejercer sus derechos de ciudadano hasta que cuenten con un trabajo⁵.

5 Además de la adquisición y suspensión, las Constituciones que regularon los casos de pérdida de la ciudadanía fueron las de 1828 (artículo 5.2), 1834 (artículo 5.2), 1839 (artículo 10.3), 1860 (artículo 41.4) y 1867 (artículo 42.4). En función a tales disposiciones, se perdía la condición de ciudadano si se aceptaba un “empleo” para un gobierno extranjero, salvo que exista un permiso del Congreso. La finalidad era evidente: evitar que los ciudadanos peruanos brinden cualquier información confidencial o presten servicios secretos a otros países. Esta prohibición no se encuentra en las dos primeras Constituciones (1823 y 1826) y tendría una explicación histórica: las dos primeras constituciones se emitieron durante el proceso de independencia de los países americanos y, por lo cual, los ciudadanos de diversos países prestaban servicios para otros –especialmente al Perú llegaron ciudadanos de otros países para expulsar a los españoles de nuestro territorio–; luego, cuando se emite la Constitución de 1828, el proceso de independencia había culminado y debía asegurarse la autonomía del país.

1.1.2. La libertad de trabajo

La libertad de trabajo es un principio que tiene un reconocimiento en el ámbito de todas las Constituciones del S. XIX. En las Constituciones del S. XIX, se señalaba que los empleos no eran hereditarios –prohibición expresa a una institución típicamente colonial- y se garantizaba la libertad de trabajo al señalar que el trabajo era libre, voluntario, nadie estaba obligado a prestar servicios sin su consentimiento –aunque, en rigor, recién con la Constitución de 1828 se consignó expresamente la libertad positiva del trabajo-. Por lo demás, luego de un régimen de colonialismo, resulta evidente que las declaraciones generales de un Estado consagren las libertades que guiaron las gestas revolucionarias de Europa en el S. XVIII, siendo una de las más relevantes la libertad de trabajo⁶.

La fórmula de libertad de trabajo que se empleaba era amplia y comprendía todo tipo de trabajo, dependiente o independiente, por cuenta propia o por cuenta ajena. Aunque, finalmente, tal libertad de trabajo solamente benefició a los criollos, no existía un ánimo de aplicarla efectivamente en la práctica y, menos todavía, regular el mercado laboral⁷.

Por otro lado, se puede destacar que existió un límite al ejercicio de la libertad de trabajo. Siempre las Constituciones han declarado que la libertad de trabajo no es irrestricta ya que tiene como límites la costumbre, la seguridad, la salubridad o la moral pública y, en el artículo 162 de la Constitución de 1834, se agrega el interés nacional. Es interesante destacar como las Constituciones se refieren a conceptos indeterminados para aludir a los límites de la libertad de trabajo; creemos que esta fórmula, aun cuando amplia, debería admitirse en la medida que no puede preverse todos los casos razonables y justificados donde se puede limitar la libertad de trabajo, siempre que la aplicación sea, necesariamente, restrictiva ya que estamos ante un límite al ejercicio de un derecho constitucional.

Pese a los enunciados de las Constituciones del S. XIX –que tenían como antecedente el Decreto de Dn. José de San Martín sobre la abolición de la

6 Así, por ejemplo, el artículo 23 de la Constitución de 1823, el artículo 147 de la Constitución de 1826 y el artículo 166 de la Constitución de 1828 indicaron sucesivamente lo siguiente:

“Artículo 23: Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue. Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios”.

“Artículo 147: Queda abolidos los empleos y privilegios hereditarios y las vinculaciones (...)”.

“Artículo 166: Es libre todo género de trabajo, industria o comercio, a no ser que se oponga a las costumbres públicas o a la libertad y salubridad de los ciudadanos”.

7 CHIPOCO, Carlos. La constitucionalización del Derecho del Trabajo en el Perú. Tesis de bachillerato. PUC. Lima, 1981, p. 24.

esclavitud al inicio de nuestra vida independiente-, la esclavitud y servilismo de los negros, chinos e indios persistía. Autores como Toribio Pacheco se declaraban contrarios al trabajo forzoso y reconocían la libertad de trabajo, la realidad permitía inferir que no se cumplían con los preceptos constitucionales⁸.

En la medida que el Estado tenía relaciones estrechas con los grupos de poder, tanto con la acción como con la omisión, permitió una serie de abusos que posibilitaron una mayor explotación hacia los inmigrantes chinos –dictando sendas disposiciones- y los trabajadores de las haciendas de la costa y los fundos de la sierra⁹.

Es importante destacar que se puede apreciar una evolución en el tratamiento constitucional que ha tenido la esclavitud. En efecto, hasta la Constitución de 1839 –a excepción de la Constitución de 1826 que no incorporó dispositivo alguno sobre la esclavitud-, la fórmula empleada era la de disponer que nadie nacía esclavo ni podía ingresar en tal condición al territorio nacional, de tal manera que se permitía la esclavitud para aquellos que ya tenían tal condición dentro del territorio peruano.

Las Constituciones permitían la esclavitud para los que ya tenían esta categoría, una suerte de derechos adquiridos “peyorativos” respecto de sus “propietarios” que eran, probablemente, personas que tenían esclavos. A título de ejemplo, el artículo 11 de la Constitución de 1823 disponía lo siguiente¹⁰: “Nadie nace esclavo en el Perú, ni de nuevo puede entrar en él alguno de esta condición. Queda abolido el comercio de negros”.

Desde la Constitución de 1856, se prohibió toda clase de esclavitud en el territorio peruano, tanto de los que tenían esta condición como de los que potencialmente podían tenerla¹¹. Por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución de 1867 anotaba que “No hay ni puede haber esclavos en la república”¹². Así, recién con la fórmula descrita, podemos señalar que nadie podía ser esclavo en el territorio peruano desde la perspectiva constitucional cuando menos.

8 RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Toribio Pacheco. Jurista peruano del S.XIX. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. Lima, 1993, p. 207 y ss.

9 TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. La idea de derecho en el Perú Republicano del S. XIX. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996, pp. 182 y ss.

10 Adicionalmente, pueden verse los artículos 152 de la Constitución de 1828, 146 de la Constitución de 1834 y 155 de la Constitución de 1839.

11 CORTES CARCELÉN, Juan. El Derecho del Trabajo en las Constituciones del S. XIX. Monografía presentada en el curso de Teoría del Estado: S.XIX y XX de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP. Lima, 1995, p.12.

12 Además, pueden verse los artículos 17 de la Constitución de 1856 y 17 de la Constitución de 1860; inclusive, se señalaba que perdían la ciudadanía las personas que comerciaban esclavos aun en el exterior (artículos 40.6 de la Constitución de 1856 y 42.5 de la Constitución de 1867).

1.2 Constituciones del S. XX: la persona del trabajador, un presupuesto del Derecho Laboral

Desde las constituciones del S. XX, el tratamiento laboral varió sustancialmente. Las primeras movilizaciones y huelgas así como el desarrollo mismo del Estado, generó que, de un lado, las constituciones desligaran a la ciudadanía de requerimientos como tener un trabajo, y de otro lado, reconocieran derechos específicos laborales en sede constitucional.

En este punto, desarrollaremos las constituciones anteriores a la del año 1993 (1920, 1933 y 1979). La actual constitución será desarrollada extensamente en los siguientes puntos 2 y 3.

1.2.1. El contexto de la primera Constitución del S. XX

En realidad, desde inicios del S. XX, ya teníamos los primeros derechos laborales –para el sector privado– recogidos en normas generales así como movimientos internacionales que generaron un marco adecuado para que, desde la Constitución de 1920 (la primera del siglo pasado), se aprecie un giro radical en el tratamiento constitucional del tema laboral. Se puede decir que la Constitución de 1920 regula en sede constitucional la evolución de la temática laboral.

La Constitución de 1920 se discute y promulga con movimientos sociales y huelgas de los trabajadores, con una Organización Internacional del Trabajo (OIT) y con dos constituciones del exterior –Méjico y Alemania– que tenían sendas disposiciones sociales. Todo ello, pues, "creaba" un clima propicio para que se regularan derechos laborales.

La Constitución Mejicana de Querétaro de 1917 fue la primera en el mundo en reconocer derechos típicamente laborales. El artículo 123 contempló una serie de derechos laborales específicos y concretos: la jornada máxima de trabajo de ocho horas, el descanso semanal, el descanso pre y post natal, el salario mínimo, la sobre tasa por trabajo de horas extras, el principio de igualdad de trato en el pago de la remuneración, el derecho de huelga y la libertad sindical, etc.

Otra influencia importante fue la Constitución de Weimar. Hacia 1919, Alemania sufría las consecuencias de la Primera Guerra Mundial y, ante la situación laboral, se produjeron revoluciones, movilizaciones y huelgas obreras que motivaron, entre otras razones que, tras una Asamblea Nacional, se promulgara la Constitución de 1919, conocida como la Constitución de Weimar.

Si bien la Constitución de Weimar no tiene el contenido específico de la Constitución de Querétaro, consagra principios generales (artículo 162) tales como el principio protector –el principio base del Derecho del Trabajo– y la disposición sobre el trabajo adecuado, y derechos concretos como la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva.

La tendencia hacia el reconocimiento de los derechos sociales y laborales ha sido incontenible tras la Constitución de 1920. Con el devenir de los años, a nivel internacional y nacional, la regulación laboral ha tenido una evolución intensa, tanto cualitativa como cuantitativa, y las constituciones de 1933 y 1979 no son sino consecuencia de este desarrollo. Finalmente, como veremos más adelante, las constituciones no son sino la expresión de las ideologías y creencias en un contexto determinado.

1.2.2. La aparición expresa de los derechos inespecíficos del trabajador

Las constituciones del S. XX regularon, por vez primera, el respeto de los derechos inespecíficos o de la persona del trabajador en la relación laboral. En concreto, la Constitución de 1933 (artículo 44) disponía:

"Es prohibida toda estipulación, en el contrato de trabajo, que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales".

No obstante lo expuesto, es importante advertir que probablemente los constitucionalistas del 33' no se referían a la exigibilidad de los derechos inespecíficos en una relación laboral. Un rasgo sintomático de lo expuesto se relaciona con el enunciado del precepto constitucional comentado. Se alude a que ninguna "estipulación en el contrato de trabajo" puede restringir el ejercicio de derechos civiles, políticos y sociales. Con ello, estamos ante una cláusula de un contrato de trabajo.

Cuando se emitió la Constitución de 1933, todavía se apreciaban relaciones de servidumbre y yanaconaje y creemos que éstas son el más relevante ámbito de aplicación del precepto comentado. Tal vez, los constituyentes quisieron "reforzar" con este mandato constitucional la libertad de trabajo, evitar el trabajo forzoso, más que asegurar el pleno ejercicio de derechos civiles y políticos en el seno de una relación laboral.

Ciertamente, las normas constitucionales son imperativas en la medida que, de ellas, se derive una eficacia o preceptividad inmediata y, por lo cual, como

cualquier otro pacto, el contrato de trabajo no debe establecer condiciones que atenten contra tales preceptos constitucionales. Los derechos inespecíficos son los derechos no laborales o no específicos que tienen los trabajadores por el hecho de ser personas o ciudadanos y que se pueden ejercer dentro de la relación laboral tales como libertad religiosa, intimidad, libertad de expresión, secreto de comunicaciones privadas, etc. No estamos, por consiguiente, ante derechos propiamente laborales.

Nótese que la prohibición constitucional analizada se refiere a derechos de naturaleza civil, política o social –en este último caso, estarían los derechos laborales y no solamente los derechos laborales de sindicalización¹³–; de este modo, se reconocía el ejercicio de los derechos de la “ciudadanía laboral” en el seno de la empresa. Así, el artículo se refiere, en última instancia, a derechos inespecíficos y específicos.

Lo expresado es de vital importancia. Por los derechos inespecíficos se limita el poder de dirección del empleador dado que ya no podría dictar órdenes que atenten contra los derechos no laborales de los trabajadores y éstos podrían cuestionarla válidamente. Con ello, en el ámbito constitucional, se establece una nueva regulación: los derechos constitucionales de los trabajadores no solamente son los propiamente laborales (específicos) sino también los derechos constitucionales no laborales (inespecíficos) que se ejercen en las relaciones laborales. Repárese que la disposición constitucional señala que en el contrato de trabajo no se puede restringir o limitar los derechos de los trabajadores como personas –genéricamente, los derechos civiles y políticos–. De este modo, claramente puede inferirse que los derechos inespecíficos son previos a la relación laboral.

A diferencia de las constituciones del S. XIX donde se preveía que el contrato de trabajo generaba derechos a la persona –esencialmente la ciudadanía–, ahora se establece que los derechos de la ciudadanía son un presupuesto de la relación laboral y se ejercen dentro de ella.

La Constitución de 1979 (artículo 42) tenía un mejor desarrollo de los derechos inespecíficos en el seno de las relaciones laborales:

“En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad”.

13 Empero, cuando se debatió este precepto –entre los “Sanchezcerristas” y los “socialistas”, el término social comprendía exclusivamente los derechos de sindicalización. Sobre ello, véase CHIPOCO, Carlos. Op. Cit., pp. 92 y ss.

La redacción de este precepto nos resulta más atractiva que la prevista en la Constitución de 1933, en la medida que comprende la prohibición de cualquier acto –un contrato de trabajo, una norma jurídica– o hecho –un acto del empleador–, normativo o no, individual o colectivo, que restrinja los derechos inespecíficos y específicos –la fórmula es amplia, se refiere a los “derechos constitucionales”– de los trabajadores¹⁴.

Finalmente, es importante destacar el reconocimiento de la dignidad como elemento trascendente de ejercicio en una relación laboral y como una suerte de derecho genérico que asegura la vigencia de derechos de la persona dentro del contrato de trabajo. Con ello, respecto de la constitución precedente, se prevé un precepto general y comprensivo, abstracto y abierto, sobre el alcance de los derechos constitucionales que pueden ejercerse en el seno de la relación laboral.

1.2.3. El desarrollo de los derechos laborales específicos

Las constituciones del S. XX reconocen los derechos laborales, introduciendo obligaciones generales al Estado. De un lado, la libertad de trabajo aparece recogida en las constituciones del S. XX y se indicaba que el Estado podía intervenir en las relaciones laborales para determinar las condiciones de trabajo, las normas de seguridad e higiene, las indemnizaciones, los salarios mínimos y la organización general del trabajo (exactamente el artículo 46 y 47 de las constituciones de 1920 y 1933, respectivamente).

A la par, aparecen los derechos laborales específicos laborales. Así, el artículo 47 de la Constitución de 1920 (que tenía el mismo tratamiento en la Constitución de 1933), ubicado dentro del título de las garantías sociales, fijó una serie de principios sobre los cuales el Estado debe actuar en la regulación de las relaciones laborales. Si bien este artículo es una expresión del principio protector del Derecho del Trabajo, representa el primer artículo que, expresamente, desarrolla derechos laborales concretos en nuestra historia constitucional¹⁵.

14 Un estudio general sobre la evolución del reconocimiento de derechos de la persona del trabajador puede verse en VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”. En: XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AUDTSS y SIDA. Montevideo, 2003, pp. 46 y ss.

15 El artículo 47 indicaba: “El Estado legislará sobre la organización y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías de él, de la vida, de la salud y de la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas razas del país. Es obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen”.

El indicado artículo constitucional regula, especialmente, un sector laboral, el industrial (primer y tercer párrafos del artículo 47), al disponer que el Estado legisle sobre la seguridad en el trabajo industrial y las condiciones de trabajo en esta área ocupacional así como el pago de una indemnización por accidentes de trabajo. Esta legislación restrictiva para las industrias se prolonga, inclusive, hasta nuestros días: por ejemplo, hasta hace poco, existía un régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales -administrado por el IPSS, hoy ESSALUD, y previsto en el Decreto Ley No. 18846 que ha sido sustituido por un sistema general de riesgos laborales- que comprendía solamente a los trabajadores obreros; del mismo modo, existe un reglamento de seguridad e higiene que solamente se aplica en los centros de trabajos industriales.

El artículo 47 de la Constitución de 1920 se refiere a las remuneraciones mínimas y las condiciones máximas de trabajo, las mismas que se establecerán atendiendo la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones de las regiones del país. En cuanto al género, se justifica la protección a las mujeres al igual que la de los niños, porque, según VALDEZ TUDELA¹⁶, eran los seres más débiles por ser una "obra moral de justicia y de tutelaje para seres débiles, sino por ser, además, una obra de auto conservación de la sociedad ya que las mujeres son las madres de las futuras generaciones". Ciertamente, resultaba cuestionable que se fijen remuneraciones mínimas en función al sexo: se utiliza este criterio al sexo como determinante en la fijación de las remuneraciones mínimas -a nivel legal, la Ley No. 2851 ya había regulado un indiscriminado trato en función al sexo-; naturalmente, debemos comprender que estamos en los inicios de la regulación de los derechos laborales y, por lo cual, el tratamiento es selectivo, diferenciado, sin -a veces- base objetiva.

1.2.4. La Constitución de 1979: la cúspide en el tratamiento de lo laboral

La Constitución de 1979 representa el mayor tratamiento laboral que ha tenido nuestro desarrollo constitucional, superando inclusive a la actual Constitución. Cuantitativa y cualitativamente, nos encontramos ante la Constitución que abordó la temática laboral con mayor detalle, con referencias a derechos que suelen tener reconocimiento legal más que constitucional, y naturalmente un desarrollo del concepto de Estado Social que era el presupuesto de este tratamiento.

16 VALDÉZ TUDELA, Napoleón. Comentarios a la legislación peruana. Lima, 1958, p. 269.

La trascendencia de los derechos laborales no solamente se contrae a los artículos específicos de la Constitución que los tratan sino en la existencia de un acápite, de un capítulo especial para la materia laboral -hasta la fecha, es la única Constitución que la tuvo dado que la actual incluye a los derechos laborales junto con otros derechos sociales y económicos- así como la formulación de una serie detallada de principios y reglas de un Estado Social de Derecho¹⁷.

Desde el punto de vista netamente laboral, podríamos señalar, siguiendo a RUBIO CORREA, que, con una nueva Constitución¹⁸, se podían incorporar nuevos derechos, nuevas prerrogativas, esquemas de trabajo novedosos, reconocer y regular una serie de derechos laborales ausentes o deficientemente abordados por las Constituciones anteriores.

La Constitución de 1979 señalaba que el Perú era un Estado social de derecho. En efecto, el Preámbulo de esta Carta Magna, los capítulos sobre el trabajo, la educación, la seguridad social etc. y, sobre todo, los artículos 4 y 79, eran claros en determinar que la forma de Estado que se adoptaba era la social. El Preámbulo contenía una serie de principios típicos de un Estado social de derecho: se buscaba que todas las personas disfruten de la riqueza; se indicaba que el Estado debía promover una sociedad "justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores"; se consagraba una "economía al servicio del hombre y no del hombre al servicio de la economía"; etc.

Por otro lado, la Constitución regulaba una serie de derechos económicos, sociales y culturales que son propios del Estado social y que estaban reconocidos en la categoría de derechos fundamentales. Se señalaban muchos derechos -no todos exigibles directamente, por ser de preceptividad aplazada o mediata- que debían ser tutelados, promovidos, implementados, etc. por el Estado. Incluso, los derechos contenidos expresamente en la Constitución no eran los únicos. El artículo 4 se encargaba de asegurar que cualquier derecho que sea una manifestación de la dignidad del hombre y "del Estado social" tuviera un reconocimiento constitucional, a tenor del listado abierto de esta disposición.

17 Lo dicho no supone necesariamente una aprobación de la estructura formal de la Constitución de 1979 en lo relativo a los derechos de las personas, ya que coincidimos con RUBIO y BERNALES cuando indican que la Constitución hubiera señalado que los derechos laborales, culturales, etc. debieron ser catalogados también como derechos de las personas -en el Capítulo I se encuentran los derechos de las personas constituidos por los tradicionales derechos civiles y políticos-. En: RUBIO CORREA, Marcial & BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editorial, Lima, 1985, p. 35.

18 RUBIO CORREA, Marcial & Otros. Constitución: ¿Qué y para qué?. Desco, Lima, 1978, p. 95 y ss. De otro lado, se ha indicado que era una Constitución muy genérica, en tanto que todo lo "delegaba" a la ley. PASCO, Mario. "El tema del trabajo y la nueva Constitución". En: La nueva Constitución y su aplicación legal. CIC, Lima, 1980, p. 69.

Más contundente era el artículo 79. Este artículo establecía que el Perú era "una República democrática y social". De manera expresa, a diferencia de las constituciones de 1920 y 1933, se prescribía la orientación del Estado, una que negaba al Estado liberal. En la misma línea, el artículo 4 precisaba que se reconocía cualquier derecho que derivaba de un "Estado social y democrático de derecho".

Una de las novedades de la Constitución de 1979 fue la incorporación de los principios del Derecho Laboral en el ámbito constitucional. En efecto, se reconocían expresamente los principios de igualdad de trato, indubio pro operario, irrenunciabilidad y retroactividad de las leyes si son favorables a los trabajadores. Además, se recogía al principio protector que es el "principio genérico" a partir del cual se elaboran los demás principios; a través de todo el Capítulo V dedicado al trabajo se puede verificar la existencia del referido principio. Este principio protector es el único que se habría reconocido en las Constituciones del S. XIX, dado que, en el ámbito de las Constituciones del S. XIX se regula el tema del trabajo desde la óptica liberal –simplemente, como un derecho o facultad para trabajar o no– sin que, necesariamente, se aprecie la existencia de normas que protejan a los trabajadores.

Hay varios derechos individuales que tuvieron una regulación en las anteriores constituciones tales como la protección a la mujer (artículo 45), la obligación del Estado de dictar medidas sobre seguridad social, higiene y seguridad empresarial (artículo 47), la remuneración mínima (artículo 43), la participación de los trabajadores en las empresas (artículo 56) y el derecho a percibir beneficios sociales (artículo 44, in fine).

La Constitución de 1979 reconoció, por vez primera, el derecho de estabilidad laboral o el principio de continuidad laboral en sus dos modalidades. La estabilidad laboral de entrada y la de salida. Por la primera, se aseguraba que el trabajador tuviera derecho a adquirir una estabilidad de entrada –una excepción era el período de prueba o los contratos a plazo fijo– y otra era la estabilidad de salida –protección contra el despido arbitrario–. Si bien la Constitución se refería expresamente a la estabilidad de salida, el contenido constitucional del derecho de estabilidad laboral no podía concebirse sin que se reconozca a la estabilidad laboral denominada "de entrada" dado que ambas manifestaciones se necesitan recíprocamente para tener eficacia.

Por otro lado, se reconocieron derechos remunerativos y sus derivaciones tales como la justa remuneración y la asignación familiar (artículo 43), la jornada máxima de trabajo así como el derecho a los descansos remunerados semanales y anuales (vacaciones) (artículo 44) y el privilegio salarial en el pago de las

remuneraciones y beneficios sociales, y un plazo de prescripción generoso de 15 años para cobrarlos (artículo 49)¹⁹.

Para terminar, a nivel de las relaciones colectivas, existe una nueva regulación en sede constitucional. Se ha mencionado que, en este tema, no existe mayor avance²⁰; nosotros discrepamos de tal posición. La regulación de los derechos colectivos es innovativa –salvo el reconocimiento de la negociación colectiva– y tiene varios aspectos que se deberían resaltar²¹. En primer lugar, el artículo 54 de la Constitución regula la negociación colectiva. Con la Constitución de 1979, el Perú tenía un modelo constitucional de negociación colectiva libre y, por ello, podemos afirmar que predominaba, en palabras de NEVES²², un "pluralismo orgánico atenuado". Además, el artículo 51 se refería a la libertad sindical: comprendía tanto la libertad sindical negativa como la positiva²³, esto es, la posibilidad de decidir la incorporación o renuncia a un sindicato de trabajadores. Finalmente, el artículo 55 indicaba que "La huelga es derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley".

El desarrollo de los derechos constitucionales laborales ha tenido, entonces, en la Constitución de 1979 su expresión máxima. Como veremos más adelante, la Constitución de 1993 es más escueta y no aborda varias de las instituciones contenidas en la Constitución de 1993 pero, no por ello, la materia constitucional laboral deja de ser relevante.

II. DERECHOS INESPECÍFICOS O DE LA PERSONA DEL TRABAJADOR

2.1 Derechos fundamentales: hacia una definición

Antes de describir los alcances sobre los derechos fundamentales, debemos indicar que, de las denominaciones que existen sobre los derechos que

19 Si bien los derechos laborales ya tenían regulación en el ámbito de la normativa legal –salvo el derecho a la asignación familiar que recién fue creada en el año 1989–, la regulación constitucional tiene enorme repercusión. Las dos principales consecuencias son: tales derechos no pueden ser suprimidos en el ámbito legal y pueden ser materias de sendas acciones de garantías para asegurar su protección.

20 CHIPOCO CÁCEDA, Carlos. Op. Cit., pp. 174 y ss.

21 El artículo 48 de la Constitución de 1920, se refería a los conflictos entre trabajadores y empleadores y que estos serían resueltos por medio de tribunales de conciliación y arbitraje. El artículo 43 de la Constitución de 1933 reconoció el derecho de negociación colectiva al prever que "El Estado legislará sobre el contrato colectivo de trabajo".

22 NEVES MUJICA, Javier. El contenido negocial: la compleja relación entre la ley y el convenio colectivo. IDL, Lima, 1993, pp. 20-21.

23 VILLAVICENCIO, Alfredo. "Constitución y libertad sindical" En: AA.VV. (Director: Javier Neves). Editorial Cuzco, Lima, 1989, pp. 143 y ss.

estudiaremos: humanos, constitucionales, fundamentales, etc., nos quedamos con los derechos fundamentales en la medida que reflejan adecuadamente los alcances de los derechos conferidos a las personas. Siguiendo a JORDANO²⁴, podemos indicar que los derechos son fundamentales en tanto que, por un lado, dan sustento o fundamento al sistema jurídico y, por otro lado, no requieren de fundamentación o justificación jurídica o, por lo menos no necesitan una justificación jurídica positiva.

Una primera entrada de los derechos fundamentales la podemos hacer desde la perspectiva de la libertad. La libertad es uno de los conceptos claves en toda construcción jurídica sobre el Derecho, no podría existir una teoría jurídica sin tener en cuenta a la libertad en cualquiera de sus acepciones.

En este sentido, abordaremos el tema de la libertad, teniendo en consideración la flexibilidad del concepto en función a diversas variables y contextos²⁵, desde la perspectiva de la teoría política. A partir de ello, recogemos la conocida clasificación sobre la libertad desde sus dos manifestaciones no excluyentes: libertad positiva y libertad negativa y, en un segundo momento -solamente para determinar el marco de nuestro trabajo-, la libertad individual y la libertad colectiva.

Siguiendo a BOBBIO y BERLIN²⁶, por libertad negativa, entendemos la ausencia de impedimento, interferencia o constricción, o la libertad para obrar o no obrar sin que exista obligación, coacción o impedimento alguno. Por otro lado, la libertad positiva se contrae en la libertad de las personas para orientar libremente sus decisiones por la opción que consideren más conveniente sin tener en cuenta la voluntad de otros, es decir, supone tener autonomía en la toma de decisiones. En otras palabras, y siguiendo a BOBBIO, "la libertad negativa es una cualificación de la acción; la positiva es una cualificación de la voluntad" o, libertad de obrar y libertad de querer, respectivamente²⁷.

Ahora bien, la libertad colectiva y la libertad individual se definen, como apunta BOBBIO²⁸, a partir de la persona o ente que ostenta la libertad negativa o positiva. De un lado, la libertad individual está definida desde el individuo, a

24 JORDANO FRAGA, Jesús. Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales. Marcial Pons. Madrid, 1997, p. 55.

25 QUINTANILLA, Pablo. "El problema metafísico de la libertad". En: Revista Ius Et Veritas. No. 15. Lima, 1997, pp.343 y ss.

26 BOBBIO, Norberto. Libertad e igualdad. Ed. Paidós. Barcelona, 1993. p. 97 y ss.; BERLIN Isaiah. Libertad y necesidad en la historia. Revista de Occidente. Madrid, 1974. p. 133 y ss. y; NINO, Carlos. "La autonomía constitucional". En: AA.VV. La Autonomía personal. Cuadernos y Debates. CEC. Madrid, 1992, pp.33 y ss.

27 *Ibid.*, p. 102.

quien, históricamente, le comprendería la libertad negativa, pero ello no significa que no le sea extensible la libertad positiva.

Por otro lado, la libertad colectiva suele atribuirse a entes o instituciones como el Estado o la Iglesia e, históricamente, se la ha identificado con la autodeterminación o autonomía y, por ello, se acostumbra asimilarla con la libertad positiva sin que ello importe la inexistencia de la libertad negativa.

Sobre este marco de libertades, nosotros nos dedicaremos centralmente a las libertades individuales, tanto negativa como positiva, dentro de la relación laboral. Así, en el marco del centro laboral, estaríamos ante un conflicto de libertades individuales: la del empleador y la del trabajador. Nosotros nos referiremos seguidamente a los derechos fundamentales, específicamente desde la perspectiva individual del trabajador.

Los derechos fundamentales son elementos esenciales de cualquier sistema jurídico y que se derivan de valores superiores que tienen por fuente a la dignidad humana, y que inspiran, determinan y fundamentan a dicho sistema²⁹. La determinación así como el contenido de los derechos fundamentales, en definitiva, dependerá de la orientación ideológica o de la fundamentación que se realice y que, dentro de una sociedad plural y democrática, dependerá de los consensos y el diálogo social³⁰.

Ciertamente, resulta trascendental para el ordenamiento jurídico que se reconozcan, en el ámbito constitucional, los derechos que corresponden a los ciudadanos por el solo hecho de serlos. La constitucionalización de derechos supone, siguiendo a FREIXES³¹, la efectividad inmediata de los derechos considerados como tales -con ello, el reconocimiento de las acciones de garantía y tutela, ante actos de violación de tales derechos-, el reconocimiento del derecho dentro de una estructura -el denominado "bloque de constitucionalidad"- que permitiría una interpretación en conjunto -la aplicación de los criterios de interpretación, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, o la determinación de principios generales- y la determinación de los valores constitucionales que se imponen en un determinado ordenamiento.

La Constitución de 1993 establece una fórmula abierta sobre las libertades y derechos que califican como fundamentales. Al igual que la constitución

28 *Ibid.*, pp. 108 y ss.

29 BUSTAMANTE, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Ara Edit. Lima, 2004, p. 90.

30 PRIETO SANCHIS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Ed. Palestra. Lima, 2002, p. 41.

31 FREIXES, Teresa. Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución. MTSS. Madrid, 1986, pp. 333 y ss.

precedente, se describen expresamente una serie de derechos y libertades inespecíficas –aplicable a todos los ciudadanos- y específicas –predicable para determinados ciudadanos, los trabajadores-. En efecto, de un lado se reconoce a la dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1), valor que comprende un sinnúmero de derechos y principios; se mencionan una lista prolija de derechos y libertades (artículo 2); y, por otro lado, expresamente se indican que los derechos reconocidos en el Capítulo II sobre los derechos fundamentales no presentan un enunciado taxativo sino que comprende los demás derechos reconocidos en la constitución y “otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (artículo 3).

De lo dicho, la dignidad se erige como la esencia predicable de cualquier persona y que, además, es el valor o derecho del cual se desprenden los demás derechos. Como se ha dicho, la dignidad importa “el derecho a ser considerado como ser humano, como persona, es decir, como ser de inminente dignidad titular de derechos y obligaciones. Sin este derecho reconocido se quiebran todos los demás derechos fundamentales, se quedan sin su punto de apoyo”³².

De esta forma, aun cuando no es materia de este trabajo, dejamos por sentado la enorme dificultad para determinar cuáles son los derechos fundamentales en la Constitución de 1993. Las técnicas que se empleen no pueden ser meramente formales. Por ejemplo, no podría decirse que solamente los derechos que están en el Capítulo I (de los Derechos Fundamentales) califican como fundamentales en tanto que, el artículo 3 de la Constitución ya citado, expresamente reconoce la calidad de “fundamentales” de los derechos reconocidos en los demás acápite de la Constitución así como los que se derivan de la dignidad del hombre. Tampoco podemos ampararnos en apreciar los niveles de protección constitucional a través de las acciones de garantía en tanto no se prevé alguna regla de discriminación de derechos fundamentales –aun cuando, a la luz de las sentencias del TC se podría avizorar cierta diferenciación, como veremos más adelante-. Finalmente, no nos adscribimos a la posición asumida por algunos autores y que se contrae a determinar el “núcleo cualificado” de los derechos fundamentales de los que se predicen los efectos propios del reconocimiento constitucional y, a partir de ello, establecer los

32 PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1996, p. 91.

derechos que se derivan de éste³³.

Ciertamente, los derechos fundamentales no son aquellos que la Constitución reconoce expresamente. Los derechos fundamentales son aquellos que se derivan de la persona dentro de un Estado social y democrático. Al respecto, es importante precisar que existen varias teorías sobre los derechos fundamentales que brindan contenido y delimitan los alcances mismos de los derechos fundamentales pero, como indica LANDA, estas teorías se encuentran en las concepciones del Estado, sociedad y economía, y que, conjuntamente con las variables culturales de cada país, determinan su interpretación y aplicación³⁴.

El propio TC ha indicado en muchas ocasiones que los derechos fundamentales, en concordancia con el artículo 3 de la Constitución, no son delimitables taxativamente (Expediente No. 895-2001-AA/TC):

“(…) es bien conocido que en un sinnúmero de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de “desarrollo de los derechos fundamentales”, cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución”.

Como hemos dicho, la referencia a la dignidad y cualquier derecho derivado de la condición de persona (artículo 1) y el artículo 3 como la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución, permiten extender la lista de derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución. En este sentido, conviene dedicar algunas líneas a este último tema pues, en materia laboral, tenemos varios tratados sobre derechos fundamentales que vinculan la relación

33 MARTÍN-RETORDILLO, Lorenzo & de OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y constitución*. Ed. Civitas. Madrid, 1992, pp. 71 y ss.

34 LANDA, César. *Teoría del Derecho Constitucional*. Ed. Palestra. Lima, 2003, p. 191.

laboral. No solamente nos debemos referirnos a los tratados sobre Derechos Humanos y de Derechos Económicos y Sociales sino, especialmente, a los Convenios Internacionales de Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que tienen contenido constitucional y fundamental, tal como ha sido reconocido por el TC, y ciertamente, han vinculado al empleador (especialmente, el TC ha utilizado estos criterios de interpretación cuando se ha referido a la libertad sindical).

Al respecto, el TC ha indicado lo siguiente (Expediente No.2209-2002-AA/TC)³⁵:

“El Tribunal Constitucional considera necesario advertir que, en materia de interpretación de los derechos constitucionales, el operador judicial no puede olvidar que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la comprensión de las cláusulas que reconocen (o limitan) derechos en ella previstos, deben interpretarse en armonía con lo que sobre ellas hayan realizado los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, en particular, con la jurisprudencia de los tribunales internacionales de justicia con competencia en materia de derechos humanos”.

Por último, debemos referirnos a la preocupación de algunos laboristas por considerar como derechos fundamentales laborales a aquellos derechos que están reconocidos a todas las personas por el hecho de ser ciudadanos. En otras palabras, se sostiene que los derechos de la persona que suelen tener mucha relevancia en la relación laboral –derecho a la intimidad, libertad de expresión, por ejemplo–, deberían ser considerados como derechos ciudadanos de los trabajadores e incorporados en documentos internacionales con fuerza vinculante, con especial relevancia a la determinación de los derechos laborales que pueden ser calificados como derechos humanos o fundamentales³⁶. Nosotros consideramos que no sería necesaria la emisión de normas laborales que reconozcan la vigencia de los derechos fundamentales de la persona en el seno de la relación laboral. Basta con las normas generales que reconocen la

35 En otro caso, el TC ha indicado (Expediente No. 1268-2001-HC-TC):“(…) el Tribunal Constitucional entiende que, en nuestro ordenamiento jurídico, el denominado derecho internacional de los derechos humanos posee fuerza normativa directa o aplicabilidad directa, en tanto los tratados que lo componen, como cualquier otro, “forman parte del derecho nacional”.

36 Sobre este tema, puede verse PLA RODRIGUEZ, Américo. “Los derechos humanos y la OIT”. En: Revista Derecho Laboral No. 173, Montevideo, 1994, pp. 3 y ss.; y BARBAGELATA, Héctor. “Perspectivas de una Carta de derechos fundamentales para el Mercosur”. En: AA.VV. Costos laborales en el Mercosur. Carta de Derechos Fundamentales. FCU. Montevideo, 1993, pp. 233 y ss. Además, CARRILLO CALLE, Martín. “Los derechos fundamentales: normas mínimas internacionales”. En: AA.VV. Las constituciones iberoamericanas. Adec-Atc. Lima, 1993, pp. 4 y ss.; MARTÍNEZ SALGUERO, María. “Derechos económicos, sociales y culturales en las relaciones laborales. OIT. Análisis de la situación en América Latina”. En: Estudios básicos de derechos humanos, T.VI. IIDH. OEA.

aplicación y vigencia de derechos de la ciudadanía dentro del contrato de trabajo y, por ello, no es indispensable que exista una regulación que reconozca la plena vigencia de los derechos de la persona en el desarrollo del contrato de trabajo, pues, en definitiva, se puede hablar de “una versión laboral de virtualmente todos los derechos fundamentales que demostraría la existencia de un Derecho constitucional del Trabajo”³⁷.

2.2 Eficacia de derechos fundamentales: vinculación a los particulares

Una primera aproximación sobre los derechos fundamentales importa indicar que estos vinculan al Estado en tanto constituyen un tope jurídicamente insuperable³⁸. Los derechos reconocidos en la Constitución tienen el mismo rango, con lo cual no puede hablarse de jerarquías a nivel de derechos fundamentales (desde ya, nuestra posición es de rechazo sobre cualquier postura basada en una jerarquía de derechos fundamentales cuando se presenten conflictos entre tales derechos); ciertamente, sí de derechos fundamentales respecto de derechos reconocidos en normas legales³⁹.

Ahora bien, los derechos fundamentales también vinculan y resultan eficaces entre particulares. En primer lugar, el artículo 38 de la Constitución prevé que “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)”. De esta manera, la exigencia respecto de la vigencia y respeto de los derechos fundamentales rebasa el orden público y se extiende a todas las personas y entidades, prácticamente queda asegurada la vigencia entre particulares de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, no existe en la Constitución alguna norma que delimite la aplicación, eficacia y exigencia de los derechos fundamentales frente a determinados sujetos, públicos o privados.

En tercer lugar, dada la fórmula de la Constitución de 1993 (numeral 2 del artículo 200⁴⁰), la acción de amparo se puede interponer contra la aplicación de

37 ALONSO OLEA, Manuel. Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho al Trabajo según la Constitución. Ed. Civitas, Madrid. 1982, pp. 28 y ss.

38 DIEZ-PICAZO, Luis. “Aproximación a la idea de derechos fundamentales”. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional No. 2. Lima, 2000, p. 221.

39 CASTILLO, Luis. Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales. UDEP-ARA Ed. Piura, 2003, pp. 45-46.

40 La disposición constitucional prevé que “La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”.

un acto normativo, un acto no normativo, una acción u omisión, un acto jurisdiccional -en este último caso, cuando dicho acto contravenga el principio del debido proceso-, provenientes tanto del Estado como de particulares. Como sabemos, la acción de amparo se interpone contra los actos que vulneren o amenacen derechos constitucionales, teniendo por finalidad la reposición a la situación anterior a la trasgresión del derecho constitucional. En esta línea, con la acción de amparo, el afectado busca la tutela de su derecho constitucional lesionado y, si la demanda es estimada por el órgano jurisdiccional, se declara la nulidad del acto que se considera inconstitucional.

Entonces, en nuestro ordenamiento, puede presentarse una acción de amparo para tutelar derechos reconocidos en la Constitución que son vulnerados por los particulares. No requerimos, por consiguiente, acudir a la doctrina de la eficacia mediata de los derechos fundamentales que ha sido empleada en los sistemas constitucionales donde no se reconoce una acción de garantía cuando el demandado es un particular.

Al respecto, para CUADRA-SALCEDO & FERNÁNDEZ, la tesis de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se presenta una aplicación de un derecho por el juez a favor de una parte; por ello, se considera que, finalmente, estamos ante una cláusula inmediata⁴¹. Por su parte, el criterio del Tribunal Constitucional Alemán es simple: el Tribunal Constitucional no puede permitir que terceros atenten contra derechos fundamentales; de este modo, de manera indirecta o mediata, se han resuelto casos en forma estimatoria si el transgresor del derecho fundamental fue un tercero⁴².

En conclusión, teniendo en cuenta el esquema de la Constitución de 1993, no se debería producir alguna discusión sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Los derechos pueden alegarse contra el Estado o contra los actos u omisiones de los sujetos particulares o terceros. No existe una fórmula constitucional que limite o restrinja la eficacia de los derechos fundamentales contra actos u omisiones de particulares.

El Tribunal Constitucional ha destacado, sobre el conflicto de derechos entre particulares, por ejemplo (Expediente No. 895-2001-AA/TC):

41 CUADRA-SALCEDO, Tomás & FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, E. El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Ed. Civitas; Madrid, 1981, p. 59. Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España puede verse en BILBAO UBILLUS, Juan. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. BOE. Madrid, 1997.

42 HESSE CONRADO & Otros. Manual de Derecho Constitucional. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1986, p. 107.

“De este modo, dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra 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, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa”.

En otro proceso de amparo, el TC señaló sobre este mismo tema:

“Este Colegiado considera, por lo tanto, que en cualquiera de los supuestos en que sea observado el procedimiento seguido contra el recurrente, este resulta absolutamente inconstitucional. Ello, no obstante, no significa que el empleador carezca de medios adecuados para fiscalizar la labor del trabajador y la eficiencia de las responsabilidades que al mismo se le encomienda; pero es un hecho que la implementación de tales medios no puede hacerse en forma contraria a los derechos de la persona, sino de manera razonable, de modo tal que permita satisfacer los fines de toda relación laboral sin perjudicar los ámbitos propios de autodeterminación que en todo momento deben quedar sujetos a lo establecido en la norma fundamental” (Expediente No. 1058-2004-AA/TC).

Entonces, no cabe alguna duda que en nuestro ordenamiento el conflicto de derechos fundamentales entre particulares; finalmente como ha apuntado el Tribunal Constitucional de Colombia, el abuso del poder, el acto arbitrario también es predicable en las relaciones entre particulares⁴³.

A nivel de la jurisprudencia ordinaria laboral, no hemos podido ubicar una ejecutoria que resuelva el conflicto de derechos fundamentales entre particulares, ni mucho menos criterios que establezcan una construcción jurídica sobre interpretación y ponderación de derechos fundamentales. A lo más, existen ejecutorias laborales donde se aplica un derecho constitucional sobre derechos establecidos en normas de nivel infra constitucional.

43 Sentencia T-251 de 1993. Esta sentencia aparece citada y comentada por CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”. En: Op. Cit. “Lecturas...”, pp. 74-5.

2.3. Doble contenido de los derechos fundamentales

En palabras de PEREZ LUÑO⁴⁴, los derechos fundamentales cumplen una doble función: en el plano subjetivo, representan una garantía de la libertad individual, y en el plano objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los valores constitucionales proclamados.

En el mismo sentido, se ha indicado sobre el doble contenido de los derechos fundamentales que "todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad"⁴⁵.

Entonces, el doble carácter de los derechos fundamentales importa reconocer, entre otras cosas, que los derechos fundamentales son esenciales y ocupan la máxima instancia jerárquica normativa, inspiran y sirven para interpretar las normas jurídicas, son exigibles ante cualquier sujeto incluyendo al Estado, resultan ser indisponibles y, ciertamente, cualquier norma o acto u omisión que contravenga los derechos fundamentales deben ser declarados inválidos⁴⁶. En otras palabras, el reconocimiento de los derechos fundamentales genera la apreciación del contenido constitucional de éstos como un importante parámetro para la regulación legislativa –sólo por normas de nivel primario se debería regular los derechos fundamentales–, la interpretación jurisprudencial y la aplicación vinculante para los diferentes órganos del Estado⁴⁷, así como el respeto y eficacia de los mismos por cualquier persona o entidad, pública o privada.

El TC ha recogido esta visión de la doble dimensión de los derechos fundamentales en diversos procesos, como una técnica para determinar la admisión de la acción de amparo. Así, en la sentencia recaída en una acción de amparo laboral que inicialmente delimitó los supuestos de procedencia de las

acciones de amparo con ocasión del despido (Exp. No. 976-2001-AA/TC), destacó el TC sobre el doble contenido de los derechos fundamentales:

"Hoy, desde luego, los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan sólo un status negativus, la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado. A juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, "en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; (...) el fundamento del orden jurídico y de la paz social." [STC de España 53/1985, Fund. Jur. N.º. 4]"⁴⁸.

2.4. Contenido de los derechos fundamentales

Sobre el contenido de los derechos fundamentales, se han elaborado varias teorías. En términos generales, podemos resumir dos. Una primera es la que destaca la existencia de un contenido esencial, un núcleo duro e infranqueable (un "contenido esencial") conformado por aquellas manifestaciones del derecho que lo hacen reconocible en el ordenamiento jurídico, de tal manera que este núcleo debe merecer de tutela jurídica⁴⁹. Otra posición –en la cual, nosotros nos alineamos– indica que se debe realizar el análisis de la valoración de los derechos fundamentales sobre la base de un equilibrio entre los valores y principios de cada ordenamiento jurídico⁵⁰, de tal manera que no puede

48 También ha indicado el TC: "En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional" (Exp. No. 3330-2004-AA/TC).

49 PAREJO, Luciano. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981". En: REDC. No. 03. Madrid, 1981, pp. 186 y ss. Además, puede verse SOSA, Juan. "Técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales". En: Actualidad Jurídica No. 146. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 135 y ss.

50 Un desarrollo sobre el tema, puede encontrarse en HABERLE, Peter. La libertad fundamental en el estado constitucional. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1997.

44 PEREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. Ed. Tecnos. Madrid, 1991, p. 25.

45 CASTILLO, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. UDEP-ARA Ed. Piura, 2004, p. 482. En la misma línea, puede verse BUSTAMANTE, Reynaldo. Ob. Cit., pp. 97 y ss.

46 BUSTAMANTE, Reynaldo. Ob. Cit., pp. 107-109.

47 MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo & de OTTOY PARDO, Ignacio. Ob. Cit., pp. 25 y ss.

aludirse a contenidos esenciales y no esenciales de los derechos fundamentales.

Para nosotros, el contenido de los derechos fundamentales es uno solo, no puede dividirse los derechos fundamentales entre manifestaciones que son básicas y aquellas que son accesorias o residuales.

El TC ha utilizado en reiteradas ocasiones la institución del contenido esencial (Expedientes Nos. 0010-2002-AI/TC, 0014-2002-AI/TC y 050-2004-AI/TC), tanto en acciones de amparo como de inconstitucionalidad laborales. Así, ha establecido el TC (Exp. No. 050-2004-AI/TC, proceso en el cual se resolvió sobre la constitucionalidad de la reforma constitucional de la cédula viva)⁵¹:

“(…) en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”.

Sin embargo, la teoría del contenido esencial de los derechos ha sido rechazada por un sector de la doctrina en tanto que resulta cuestionable la división dentro de los derechos fundamentales entre aquellos que tienen un contenido esencial y otro no esencial⁵²:

“(…) los derechos fundamentales cuentan con un único contenido, el cual vincula en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular; contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su total definición en cada caso concreto, de

modo que no existe un único contenido y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental”.

En todo caso, se ha indicado que, en tanto la expresión “contenido esencial” no se utilice para referirse a que existen contenidos esenciales y no esenciales de un derecho sino que “siendo uno sólo el contenido del derecho constitucional, todo ese contenido es esencial en tanto brota de la propia naturaleza y esencia del derecho mismo”⁵³, es posible utilizar tal nomenclatura. En otras palabras, más que aludir a derechos fundamentales protegidos por el amparo, hay que referirse al contenido constitucional de los derechos fundamentales que merecen tutela en una acción de amparo, como destacan MERCADER y NOGUEIRA:

“Si bien es cierto que el objeto de la protección en amparo son los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, es el contenido constitucional de tales derechos los que protege el recurso de amparo”⁵⁴.

Lo más adecuado, en este sentido, es abordar al contenido esencial como una definición que comprende la totalidad del contenido del derecho fundamental, y “entenderse como un mandato explícito –en aquellas constituciones o cartas fundamentales que lo recojan– para controlar la validez o constitucionalidad de cualquier norma que incida en los derechos fundamentales, sea para limitar o regular su ejercicio o para configurarlos”⁵⁵.

En la misma línea, se precisa que el contenido constitucional de cada derecho se debe definir en sus ámbitos de aplicación y límites correspondientes, es decir “(…) mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable”⁵⁶.

Es importante advertir que el Código Procesal Constitucional indica que las demandas de los procesos constitucionales deben estar referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados (artículo

53 CASTILLO, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. UDEP-ARA Ed. Piura, 2004, p. 177. También puede leerse SOSA, Juan. “Nota sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales”. En: Revista Actualidad Jurídica. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005, No. 35, p. 146 y ss.

54 MERCADER UGINA, Jesús & NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. El recurso de amparo: un enfoque laboral. Ed. Tirant lo Blach. Valencia, 2005, p. 36.

55 BUSTAMANTE, Reynaldo. Ob. Cit., p. 161.

56 SERNA, Pedro & TOLLER, Fernando. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Citado por CASTILLO, Luis. “Comentarios...”. Ob. Cit., p. 479.

51 Un análisis de los criterios del TC puede encontrarse en SOSA, Juan. “Técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales”. En: Actualidad Jurídica No. 146. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 135 y ss.

52 CASTILLO, Luis. “Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales”. En: Revista de Derecho No. 3. UDEP. Piura, 2002, p. 35.

38). Nosotros creemos que esta regulación es la intención del legislador por referirse a un contenido constitucional de los derechos más que una forma de aludir al contenido esencial o, más bien, a una división de dos tipos de contenidos de derechos fundamentales: uno constitucionalmente protegido y otro excluido de esta protección.

En suma, podemos referirnos al contenido constitucional de derechos fundamentales y cuyo "contenido" será posible delimitarlo en función a cada situación en particular, de tal forma que, mediante un equilibrio de los derechos fundamentales, puede delimitarse el contenido constitucional de los derechos involucrados. El TC ha utilizado la institución del contenido esencial para delimitar los límites tanto al legislador como la procedencia de las acciones de garantía (por ejemplo, la acción de amparo en sede laboral, como veremos más adelante). Sin embargo, consideramos que el TC no debiera emplear términos –como el contenido constitucional– que inducen a la existencia de una parte de un derecho que no está reconocido en la Constitución pese a que el derecho como tal se encuentra recogido al más alto nivel normativo.

2.5. Conflictos de derechos fundamentales

El reconocimiento constitucional, tanto de las libertades específicas e inespecíficas de los trabajadores, no representa un mero reconocimiento formal a determinados derechos y libertades ni, mucho menos, elimina la dificultad para resolver los conflictos que puedan presentarse entre los trabajadores y el empleador; estamos, siguiendo a PECES-BARBA⁵⁷, ante un reconocimiento constitucional de derechos que son autosuficientes sólo con su aspecto ético pero que, con la dimensión jurídica, los convierten en un elemento inseparable para la misma existencia de tales derechos. A ello, agregaríamos nosotros, el reconocimiento enriquece la discusión jurídica y los fundamentos que puedan elaborarse para la resolución de los conflictos que se presentan entre el empleador y los derechos específicos e inespecíficos de los trabajadores que laboran para éste.

Estamos, por consiguiente, dentro de los derechos de la máxima jerarquía, consideración y que merecen la mayor tutela dentro de un sistema normativo, que pueden ser ejercidos por los trabajadores y, por cierto, también por los empleadores.

57 PECES-BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales (I). Eudema Universidad. UCM. Madrid, 1991, p. 170.

De las variadas teorías que existen en relación a las técnicas o los procedimientos para encontrar una solución al conflicto de derechos fundamentales, o si se quiere de los aparentes conflictos o de la colisión entre las pretensiones de las partes involucradas en un proceso (las denominaciones varían entre aquellas posturas que aceptan la existencia de conflictos de derechos fundamentales y las que aluden a la dignidad humana como un elemento que impide la existencia de conflictos entre derechos fundamentales pues no puede haber derechos contradictorios entre sí en un sistema constitucional)⁵⁸, nosotros nos inclinamos por aquella que se sustenta en la búsqueda del equilibrio o ponderación de derechos fundamentales, en tanto los derechos fundamentales interactúan mediante relaciones de complementariedad y coordinación.

Consideramos que, aun cuando partamos de la premisa de la inexistencia de conflicto de derechos fundamentales (y más se aluda a un conflicto de pretensiones de las partes enfrentadas en el proceso o supuestos conflictos) pues la dignidad importa el ejercicio de derechos que conviven entre sí, la técnica de la ponderación o búsqueda del equilibrio de derechos fundamentales es la que permite una solución a la problemática de determinar qué pretensión se debe amparar.

En esta línea, ponderar importa buscar la mejor decisión cuando el conflicto de derechos fundamentales muestra una concurrencia de razones justificadas del mismo valor, se trata de una suerte de jerarquía móvil –pero sin que se configure una jerarquía real entre los derechos involucrados– que no conduce a la declaración general de invalidez de uno de los valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro sino a la preservación abstracta de ambos por más que, en un caso concreto, sea preciso reconocer una suerte de primacía de un valor constitucional sobre otro⁵⁹. Se trata, en suma, de buscar un equilibrio entre los derechos y valores en juego⁶⁰, para encontrar cuál es el derecho fundamental que, en el caso concreto, se configura sin que pueda apreciarse un derecho aplicable y otro no aplicable⁶¹.

58 Sobre las diferentes técnicas o procedimientos que se han elaborado para encontrar una solución a los conflictos entre derechos fundamentales, pueden verse ALONSO GARCÍA, Enrique. La interpretación de la Constitución. CEC, Madrid, 1984, pp. 416 y ss.; BUSTAMANTE, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Ara Edit. Lima, 2004, pp. 121 y ss.; CASTILLO, Luis. Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. Ed. Palestra. Lima, 2005, pp. 371 y ss.

59 PRIETO SANCHIS, Luis. Ob. Cit., pp. 129-138.

60 SERNA, Pedro & TOLLER, Fernando. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Ed. La Ley. Bs.As, 2000, p. 63.

61 MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Tabla XIII Ed. Trujillo, 2005, pp. 214-216.

Ciertamente, este juicio de ponderación de derechos constitucionales es mucho más necesaria si se tiene en cuenta que “nuestro ordenamiento constitucional no admite ningún tipo de jerarquía de derechos, ni abstracta ni concreta. Todos los derechos constitucionales –al menos en el caso peruano– tienen un mismo rango⁶²”. En la misma línea, el TC ha declarado (Exp. No. 1797-2002-HD/TC):

“Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica”.

Sin embargo, el TC mantiene, como excepción, la tesis de las libertades preferentes (derechos de expresión, información y acceso a la información pública) en determinados supuestos⁶³. Para el TC, los derechos fundamentales que fortalecen el sistema democrático deben tener preferencia sobre cualquier otro derecho constitucional, como ocurre con el derecho de información y difusión dentro del centro de trabajo (Exp. No. 905-2001-AA/TC):

“Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales. Lo anterior no implica que ambas libertades tengan que considerarse como absolutas, esto es, no sujetas a límites o que sus excesos no sean sancionables. Con anterioridad, este mismo Tribunal Constitucional ha señalado que, con carácter general, todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio. Pero, cuando ello se haga, tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo”.

62 CASTILLO, Luis. “Comentarios...”. Ob. Cit., p. 459.

63 Sobre este tema, puede verse MARCIANI, Betzabé. El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes. Ed. Palestra. Lima, 2004.

En materia laboral propiamente, el TC se ha referido a la libertad de expresión, ordenando la reposición de un dirigente sindical que había sido despedido por realizar algunas declaraciones radiales contra una entidad pública (Exp. No. 0866-2000-AA):

“Después de haber analizado el texto de la entrevista obrante en autos, así como los argumentos expuestos por la emplazada para sancionar al recurrente –léase a la sanción como destitución–, el Tribunal Constitucional estima que no es constitucionalmente suficiente que la sanción se haya impuesto “en base a las opiniones, información y declaraciones emitidas por el actor en una entrevista radial sostenida en una emisora local”. En efecto, en la entrevista concedida a Radio Minería se aprecia que lo informado por el actor no pone en riesgo el normal cumplimiento de las funciones de la emplazada (...) En ella, el demandante se limitó a exponer las razones por las que consideraba ilegal que se someta al personal de salud a una evaluación de 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 (...) Según el criterio del Tribunal, las restricciones previstas en el inciso d), del artículo 23.º del Decreto Legislativo N.º 276 y el artículo 138.º de su reglamento, no pueden interpretarse en el sentido de que los trabajadores en general o uno de ellos, en particular, puedan ser silenciados en el reclamo de sus derechos (individuales o colectivos)”.

Retomando el tema de los conflictos de derechos fundamentales, esta situación debe ser apreciada cuidadosamente y la valoración sobre el bien constitucional que debe privilegiarse siempre debe ser casuística atendiendo a las circunstancias particulares y específicas que se verifican en cada caso concreto. No se trata de “jerarquizar” los derechos sino de coordinarlos y relacionarlos armónicamente⁶⁴, de tal manera que se considera a la Constitución como una unidad que impide un desplazamiento de un derecho fundamental sobre otro⁶⁵.

64 STEIN, Torsten. “Criterios de interpretación de la Constitución”. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III. Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 12. CAJ. Lima, 1996, pp. 138 y ss.

65 Al respecto, se ha indicado: “No es posible hablar de prevalencia de las libertades comunicativas, sino de ejercicio constitucional de las mismas; por lo que antes que definir prevalencias abstractas o concretas, se debe intentar definir en cada caso concreto el contenido constitucional de los derechos en juego para determinar que es lo que cae dentro de lo constitucionalmente protegible y qué no”. En: Castillo, Luis. “Comentarios...”. Ob. Cit., p. 461.

Se trata, entonces, de delimitar adecuadamente los derechos fundamentales en conflicto de modo tal que se establezcan los alcances y relaciones entre los bienes cuya interpretación es objeto de análisis. En palabras de ALEXY, este principio puede resumirse en: "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"⁶⁶.

Sobre el tema que comentamos, el Tribunal Constitucional Español (STC 215/1994, Fj 2) ha señalado lo siguiente:

"Y se ve obligado—el intérprete— a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ellos es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos".

El precepto jurisprudencial citado se refiere a la "prevalencia" de bienes constitucionales. El tema es delicado y lo veremos en las siguientes líneas. El análisis del conflicto debe ser apreciando cada caso concreto, apreciando las características que se verifican en cada uno de ellos, de tal manera que las soluciones y reglas que se establezcan sean fruto de previos juicios de valor que conduzcan a fijar una adecuada ponderación de los bienes y valores constitucionales en juego⁶⁷ para la situación particular, sin que se pueda inferir de manera general, a partir de la solución brindada, que un derecho fundamental tiene preeminencia sobre otro.

El ejercicio de derechos fundamentales del trabajador importa la configuración de una serie de principios que permiten aplicar el juicio de ponderación. Estos principios se basan en la razonabilidad, y que puede resumirse en necesidad y proporcionalidad: sólo se limitan derechos inespecíficos o específicos si existe una causa suficiente, razonable; y que la limitación deba ceñirse a las razones que motivaron la restricción⁶⁸. Para otros, más bien, se debe aludir a la proporcionalidad, adecuación e indispensabilidad⁶⁹: la proporcionalidad supone que existe razonabilidad entre la inaplicación del derecho determinado y la relevancia de los bienes jurídicos que se pretenden con

66 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. CEC. Madrid, 1993, p. 161.

67 MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo & DE OTTO Y PARDO, Ignacio. Op. Cit., pp. 120 y ss.

68 RIVERO LAMAS, Juan. "Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo". En: Revista Española de Derecho del Trabajo. No. 80. Madrid, 1996, p. 986.

69 DE LA RIVA, Amalia. "Protección de los derechos humanos fundamentales inespecíficos". En: XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU. Montevideo, 2004, pp. 11 y ss.

dicha limitación proteger. La adecuación importa que las limitaciones que se puedan realizar a un derecho sean aptas para el empleador. Finalmente, la indispensabilidad comprende utilizar la limitación al derecho como un último recurso en casos extremos—como, ocurre con los derechos preferentes que se han descrito—.

Desde el lado del empleador, se puede decir que "el juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela"⁷⁰.

En el supuesto que estamos trabajando, no se puede establecer una clara regla aplicable a todos los conflictos de derechos fundamentales que se pudieran presentar, con la variedad de peculiaridades y circunstancias que rodean cada caso. No se debe, por consiguiente, establecer un claro orden de prioridades o un enunciado de derechos fundamentales que "predominan" sobre otros derechos fundamentales. En todo caso, se podrían fijar "órdenes" o "reglas" flexibles o bandas de interpretación o ponderación de derechos fundamentales⁷¹ para que, según sea el supuesto específico materia del conflicto, se determinen los bienes constitucionales que, valorados casuísticamente, deben ser ponderados e identificar qué derecho fundamental resulta aplicable en cada caso concreto.

En conclusión, estimamos que el conflicto de derechos fundamentales—o los supuestos conflictos o los conflictos de las pretensiones de las partes involucradas, si no se acepta la teoría de conflictos de derechos—, debe importar la aplicación de una técnica de ponderación o equilibrio de derechos fundamentales, esto es, que en cada caso concreto se pueda delimitar el derecho fundamental que resulta aplicable sin que se pueda concluir de manera general que existe una jerarquía del derecho fundamental determinado como aplicable sobre el otro.

2.6. Las libertades y derechos inespecíficos de los trabajadores en la Constitución

Para algunos la denominación de derechos inespecíficos podría importar una restricción a la autonomía de voluntad del Derecho del Trabajo que tiene sus

70 VALDÉS DAL RÉ, Fernando. "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador". En: XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo, 2003, p. 101.

71 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. CEC. Madrid, 1997, pp. 225 y ss.

propias reglas e instituciones⁷². Inclusive, para otros, la división no debería producirse pues denota una discriminación que no puede admitirse a nivel de derechos fundamentales⁷³.

Sin embargo, a nuestro entender la clasificación entre derechos inespecíficos (generales, de la persona del trabajador) y derechos específicos (laborales, propios de la condición de trabajador) es adecuada pues, al lado de las instituciones del Derecho Laboral –que tienen su base en los derechos fundamentales laborales o específicos–, tenemos los derechos inespecíficos o de la persona del trabajador cuyo ejercicio puede verse enfrentado con la libertad de empresa y, para cuyo caso, se vale de las teorías propias del Derecho Constitucional; además, la clasificación de derechos solamente busca ser pedagógica y delimitar los supuestos de análisis sin que se pretenda encontrar alguna jerarquía o tratamiento diferente derivada de la clasificación de derechos. No vemos, por consiguiente, alguna imposibilidad de limitación de las instituciones del Derecho Constitucional a la relación laboral; naturalmente, los principios tendrán que sustentarse en las características propias de la relación laboral pero ello no importa una dificultad en la aplicación de la dogmática constitucional.

Una de las razones del proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral es la coincidencia “entre derechos fundamentales y contrato de trabajo por su carácter inmediatamente antropocéntrico” a tal punto que el contrato de trabajo está, probablemente, como ningún otro, “constitucionalmente condicionado”⁷⁴.

Entonces, nos referiremos a los llamados “derechos y libertades laborales inespecíficos” por la doctrina española⁷⁵, esto es, libertades y derechos que son de titularidad general –que pueden ser ejercidos por todas las personas–, pero que también tienen un contenido laboral, y que confieren a todas las personas, siguiendo a RAWLS, un “status común” y garantizado de los ciudadanos iguales en una sociedad democrática⁷⁶.

72 SOTELO, Ana. “Protección de los derechos fundamentales inespecíficos”. En: XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU. Montevideo, 2004, pp. 50 y ss.

73 ECHEVESTE, José. “¿Es necesario distinguir derechos fundamentales específicos e inespecíficos del trabajador?”. En: En: “XV Jornadas Uruguayas...”. Ob. Cit. Pp. 89-90.

74 DEL REY, Salvador. “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”. En: Revista Relaciones Laborales No. 03, Madrid, 1995, pp. 201-202.

75 PALOMEQUE, Manuel. “El sistema constitucional de relaciones sindicales en España”. En: AA.VV. Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo (Director: Oscar Ermida). F.C.U. Montevideo, 1993, p. 56.

76 RAWLS, John. Sobre las libertades. Paidós. Barcelona, 1990, p. 82.

Así, las libertades y derechos inespecíficos de la “ciudadanía laboral” –que podríamos citar a título ejemplificativo serían la creencia e ideología, la igualdad y no discriminación en términos generales, la intimidación personal, la libre expresión, la tutela judicial efectiva, el honor y la propia imagen, etc.– forman parte de esta categoría de derechos: todos son de titularidad general, pero cuando son ejercidos por los trabajadores adquieren un carácter laboral específico. No sólo, pues, los derechos específicos se ejercen en la relación laboral, también los derechos inespecíficos tienen una enorme incidencia en el contrato de trabajo.

Debemos advertir que, en el plano laboral, la igualdad y el principio de no discriminación no solamente son valores que se incorporan en la relación laboral vía aplicación general inespecífica (artículo 2,2 de la Constitución) sino por un expreso precepto específico (artículo 26, 1) reconocido como principio de igualdad de trato laboral. Así, respecto de este derecho ejercido en la relación laboral, existe un doble fundamento constitucional, específico e inespecífico.

En el ámbito constitucional, nuestro sistema presenta un reconocimiento expreso a las libertades y derechos inespecíficos de los trabajadores dentro de la relación laboral –que viene incorporándose a las constituciones desde la Carta de 1933-. En efecto, el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución de 1993 prevé que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

De la revisión de diversas constituciones a las cuales hemos tenido acceso, solamente la Constitución de Portugal dispone que los derechos y libertades constitucionales son aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas⁷⁷. Empero, no existe una consagración expresa sobre el reconocimiento de la ciudadanía laboral en la relación laboral a nivel constitucional.

Sin perjuicio de lo señalado, el expreso reconocimiento constitucional al ejercicio de derechos fundamentales en la relación laboral no representa un respaldo determinante para que los trabajadores puedan invocar para todos los casos sus derechos fundamentales en la relación laboral. En la medida que los derechos fundamentales, en nuestro ordenamiento jurídico, pueden ser

77 Según DE LA VEGA GARCIA, esta era la única Constitución –en el derecho constitucional comparado– que tenía un reconocimiento expreso sobre la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares. Esta afirmación no es cierta dado que, cuando menos en nuestro ordenamiento jurídico, tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 reconocen expresamente la eficacia directa de los derechos constitucionales entre particulares y, también dentro de la relación laboral. Al respecto, véase DE LA VEGA GARCIA, Pedro. “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Drittwirkung der Grundrechte”. En: AA.VV. Garantías jurisdiccionales para la defensa de los Derechos Humanos en Iberoamérica. UNAM. México, 1992, pp. 418-19.

invocados contra actos u omisiones de los particulares, aquí encontramos un respaldo para el ejercicio de derechos constitucionales en la relación laboral. En definitiva, inclusive en un esquema sin el reconocimiento expreso del ejercicio de derechos constitucionales de los trabajadores en el contrato de trabajo, vía aplicación de la regla general, se podría seguir invocando al empleador derechos fundamentales inespecíficos o específicos de los trabajadores.

Este precepto constitucional, que reconoce la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, nos recuerda simplemente que el empleador debe respetar los derechos fundamentales del trabajador, y ello no ha pasado desapercibido por el Tribunal Constitucional que lo ha utilizado en diversas ocasiones en procesos de carácter laboral. Entonces, es una cláusula que ha tenido un rol importante para la elaboración de construcciones jurídicas que garanticen el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Ya en el año 1977, MARTIN VALVERDE⁷⁸, a propósito de la inclusión del respeto de la dignidad del trabajador en la antigua Ley de Contrato de Trabajo española, reseñaba que la "reelaboración doctrinal del contrato de trabajo" debía tener como pautas centrales no la apreciación sobre los derechos típicamente laborales, sino que debía comprender el estudio de los bienes personales del trabajador como la vida, salud, esfera privada, libertades individuales, etc. y que representaría una de las vetas progresistas de la doctrina jurídico-laboral. Al poco tiempo de ello, los laboristas y magistrados de trabajo comenzaron a abordar el tema y hoy es fecunda la literatura y jurisprudencia. Este fenómeno citado por el profesor español se aprecia en el Derecho Laboral peruano, pues hoy contamos con una producción relevante y sustantiva del TC en la resolución de diversos procesos de amparo laborales.

La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (trabajadores y empleadores) ha sido destacada por el TC en el Expediente 976-2001-AA/TC que, justamente, está referido a derechos fundamentales en materia laboral:

"Los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones inter privados cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones

⁷⁸ MARTIN VALVERDE, Antonio. "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo". En: Op. Cit. AA.VV. "Ideologías jurídicas...", p. 99.

que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados".

En la misma línea, el TC ha resuelto lo siguiente sobre la natural comprensión de la expresión "persona" a un "trabajador" (Expediente No. 0410-2002-AA/TC):

"A estos efectos, el concepto "persona", en los términos que señala el inciso 2) del artículo 200.º de la Constitución, engloba a cualquier particular, independientemente de que a este se le haya encargado o no la prestación de un servicio público o que, respecto a éste, el afectado se encuentre en una relación de subordinación. Los derechos constitucionales, como antes se ha dicho, deben respetarse en las relaciones entre particulares y, en caso de que se abuse de ellos o resulten vulnerados, las puertas del amparo están abiertas para que en esa sede se dispense la tutela correspondiente".

Ciertamente, el reconocimiento de derechos fundamentales del trabajador no supone que exista un despliegue de tal magnitud que rebase a las facultades del empleador, tal como ha destacado sobre el particular el TC (Expediente No. 1058-2004-AA/TC):

"Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen".

En otras palabras, como apunta SANGUINETI⁷⁹, dada la relación de dependencia en que se sitúa el trabajador dentro de la relación laboral, es posible que el ejercicio de derechos fundamentales pueda verse matizados en atención al adecuado cumplimiento de los servicios contratados.

De lo expresado, tenemos una disposición imperativa constitucional, de preceptividad inmediata que, dentro del ordenamiento jurídico, ejerce enorme trascendencia en las relaciones laborales y que se aplica a todo contrato de trabajo, destacando no solamente la lista abierta de derechos fundamentales de los trabajadores sino que, en claro reconocimiento a uno de los valores claves de la Constitución, indica que la dignidad no puede ser desconocida dentro de una relación laboral. Más adelante volveremos sobre este precepto, apreciando si, dentro de las relaciones laborales, es posible limitar tales derechos inespecíficos y específicos de los trabajadores.

2.7. Algunas sentencias emblemáticas del TC sobre derechos inespecíficos del trabajador

De lo que hemos descrito, el centro de trabajo, como organización dentro de la sociedad, no puede constituirse como un "mundo jurídico en sí mismo, completo en su género y en sus fines"⁸⁰ y, por ello, el empleador no podría limitar el ejercicio de las libertades y derechos generales que tienen los trabajadores en su condición de ciudadanos.

Siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Español –y teniendo en cuenta nuestro esquema constitucional–, podemos señalar que la celebración del contrato de trabajo no implica la privación de los derechos que la Constitución reconoce a los trabajadores como ciudadanos, pues éstos mantienen su vigencia y plenitud en el centro de trabajo (STC 88/1985, FJ 2). Sobre este mismo tema, el TC ha indicado: "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 esencial del orden público constitucional" (Exp. No. 976-2001-AA/TC).

Veamos ahora algunos casos emblemáticos del TC en torno a los derechos inespecíficos laborales. No haremos referencia a la dignidad que ha sido tomado

79 SANGUINETI, Wilfredo. "Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". En: Revista Foro Jurídico No. 4, Lima, p. 226.

80 MOLINA, Cristóbal. "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales". En: Revista de Trabajo y Seguridad Social, No 3, Madrid, 1991, p. 90.

por el TC como sustento en varias sentencias laborales, tal como ha sido descrito precedentemente⁸¹.

2.7.1 Intimidad: intervención del correo electrónico

El TC consideró que se debe restringir las facultades que tiene el empleador para el control y fiscalización del uso del correo electrónico, esta herramienta de trabajo que, a la vez, es un instrumento para las comunicaciones privadas.

Con fecha 18 de agosto de 2004, el TC expidió la Sentencia en el Expediente N° 1058-2004-AA/TC donde se cuestiona el despido de un trabajador de una empresa del Estado que fue acusado de haber utilizado de forma indebida recursos públicos (el correo electrónico) dentro del horario de trabajo y para fines personales (envío de archivos pornográficos)⁸².

El TC señala que la constatación notarial de verificación de la existencia de correos electrónicos con contenido pornográfico se efectuó en la computadora de un tercero (nuevo usuario del equipo), no destinatario de los mensajes, quien los abrió sin estar autorizado por el verdadero destinatario. Precisa que no se verificó técnicamente la existencia de correos originalmente remitidos desde la computadora asignada al trabajador despedido, omitiéndose la discusión de si se pudo haber manipulado las vías informáticas para hacer aparecer al recurrente como remitente de los mismos. Además indicó que al no existir certeza plena debió investigarse más profundamente y no imputarle la falta el mismo día, medida que vino acompañada de la suspensión de labores (no se le permitió el ingreso al centro de trabajo al trabajador involucrado).

Sin embargo, el TC reconoce que lo antes señalado no implica que los derechos fundamentales del trabajador se antepongan a las obligaciones laborales a las que se haya obligado en virtud del contrato de trabajo al punto de desvirtuarlas, sino que para poder fiscalizar y de ser el caso sancionar, el empleador debe: i) respetar las limitaciones impuestas por la Constitución y, ii) crear mecanismos razonables que sin violentar los derechos constitucionales permitan cumplir los objetivos laborales.

81 A título de ejemplo, en el Exp. No. 0895-2001-AA/TC, el TC indicó: "Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el ius variandi del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio".

82 Al respecto, puede verse: TOYAMA, Jorge & IRUJO, Claudia. "Correo Electrónico: Entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador". En: Diálogo con la Jurisprudencia, No. 83. Lima, Agosto 2005, p. 243.

En este caso, el TC ha inclinado su posición a favor del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas sobre las facultades de la empresa para controlar el uso del correo electrónico que es una herramienta de trabajo e instrumento de su propiedad. Por ello, declaró inconstitucional el despido del trabajador.

En concreto, el TC destaca que, si bien los sistemas y medios informáticos son de propiedad de la empresa, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos a los que irrazonablemente no puede acceder el empleador, pues estamos ante "atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce" al trabajador. En esta línea, el empleador no puede, unilateralmente, iniciar un proceso de fiscalización sobre los correos electrónicos del personal –aun cuando estos correos fueran proporcionados por la empresa– pues "la garantía de reserva sólo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley"⁸³.

Ciertamente, cuando menos, existe una posibilidad de fiscalización que tiene el empleador con relación a los correos electrónicos. Es posible controlar el uso del correo electrónico para fines personales sin acceder a su contenido (basta conocer los destinatarios), de modo tal que puede controlarse el desvío de información a terceros así como el empleo desmedido del correo para actividades extra laborales, o el uso excesivo del correo electrónico para actividades no laborales en horario de trabajo. Entonces, concordamos con lo establecido por Rubio de Medina⁸⁴ cuando afirma que está permitido el despido por detectarse un uso abusivo del correo electrónico transmitiendo o recibiendo mensajes de índole no profesional, simplemente verificando los destinatarios de dichos mensajes y respetando determinadas pautas mínimas.

2.7.2. La objeción de conciencia del trabajador

La objeción de conciencia importa la posibilidad de que el trabajador pueda objetar, por razones ideológicas debidamente sustentadas, el

83 En concreto, el TC indicó: "(...) es claro que 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, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley".

84 RUBIO DE MEDINA, María Dolores. El Despido por utilización personal del correo electrónico. Editorial Bosch, Barcelona, 2003, p. 17.

cumplimiento de una orden dada por el empleador⁸⁵. Por su parte, el empleador debe actuar sobre la base del principio de neutralidad (manifestación negativa de la libertad) que supone que nadie puede ser obligado a profesar la ideología de otra persona⁸⁶ o de una ideología en general.

En este caso, un médico de ESSALUD venía laborando una jornada semanal que suponía descansar el día sábado por así disponerlo su religión, mientras que los demás médicos tenían turnos que importaban variar el día de descanso semanal –y por consiguiente laborar los días sábados–. Ante ello, ESSALUD decidió incluir al médico dentro del sistema de turnos rotativos, de tal manera que debía laborar los sábados (como cualquier otro trabajador).

Frente a esta nueva disposición, el médico interpone una acción de amparo que, en última instancia, es declarada fundada por el TC (Exp. No. 0895-2001-AA/TC)⁸⁷. El TC privilegia la objeción de conciencia sobre el interés general de ESSALUD de tener turnos rotativos (pues ESSALUD había aceptado previamente que el médico no laborase los días sábados), y TC termina por resolver a favor del demandante sobre la base de un "sacrificio" –consideramos que el tratamiento de derechos desplazados, privilegiados o sacrificados, no debería ser empleada, en la línea de una teoría que busque un equilibrio de derechos fundamentales– de un derecho fundamental:

"(...) dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra 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, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa".

85 Un estudio general sobre el tema, puede verse en VALDÉS DAL RÉ, Fernando. "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador". En: XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo, 2003, pp. 134 y ss. Un tratamiento exhaustivo de la objeción de conciencia, puede verse en SEGALÉS, Jaime. La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pp. 183 y ss.

86 SOTELLO, Ana. Ob. Cit., p. 60.

87 Un análisis de esta sentencia así como de la objeción de conciencia en general, puede verse en GARCÍA TOMA, Víctor. "La libertad de conciencia y de religión en la Constitución del Perú". En: Revista del Foro, Año XCII, No. 1. Lima, agosto de 2006, pp. 123 y ss.

En este caso, el conflicto entre derechos fundamentales, entre los derechos del empleador (relacionados con el *ius variandi* aun cuando también se alude a la atención a la salud pública y no discriminación a otros médicos) y los derechos del trabajador (libertad de conciencia), el TC termina por preferir a este último correctamente a nuestro entender pero nosotros hubiéramos evitado la expresión “sacrificio” de los derechos del empleador. Un juicio de ponderación de los bienes constitucionales en juego, podría haber llevado a la misma conclusión: el empleador no probó la necesidad –lo inevitable de la medida- ni razonabilidad –alguna causa justificada- del cambio⁸⁸ pero sin aludir a sacrificios de derechos constitucionales.

La situación hubiera sido diferente si el trabajador hubiera cambiado de religión. Si un trabajador que laboraba de lunes a sábado, luego cambia de una religión que profesa el culto el sábado, esta situación no puede originar una conducta activa del empleador para que pueda otorgarse un descanso los días sábados al trabajador y trabajar los días domingos pues ello podría importar una obligación al empleador para participar en el culto y no se respetaría su propia libertad religiosa⁸⁹ ni la dinámica propia en el centro laboral.

2.7.3 Debido proceso

Naturalmente, el debido proceso es un derecho que también le asiste al trabajador como cualquier persona y tiene eficacia dentro de las relaciones laborales. Nuevamente, estamos ante derechos fundamentales del “ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador ciudadano, es decir, derechos de la persona, que están impregnados por la relación laboral”⁹⁰. La afectación al debido proceso en materia laboral se puede verificar a partir de la jurisprudencia del TC en dos aspectos: de un lado, la afectación general del proceso laboral de despido (debido proceso formal), y de manera más concreta la proporcionalidad en la sanción (debido proceso sustantivo).

88 La propia sentencia del TC indica: “En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que 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 cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el *ius variandi* del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio”.

89 Sobre los alcances y límites de las libertades religiosas de los trabajadores, puede verse TOYAMA, Jorge. “Los empleadores ideológicos y las libertades inespecíficas de los trabajadores”. En: Revista *Ius Et Veritas* No. 16. Lima, 1998, pp. 186 y ss.

90 SAGARDOY, Juan. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2005, p. 13.

Sobre el debido proceso formal, en diversas ocasiones el TC ha dispuesto la reposición del trabajador cuando no se cumplieron los procedimientos previstos en las normas laborales con ocasión del despido: uno de los casos emblemáticos, puede verse en el caso Cossío, Exp. No. 1112-98-AA/TC. Así, sobre este tema el TC ha destacado en el indicado caso:

“Que la tipicidad de la falta y el derecho de defensa, son aspectos constitutivos del debido proceso amparado por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, en la medida que garantizan estándares mínimos de justicia que, junto a otros que lo conforman, hacen posible una tutela judicial válida y legítima. Por consiguiente, si conforme se afirmó en fundamentos anteriores, el acto de la demandada resultó lesivo de la tipicidad de la falta y del derecho de defensa, es además el derecho al debido proceso, el que ha resultado conculcado. Circunstancia ésta que permite, a este supremo intérprete de la Constitución, reiterar la plena eficacia, erga omnes, de los derechos fundamentales de orden procesal, constitutivos del denominado derecho constitucional procesal, también en el seno de las instituciones privadas —como es el caso de la demandada— en mérito a la eficacia inter privatos o eficacia frente a terceros, del que ellos se hallan revestidos, como todo derecho constitucional; por lo que, en consecuencia, cualquier acto que, dentro de aquel ámbito, pretenda conculcar o desconocerlos, como el de la demandada, resulta inexorablemente inconstitucional”⁹¹.

En relación al debido proceso sustantivo, el TC ha mencionado que la imposición de una sanción disciplinaria al trabajador debe ser proporcional y razonable, de tal manera que exista una adecuada sanción en relación a la naturaleza de la falta laboral cometida y se respete, por consiguiente, el debido proceso sustantivo al cual tiene derecho todo trabajador. Así, se ha destacado:

91 Para el sector público laboral, el TC ha descrito: “En ese sentido, resulta cuestionable que en un proceso administrativo que tenga como consecuencia la sanción máxima de destitución, se omita la valoración de toda prueba o elemento que coadyuve a la determinación certera de la responsabilidad del demandante, cuando esta representa la única garantía de justicia y proporcionalidad entre la supuesta falta cometida y la sanción a imponerse” (Exp. No. 3994-2005-AA/TC).

"(...) resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos" (Exp. No. 1058-2004-AA/TC).

III. DERECHOS ESPECÍFICOS O LABORALES DEL TRABAJADOR

3.1. El Estado social en la Constitución de 1993.

La Constitución de 1993 sigue adscribiéndose a los países que tienen una Constitución que consagra un Estado social. En primer término, el artículo 43 (ubicado en el Capítulo I del Título sobre El Estado y la Nación) señala que el Perú es una República "democrática, social, independiente y soberana". En la misma línea, el artículo 58 (ubicado en el Capítulo I del Título sobre el Régimen Económico) precisa que la iniciativa privada "se ejerce en una economía social de mercado".

Por otro lado, se reconocen una serie de derechos de "segunda generación" (derechos al trabajo, seguridad social, educación, etc.), se asigna un papel fundamental al Estado en la vigencia, promoción y respeto de estos derechos y el artículo 3 establece una lista abierta de los derechos que tienen nivel constitucional, al estilo de la Constitución de 1979. Sin duda, se han reducido, con relación a la Constitución de 1979, las referencias al carácter social del Estado. Ello no es una casualidad, responde al interés de los constituyentes de 1993 por volver más sencillo y concreto el texto constitucional⁹². Esta situación conduciría, de acuerdo a lo señalado por algunos constitucionalistas, a la configuración de un Estado liberal; en efecto, RUBIO⁹³ precisa que la Constitución de 1993 presenta características propias de un Estado policía - categoría similar al Estado liberal-:

"El Proyecto -hoy la Constitución de 1993- tiene una concepción de Estado policía del S. XIX y ha tratado de ser coherente con él. La mayoría ha buscado

92 VINATEA RECOBA, Luis. "El tratamiento de los derechos individuales laborales en el texto aprobado por Comisión de Constitución del CCD". En: Revista Asesoría Laboral, Lima, mayo de 1993, pp. 7 y ss.

93 RUBIO, Marcial. "El modelo del proyecto constitucional del Congreso Constituyente Democrático". En: Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXI, No. 1, Lima, 1993, pp. 11-16.

eliminar prácticamente todo rastro expreso de las obligaciones sociales del Estado (...) Algunas expresiones genéricas, como la de la existencia de una 'economía social de mercado' no alteran la validez de la afirmación antedicha" (el agregado es nuestro).

En nuestra opinión, la Constitución de 1993 mantiene el carácter social del Estado. Ciertamente, se han eliminado varias declaraciones principistas y no hay una profusión de normas que señalen la orientación del Estado peruano; empero, ello no implica que se pueda señalar que la Constitución establezca un Estado liberal. Podemos criticar a la Constitución de "austera", de -prácticamente- desaparecer las normas que consagraban derechos de preceptividad aplazada y de no repetir todas las fórmulas principistas o ciertas obligaciones del Estado. No puede negarse que el texto de la Constitución de 1993 consagra un modelo "social", ciertamente menos "social" que su precedente, pero no existe una completa separación de este modelo, más sí una "atenuación"⁹⁴:

"En suma, el "principio laboralista", y las propias normas de "Estado social" y economía social de mercado", dentro de las cuáles aquél juega un verdadero rol informador, resulta claramente debilitado por la Constitución del CCD -hoy, la Constitución de 1993-" (el agregado es nuestro).

3.2. Derechos laborales ¿fundamentales?

Uno de los cambios que se aprecia, respecto de la Constitución anterior, reside en la ubicación de los derechos laborales dentro de la estructura de la Constitución. En efecto, los derechos laborales se encuentran ubicados dentro del Capítulo II ("De los Derechos Sociales y Económicos") del Título I ("De la Persona y de la Sociedad"), que se distingue del Capítulo I referido a los Derechos Fundamentales de la Persona. En la Constitución de 1979, todos los derechos laborales estaban considerados expresamente como "Fundamentales".

De acuerdo con la Constitución de 1993, formalmente sólo los derechos enunciados en el Capítulo I del Título I son considerados "Derechos Fundamentales de la Persona". Ergo, los derechos laborales de la Constitución

94 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "El trabajo y los derechos laborales en las Constituciones actual y futura". En: Revista Asesoría Laboral No. 34. Lima, enero de 1994, p. 16.

podrían no ser catalogados como derechos fundamentales, sino como derechos sociales. Sin embargo, consideramos que los derechos laborales continúan siendo derechos fundamentales. A continuación explicaremos las razones que respaldan esta aseveración.

En primer lugar, la relación de derechos fundamentales que aparece en el Capítulo I del Título I de la Constitución ("De los Derechos Fundamentales de la Persona") no es taxativa. En efecto, el artículo 3 del propio Capítulo I de la Constitución de 1993 precisa -al igual que la Constitución Uruguaya de 1967 y la Constitución de 1979, respecto de los derechos fundamentales- que "La enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza...". De esta manera, al estar insertos los derechos laborales en la Constitución, son considerados como derechos fundamentales de acuerdo a las disposiciones contenidas en la misma.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el criterio de "fundamentalidad" de los derechos no reside en la "etiqueta" que le asignen los Estados o el nivel de protección institucional o procesal existente en un ordenamiento. El verdadero fundamento está en la relación de un derecho cuestionado, determinada ideológica, teórica e históricamente, con "la dignidad y la libertad de la persona humana"⁹⁵.

En tercer lugar, la Constitución de 1993 no establece ningún trato diferencial a los derechos económicos y sociales con relación a los que aparecen en el Título I de la propia Constitución -es decir, los catalogados como "Fundamentales de la Persona"- . En efecto, todos los derechos reconocidos en la Constitución son protegidos por la acción de amparo (numeral 2 del artículo 200 de la Constitución). La Constitución Española de 1978 sí establece un trato diferenciado: los derechos sociales y económicos no pueden ser tutelados mediante una acción de garantía; en cambio, los considerados como fundamentales sí pueden ser materia de este tipo de acción.

3.3. Los derechos constitucionales y la relación laboral.

Manteniendo la "tradición" de las dos constituciones precedentes, la Constitución de 1993 -pese a su carácter "austero"- mantiene el reconocimiento

⁹⁵ SOLOZABAL, Juan. "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales". En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) No. 71. Madrid, 1991, p. 92.

de los derechos constitucionales de los trabajadores en el contrato de trabajo. Así, el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución anota lo siguiente⁹⁶:

"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

Con relación a la Constitución de 1979, no se aprecia ninguna variación sobre este precepto. Solamente existe una redacción diferente. Específicamente, el TC ha destacado que, pese a las facultades del empleador dentro del centro de trabajo, debe velarse por la vigencia de los derechos de la persona del trabajador en el seno de la relación laboral (Expediente No.1058-2004-AA/TC)⁹⁷:

"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".

El reconocimiento de los derechos constitucionales tiene plena repercusión en el centro laboral, no representan casos de laboratorio. Diariamente los derechos fundamentales de los trabajadores son ejercidos no solamente fuera del centro de trabajo, también los son en el seno de la relación laboral. Los derechos

⁹⁶ En los diarios de debates de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente y Democrático (CCD) así como en el debate del Pleno del CCD no se debatió sobre este precepto constitucional que tiene su antecedente más remoto en la Constitución de 1933.

⁹⁷ La cita corresponde al despido declarado inconstitucional del trabajador a quien le detectaron que enviaba correos electrónicos pornográficos desde el email de la empresa. Como hemos visto, en este caso, el Tribunal Constitucional indicó que se había accedido ilícitamente a los correos (sin conocimiento del trabajador) y lesionado la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (Artículo 2,10 de la Constitución).

fundamentales, entonces, no carecen, como señalan algunos, de un "matiz laboral"⁹⁸.

Los derechos fundamentales importan, finalmente, que el Estado debe velar por el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales y ello supone una intervención en las relaciones laborales. Un ejemplo de lo expresado, lo constituye la acción de amparo desestimada que se presentó –por diversas entidades de intermediación laboral– contra la nueva Ley de Intermediación Laboral (Ley No. 27626) y que estableció un sistema más limitado y fiscalizado para la intermediación laboral:

"(...) como se ha precisado con anterioridad, el contrato se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no permite garantizarlos del modo más adecuado, no cabe la menor duda de que el objetivo de licitud predicado por la norma fundamental se ve vulnerado, a lo que se suma el hecho de facilitar que derechos que se consideran constitucionalmente adquiridos e irrenunciables, puedan verse vaciados de contenido. Ya que ello se ha venido observando a raíz del proceder de las cooperativas recurrentes y las empresas usuarias, el Estado no sólo tenía la facultad, sino el deber de intervenir creando una normativa que resultara compatible con los derechos laborales del trabajador" (Exp. No. 2670-2002-AA/TC).

De esta forma, la Constitución de 1993 contiene una expresa garantía al ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores dentro de un contrato de trabajo. El cauce de los derechos fundamentales también está representado por la relación laboral, de tal manera que el contrato de trabajo no representa un "mundo infranqueable" para el ejercicio de derechos constitucionales, la propia Constitución precisa que los trabajadores pueden exigir el respeto de sus derechos fundamentales al empleador.

3.4. La protección al trabajo y derecho al trabajo

La Constitución de 1993 sigue reconociendo al principio protector del Derecho Laboral, a través de los artículos 22 y 23, estableciendo el derecho al trabajo –al igual que el deber– como una base para el bienestar social y la

⁹⁸ LIZAMA PORTAL, Luis & UGARTE CATALDO, José. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Ed. Conosur Ltda. Santiago, 1998, p. 154.

realización de la persona así como la indicación del trabajo como objeto de atención "prioritaria" del Estado, protegiendo con énfasis a la madre, menor de edad y discapacitado. Además, se asegura que dentro de la relación laboral se respetan los derechos constitucionales –específicos e inespecíficos– y se reprime toda forma de trabajo forzoso sin la debida retribución.

Es interesante apreciar que la Constitución establece una preferencia o prioridad en la actuación del Estado (artículo 23) hacia la madre –nótese que ya no se efectúa referencia alguna a la mujer como categoría protegida–, al menor de edad –sobre los cuales, al no contar con plena capacidad, es necesario que existan disposiciones que supervisen el trabajo de los adolescentes y controlen el trabajo infantil– y, al discapacitado –sobre ellos, resta por emitirse una serie de disposiciones que realmente permitan un ejercicio adecuado de sus derechos en el centro de trabajo y se establezcan mecanismos que promuevan su contratación–. Nótese, como ya se ha dicho, que se trata de una preferencia al momento de la actuación pero no una protección exclusiva hacia estas categorías de trabajadores⁹⁹, de tal suerte que otras categorías de trabajadores que tienen menores niveles de tutela privada o estatal, deben ser incluidas en esta especial atención del Estado.

3.4.1. Marco general: el derecho al trabajo

El derecho al trabajo¹⁰⁰ ha tenido una interpretación constitucional que ha evolucionado notablemente, a tal punto que es, seguramente, el derecho que suele ser más utilizado por el TC en las sentencias de amparo laborales. Diríamos que, de un derecho interpretado tradicionalmente como programático o de preceptividad aplazada, se ha pasado a un derecho con un contenido concreto, inmediato y exigible mediante acciones de garantía.

El TC ha desarrollado tesis evolutivas que han migrado, por consiguiente de un contenido del derecho al trabajo equivalente a la libertad de trabajo –como concepto genérico– a un contenido del derecho al trabajo concreto y exigible que se manifiesta en el acceso, desarrollo y especialmente en la extinción de la relación laboral.

Conviene precisar que la esfera del deber al trabajo no será materia de análisis. El deber de trabajo descrito en el artículo 22 de la Constitución viene a ser como una obligación general a los ciudadanos sin una sanción concreta, es

⁹⁹ BOZA PRO, Guillermo. "Los principios del Derecho del Trabajo en la nueva Constitución". En: Revista Asesoría Laboral No. 37. Lima, enero de 1994, p. 35.

¹⁰⁰ El artículo 22 de la Constitución indica: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

una suerte de "llamada a la participación en el interés general (...), de lo que se trata es de vincular este deber al principio de solidaridad social"¹⁰¹.

Entonces, en primer lugar, estamos ante un derecho que aparece recogido en las normas internacionales sobre derechos humanos. De los instrumentos más relevantes para efectos de apreciar los alcances del derecho comentado, tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos destaca que comprende la libertad de elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias así como protección contra el desempleo (artículo 23); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para garantizarlo, debiendo figurar la orientación y formación profesional, la ocupación plena y productiva (artículo 6); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que el derecho del trabajo incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna, que importa orientación vocacional para alcanzar un pleno empleo, proyectos de capacitación y programas de atención familiar (artículo 6).

Todo este contenido forma parte de la Constitución, a tenor de la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la propia Carta Magna que introduce a los instrumentos internacionales dentro del marco de la interpretación constitucional.

Ahora bien, conviene diferenciar este derecho al trabajo de la libertad de trabajo recogida en el numeral 15 del artículo 2 de la Constitución. La libertad de trabajo importa la concesión general a favor de toda persona –trabajadores y empleadores– para determinar la forma, lugar, modalidad de trabajo (por cuenta propia o por cuenta ajena), así como la obligación del Estado de no tener ingerencia sobre la libre determinación de las personas. En tanto, el derecho del trabajo viene atado de una actuación estatal de brindar y garantizar las condiciones de trabajo mínimas para que las personas puedan trabajar.

Sobre este tema específico, el TC ha indicado (Exp. No. 661-2004-AA/TC):

"(...) el derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo".

En nuestra opinión, el contenido del derecho del trabajo tiene dos aristas: uno general, como principio general que importa la aplicación de herramientas y mecanismos de protección a favor del trabajador, esto es, el principio protector como pauta de actuación del Estado, algo que podríamos llamar un derecho al empleo y; uno concreto que se expresa en las manifestaciones o etapas del desarrollo de la relación laboral (contratación, promoción, extinción, etc.), una suerte de derecho al trabajo.

En relación a esta primera manifestación del derecho al trabajo, el propio TC ha indicado:

"El Derecho del Trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las 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 el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos fundamentales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica" (0628-2001-AA/TC).

En las siguientes líneas, nos dedicaremos a describir el contenido específico que ha brindado el TC al derecho al trabajo.

3.4.2. Contenido del derecho al trabajo

Para el TC, el derecho al trabajo tiene un contenido laboral definido, concreto y exigible: acceso (por ejemplo, la aplicación del principio de primacía de la realidad), desarrollo (el derecho a la promoción o ascenso) y extinción (la reposición ante despidos sin expresión de causa) en las relaciones laborales: todas estas etapas del contrato laboral están comprendidas dentro de este contenido. No estamos, por consiguiente, ante un derecho programático.

Veamos primero la interpretación sobre el acceso a las instituciones laborales. En tanto acción de amparo, el demandante debe basarse en una norma constitucional para interponer la referida acción. En la gran mayoría de ocasiones, el TC ha indicado que el principio de primacía de la realidad se

101 SASTRE, Rafael. Derecho al trabajo. Ed. Trota. Valladolid, 1996, p. 95.

encuentra implícitamente reconocido en los artículos 22 y 23 de la Constitución¹⁰² y, sobre ellos, ha declarado fundadas las acciones de amparo (Expediente No. 991-2000-AA/TC)¹⁰³:

“El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho., base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos”.

En esta línea, el TC, sobre la base del principio de primacía de la realidad derivado del derecho al trabajo, le brinda un contenido tal que permite a un trabajador que estaba excluido de derechos laborales acceder al reconocimiento de sus derechos laborales y ser incorporado a la planilla con una reposición al centro de trabajo.

Sin embargo, en una ocasión el TC señaló que el principio de primacía de la realidad referido no se encontraba recogido en la Constitución y que, por ello, no cabía el reconocimiento constitucional de esta institución vía una acción de amparo (Exp. N.° 1857-2004-AA/TC). Al respecto, indicó:

“En nuestra Constitución no existe una mención expresa al principio de primacía de la realidad en cuanto tal, por lo que no se encuentra directamente protegido, sino sólo de modo indirecto; su protección es, evidentemente a nivel legal. En la misma línea de lo anterior, el artículo 38° del Código Procesal Constitucional señala que:

“Artículo 38°.- Derechos no protegidos
No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

102 Sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad por el TC, se puede ver TOYAMA, Jorge. “El principio de primacía de la realidad en las sentencias del Tribunal Constitucional”. En: AMAG & SPDTSS. Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional. Lima, 2004, pp. 33 y ss.

103 La misma referencia aparece en los Expedientes Nos. 525-99-AA/TC-Cajamarca, 598-2000-AA/TC-Puno, 731-99-AA/TC-Loreto, entre otros.

Por otro lado, el criterio del TC sobre los alcances del derecho al trabajo también se extiende a los supuestos de ascensos o promociones que no son otorgados por los empleadores al personal:

“(…) debe entenderse que la relación laboral surgida entre el actor y la emplazada –independientemente de que se haya suscrito un contrato a plazo fijo– es de duración indeterminada, toda vez que, como alega el recurrente a fojas 223 de autos, la convocatoria al mencionado concurso público no señaló plazo de contratación alguno para el puesto sometido a prueba, argumento que no ha sido contradicho ni desvirtuado por la demandada. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que, al haberse dado por concluida la relación laboral, se ha vulnerado el derecho al trabajo previsto por el numeral 22° de la Carta Magna” (Exp. No. 2226-2003-AA/TC)¹⁰⁴.

Finalmente, el tema más controvertido. El TC ha interpretado –en un tercer momento en el proceso de brindar un contenido específico al artículo 22 de la Constitución– que el derecho al trabajo reconocido en la Constitución otorga al trabajador protección contra un despido sin expresión de causa fraudulento y nulo, y ello importa que el trabajador tenga derecho a ser repuesto en una acción de amparo. Sobre este tema, volveremos más adelante al referirnos al artículo 27 de la Constitución.

3.5. La remuneración: alcances e intangibilidad

3.5.1. Aspectos generales

Antes que nada, conviene indicar las más relevantes normas internacionales sobre derechos humanos que tratan a la remuneración: la Declaración Universal de Derechos Humanos que destaca el derecho a la no discriminación salarial y la remuneración equitativa y justa para el trabajador y su familia que permitan una vida digna y, de ser necesario, ella se complete con otros medios de protección

104 Al respecto, en otro proceso, el TC indicó lo siguiente: “Que por el contrario los vicios o irregularidades alegados por la parte demandada respecto del Concurso en que resultó ganador el demandante, no han sido en ningún momento demostrados y en todo caso el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 12.2 de la Directiva de Concurso Interno de Personal por parte de la Gerencia General en lugar de avalar dichas suposiciones, la debilitan pues reflejan que el demandado ha tenido en todo momento la inexcusable intención de dejar sin nombramiento al demandante” (Exp. 0008-1997-AA/TC).

social (artículo 23, y en la misma línea el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica que toda persona tiene derecho a una remuneración, relacionada con la capacidad y destreza del trabajador (artículo XIV).

Sobre el particular, la Constitución precisa (artículo 24):

“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de trabajadores y de los empleadores”.

En primer lugar, es importante destacar que el contrato de trabajo es un negocio jurídico oneroso en virtud del cual el empleador debe abonar una retribución por los servicios prestados por el trabajador. La remuneración es uno de los elementos esenciales de la relación laboral.

La remuneración no solamente es un elemento esencial del contrato de trabajo sino que constituye un derecho fundamental. Ciertamente, el artículo 24 de la Constitución, contiene una fórmula de contenido general y de preceptividad o eficacia diferida o programática al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia bienestar material y espiritual. Sin embargo, de otro lado, representa un interés del Estado en su tratamiento, fija un determinado marco de desarrollo legal y de interpretación judicial y, finalmente se indica –en el propio artículo– que su cobro tiene prioridad sobre otros adeudos del empleador, reconociendo una remuneración mínima vital¹⁰⁵.

3.5.2. Alcances de la remuneración y de los beneficios sociales

En primer lugar las normas aluden a la remuneración. En el ámbito legal, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobada por Decreto Supremo No. 003-97-TR, indica que el contrato de trabajo se caracteriza por ser subordinado, remunerado y con una prestación personal del trabajador.

Consideramos que la remuneración es todo lo que percibe el trabajador como contraprestación por los servicios prestados, sea en dinero o en especie. La remuneración comprende aquellos conceptos que representan una ventaja o un beneficio patrimonial¹⁰⁶ para el trabajador –ya sea en dinero, bienes o servicios– sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega ni tampoco, ciertamente, la denominación que se les dé a los conceptos entregados¹⁰⁷. De otro lado, no se considera remuneración aquellos conceptos que se encuentren excluidos legalmente o que, por definición, no ingresen dentro esta institución.

Las normas laborales tienen una definición concreta sobre la remuneración. Así, el artículo 6 de la LPCL señala que es remuneración “para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición.” A partir de lo expuesto en la LPCL, podemos apreciar que estamos ante una definición genérica, abierta y amplia sobre los alcances del concepto remunerativo y que se aprecia en la mayoría de las legislaciones en América Latina¹⁰⁸.

Así, las prestaciones que percibe el trabajador como contraprestación por los servicios prestados, deben ser calificadas, en principio, dado el concepto “totalizador” y la “vis atractiva”¹⁰⁹ o la concepción total y comprensiva de cuantos beneficios perciba como contraprestación de sus servicios¹¹⁰, como remunerativas. Si existiera alguna

106 LÓPEZ BASANTIA, Justo. “El Salario”. En: AA.VV. (Coordinadores: DE BUEN, Néstor & MORGADO, Emilio). Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social. AIADTSS-UNAM. México, 1997, p. 447.

107 En el mismo sentido, puede verse MORALES, Pedro. “Remuneraciones”. En: Revista Actualidad Laboral. Lima, junio de 1999, p. 9.

108 A título de ejemplo, puede verse el artículo 128 del Código de Trabajo de Colombia, el artículo 95 del Código de Trabajo de Ecuador, el artículo 133 de la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela, los artículos 457 y 458 de la Ley de Consolidación de Leyes de Trabajo de Brasil, el artículo 361 del Código de Trabajo de Honduras y el artículo 141 del Código de Trabajo de Panamá. Al respecto puede verse OIT. La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado. OIT. Lima, 2000.

109 Las frases corresponden a MONEREO PÉREZ, a propósito de la fórmula legal española, muy parecida a la peruana. Respecto del contenido de la reforma española, véase MONEREO PÉREZ, José Luis. Algunas reflexiones sobre la caracterización técnica jurídica del Derecho del Trabajo. Civitas. Madrid, 1996, pp. 13 y ss.

110 MERCADER UGUNA, Jesús. Modernas tendencias en la ordenación salarial. Ed. Aranzandi. Pamplona, 1996, p. 97.

105 Un alcance sobre el contenido de este artículo puede verse en MARCENARO, Ricardo. El trabajo en la nueva constitución. Ed. Cuzco S.A. Lima, 1995, pp. 113 y ss.; ZAVALA COSTA, Jaime. “Remuneraciones y jornada de trabajo”. En: Revista Asesoría Laboral del mes de enero de 1994, pp. 21 y ss. y; sobre la remuneración mínima vital en concreto, puede apreciarse la Revista Asesoría Laboral del mes de abril de 2000, pp. 15 y ss.

duda sobre los alcances de un concepto que percibe el trabajador, debería privilegiarse por el carácter remunerativo de la misma¹¹¹. Ciertamente, se debe analizar en cada caso para determinar si un concepto tiene carácter remunerativo (las normas prevén una relación taxativa de conceptos que no califican como remuneración).

De otro lado, la Constitución indica que el pago de las remuneraciones y beneficios sociales tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. Evidentemente, la cobranza y su enunciado tienen su base en el carácter protector del Derecho Laboral, de tal manera que el crédito laboral tiene preferencia sobre una acreencia civil más antigua y pública (como puede ser una hipoteca inscrita en registros públicos). Desde nuestra perspectiva, los beneficios sociales son todos aquellos conceptos que perciben los trabajadores por o con ocasión del trabajo dependiente: no importa su origen (legal –heterónimo- o convencional –autónomo-); el monto o la oportunidad de pago; la naturaleza remunerativa del beneficio; la relación de género-especie; la obligatoriedad o voluntariedad; etc. Lo relevante es que lo percibe el trabajador por su condición de tal.

En otras palabras, consideramos que los beneficios sociales se deben apreciar con independencia de la fuente u origen, la cuantía, la duración, los trabajadores comprendidos, etc. Esta es, por lo demás, la posición que se aprecia en los procesos laborales donde los jueces emplean una concepción amplia sobre el alcance del término beneficios sociales. Ciertamente, debe tener un contenido patrimonial claro, en dinero o en especie.

Sobre este tema, quienes defienden el sistema económico del derecho, sostienen que el privilegio laboral no puede imponerse sobre garantías reales que son públicas y denotan un comportamiento diligente del acreedor, máxime si las deudas laborales suelen ocultarse y generarse al cese de la relación laboral. Nosotros, al respecto, consideramos que el crédito laboral debe ser protegido pues estamos ante acreedores más débiles, con un poder de información reducido y los créditos tienen carácter alimentario y esencial para el trabajador. En tanto no exista un sistema que tutele al personal (como un fondo de garantía salarial), no resulta posible que el crédito laboral ceda ante uno civil.

3.5.3. Remuneración Mínima Vital

Marcial Rubio Correa¹¹² menciona que las remuneraciones mínimas son las cantidades que el estado fija por norma jurídica como el menor pago posible a un

111 Un análisis mayor puede verse en TOYAMA, Jorge. "Conceptos extraordinarios en la liquidación de beneficios sociales: naturaleza y tributos aplicables". En: Revista Asesoría Laboral. Lima, mayo de 1998, pp. 12 y ss.

trabajador en el país, o en una determinada parte del país. Esto porque se supone que si bien el mercado debe fijar las remuneraciones, funciona imperfectamente con los trabajadores de menores ingresos y la remuneración que les fijaría sería irrisoria.

El Convenio de la OIT sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (No. 26)¹¹³, señala que todo miembro de la OIT que ratifica el convenio se obliga a establecer métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados, para estos efectos queda en libertad, previa consulta de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, de determinar a quiénes se les aplicarán los salarios mínimos (Art. 1 y 2).

El Convenio sobre la protección del salario, 1949 (No. 95)¹¹⁴, prevé que el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda valorarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar (Art. 1). De otro lado, el Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura, 1951 (No. 99)¹¹⁵ dispone que todo miembro deberá, antes de adoptar una decisión sobre la fijación de salarios mínimos, consultar preliminarmente con las organizaciones interesadas más representativas de empleadores y de trabajadores (Art. 3, Inc. 2). Finalmente, el Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (No. 131)¹¹⁶ complementa los Convenios Nos. 26 (1928) y 100 (1951)¹¹⁷. Estos instrumentos tienen como finalidad asegurar la protección a los trabajadores contra remuneraciones indebidamente bajas, de manera especial en los países en vías de desarrollo.

En el caso de Salario Mínimo o Remuneración Mínima Vital (RMV) peruano, se debería tender a su reajuste gradual y periódico, según la necesidad de compensar la pérdida de poder adquisitivo o los aumentos de productividad. El reajuste de los salarios debería vincularse a los aumentos de la productividad del trabajo y la inflación, como criterios principales, y el reajuste sería mediante la

112 RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999. Tomo II, p. 220.

113 Este convenio ha sido ratificado por el Perú con fecha 04 de abril de 1962.

114 Este convenio no ha sido ratificado aún por el Perú. Sin embargo, tiene la calidad de recomendación para el Estado Peruano.

115 Convenio ratificado el 15 de diciembre de 1959 por el Perú.

116 Este convenio aún no ha sido ratificado por el Perú. Sin embargo, tiene la calidad de recomendación para el Estado Peruano.

117 Convenio ratificado por el Perú el 15 de diciembre de 1959.

negociación colectiva¹¹⁸. Sobre este último tema, cabe advertir que el Estado no ha dispuesto un diálogo social cuando ha determinado el monto de una RMV pese al mandato constitucional –coincidente con las recomendaciones de la OIT–, toda vez que las remuneraciones mínimas se han fijado unilateralmente por el Estado sin contar con la participación de trabajadores y empleadores y, más todavía, sin que existan estudios que fundamenten y respalden objetivamente los alcances de los montos aprobados.

3.5.4. La intangibilidad salarial: la reducción de remuneraciones

El TC se ha pronunciado sobre la reducción de remuneraciones. El TC emitió sentencias que resultaron contradictorias en sus considerandos y conclusiones, relativas a la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales; concretamente, sobre la posibilidad de suscribir acuerdos de reducción de remuneraciones entre empleadores y trabajadores por encima de los mínimos legales¹¹⁹.

El TC expidió resoluciones en los Expedientes N° 2906-2002-AA/TC Arequipa y N° 009-2004-AA/TC Arequipa del 20 de enero de 2004 y 21 de mayo de 2004, respectivamente. En ambas resoluciones se discutía sobre la constitucionalidad de la rebaja de remuneraciones por acuerdo de las partes.

En el primer caso (Expediente N° 2906-2002-AA/TC Arequipa), el TC declaró nulo un acto del trabajador que importaba una rebaja de sus remuneraciones:

“La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia –y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia–, se perjudique.

En el presente caso, debe distinguirse entre la rebaja de categoría, la rebaja de sueldo y la rotación del trabajador de un área a otra; en los

dos primeros casos, evidentemente se trata de hechos que no pueden ni deben ser tolerados en nuestro ordenamiento jurídico, pues están en abierta contradicción con el artículo 23° de la Constitución, como se ha expuesto en el fundamento 2 de la presente sentencia, y es concordante con su artículo 26°, inciso 2), que dispone que constituye un principio de la relación laboral el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, principio que no ha sido respetado en autos, razón por la cual cabe amparar la demanda en tal extremo”.

Entonces, en esta primera sentencia, el TC dispuso que los acuerdos de rebaja de remuneraciones, suscritos entre empleador y trabajador, transgredían la Constitución, en tanto afectan la dignidad del trabajador, y además suponen una trasgresión el principio de irrenunciabilidad de derechos, no siendo, por ende, válidos.

Por otro lado, en una segunda ocasión (Expediente N° 009-2004-AA/TC Arequipa), el TC declaró que los acuerdos de reducción de remuneraciones son válidos mientras no afecten las normas mínimas imperativas y no transgreden, por ello, la Constitución:

“En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas 11 a 15 de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de 1999, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha 25 de octubre de dicho año. Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N.º 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, contrario sensu, por el artículo 30.º, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR, y el artículo 49.º de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. Sin embargo, el actor manifiesta que fue compelido por la emplazada a firmar dicho convenio. En ese sentido, este Colegiado considera que la vía del amparo, por

118 Organización Internacional del Trabajo. “Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente, 2004-2006”. Informe Preliminar, Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos, Diciembre 2003, p. 91.

119 Un análisis de estas sentencias puede encontrarse en GONZALES, César. “La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos”. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004, pp. 135 y ss. Además, sobre el principio de irrenunciabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede verse FERRO, Víctor. “El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional”. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004, pp. 111 y ss.

su carácter sumario, no es la idónea para resolver dicho extremo de la demanda, tomando en consideración que se fundamenta en un vicio en la manifestación de voluntad del recurrente, lo cual requiere la actuación de pruebas y diligencias dentro de la correspondiente estación probatoria, etapa de la cual carece el amparo. En todo caso, en este extremo, este Colegiado deja a salvo el derecho del recurrente para que pueda ejercerlo en sede ordinaria”.

En la primera resolución, el TC resalta la protección constitucional ante los actos propios del trabajador que constituyan una renuncia de derechos que le hayan sido conferidos por la Constitución o las leyes, más aún si en esos casos ha existido coacción, amenaza o violencia. Asimismo, al referirse a la reducción de remuneraciones y otros actos cuestionados en la demanda, el TC señala que «se trata de hechos que no pueden ni deben ser tolerados en nuestro ordenamiento jurídico, pues están en abierta contradicción con el artículo 23° de la Constitución...» y termina aludiendo al principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

En la segunda resolución –posterior en el tiempo- que estamos comentando, sin embargo, el TC señala, sobre este mismo tema, lo siguiente: «la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada por la Ley N° 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, contrario sensu, por el artículo 30°, inciso b), del Texto Único ordenado del Decreto Legislativo N° 728 (aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR), y el artículo 49° de su reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR), que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido».

Como vemos, en esta segunda resolución el TC deja claramente establecido que sí es posible que la remuneración sea reducida, siempre que se cuente con el consentimiento del trabajador, aspecto que la primera sentencia parecía desconocer; habría que agregar a ello que la rebaja no podría producirse por debajo del monto establecido como remuneración mínima vital que sería el mínimo que no podría ser objeto de disposición por parte del trabajador.

Se podría intentar hilvanar explicaciones y señalar que, en la primera resolución, el aspecto central fue la existencia de una voluntad viciada del trabajador debido a las amenazas que supuestamente habría realizado la empresa. En suma, estaríamos ante actos nulos o fraudulentos, que motivaron la creación del denominado despido fraudulento, tipo no contemplado

expresamente por la normativa vigente, pero analizado y sancionado por el TC y que, de acuerdo al propio TC, tiene un precedente inicial en la Sentencia recaída en el Exp. No. 628-2001-AA/TC¹²⁰. Esta sería la razón central de la primera sentencia del TC: si se verifica que existe un acto de disposición del trabajador bajo amenaza o coacción, éste es nulo (ello se aprecia en los antecedentes de esta sentencia pero, desafortunadamente, en lo considerandos no aparece como relevante la existencia de actos nulos por amenaza o violencia sobre la voluntad del trabajador).

Obviamente, la voluntad del trabajador debe haberse originado válidamente. Cuando se aprecie uno de los denominados vicios de la voluntad –como la violencia o el error- por la doctrina civil, estaremos ante supuestos de ineficacia estructural del acto jurídico que determinan la nulidad o anulabilidad del acto de disposición del trabajador. En estos casos, no estamos ante un supuesto de renuncia porque no existe un acto válido del trabajador: aquí deberían aplicarse las disposiciones sobre nulidad o anulabilidad para enervar los efectos del acto de disposición. La renuncia, entonces, supone un acto de disposición del trabajador que nació válidamente, sin ningún vicio en la prestación de su voluntad.

De aceptarse esta explicación del TC, no habría, en rigor, contradicción de criterios entre ambas sentencias. No obstante ello, en la medida que las partes determinantes de las sentencias son los considerandos y la parte resolutive, estimamos que existe una contradicción de criterios entre las dos sentencias analizadas. Al ser la segunda sentencia posterior en el tiempo así como recoger el criterio adecuado, estimamos que la directiva rectora debe ser la dispuesta en la segunda sentencia.

Entonces, para el TC los acuerdos de reducción de remuneraciones son válidos en la medida que: i) no exista un acto de amenaza, violencia o coacción que hubiera viciado la voluntad del trabajador, y ii) el monto de la remuneración luego de la reducción no sea inferior del mínimo legal vigente.

Consideramos, finalmente, que el TC debiera tener mayor cautela en la emisión de sus resoluciones para evitar contradicciones, así como una

¹²⁰ En este supuesto, ante la alegación del demandante de que fue obligado a firmar la carta de renuncia previo traslado a una localidad distinta e inclusión en la liquidación de beneficios sociales de que fue obligada a suscribir la respectiva carta, el TC señaló que “El derecho al trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22 y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes (...) Por lo que sus lineamientos constitucionales (...) no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica”.

precaución sobre el contenido y fundamento de las resoluciones que dictamina. Nuestro supremo intérprete de la Constitución no puede darse el lujo de emitir sentencias contradictorias y que creen inestabilidad en las relaciones laborales.

3.6. La jornada de trabajo: la limitación de las jornadas atípicas de trabajo

El TC se ha pronunciado sobre las jornadas atípicas de trabajo. Inicialmente, con una declaración general de inconstitucionalidad y luego estableciendo una delimitación de los supuestos de procedencia de estos regímenes atípicos.

En un primer momento, el TC declaró inconstitucional la existencia de jornadas atípicas en la minería e indicó que un trabajador minero no podía laborar más de ocho horas diarias. ¿La razón de ello?: la necesidad de proteger su salud e integridad personal y conciliar la vida personal y familiar del trabajador con sus labores. En la sentencia del TC donde un sindicato cuestionó una jornada atípica (recaída en el Expediente No. 4635-2004-AA/TC), se declaró inconstitucional la jornada atípica minera, que supone compensaciones de días y horas de trabajo (por ejemplo, laborar 12 horas en 4 días continuos y luego descansar 3 días seguidos, de tal manera que se guardaba la proporción de 48 horas semanales, o trabajar 15 días continuos y descansar los siguientes 15 días), sobre la base de la necesidad de asegurar horas razonables de trabajo y descanso cuando existan situaciones laborales riesgosas. De este modo, inicialmente, el TC estableció que las jornadas en el sector minero no podían exceder de 8 horas diarias y consideró como inconstitucionales a las jornadas atípicas mineras.

Cabe precisar que, anteriormente, el TC sostenía que las jornadas atípicas tenían validez y no contaban con un límite expreso en relación a su extensión y duración¹²¹.

La resolución recaída en el Exp. No. 4635-2004-AA/TC en mención, generó una serie de dudas e incertidumbre acerca de cómo conciliar lo señalado por el TC con la realidad económica y social del sector minero, así como con los convenios internacionales de trabajo reconocidos por el país. En ese sentido, el propio TC

121 El TC reconoció este giro jurisprudencial (Exp. No. 4635-2004-AA/TC): "Si bien hasta la fecha los criterios de la jurisdicción constitucional consideraron que el sistema acumulativo 4 x 3 y 4 x 2 (5 x 2) podía ser compatible con el artículo 25.º de la Constitución (Exp. N.º 1396-2001-AA/TC), a partir del presente caso y considerando el contexto del trabajo que realizan los trabajadores mineros, así como el parámetro constitucional descrito en los fundamentos precedentes; y teniendo en cuenta que un sistema excepcional y temporal no puede convertirse en permanente, así como la dimensión objetiva de los derechos fundamentales –que en el presente caso se manifiesta en el respeto a una jornada de ocho horas diarias como máximo, a una jornada semanal razonable de trabajo y al derecho al descanso– y los fines de los procesos constitucionales (artículo II del Código Procesal Constitucional), el criterio del Tribunal Constitucional, en adelante, será el expuesto en la presente sentencia, y que establece que para los trabajadores mineros el máximo de duración de la jornada laboral será de ocho horas diarias".

mediante resolución aclaratoria del 11 de mayo de 2006, delimitó los alcances de sentencia señalando que los regímenes atípicos en minería son válidamente aplicables en tanto se reúnan los siguientes requisitos: (i) una evaluación caso por caso (en un proceso judicial o administrativo) teniendo en cuenta las características del centro minero: subterráneo, a tajo abierto o centro de producción; (ii) deben cumplirse con las condiciones de seguridad laboral necesarias; (iii) deben otorgarse garantías para la adecuada protección de la salud de los trabajadores y su alimentación; (iv) se deben conceder descansos adecuados al esfuerzo físico desarrollado en jornadas superiores a la ordinaria; (v) debe brindarse tratamiento especial para el trabajo nocturno –jornada inferior a la diurna–; y, (vi) debe haberse pactado mediante convenio colectivo que la jornada no puede exceder de 8 horas. Cabe señalar que de no estar presentes estas condiciones particulares, la jornada de trabajo no puede superar las 8 horas diarias.

Además de los requisitos señalados, siguiendo con lo establecido por el Convenio No. 01 de la OIT, la jornada atípica minera –así como, en general, cualquier jornada atípica– se sujeta a que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas o un periodo más corto, no exceda de 8 horas diarias o 48 por semana en promedio –si la jornada comprende 2 semanas, se calcula el promedio de horas en función de dicho número y, en caso la jornada comprenda periodos de 3 semanas, el promedio se calcula en función de 3 semanas–; en este sentido, se permiten las jornadas atípicas conocidas como 4 x 3 (4 días con 12 horas diarias de trabajo por 3 días de descanso) y las de 14 x 7 (14 días con 10 horas diarias de trabajo por 7 días de descanso), las mismas que constituyendo una excepción, deben ser implementadas de manera razonable y justificada.

Sin duda, estamos de acuerdo con la finalidad del TC. El Estado y las empresas deben orientar sus políticas a favor de conciliar la vida familiar y laboral y proteger la salud del trabajador. Sin embargo, las jornadas atípicas son una realidad mundial y tienen reconocimiento en normas internacionales y nacionales; se trata de jornadas que son distintas a las ocho horas pero que respetan en promedio las 48 horas semanales. Naturalmente, se aplican cuando existen condiciones que así lo justifican, y usualmente son el trabajo en zonas alejadas del hogar (trabajo minero, petrolero, pesquero, etc.). En estos casos, el trabajador labora jornadas extendidas y luego goza de descansos prolongados compensatorios (por ejemplo, los señalados como 4 x 3 o 14 x 7), respetándose tanto los días de descansos semanales como las horas máximas de trabajo.

Estas jornadas permiten que el trabajador pueda retornar a su hogar en los días de descanso y conciliar, justamente, el trabajo en zonas alejadas con el

descanso y dedicación efectiva a la familia. Hay, entonces, razonabilidad y necesidad para fijar jornadas atípicas. Si una empresa no brinda condiciones de salubridad adecuadas o abusa de la jornada laboral o no paga las horas extras respectivas, la autoridad debe prohibirle las jornadas atípicas e imponerle sanciones severas. Sin embargo, si la empresa cumple con todos los parámetros de seguridad, brinda beneficios al personal, tiene políticas de responsabilidad familiar e incluso el propio personal es el que solicita las jornadas atípicas, las mismas debieran aplicarse válidamente.

Cabe destacar que, en la acción de amparo del TC que declaró inconstitucional las jornadas atípicas, existe un argumento adicional del TC. El convenio colectivo de trabajo vigente en la empresa minera establecía una

Temas	Posición del TC
Aplicación de la sentencia	La sentencia sobre jornadas atípicas mineras es aplicable para el personal que labora en minas subterráneas, directamente en actividades extractivas en minas de tajo abierto, y en centros de producción minera y, a la vez, estén afectos riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad. El criterio se extiende a toda atípica que se establezca en cualquier actividad económica
Jornadas Prohibidas	Cualquiera que exceda el tope de 48 horas semanales en promedio en ciclos de hasta tres semanas: 14x7 (12 hrs. diarias): Al tratarse de un régimen de 21 días (14x7) a razón de 12 horas, el promedio semanal es de 56 horas. En este sentido, el régimen no se ajusta a los criterios del TC (este régimen, en forma excepcional sí es reconocido por el Convenio OIT No. 01). 24 x 4 (8 hrs.): El régimen atípico no se ajusta a los parámetros establecidos por el TC, en la medida que supera el ciclo de 3 semanas y se excede de 48 horas semanales.
Algunas Jornadas permitidas	a) Jornadas ordinarias o típicas (8 horas diarias o 48 horas semanales), que es la aplicable a la gran mayoría de empresas; b) 4 x 3 (12 Hrs.): El promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas o un periodo más corto, no excede de 8 horas diarias o 48 por semana; c) 14 x 7 (10 hrs.): Al tratarse un régimen atípico cuyo promedio semanal no supera 48 horas, se ajusta a lo ordenada por el TC y por tanto, su implementación resultaría válida.
Acuerdos de mayor jornada minera	No sería válido un acuerdo con cada trabajador o sindicato en este sentido, en aplicación del principio de irrenunciabilidad.
Requisitos para validez de las jornadas atípicas.	<ul style="list-style-type: none"> • Debe evaluarse caso por caso (en un proceso judicial o administrativo) teniendo en cuenta las características del centro minero: subterráneo, a tajo abierto o centro de producción. • Debe cumplirse con las condiciones de seguridad laboral necesarias. • Otorgarse garantías para la adecuada protección de la salud de los trabajadores y adecuada alimentación. • Conceder descansos adecuados con el esfuerzo físico desarrollado en jornadas superiores a la ordinaria. • Brindarse tratamiento especial para el trabajo nocturno –jornada inferior a la diurna– • Si se ha pactado mediante convenio colectivo que la jornada no puede exceder de 8 horas. <p>De no estar presentes estas condiciones, la jornada no puede superar las 8 horas diarias</p>
Conv. individuales y Conv. colectivos	Un convenio individual (jornada flexible, atípica) no puede dejar sin efecto un convenio colectivo de trabajo (jornada típica)

jornada típica pero por acuerdo entre las partes, se establecieron jornadas atípicas, afectando el carácter vinculante de los convenios colectivos. En verdad, solamente con este argumento, el TC pudo declarar inválidas las jornadas atípicas.

En el Cuadro siguiente, detallamos los principales efectos y consecuencias de esta sentencia del TC y su aclaratoria:

En definitiva, se aprecia en lo relativo al tratamiento de las jornadas atípicas, diversas posiciones aparecen reflejadas en los criterios del TC. Primero, permitiendo las jornadas atípicas sin limitaciones, luego prohibiendo las jornadas atípicas y finalmente admitiendo las jornadas atípicas pero con limitaciones.

3.7. Los derechos colectivos.

La Constitución de 1993 reconoce, al igual que su precedente, los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga. Estos derechos colectivos no han tenido un dilatado desarrollo a nivel de la jurisprudencia del TC, registrándose un mayor tratamiento en el caso de despidos con afectación a la libertad sindical.

La libertad sindical –negativa y positiva, individual y colectiva– se encuentra garantizada por la Constitución, aunque con una fórmula muy escueta, especialmente comparada con la Constitución de 1979: el Estado reconoce el derecho, cautela su ejercicio y lo garantiza (artículo 28.1). Por ello, habría que acudir a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para otorgar el contenido suficiente a la libertad sindical, en atención a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

En efecto, sobre la libertad sindical¹²², el TC ha destacado en varias oportunidades la relevancia de esta libertad y sus manifestaciones a través de los Convenios Internacionales de Trabajo de la OIT –en aplicación de la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución–, para determinar el contenido constitucionalmente protegido de la libertad sindical¹²³. Ciertamente, hoy en día la libertad sindical es abordada no solamente desde el plano individual (derechos del trabajador, libertad sindical individual) sino institucional (derechos del sindicato, libertad sindical colectiva)¹²⁴.

122 Sobre la libertad sindical, puede leerse ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos en libertad sindical. Ed. FCU. Montevideo, 1999; y, OJEDA AVILES, Antonio. Derecho Sindical. Eg. Tecnos. Madrid, 2004. Un interesante trabajo sobre la libertad sindical y su desarrollo en el Perú, puede encontrarse en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La libertad sindical en el Perú. Documento de Trabajo No. 114 OIT. Lima, 1999.

123 A título de ejemplo, pueden apreciarse las sentencias del TC recaídas en los Expedientes Nos. 1124-2001-AA/TC y 3311-2005-AA/TC.

124 MERCADER UGINA, Jesús & NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. El recurso de amparo: un enfoque laboral. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, p. 39.

De manera general, el TC ha precisado sobre la libertad sindical (Exp. No. 008-2005-PI/TC, aunque en este caso definiendo de manera general, sin acudir a los Convenios de OIT sobre libertad sindical):

“En ese contexto, implica un haz de facultades y el ejercicio autónomo de *homo faver* –*homo politicus*, referido a aspectos tales como:

El derecho a fundar organizaciones sindicales.

- El derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes.

- El derecho a la actividad sindical.

- El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.

- El derecho a que el Estado no interfiera –salvo el caso de violación de la Constitución o la ley- en las actividades de las organizaciones sindicales”.

Además, frecuentemente, la libertad sindical ha sido invocada como un fundamento central del TC en diversos procesos de amparo que abordaba un despido laboral en el cual la libertad sindical era alegada, inclusive utilizando los Convenios de la OIT sobre libertad sindical. Así, el TC ha señalado (Exp. No. 1124-2001-AA/TC):

“Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga”.

De otro lado, la Constitución de 1993 prevé que los sujetos colectivos pueden celebrar un Convenio Colectivo de Trabajo con “fuerza vinculante en el ámbito

de lo concertado” (numeral 2 del artículo 28), de tal suerte que su carácter normativo se extiende a las relaciones individuales de trabajo¹²⁵. Antes de ello, el propio artículo constitucional reconoce al derecho de negociación colectiva, debiendo el Estado, incluso, fomentarlo – en este sentido, la fórmula de la actual Constitución es más protectora que el precedente¹²⁶. Sobre la base de este fomento a la negociación colectiva, el TC reconoció la validez de la intervención del Estado para favorecer la negociación por rama de actividad en el sector de construcción civil (Exp. No. 0261-2003-AA/TC)¹²⁷:

“En consecuencia, durante el desarrollo de su actividad laboral, el trabajador de construcción civil presta servicios para una multiplicidad de empleadores, tomando difusa la posibilidad de que pueda contar con una organización sindical a nivel de empresa, y resultando prácticamente inviable el que pueda negociar varias veces al año. Por ello, dada la situación peculiar del sector de construcción civil y 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 efectiva negociación. En ese sentido, 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 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”.

Sobre el derecho de huelga, la Constitución apunta que se debe ejercer “en armonía con el interés social” y que la ley determinará sus excepciones y limitaciones (artículo 28.2). Al respecto, la fórmula empleada es sumamente

125 Sobre este tema, el TC ha indicado: “Cuando las partes pactan respetar dicha jornada en un convenio colectivo que, conforme al inciso 2.º del artículo 28.º de la Constitución, tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado, en modo alguno se puede considerar que tales derechos no vinculen a las partes que celebraron tal convenio colectivo” (Exp. No. 4635-2004-AA/TC).

126 Al respecto, puede verse NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2000, pp. 69 y ss.

127 En el mismo sentido, puede verse la sentencia recaída en el Exp. No. 0785-2004-AA/TC: “el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo y que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”.

flexible y otorga al legislador la potestad de optar por diversos modelos de huelga, titularidad del derecho, extensión y limitaciones a su ejercicio –especialmente cuando se trata de los llamados servicios esenciales, etc.¹²⁸-. El TC ha definido a la huelga a partir de la delimitada concepción de la legislación, sin acudir a los criterios internacionales –como los de la OIT-:

“Este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo.

Por ende, huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio.

Por huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley” (Exp. No. 008-2005-AA/TC)¹²⁹.

3.8 Los principios constitucionales.

Los principios suelen ser conceptuados como las pautas generales, las directrices que informan las normas e inspiran soluciones, sirviendo en diversas fases de la vida normativa, en particular, en su proceso de conformación –inspirando sus contenidos-, interpretación y aplicación –integrando lagunas-¹³⁰. En la misma línea, el TC ha indicado que los principios son (Exp. No. 008-2005-PI/TC):

“(…) aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración

128 Un interesante trabajo puede encontrarse en CORTES CARCELÉN, Juan Carlos. “La huelga en la Constitución de 1993”. En: Revista Asesoría Laboral No. 37. Lima, enero de 1994, pp. 30-33.

129 En la misma línea, en el Exp. No. 3311-2005-AA/TC, se precisó: “El Tribunal Constitucional deja claramente establecido que el ejercicio de los derechos laborales colectivos, en especial el derecho de huelga, debe ser conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente. Dicho ejercicio comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular de los del empleador. En tal sentido, nuestro sistema jurídico proscrib, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que puedan configurar delitos. Incurrir en tales actos comporta un ejercicio ilegítimo de los derechos”.

130 PLA RODRIGUEZ, Américo: “Los principios del Derecho del Trabajo”. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 9.

directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas”.

La Constitución de 1993, ha recogido los fundamentales principios que estaban incorporados en el texto de la precedente Constitución¹³¹. Sin embargo, hay algunos cambios importantes como veremos a continuación¹³².

3.8.1. Principio de no discriminación

El principio de no discriminación supone, siguiendo la consabida expresión, tratar igual a los iguales que se encuentran en iguales circunstancias¹³³. En el plano específico del Derecho Laboral, el numeral 1 del artículo 26 de la Constitución prevé el principio de igualdad de trato¹³⁴ al señalar que, en toda relación laboral, se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Con esta fórmula se distingue adecuadamente la igualdad ante la ley (artículo 2,2) de la igualdad de trato, apreciándose una regulación más adecuada que el previsto en la Constitución de 1979.

Sobre este tema, el Convenio 111 de la OIT, ratificado por el Perú indica lo siguiente (artículo 1):

“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de

131 Al respecto, puede leerse NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Ed. Ara. Lima, 1997, pp. 107 y ss.

132 El artículo 26 de la Constitución indica:

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.

3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

133 En palabras del TC, podríamos indicar (Exp. No. 0261-2003-AA/TC): “En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha establecido que el derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución, no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar “igual a los que son iguales” y “desigual a los que son desiguales”, partiendo de la premisa de que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentra postergado en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades”.

134 En el Derecho Laboral, como contraposición a la igualdad ante la ley, cuando se alude al concepto de igualdad, se habla, además, de una igualdad de trato. Sobre este tema, puede verse NEVES MUJICA, Javier. “El principio de igualdad en el ordenamiento laboral”. En: Asesoría Laboral. Lima, octubre 1992, pp. 18-19.

oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”.

En la misma línea, se puede encontrar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7).

El principio de no discriminación o igualdad es una de las piezas esenciales de toda sociedad. En virtud de este principio, las personas tienen derecho a no sufrir un trato arbitrario por razones ideológicas, políticas, raciales, religiosas, sexuales, etc. Sobre el concepto de discriminación, el TC ha indicado:

“... este Tribunal en reiterada jurisprudencia, que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato” (Exp. No. 2510-2002-AA/TC).

Sin embargo, la existencia de criterios objetivos y razonables es la razón central para que el TC acepte una diferenciación, tal como puede apreciarse en la siguiente sentencia que alude a un conflicto laboral relativo al tiempo de trabajo:

“Respeto a que la pretendida aplicación del horario genera una situación de discriminación, debe destacarse que, conforme lo ha expuesto la propia demandante, el horario de doce horas de trabajo se aplica únicamente a los trabajadores de la sección Operaciones en Mina, y que, dada la naturaleza de la labor que desarrollan los trabajadores de dicha sección, es evidente que tiene que existir un trato diferenciado, pues se dan situaciones fácticamente distintas que justifican, objetiva y razonablemente, la adopción de un horario de trabajo diferente, que en nada afecta la dignidad de los trabajadores” (Exp. No. 1396-2001-AA).

En definitiva, el principio de igualdad ha sido abordado en varias ocasiones por el TC. Consideramos que el tratamiento que ha brindado el TC a la fecha a este principio laboral ha sido adecuado, tanto en su formulación como en cada caso en particular. Empero, como veremos más adelante, este trato igualitario en general no necesariamente se reproduce en el tratamiento de los derechos fundamentales que son material de protección vía una acción de amparo.

3.8.2. Principio de irrenunciabilidad de derechos

Uno de los principios emblemáticos del Derecho Laboral es el de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, sustentado en el carácter protector y las normas tuitivas de esta rama del Derecho. Este principio supone que el trabajador no tiene plena capacidad de disposición de sus derechos dada la relación de subordinación o dependencia que mantiene dentro de la relación laboral, de tal manera que se prevé la nulidad o ineficacia de cualquier acto - unilateral o bilateral- de renuncia de sus derechos laborales.

A su vez, el principio de irrenunciabilidad es uno de los elementos claves de diferenciación respecto del Derecho Civil. Mientras que en el Derecho Civil las normas son dispositivas y se permite a las partes la renuncia de los derechos reconocidos en las normas -más todavía estas son supletorias a la voluntad de las partes-, en el Derecho Laboral las normas son imperativas y tienen el carácter de mínimas, a tal punto que solamente cabe la renuncia sobre los derechos que se encuentren por encima de tales disposiciones mínimas.

La renuncia, de acuerdo a OJEDA AVILES, es una especie de la disposición que supone todo acto de desprendimiento de nuestro patrimonio de un bien

mediante enajenación, gravamen y renuncia¹³⁵. Ahora bien, podemos señalar que el principio de irrenunciabilidad de derechos puede ser definido como la imposibilidad que tiene el trabajador para abandonar unilateral e irrevocablemente un derecho contenido en una norma imperativa¹³⁶.

Entonces, se debe verificar una participación expresa del trabajador en la disposición del derecho. En algunos casos, el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales en forma cuestionable pues en el acto de despido no se presenta un acto unilateral del trabajador, no existe un acto de disposición laboral de un derecho (Expediente No. 566-99-AA/TC-Arequipa)¹³⁷:

“el hecho de que el demandante no haya obtenido puntaje favorable para acceder a una plaza en calidad de nombrado en el concurso promovido, no podía afectar su derecho a permanecer en la entidad en la condición de contratado para servicios de naturaleza permanente; razonamiento este último que se sustenta en los principios constitucionales de jerarquía normativa y el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, aplicable en la relación laboral; principios contenidos en los artículos 51° y 26° de la Constitución Política del Estado, respectivamente”.

Antes de describir la definición expuesta, debemos anotar que existe una discusión sobre el ámbito subjetivo de aplicación del principio: la extensión de la irrenunciabilidad a los actos del empleador y los actos desplegados por el sindicato en un convenio colectivo.

Veamos primero los actos del empleador. El ejemplo que se acostumbra citar es la posibilidad de que el empleador disponga de sus facultades de dirección -

135 OJEDA AVILES, Antonio. La renuncia de derechos del trabajador. IEP. Madrid, 1971, pp. 30 y ss.

136 DE LA VILLA, Luis. "El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales". En: Revista de Política Social. No. 70. Madrid, 1970, pp. 7 y ss.

137 En la misma línea, puede verse la sentencia recaída en el Expediente No. 0085-1995-AA/TC, donde se admite una afectación al principio de irrenunciabilidad sin que se verifique un acto de disposición del trabajador sino un incumplimiento del empleador:

“si bien la demandada niega el derecho de reincorporación solicitado por el actor, en base a la interpretación de diversas normas legales citadas en la contestación de la demanda, y relacionadas a los alcances de la Ley N° 25273, este Colegiado considera que las argumentaciones legales de la emplazada no enervan el derecho de reincorporación adquirido por el actor al amparo de la acotada Ley N° 25273, por cuanto aceptar dicho predicamento significaría desconocer derechos y principios laborales de jerarquía constitucional contenidos en los artículos 42° y 57° de la Constitución de 1979, y en el artículo 26°, incisos 2) y 3) de la vigente Constitución, que hacen referencia al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos a los trabajadores por la Constitución y la ley”.

que supone las prerrogativas para dictar normas, fiscalizar la prestación y sancionar los incumplimientos laborales- previstas en el ordenamiento jurídico. Algunos sostienen que el empleador no podría renunciar a esta facultad en la medida que la relación laboral se desnaturalizaría sin una facultad de dirección del empleador.

En nuestra opinión, teniendo en cuenta que el principio de irrenunciabilidad se origina en la desigualdad entre las partes laborales y la necesidad de proteger al trabajador, está reservado únicamente para los actos de disposición de derechos de este último. En el caso propuesto, si el empleador renuncia a sus facultades de dirección, podría "deslaboralizarse" la relación laboral y encontramos ante un vínculo posiblemente de carácter civil, pero no nos encontramos ante un caso referido al principio de irrenunciabilidad.

De otro lado, los actos de disposición del sindicato respecto de derechos nacidos en convenios colectivos tampoco configuran supuestos de renuncia en la medida que en la negociación colectiva no se verifica una desigualdad entre las partes y no debe presumirse, por consiguiente, la nulidad de los actos de disposición del sindicato. Ahora bien, si se tratara de actos del sindicato que disponen de derechos previstos en normas heterónomas imperativas, sí cabría, como apunta NEVES MUJICA, la aplicación del principio abordado¹³⁸.

Veamos ahora cada uno de los elementos de la definición de renuncia descrita precedentemente. En primer lugar, estamos ante una disposición, irrevocable y unilateral, del trabajador, de un derecho.

La renuncia de derechos del trabajador debe ser irrevocable, esto es, incondicional, definitiva. No debe confundirse la irrevocabilidad con la temporalidad. Nos explicamos. El acto de renuncia del trabajador puede ser temporal -renuncia a la percepción de un beneficio por un mes-, pero lo trascendente es que el solo acto del trabajador suponga la disposición incondicional del derecho.

Nótese que es el trabajador quien prescinde de un derecho: el acto -claro y contundente- no normativo del trabajador que dispone de un derecho previsto en una norma imperativa. El acto unilateral del trabajador puede estar contenido en una declaración unilateral, en un contrato de trabajo, en un acuerdo extrajudicial con el empleador, en un recurso presentado en un proceso judicial, en una liquidación de beneficios sociales, etc. En otras palabras, lo relevante es

138 NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Ed. Ara. Lima, 1997, p. 111.

que se trate de un acto disposición del trabajador a un derecho que puede encontrarse en un acto unilateral o bilateral.

De otro lado, no constituyen supuestos de renuncia el no ejercicio de un derecho por el transcurso del tiempo ni la renuncia tácita o presunta¹³⁹. Debe tratarse, pues, de un acto expreso y claro del trabajador que disponga de un derecho y la voluntad del trabajador debe haberse originado válidamente. Cuando se aprecie uno de los denominados vicios de la voluntad -como la violencia o el error- por la doctrina civil, estaremos ante supuestos de ineficacia estructural del acto jurídico que determinan la nulidad o anulabilidad del acto de disposición del trabajador. En estos casos, no estamos ante un supuesto de renuncia porque no existe un acto válido del trabajador: aquí deberían aplicarse las disposiciones sobre nulidad o anulabilidad para enervar los efectos del acto de disposición. La renuncia, entonces, supone un acto de disposición del trabajador que nació válidamente, sin ningún vicio en la prestación de su voluntad.

En este sentido, ha destacado el TC (Expediente N° 009-2004-AA/TC Arequipa), que los acuerdos de reducción de remuneraciones son válidos y no transgreden, por ello, la Constitución, y distancia de estos acuerdos los supuestos de invalidez del acto jurídico:

“En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas 11 a 15 de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de 1999, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha 25 de octubre de dicho año (...) el actor manifiesta que fue compelido por la emplazada a firmar dicho convenio. En ese sentido, este Colegiado considera que la vía del amparo, por su carácter sumario, no es la idónea para resolver dicho extremo de la demanda, tomando en consideración que se fundamenta en un vicio en la manifestación de voluntad del recurrente, lo cual requiere la actuación de pruebas y diligencias dentro de la correspondiente estación probatoria, etapa de la cual carece el amparo. En todo caso, en este extremo, este Colegiado deja a salvo el derecho del recurrente para que pueda ejercerlo en sede ordinaria”.

139 DE LA VILLA, Luis. Op. Cit., p. 9.

En definitiva, los casos de renuncia se producen porque el trabajador voluntariamente prescinde de un derecho. Todo acto ajeno a la voluntad del trabajador que suponga la disposición de un derecho no importa una trasgresión al principio de irrenunciabilidad de derechos (de ser el caso, podría cuestionarse la pérdida del derecho pero por otra institución jurídica). No puede, pues, alegarse la doctrina de los actos propios para enervar los efectos de la irrenunciabilidad porque el acto de disposición del trabajador no genera efectos jurídicos.

El segundo elemento que podemos analizar se contrae en el reconocimiento del derecho en una norma imperativa. Bastará la existencia del derecho para que el acto de disposición del trabajador pueda calificar como irrenunciable, sin que se requiera que el trabajador cuente con los requisitos previstos en la normatividad para el goce efectivo del referido derecho. Como anota NEVES MUJICA, lo expuesto distingue al principio de irrenunciabilidad del principio de condición más beneficiosa en tanto que este último principio requiere, para ser alegado, que el trabajador cuente con los requisitos para gozar del derecho¹⁴⁰.

Así, antes, durante o después de la relación laboral rige el principio de irrenunciabilidad. Cuando el trabajador suscribe un contrato de trabajo y acepta no percibir ninguna gratificación por fiestas patrias y navidad, o conviene en trabajar una hora extra sin el pago de una retribución adicional o firma una liquidación de beneficios sociales al término de la relación laboral donde señala que no tiene nada por reclamar pese a que no le hubieran pagado vacaciones truncas, estamos ante supuestos de renuncia de derechos. Sobre este tema, nos llama la atención que en una ocasión, el TC indicara que el principio de irrenunciabilidad se aplica cuando se encuentre vigente una relación laboral, pareciendo descartar la pertinencia del principio antes del inicio o después de la vigencia del contrato de trabajo (Exp. No. 008-2005-AA/TC):

“Por tanto, es coherente afirmar que para que sea posible la aplicación del artículo 26° de la Constitución, debe existir una relación laboral y que el trabajador no podrá renunciar, o disponer, cualquiera sea el motivo, de los derechos y libertades que la Constitución y leyes vigentes al momento de la relación laboral le reconocen”.

Ahora, conviene en describir el tipo de norma -y el carácter de ésta- que contiene un derecho del trabajador que no puede ser materia de dejación. Las normas estatales que reconocen derechos a los trabajadores son claramente irrenunciables. Luego, tenemos los derechos contenidos en normas convencionales. Sobre este último, se plantean posiciones encontradas en tanto

140 NEVES MUJICA, Javier. “Introducción...”. Op. Cit., pp. 113-14.

que unos señalan que también recogen derechos irrenunciables y otros no.

En nuestra opinión, el principio de irrenunciabilidad de derechos debe comprender a los derechos nacidos de actos normativos como los convenios colectivos de trabajo dado su eminentemente carácter normativo e imperativo dentro de su ámbito de aplicación -reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución¹⁴¹-. La aplicación de la irrenunciabilidad es, pues, frente a todo derecho reconocido en una norma. Para el TC, sin embargo, este principio no comprende a los derechos provenientes del convenio colectivo¹⁴².

Finalmente, el derecho materia de renuncia debe estar contenido en una norma imperativa. Aquí, conviene trasladar la distinción española sobre el grado de imperatividad de las normas estatales frente a la autonomía privada. Así, tenemos las normas de derechos dispositivos -existe plena autonomía para las partes-, necesarios relativos -fijan un piso, un derecho mínimo que puede ser "mejorado" por la autonomía privada pero no reducido-, máximos de derechos necesarios -establecen un techo o tope que no puede ser superado por las partes- y absolutos -no existe alguna capacidad de disposición de las partes-.

Entonces, los casos donde el empleador no otorgue un derecho que corresponde al trabajador, un convenio colectivo disminuya el monto de un beneficio reconocido legalmente a los trabajadores o una ley derogue un derecho de los trabajadores, no configuran supuestos de renuncia de derechos. En los casos descritos, nos encontraremos ante un incumplimiento laboral del empleador que puede motivar la presentación de una demanda laboral para que se goce del derecho, un convenio colectivo ilegal que puede generar el control de su legalidad y la sucesión peyorativa de normas estatales que puede suponer la alegación del principio de condición más beneficiosa¹⁴³, respectivamente.

3.8.3. Principio de indubio pro operario

Este principio incide en la función tuitiva del Derecho Laboral, rasgo inherente y distintivo de la disciplina, y que, entre otros aspectos, presidiría el

141 Además, el artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Ley No. 25593), prescribe que los trabajadores no pueden disponer de derechos derivados de un convenio colectivo de trabajo.

142 Al respecto, el TC precisa que este principio "No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre" (Exp. No. 008-2005-PI/TC).

143 En nuestra opinión, en el ordenamiento jurídico peruano resulta discutible la alegación del principio de condición más beneficiosa ante una sucesión peyorativa de normas estatales. En rigor, este principio laboral solamente debería utilizarse cuando estamos ante derechos nacidos de actos no normativos -un contrato, un acto unilateral del empleador-. Al respecto, puede verse TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El principio de condición más beneficiosa". En: Revista Derecho & Sociedad No. 7. Lima, 1993, pp. 42 y ss.

proceso de elaboración de las normas laborales, que les imprimiría imperatividad absoluta y que guiaría su proceso de interpretación y aplicación. Conviene, por tanto, distinguir entre el principio "pro operario" y el principio "in dubio pro operario" aplicable sólo al proceso de interpretación de la norma laboral¹⁴⁴.

El primer caso, esto es, la oscura o ambigua determinación de los hechos, no ofrece en estricto un problema de interpretación normativa, sino más bien constituye una cuestión de prueba o demostración de una alegación procesal que debe regirse por las reglas procesales de distribución de la carga probatoria y de determinación de quien debe soportar su insuficiencia¹⁴⁵.

Al respecto, una crítica importante es la fórmula empleada: indica la Constitución que solamente cuando existe una duda insalvable, puede acudir al principio de favorabilidad. Como se ha dicho¹⁴⁶, se ha tratado de relegar la aplicación de este principio, de tal manera que se deben emplear todos los métodos de interpretación posibles y solamente cuando persista la duda, resolverse el conflicto por la vía de favorabilidad. En este sentido, habría un retroceso con relación a la fórmula empleada por la Constitución de 1979 que no establecía limitación alguna.

Sobre el principio de indubio pro operario, se ha señalado que, dada la falta de limitación, este principio se aplicaría a toda disposición en materia de trabajo como las normas estatales o autónomas e, inclusive el contrato de trabajo¹⁴⁷. Nosotros no estamos de acuerdo con lo expresado, creemos que solamente es materia de este principio las normas y no los actos no normativos -como es un contrato de trabajo-, para estos últimos habría que aplicar las disposiciones respectivas del Código Civil.

Para el TC, más bien, el principio de indubio pro operario comprende no solamente los actos normativos sino los actos no normativos -y tal vez hasta los hechos normativos-; al respecto, el TC ha precisado que "La noción de "norma" abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc." (Exp. No. 008-2005-PI/TC). Creemos que el TC ha extendido indebidamente la noción de norma -equivalente a actos normativos- a actos no normativos como los contratos de trabajo.

144 ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón: "La vigencia del principio pro operario". En: AA.VV. Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea. MTSS, Madrid, 1990, p. 850.

145 DESDENTADO BONETE, Aurelio: "¿Existe realmente el principio in dubio pro operario?". En: Relaciones Laborales N° 14, Editorial La Ley, Madrid, 2003, p. 20.

146 NEVES MUJICA, Javier. Op. Cit. "Introducción...". p. 130.

147 BOZA PRO, Guillermo. "Los principios del Derecho del Trabajo en la nueva Constitución". En: Asesoría Laboral N° 37. Op. Cit., p. 37.

El TC ha interpretado de modo más favorable la extensión de los puntos adicionales que gozaba un trabajador discapacitado en los concursos para las evaluaciones de personal. En rigor, en este caso, existe una laguna que ha sido resuelta por los mecanismos de integración por el TC (Expediente No.337-97-AA/TC):

“Que la Constitución Política de 1993, en su Artículo 23° consagra el principio de atención prioritaria al trabajo, protegiendo especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan, así como en el inciso 3 del Artículo 26° sostiene la interpretación más favorable al trabajador, en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma legal.

Que, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 001-89-SA acuerda una bonificación de 15 puntos sobre el puntaje global obtenido en los concursos convocados por los organismos del Sector Público, para acceder a las vacantes en los tres grupos ocupacionales existentes en los mismos; es entendido e interpretado así, de conformidad con el Artículo 7° del Convenio N° 159 de la Organización Internacional del Trabajo ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución legislativa N° 24509, que señala que "Las Autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar, y evaluar los servicios de colocación, empleo, y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo..."; conforme lo dispone el artículo 15 de la Ley 25398 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la vigente Carta Política del Estado”

Por otro lado, en el expediente No. 990-97-AA/TC, se aplicó el principio de indubio pro operario para la interpretación de la ausencia de un supuesto en el proceso de evaluación y dicha falta de regulación normativa fue interpretada de la manera más favorable al trabajador, utilizando el sustento constitucional respectivo:

“Que, de autos se aprecia que el actor fue calificado por su jefe inmediato con treinta y dos puntos, tal como consta del documento que corre en autos a fojas ciento cuarenta y ocho y luego esta puntuación fue modificada a veinticuatro puntos por el jefe inmediato superior, entendiéndose que el jefe inmediato es el que labora directamente con el trabajador y como tal es el facultado a

calificar, así se establece en el Reglamento de Evaluación, no obstante también puede entenderse que el jefe inmediato superior sí puede ratificar "contrario sensu", también puede no hacerlo como sucedió en el presente caso, pero al no existir norma que indique tal opción, por la regla del "in dubio pro operario" se debió promediar ambas calificaciones, obteniendo como resultado veintiocho puntos, el cual hubiese permitido que el actor continúe trabajando, ya que su nota hubiese sido aprobatoria; en tal sentido en mérito a este principio constitucional consagrado en el inciso 3) del artículo 26° de la Carta Magna vigente, la presente acción resulta amparable”.

Finalmente, en una ocasión, el TC ha admitido una demanda de amparo sobre la base de la aplicación del principio de condición más beneficiosa previsto en el numeral 3 del artículo 26 de la Constitución que alude al principio de indubio pro operario:

“(…) a la fecha del cese, el accionante había adquirido la protección prescrita en el artículo 1° de la Ley N.° 24041, sustentada en el principio de protección al trabajador, cuyo tenor es la aplicación de la condición más beneficiosa al trabajador, y consagrado por la Constitución en su artículo 26°, inciso 3)” (Expediente No. 2132-2003-AA/TC-Piura).

De un lado, no existe relación entre la condición más beneficiosa –que actúa ante una sucesión peyorativa, o cual importa la existencia de dos actos o hechos en el tiempo- y el principio de indubio pro operario –que se aplica ante una duda en la interpretación de una sola norma-. De otro lado, ninguno de estos principios resulta aplicable en un despido de un trabajador que supone previamente la aplicación del principio de primacía de la realidad.

El principio de indubio pro operario tiene un reducido marco de actuación: solamente en caso de duda sobre la interpretación de una norma, se debe escoger por aquella que favorece al trabajador. Por lo tanto, cuando se discute sobre la valoración de pruebas en un proceso judicial, cuando se debe brindar una solución concreta en caso de ausencia de normas, cuando el empleador o el Estado suprimen o reducen un beneficio o cuando el trabajador acepta una condición menos ventajosa que la prevista legalmente, estamos fuera del alcance del principio de indubio pro operario. De pronto, en los casos mencionados, se

podría aplicar principios y reglas basadas en el principio protector del Derecho Laboral pero no el principio de indubio pro operario.

3.9. El derecho de estabilidad laboral: la sentencia laboral emblemática del TC

Sin duda, los criterios del TC sobre la constitucionalidad de los despidos laborales han sido los que mayor repercusión han tenido en las relaciones laborales. De un lado, las normas laborales prevén el pago de una indemnización pero el TC ha dispuesto que determinados casos de despido puedan ser cuestionados mediante una acción de amparo que culmina en la reposición del trabajador. De otro lado, el TC varió sus criterios desde fines del 2002: de admitir la constitucionalidad de los despidos sin expresión de causa, a cuestionar la validez de estos despidos.

Como se recordará, fue la sentencia del TC correspondiente al Expediente N° 1124-2001-AA/TC del 11 de julio de 2002, la misma que fue materia de una Resolución Aclaratoria del 16 de setiembre de 2002, la que marcó el inicio del nuevo criterio jurisprudencial en materia de estabilidad laboral que importó la inaplicación de las normas legales que disponían el pago de la indemnización ante despidos incausados y fraudulentos. Como se sabe, en este caso, ante la alegación de una amenaza de despidos arbitrarios, las organizaciones sindicales de una empresa de telefonía interpusieron una acción de amparo por transgresión al derecho al trabajo, libertad sindical, igualdad ante la ley, debido proceso, legítima defensa y tutela jurisdiccional efectiva. Esta acción de amparo, en última instancia, fue declarada fundada por el TC que ordenó la reposición de los trabajadores sindicalizados despedidos en forma incausada, así como la abstención de la empresa de incurrir en posteriores despidos.

Cabe indicar que, pese a lo dicho por el TC, las acciones de amparo que se resolvieron con anterioridad a la sentencia comentada no declararon la inconstitucionalidad de las normas legales que prevén el pago de la indemnización como mecanismo de protección ante un despido, y cuando el TC declaró fundada una demanda y ordenó la reposición, lo hizo sobre la base de otros derechos constitucionales vulnerados (debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, etc.) conjuntamente con el derecho al trabajo¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Hemos registrado un solo caso donde se declaró fundada la demanda de amparo sobre la exclusiva lesión al derecho del trabajo (Sentencia recaída en el Exp. N° 111-96-AA/TC) pero luego, por una extraña fe de erratas, fue modificada en su parte resolutive al establecerse que se declaraba fundada la acción pero no se ordenaba la reposición del trabajador.

Ahora bien, inicialmente la sentencia que ordenó la reposición de trabajadores despedidos recaída en el Exp. No. 1124-2001-AA/TC dispuso que todo despido arbitrario era inconstitucional –con o sin expresión de causa al momento del cese– pero, posteriormente, esta sentencia fue aclarada mediante una Resolución de fecha 16 de setiembre de 2002 que delimitó la primera resolución, de tal manera que los despidos sin expresión de causa, nulos y fraudulentos eran inconstitucionales dejándose sin efecto las referencias al despido arbitrario (se redujo, entonces, el ámbito de aplicación de los despidos inconstitucionales). Este sentido fue convalidado por la sentencia que fijó los criterios centrales del TC en materia de despidos (Exp. No. 976-2001-AA/TC), y finalmente tenemos la sentencia que estableció los parámetros procesales de procedencia de las acciones de amparo (Exp. No. 206-2005-AA/TC). Para el TC, la Constitución reconoce como derechos fundamentales laborales, la protección contra los despidos incausado, fraudulento y nulo, dentro de un marco donde el artículo 27 de la Constitución indica expresamente que la forma de protección constitucional contra el despido arbitrario lo determina y fija el legislador. Esta será la temática central que abordaremos.

De manera previa al ingreso del estudio de los criterios del TC sobre la protección ante un despido, conviene precisar que se ha excluido, en forma adecuada, al personal calificado como de confianza. En esta línea, por la posición que ocupan, el personal de confianza no tiene acceso a la acción de amparo que importa una reposición al centro de trabajo sino al reclamo de una indemnización (vía ordinaria)¹⁴⁹. Al respecto, consideramos que, en rigor, el TC podría referirse, en el régimen laboral privado, al personal de dirección pues este ocupa cargos directivos, y dado que el personal de confianza no necesariamente ocupa puestos de alta dirección y comprende a todos aquellos que manejan información reservada, emiten informes relevantes, etc. (puede incluirse a la secretaria del gerente general u obreros)¹⁵⁰.

El actual artículo 27 de la Constitución de 1993 prevé que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Hay una variación

¹⁴⁹ El TC ha indicado: "En buena cuenta, los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, sus intereses, la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades" (Exp. No. 1651-2005-AA/TC).

¹⁵⁰ Un alcance mayor sobre las diferencias entre el personal de dirección y confianza puede verse en DEL RIO, Dalia. "Personal de dirección y confianza en el régimen laboral de la actividad privada en el Perú". En: IX Jornadas de Derecho de la Empresa. Temas actuales de derecho de la empresa (Ramírez, Lorena: Coordinadora). Universidad de Piura. Ed. Palestra. Lima, 2006, pp. 121 y ss. y; TOYAMA, Jorge. "Tiempo de trabajo. Hacia una limitación de las facultades del empleador". En: Revista Actualidad Jurídica. No. 150. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2006, pp. 13 y ss.

respecto de la Constitución de 1979. No existe un precepto general sobre la estabilidad laboral, encontrándonos ante una disposición concreta y específica: una protección frente al despido arbitrario que será desarrollada por el legislador.

Del texto constitucional fluye la regulación expresa de la estabilidad laboral de salida, es decir, se garantiza al trabajador la protección frente al "despido arbitrario" y ello es una manifestación de este tipo de estabilidad. Pese a lo dicho, siguiendo a NEVES¹⁵¹, la estabilidad laboral de salida importa el reconocimiento de la estabilidad laboral de entrada. Sin la estabilidad de entrada, la estabilidad de salida no tendría mayor contenido en la medida que los trabajadores no alcanzarían la estabilidad laboral.

Para el TC, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22° de la Constitución, supone la imposibilidad de no ser despedido sino por causa justa, de tal manera que cualquier despido sin expresión de causa, resulta atentatorio con la Constitución:

"Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa" (Exp. No. 1124-2001-AA/TC).

En nuestra opinión, la Constitución sólo desarrolla los lineamientos genéricos, buscando "contener" solamente disposiciones generales que aspiran a ser permanentes pero que son susceptibles de regulación a nivel primario (estabilidad de salida) y, de otro, se deriva y permite que la ley regule materias que pueden variar en el tiempo de acuerdo a las circunstancias (estabilidad de entrada).

151 NEVES MUJICA, Javier. "La estabilidad laboral en la Constitución de 1993". En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II. CAJ. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 11. Lima, 1995, p. 48.

Como se ha advertido, el TC estima que el despido incausado supone una lesión a la libertad de trabajo, no brindándose la protección adecuada ante el despido arbitrario. No se puede, sin embargo, dejar de tener en cuenta que el derecho al trabajo (artículo 22) tiene en la propia Constitución un desarrollo que es el mandato al legislador para regular la protección contra el despido arbitrario (artículo 27). Así, no puede existir una lectura aislada del derecho al trabajo sin tener en consideración la delegación legal de brindar la protección adecuada ante el despido (artículo 27); se puede afirmar que el artículo 22 de la Constitución prevé un contenido genérico que es desarrollado o delimitado por el artículo 27 al referirse a la delegación legal sobre el desarrollo de la protección ante un despido.

Entonces, cuando el legislador ha indicado que la protección contra un despido arbitrario, es el pago de una indemnización tarifada, ha observado el mandato constitucional. Al respecto, se ha indicado:

"la opción legislativa por la improcedencia de los despidos que no se adecuan a los requisitos formales exigidos es -pese a las críticas que puedan hacerse- una opción legal y constitucionalmente válida (...) y sobre todo, en cuanto el legislador ha tenido buen cuidado en salvar los mínimos de inconstitucionalidad, sancionando con nulidad los despidos que vulneren derechos fundamentales"¹⁵².

Sobre este tema, el propio TC abordó el contenido de los derechos fundamentales que han sido configurados a nivel legislativo (Exp. No. 1417-2005-AA):

"Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

152 GALIANA MORENO, Jesús. "Algunas consideraciones sobre la improcedencia del despido por razones formales". En: AA.VV. (Coordinador: Javier Gárate). Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997, p. 97.

Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos "en blanco", es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Aquí se encuentra de por medio el principio de "libre configuración de la ley por el legislador", conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales".

En España, hasta las reformas del año 1994 se construyó la doctrina jurisprudencial de los despidos radicalmente nulos, por los cuales se sancionó, ante una falta de regulación precisa en las normas legales, que la reposición era la protección adecuada ante un despido incausado, ante un despido verbal. Luego, cuando las normas legales reformularon el sistema legal del Estatuto de Trabajadores e indicaron que los despidos por lesión de forma (léase incausados) no concedían la reposición al centro de trabajo sino el pago de una indemnización y devengados o reposición a opción del empleador, parte de la doctrina española criticó esta variación pero no se consolidó y, a la fecha, la mayoría admite que no existe una lesión a un derecho fundamental cuando nos encontramos ante un despido incausado. El sistema español, donde se reconoce a nivel constitucional el derecho al trabajo (al igual que el Perú pero sin que tenga un contenido constitucional exigible mediante una acción de amparo), no impone como inobservancia a los supuestos de incumplimiento de los requisitos formales del despido –llamados despidos improcedentes– la reposición al centro de trabajo, pues se confiere al empleador la posibilidad de optar entre la reposición al centro de trabajo o el pago de la indemnización¹⁵³. Ciertamente, debemos reconocer que hay quienes inicialmente criticaron la modificación legal por afectar a los trabajadores y no responder a conferir una reparación adecuada

153 Por todos, véase MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid, 2001, pp. 721 y ss.

ante un despido¹⁵⁴, pero también hay otros –que, entendemos, es la posición que habría ido consolidándose– que la apoyan y la consideran como válida dentro del esquema normativo¹⁵⁵, hasta se ha dicho que la nulidad de los despidos improcedentes ha pasado a ser una "curiosidad histórica"¹⁵⁶. Más todavía, los pocos pronunciamientos judiciales no han cuestionado la nueva protección legal¹⁵⁷.

Lo que se exige en nuestra Constitución es una protección adecuada contra el despido, y ésta existe: el pago de la indemnización. No se vacía de contenido a la estabilidad laboral si no se sanciona con la reposición los casos de despidos incausados. El contenido constitucional de la estabilidad laboral supone una protección que, en función al mandato constitucional y a las normas internacionales tienen contenido diverso (reposición, indemnización, seguro de desempleo y otra forma de protección) y no único (como lo declara el TC).

En efecto, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que cada legislación determinará la forma de protección contra el despido arbitrario. Pues bien, expresamente, el artículo 7.d del Protocolo Adicional anota que cada legislación establecerá el mecanismo de protección contra el despido arbitrario (reposición, indemnización, seguro de desempleo, etc.). Ante ello, el TC ha indicado que el Protocolo Adicional no es aplicable pues es una norma mínima que puede ser mejorada por la normativa interna (aplicación de la norma más favorable)¹⁵⁸. Nos preguntamos ¿cuál es la norma más favorable nacional que contempla el derecho a la reposición ante un despido incausado? No existe alguna norma expresa. Más bien, se ha desplazado la norma aplicable (Protocolo Adicional de la Convención Americana) por una interpretación aislada del contenido de la protección adecuada ante el despido incausado¹⁵⁹.

Estimamos que el TC no ha utilizado adecuadamente los criterios de interpretación normativa. En efecto, la Cuarta Disposición Transitoria y Final de

154 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. Los supuestos de readmisión en el despido. Ed. Tecnos. Madrid, 1996, pp. 151 y ss. En la misma línea, PEDRAJAS, Abdón. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Ed. Trotta S.A., Madrid, 1992, pp. 303 y ss.

155 Una reseña puede verse en ROMÁN VACA, Eduardo. "El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la "Reforma de 1994". En: AA.VV. (Coordinador: Jaime CASTIÑEIRA). *Presente y futuro de la regulación del despido*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1997, pp. 383 y ss.

156 ALONSO OLEA, Manuel. "Introducción general al despido y a sus causas". En AA.VV. *Estudios sobre el despido*. ACM. Madrid, 1996, p.12.

157 RIERA, Carlos. *El despido nulo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 138.

158 Véase la Sentencia recaída en el Exp. No. 1124-2001-AA/TC (Fundamento No. 12).

159 En el mismo sentido, puede verse NEVES MUJICA, Javier. "Los conceptos y los efectos de la sentencia del Caso Telefónica". En: *Diálogo con la Jurisprudencia* No. 49. Lima, octubre de 2002, p. 49.

la Constitución expresamente anota que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados sobre la materia aprobados por el Perú. En esta línea, el contenido del derecho al trabajo y de la estabilidad laboral, reconocidos en los artículos 22 y 27 de la Constitución, respectivamente, debe ser interpretado de conformidad con lo previsto en los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional que se refieren a los mismos derechos. En suma, se delega a cada país la posibilidad de regular la protección que estime conveniente ante un despido arbitrario.

El legislador peruano ha optado por la indemnización a favor de todo trabajador despedido. Así como se ha indicado, nos encontramos ante un esquema legislativo "no por razones naturales (o intrínsecas), sino porque ésta es la opción de política jurídica cristalizada en la ordenación legal del despido injustificado"¹⁶⁰.

En este sentido, resulta ajustado a la Constitución que el artículo 27 indique que la protección contra el despido arbitrario será precisado por el legislador. Y el legislador peruano ha establecido que la protección se contrae en el pago de una indemnización tasada, "sin margen para que el juez estime la cuantía de los daños y perjuicios que se presumen ex lege causados por el despido o derivados sin más de éste, indemnizándose la ruptura culpable del contrato y no los perjuicios que ésta cause, que pueden no existir, aunque normalmente existan"¹⁶¹.

Para conocer el contenido de un derecho fundamental, se debe acudir a las normas internacionales y si éstas establecen una determinada regulación, ella se debe observar por el TC para apreciar la constitucionalidad de un dispositivo de nivel primario. De no haber regulación en las normas internacionales, recién sería posible interpretar el contenido de un derecho fundamental a partir del propio texto constitucional.

Reiteramos, entonces que, al existir un tratado internacional que no contempla a la reposición como una sola fórmula de protección contra el despido arbitrario sino que se prevé un contenido genérico, no se puede limitar el criterio de interpretación y establecer una excluyente protección ante el despido incausado: la reposición al centro de trabajo. En suma, para la apreciación del contenido del derecho al trabajo, el TC ha inaplicado para nuestro sistema

160 MONEREO PÉREZ, Luis & MORENO VIDA, María Nieves. "Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo". En: AA.VV. (Director: Efrén Borrajo Dacruz). La reforma del Estatuto de los trabajadores. Tomo II. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1994, p. 376.

161 ALONSO OLEA, Manuel & CASAS BAAMONDE Ma. Emilia. "La improcedencia del despido (Art. 56)". En: El Estatuto de los Trabajadores. Veinte Años Después. Revista Española de Derecho del trabajo. Madrid, 2000, p. 1167.

jurídico el Protocolo Adicional, y brindado un contenido único al despido incausado: la reposición al centro de trabajo¹⁶².

Algunos sostienen que el Protocolo Adicional prevé la causalidad del despido como contenido del derecho al trabajo, en la medida que dicho pacto indica que todo trabajador tiene derecho a "La estabilidad (...) en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación". En tal sentido, se indica que el propio Protocolo Adicional contiene la institución de la causalidad en el despido¹⁶³; sin embargo, consideramos que la instauración de la causalidad del despido no trae consigo que, en caso de trasgresión, la protección sea exclusivamente la reposición en el centro de trabajo. Es el propio Protocolo que prevé que la protección puede ser la indemnización, reposición, seguro de desempleo u otra forma prevista legalmente. Hay, pues, un abanico de protección laboral que debe ser determinado por el legislador en cada país.

Por lo demás, el Convenio OIT 158 (no ratificado por el Perú, pero que tiene el carácter de una recomendación) no prescribe la reposición como medio de reparación al centro de trabajo. Al respecto, se ha dicho, en función al referido convenio que "Nada impide, por tanto, al legislador nacional regular los aspectos reparadores cuando el empresario incumple la formalidad previa al despido disciplinario, y ello a través, en nuestro caso, de una alta indemnización compensatoria por la resolución contractual injustificada"¹⁶⁴.

Resta por describir los supuestos específicos de reposición laboral para el TC. Estos casos serán descritos en el siguiente acápite.

IV. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL: LAS ACCIONES DE AMPARO LABORALES

En los últimos años, el TC ha modificado radicalmente el sistema de protección de derechos laborales, habiendo emitido una serie de resoluciones

162 En algunas ocasiones el TC ha descrito el contenido de derechos fundamentales sin tener en cuenta los tratados internacionales. Al respecto, puede verse la sentencia recaída en el Exp. No. 008-2005-PI/TC, en la cual se declaró constitucional la Ley Marco del Empleo Público, Ley No. 28175, donde se describen la libertad sindical, negociación colectiva y huelga en forma detallada a partir de una interpretación de las normas internas.

163 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Derecho al trabajo y despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: Diálogo con la jurisprudencia No. 49. Lima, octubre de 2003. Ed. Gaceta Jurídica, p. 30. En la misma línea, GARCIA GRANADA, Fernando. "El derecho al empleo y el despido arbitrario". En: Revista Derecho y Sociedad No. 19. Lima, PUC, 2004, pp. 251-52.

164 MIÑAMBRES PUIG, César. "El despido disciplinario verbal y el convenio número 158 de la OIT". En: AA.VV. (Coordinador: Javier Gárate). Op. Cit., p. 102.

que han incidido enormemente en las relaciones laborales, tales como estabilidad laboral, jornada de trabajo atípica, pensiones, edad de jubilación, control sobre el uso del correo electrónico laboral, facultades del empleador, etc. La más representativa ha sido, que duda cabe, el criterio del TC sobre la estabilidad laboral, que ha generado la ampliación de los supuestos de reposición al centro de trabajo, especialmente de los despidos sin expresión de causa (llamados generalmente despidos improcedentes).

Teniendo en cuenta que el TC es el órgano de control de la Constitución y que, precisamente, las acciones de amparo se interponen contra la trasgresión de derechos constitucionales, las decisiones que emite revisten enorme importancia y trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico. De las materias recurrentes que se ventilan ante el TC, una de ellas es la laboral y, de esta, el derecho frecuentemente invocado por los accionantes –además del derecho previsional– se refiere a la estabilidad laboral. Los criterios que ha empleado el TC para resolver las acciones de amparo han sido variables y contradictorios dentro del espacio temporal –no se aprecia un criterio unívoco en el tiempo aunque ha tendido hacia la unificación y el establecimiento de sentencias vinculantes–, ha utilizado en ciertos casos argumentos de carácter constitucional y otros de nivel primario –legal–, etc.

4.1. El supremo intérprete constitucional

Las resoluciones que emite el TC, al resolver las acciones de amparo y otros procesos constitucionales, no solamente resultan importantes porque versan sobre derechos fundamentales y agotan la vía interna. Además, las resoluciones que se emiten tienen relevancia porque el TC es el supremo intérprete constitucional, y sus resoluciones tienen efecto vinculante dentro del ordenamiento jurídico.

El control jurisdiccional es necesario en todo sistema normativo y es la base sobre la cual descansa el moderno Estado de derecho¹⁶⁵. No es posible que exista un ordenamiento jurídico moderno sin mecanismos, directos o indirectos, de control de la constitucionalidad y de la legalidad. Hoy en día no se concibe un sistema donde no se aprecie un órgano o poder del Estado que goce de facultades de interpretación. En el esquema constitucional, diversos órganos y poderes del Estado suelen tener prerrogativas y funciones que importan una

165 ARAGON, Manuel. "Constitución y control del poder". Ed. Ciudad Argentina. Bs.As., 1995, p. 141

potestad para interpretar la Constitución, pero suele conferirse a un órgano la facultad de fijar los criterios rectores y unívocos sobre este tema.

En función a lo expuesto, es necesario que los sistemas jurídicos cuenten con un órgano que tenga preeminencia sobre los demás en materia de interpretación constitucional, de tal manera que su criterio interpretativo se imponga ante varias posibles interpretaciones que existan sobre una determinada materia¹⁶⁶. Esta necesidad es mayor cuando, en un país como el nuestro, se aprecia los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad –europeo y norteamericano–.

La Constitución de 1993 no señala expresamente la calidad de intérprete constitucional del TC. El artículo 201 prevé que el TC es el órgano de control de la Constitución y que es autónomo e independiente. Luego, el artículo 202, entre otras funciones, indica que el TC conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. De esta forma, en el ámbito de la sola Constitución, no existe una disposición expresa que permita apreciar que el TC es el intérprete de la Constitución, y que su criterio, en caso de varias interpretaciones posibles, predominará.

Analicemos la expresión "control de la Constitución" que se atribuye al TC. Si bien puede entenderse que se ha señalado la función que cumple el TC que es, como sabemos, el control de la Constitución; consideramos que solamente tendría eficacia y validez la función conferida si es el órgano que puede imponer su criterio de interpretación sobre otras posiciones. Carecería de eficacia tal precepto si se permitiera que, siendo el órgano de control de la Constitución, cualquier juez o tribunal pueda imponer su criterio de interpretación, ya sea declarando inconstitucional una norma declarada como constitucional por el TC o señalando que no hay una violación a un derecho constitucional cuando el TC ha establecido una trasgresión a tal derecho constitucional.

Adicionalmente, un argumento de carácter formal. La atribución de controlar la Constitución, solamente está establecida para el TC; por consiguiente, si bien no es el único órgano que puede interpretar, su criterio de interpretación es el que debe primar ante un conflicto.

En las normas de nivel primario, es clara la condición de supremo intérprete

166 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "La interpretación constitucional como problema". En: Pensamiento Constitucional. N° 01. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1994, p. 34.

de la Constitución. Así, la Ley Orgánica del TC (Ley No. 28301) expresamente indica que el TC es el "órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad" (artículo 1). Como consecuencia de ello, se destaca que "Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad" (Primera Disposición Final).

De otro lado, el Código Procesal Constitucional (Ley N° 26435) prevé que las sentencias del TC en materia de acciones de inconstitucionalidad y popular, vinculan a todos los poderes públicos y tienen efectos generales desde el día siguiente de su publicación (artículo 82). El mismo tratamiento se dispensa a las sentencias del TC que resuelven un conflicto de competencia (artículo 113). Por otro lado, el artículo VI del Código comentado dispone que los jueces interpretan y aplican las normas según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones que emita el TC en todo tipo de procesos. De esta forma, la ratio decidendi y la interpretación conforme lo efectúa el TC, tiene plena eficacia en el ordenamiento jurídico y los jueces deben apreciarla, en tanto resulten aplicables sus efectos en los diferentes procesos judiciales.

4.2. El Tribunal Constitucional y las acciones de amparo en el ordenamiento jurídico

La vía de protección social frente a la afectación de los derechos fundamentales que estamos analizando es la acción de amparo. Las acciones de amparo, que son apreciadas por el TC en última instancia, ciertamente, suelen tener menor carga política que las acciones de inconstitucionalidad¹⁶⁷ pero ello no supone que dejen de ser relevantes las resoluciones que se emiten ya que siempre ejercerán un control de la Constitución y en varias ocasiones han sentado un precedente vinculante y que, cuando menos en una oportunidad, ha sido ratificado por el Poder Judicial como obligatoria para los jueces¹⁶⁸. Más todavía, algunas de las resoluciones del TC han tenido un impacto harto

167 PÉREZ ROYO, Javier. "Tribunal Constitucional y división de poderes". Ed. Tecnos. Madrid, 1988, p. 88.

168 En la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, el Poder Judicial dispuso que los jueces debían acatar los criterios del TC en materia de amparos laborales, especialmente el dispuesto en el Exp. No.206-2005-AA/TC que delimitó los alcances de los amparos laborales.

relevante en las relaciones laborales como las sentencias sobre despidos sin expresión de causa o las jornadas atípicas mineras.

Conforme al artículo 202 de la Constitución, el TC conoce de las acciones denegatorias de amparo en última y definitiva instancia. Desarrollando este precepto constitucional, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional precisa que el TC conoce el recurso denominado de agravio constitucional contra las resoluciones desestimatorias de las acciones de amparo que expiden las Cortes Superiores; estas resoluciones tienen carácter definitivo en el ordenamiento interno (artículo 24 del Código Procesal Constitucional).

Además de establecer las pautas que regularán el procedimiento de amparo, el artículo 20 del Código Procesal Constitucional prevé que el TC resuelve sobre la forma y fondo de la acción entablada; si existe un vicio formal, declara la nulidad de la sentencia de vista y remite los actuados a la instancia respectiva para que resuelva conforme al criterio emitido por el TC.

Naturalmente, el TC tiene que sopesar adecuadamente la pretensión del actor que supone una tutela de un derecho constitucional, interpretar en función a cada período o momento histórico el Texto Constitucional y evaluar las consecuencias de sus decisiones, tanto como si estuviera resolviendo una acción de inconstitucionalidad¹⁶⁹. Teniendo en cuenta su calidad de intérprete constitucional, con mayor razón, debe existir un especial cuidado al momento de emitir las sentencias de amparo.

Por otro lado, no todos los derechos recogidos en la Constitución son tutelables mediante la acción de amparo. Los derechos constitucionales pueden dividirse, en función a su eficacia, como de preceptividad inmediata o aplazada. En el primer caso, el derecho puede ser ejercido por las personas sin que sea necesaria una reglamentación o un acto posterior del Estado: la sola consagración constitucional asegura el derecho y su pleno ejercicio. En cambio, los derechos de preceptividad aplazada requieren de desarrollo legal para que puedan tener exigibilidad dado que la Constitución "delega" al legislador el contenido del derecho.

La distinción expuesta no es gratuita dado que solamente los derechos de preceptividad inmediata pueden ser tutelados directamente mediante una acción de amparo.

169 AA.VV. (Antonio López ed.). "La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, Francia e Italia". Ed. Civitas. Madrid, 1991, p. 254.

4.3. Procesos de amparo: el proceso de delimitación de las acciones de amparo.

4.3.1. El criterio de residualidad de la acción de amparo

Ante la avalancha de procesos de amparo –el mismo que se pudo denominar como proceso de “amparización” de lo laboral– así como el marco jurídico brindado por el Código Procesal Constitucional, el TC delimitó las acciones de amparo en materia laboral. En primer término, tenemos la instauración del criterio de “residualidad” de los procesos constitucionales. En efecto, el numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional prevé, como causales de improcedencia de los procesos constitucionales –entre los cuales está la acción de amparo–, lo siguiente:

“No proceden los procesos constitucionales cuando: (...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

Entonces, estamos ante una acción de amparo residual. Ahora resulta aplicable la conocida frase de SAGUÉS sobre el particular: el amparo es una vía excepcional, residual, y hasta “heroica”¹⁷⁰, pues los conflictos debieran ser conocidos en la vía ordinaria o llamada también paralela. De otro lado, la vía paralela o convergente será “todo proceso (ordinario, sumario, especial, etc.) distinto al Amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho vulnerado o amenazado”¹⁷¹. En suma, la acción de amparo sólo procede en la medida en que no exista una vía idónea, capaz de tutelar de manera rápida y eficaz un derecho constitucional afectado. En este punto, resulta útil citar a SAGUÉS¹⁷²:

“Únicamente es admisible el amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente el problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo”.

170 SAGUÉS, Néstor. Derecho procesal constitucional. Acción de amparo. Astrea. Bs. As., 1988, p. 16.

171 ABADYUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Ed. Gaceta jurídica. 1ra. Edición. Lima, 2004. pp. 268. Además, puede leerse, LAZZARINI, José. El juicio de amparo. Ed. La Ley. Bs.As., 1967, p. 123.

172 SAGUÉS, Néstor. Ob. Cit., pp. 169-170.

Anteriormente, dentro de quienes postulaban que la acción de amparo debía ser una vía optativa, podía tenerse en cuenta que ello tenía razón de ser solamente dentro del contexto que imperaba cuando se emitió la Ley de Acción de Amparo y Hábeas Corpus (Ley No. 23506), como apunta GARCÍA BELAUNDE¹⁷³. En ese entonces, las vías ordinarias no brindaban los mecanismos adecuados e idóneos para tutelar la vulneración de derechos constitucionales¹⁷⁴. En cambio, luego de la emisión de los códigos procesales –dentro de ellos, la nueva Ley Procesal del Trabajo– y las reformas judiciales del sistema procesal constitucional, nosotros nos inclinábamos por una variación en la interpretación judicial de tal manera que se adoptara el criterio residual de las acciones de amparo frente a la utilización de las vías ordinarias.

En todo caso, en relación al criterio de subsidiaridad de la acción de amparo, recogido en el Código Procesal Constitucional, el TC ha dispuesto (Exp. No. 206-2005-AA/TC):

“Al respecto, este Colegiado precisó que “(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario”.

Naturalmente, el criterio de subsidiaridad en los procesos de amparo laboral tiene un soporte no solamente en el criterio de residualidad propia de la acción de amparo sino también en la propia configuración de los procesos constitucionales en relación a los procesos ordinarios¹⁷⁵. Justamente, esta propia configuración importa que los procesos constitucionales actúen ante la

173 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La jurisdicción constitucional en el Perú”. En: AA.VV. La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Madrid, 1996, p. 848.

174 En este punto, no queremos dejar de mencionar que, cuando menos en una oportunidad, la Tercera Sala Laboral de Lima se ha pronunciado sobre las relaciones de las acciones de amparo y las laborales, ante un despido arbitrario. Al respecto, la ejecutoria recaída en el Expediente No. 4694-97-BS-S del 7 de octubre de 1997, indica que la acción de amparo es una vía excepcional, “a la cual se debe acudir ante la inoperancia de las demás vías procesales”.

deficiencia, lentitud o poca eficacia de los procesos ordinarios, a título de excepción dentro del sistema jurídico. En esta línea, el TC ha señalado (Exp. No. 206-2005-AA/TC):

“Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate”.

En nuestra opinión, este criterio general del TC no ha sido trasladado de manera adecuada al resolver las controversias laborales, pues en la mayoría de los casos la vía laboral establece las mismas garantías y tutela que las acciones de amparos laborales, tal como veremos más adelante.

4.3.2. Supuestos típicos de procedencia de la acción de amparo laboral

Ahora bien, ¿cuáles son los aspectos usuales que se deben observar para la procedencia de una acción de amparo laboral? Vamos a desarrollar centralmente tres. En primer lugar, el TC ha diferenciado las disposiciones, normas y posiciones de derecho fundamental, para indicar que estas últimas son aquellas que son los

175 Al respecto, en el Exp. No. 266-2002-AA/TC, el TC diferenció la naturaleza, finalidad y principios de los procesos constitucionales y ordinarios: “Los fines antes señalados, que los procesos constitucionales se proponen alcanzar, permiten establecer distinciones entre estos y los procesos ordinarios, pues ambos tienen una naturaleza muy distinta. De modo general, este Colegiado considera pertinente formular tales distinciones en cuatro niveles: por su finalidad, por el rol del juez, por los principios que orientan los procesos constitucionales y por su naturaleza. Una primera diferencia radica en los fines que persiguen ambos tipos de procesos. En efecto, a diferencia de los procesos constitucionales, los procesos ordinarios no tienen como objetivo hacer valer el principio de supremacía de la Constitución, y no siempre persiguen la tutela de derechos fundamentales. La segunda diferencia estriba en la actuación del juez. En los procesos constitucionales, los jueces tienen –por razones más trascendentes que en los procesos ordinarios– el deber de controlar la actuación de las partes, a fin de conseguir, dentro de un plazo razonable, la tutela efectiva de los derechos fundamentales. La tercera se fundamenta en los principios que orientan los procesos constitucionales. Si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como de publicidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de favor processum o pro actione, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales. Finalmente, la cuarta tiene que ver con la naturaleza de ambos procesos, y que puede enunciarse básicamente en que, a diferencia de los ordinarios, los constitucionales son procesos de tutela de urgencia”.

atributos de la persona humana y por ende resultan exigibles mediante una acción de amparo (Exp. No. 1417-2005-AA/TC):

“Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad”.

Y, para una mayor delimitación la tutela mediante una acción de amparo, solamente procedería cuando se afecte el contenido de un derecho protegido por una disposición constitucional (Exp. No. 1417-2005-A/TC):

“(…) una demanda planteada en un proceso constitucional de la libertad, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, contrario sensu, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales”.

Al respecto, el Código Procesal Constitucional prevé lo siguiente (artículo 38):

“No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

En segundo lugar, y siguiendo con los principales aspectos de procedencia de una acción de amparo, el TC ha indicado que no es posible una acción de amparo cuando se trate de hechos convertidos¹⁷⁶, esto es, cuando el juzgador requiera

176 El artículo 9 del Código Procesal Constitucional prevé que en los procesos constitucionales no existe una etapa probatoria.

implementar una etapa probatoria para determinar si se puede ratificar o no la existencia de las alegaciones de las partes:

“De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo”.

Finalmente, como hemos visto, la acción de amparo procederá solamente en tanto no exista una vía ordinaria que brinde la misma satisfacción o protección al accionante, tal como lo expresa el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Solo cuando, de manera excepcional, la vía ordinaria no sea idónea, satisfactoria o eficaz, o se requiera de una urgente actuación, es posible la vía de amparo en defecto del proceso ordinario, tal como ha resuelto el TC (Exp. No. 2132-2006-PA/TC):

“Que, de acuerdo a los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la sentencia precitada, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y el artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, se determina que, en el presente caso, la pretensión de la parte demandante no procede porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado”.

4.4. La limitación constitucional de las acciones de amparo laborales

4.4.1. Marco general

En el marco de las relaciones laborales, el trabajador tiene asegurado el respeto de sus derechos fundamentales (tanto aquellos que se derivan de su condición de

persona –derechos inespecíficos o de la “ciudadanía laboral”– como los que se sustentan en su calidad de trabajador dentro de una relación laboral –derechos específicos–), de allí que la protección constitucional de sus derechos fundamentales sea una consecuencia natural ante cualquier afectación por el empleador.

Naturalmente, la protección contra cualquier afectación a sus derechos tendrá que ajustarse a las delimitaciones previstas en la acción de amparo que hemos descrito (debe tratarse de un derecho cuyo contenido esté constitucionalmente reconocido, no exista una materia controvertida que requiera etapa probatoria y no se cuente con un proceso que brinde la protección adecuada al trabajador, entre otros).

Como sabemos, la acción de amparo se interpone contra los actos que vulneren o amenacen derechos constitucionales, teniendo por finalidad el regreso a la situación anterior a la trasgresión del derecho constitucional. Con la acción de amparo, el afectado busca la tutela de su derecho lesionado y, si la demanda es estimada por el órgano jurisdiccional, se declara la nulidad del acto que se considera inconstitucional.

La Constitución de 1993 (numeral 2 del artículo 200), no restringe la aplicación de la acción de amparo a determinados supuestos, de tal manera que lo único relevante es que se verifique la afectación o amenaza de un derecho fundamental más los supuestos de procedencia descritos. El propio TC ha desarrollado ampliamente la vinculación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares (Sentencia recaída en el Exp. No. 976-2001-AA/TC), con una copiosa jurisprudencia y doctrina internacionales. Naturalmente, estamos de acuerdo con la hipótesis de vincular la acción de amparo a los actos entre particulares, y estamos, en verdad, ante un tema pacífico en nuestro sistema jurídico.

En este sentido, el centro de trabajo no califica un fuero excluyente de los derechos fundamentales, de tal manera que los trabajadores tienen garantizado el ejercicio de sus derechos fundamentales en el seno de la relación laboral, tal como ha indicado el TC (Exp. No. 3218-2004-AA/TC):

“Se impone, así, una cláusula de salvaguarda de los derechos del trabajador, en concordancia con el artículo 1º de la Constitución, que estatuye que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

Nótese cómo el TC destaca el lugar preeminente de la dignidad como elemento central de tutela de los derechos del trabajador así como la posibilidad

de utilizar la acción de amparo como la vía de protección constitucional respectiva¹⁷⁷. De este modo, la acción de amparo puede ser utilizada y representa la vía idónea para la tutela de derechos fundamentales laborales:

“En efecto, la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, per se, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado; lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumir” (Exp. No. 976-2001-AA/TC).

4.4.2. Limitaciones a la acción de amparo laboral

Ahora bien, tras la dación del Código Procesal Constitucional así como la propia evolución del TC, el TC ha ido limitando los alcances de la acción de amparo. En materia laboral, la emblemática sentencia recaída en el Exp. No. 206-2005-AA/TC, que tiene carácter de precedente vinculante de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, destacó lo siguiente:

“Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate”.

¹⁷⁷ Al respecto, se ha indicado que “En el Derecho del Trabajo, la dignidad ocupa, asimismo, un lugar preeminente como valor supremo en el ejercicio de los derechos y deberes que explicitan las relaciones laborales”. SAGARDOY, Juan. Ob. Cit., p.50.

Y, concretamente sobre los procesos de amparo laborales, el TC precisó en el Exp. No. 206-2005-AA/TC:

“(…) los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados”.

La sentencia del TC intenta delinear los supuestos en los cuales resulta posible canalizar una acción de amparo en materia laboral, y este esfuerzo es acertado para detener el proceso de “amparización laboral que se venía observando en sede laboral”. Tras esta sentencia, ya casi no sería posible la interposición de acciones de amparo laborales.

En concreto, para el TC, en materia de despido, existen dos vías de protección y el trabajador escogerá, en función de cada caso su conveniencia de acudir a una u otra vía (Exp. No. 1058-2004-AA/TC):

“(…) la protección adecuada contra el despido arbitrario, prevista en el artículo 27º de la Constitución, ofrece dos opciones: a) la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado), en la que el juez laboral, respecto de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, ordena el pago de la indemnización correspondiente, y b) la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo), en la que el juez constitucional, en el ámbito del amparo, debe “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, como expresamente lo indica el artículo 1º de la Ley N.º 23506, lo que supone restituir al trabajador en su centro de

trabajo, siempre que quede acreditada la existencia de un despido nulo, incausado o fraudulento”.

Para el TC, no procede una acción de amparo en los casos donde exista una vía laboral ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales, con excepción de aquellos supuestos en los cuales es urgente o especial brindar una tutela vía acción de amparo¹⁷⁸, o cuando se trata de hechos controvertidos que se cuestionan en sede laboral o existen dudas sobre tales hechos o requieren de una etapa probatoria.

Ahora bien, a nuestro juicio, la Constitución¹⁷⁹ concedió al legislador la posibilidad de regular la forma de protección al trabajador ante un despido arbitrario. El propio TC describe lo siguiente (Exp. No. 1417-2005-AA/TC):

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

178 En el Exp. No. 206-2005-AA/TC, sentencia de carácter vinculante, se describieron las siguientes vías laborales donde el asunto controvertido no podía ser abordado en un proceso de amparo:

“17. Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, N.º 26636, prevé en su artículo 4.º la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes:

- a) Impugnación de despido (sin reposición).
- b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.
- c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.
- d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

18. A su turno, el artículo 30.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que constituyen actos de hostilidad:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

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

179 El artículo 27 de la Constitución indica: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”

Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente”.

De este modo, tenemos dos posibilidades: i) si se trata de delimitar los alcances de la protección adecuada ante un despido, las normas internacionales –como han sido utilizadas por el TC en más muchos procesos laborales– son las que deben servir como parámetro de interpretación, y estas prevén la posibilidad de una indemnización; o, ii) si el artículo 27 de la Constitución no comprende a la reposición como una forma de protección, es válido que el legislador haya optado por la indemnización.

En esta línea, consideramos que la tesis del TC basada en que el artículo 22 de la Constitución importa que todo despido sin expresión de causa sea inconstitucional uno fraudulento, no se adecua a nuestro esquema constitucional. Se ha dejado de tener en cuenta lo expuesto en el artículo 27 de la Constitución que delega a la ley la forma de protección ante un despido arbitrario, además de que se obvia la aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana.

Empero, el criterio del TC se ha mantenido desde el 2002 y debemos respetarlo. Seguidamente, describiremos los principales supuestos abordados por el TC sobre la procedencia de una acción de amparo laboral con ocasión de un despido que puede sufrir un trabajador.

4.4.3. El despido incausado

Como hemos descrito, para nosotros, en virtud de lo establecido en los artículos 22 y 27 de la Constitución, no cabría una acción de amparo contra un despido sin expresión de causa o uno fraudulento, en tanto que la Constitución no recoge expresamente el derecho a la reposición ante un despido incausado o fraudulento. En nuestra opinión, no es un derecho constitucionalmente protegido la reposición ante un despido, pues son las normas de nivel primario las que determinan los alcances y ámbitos de protección, por interpretación misma de la Constitución y lo Tratado sobre Derechos Humanos que forman parte de nuestro sistema jurídico.

Sobre la invalidez del despido sin expresión de causa, el TC ha indicado que este es inconstitucional (Exp. No. 3971-2005-AA/TC):

“Este Tribunal ya se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, se encuentra afectada de nulidad –y, por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona. En tales circunstancias, resulta evidente que tras producirse una modalidad de despido arbitrario como la descrita, procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos. Al respecto, como se ha sostenido anteriormente, y ahora se reitera, la protección adecuada a que se refiere el artículo 27 de la Constitución no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización, toda vez que debemos tener en cuenta que el propósito de los procesos constitucionales es la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, tal como lo establece el artículo 1 de la Ley 28237.

La lesión a los derechos constitucionales, por lo tanto, no se concreta con el solo hecho de no haberse cumplido con la ley, por lo que esta, *stricto sensu*, representa, sino por haberse utilizado la figura del despido incausado como un mecanismo de vulneración o distorsión de tales atributos esenciales”.

En relación al despido incausado, también el TC ha descrito (Exp. No. 2793-2004-AA/TC):

“Este Tribunal, en reiterados pronunciamientos, ha precisado que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está viciada de nulidad [y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal] cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución, o de los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos”.

Por su parte, el despido con imputación de falta laboral –aun cuando esta no fuera comprobada fehacientemente en un proceso judicial ordinario– no confiere

derecho de reposición (Exp. No. 4074-2004-AA/TC):

“Se aprecia de las cartas de imputación de cargos y de despido que al demandante se le imputó la comisión de faltas graves, determinándose de manera precisa en qué consistieron las infracciones punibles en que incurrió, las cuales están expresamente tipificadas en la ley; por consiguiente, no se ha vulnerado el principio de tipicidad”.

Como hemos descrito, nosotros consideramos que la controversia sobre un despido incausado no debería ser materia de una acción de amparo pues no existe un derecho constitucional a la reposición, y más bien la Constitución delega a la ley la forma de protección, de tal manera que resulta constitucional –y acorde con el Derecho Comparado y disposiciones de la OIT– proteger al trabajador con una indemnización ante un despido arbitrario. Como se ha dicho, la LPCL solamente ha establecido una forma de protección ante el despido en cumplimiento de lo previsto en el artículo 27 de la Constitución, y cuando “el legislador establece que la adecuada protección contra el despido arbitrario es la indemnización, esta pasa a formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la adecuada protección contra el despido”¹⁸⁰.

Inclusive, el TC ya ha indicado que la costumbre o el derecho a un reintegro de pensiones, etc. no tienen reconocimiento constitucional por no formar parte del contenido esencial protegido en acciones de amparo¹⁸¹. Este mismo razonamiento se debió aplicar para el despido incausado y no reservar esta posibilidad solamente a los despidos con expresión de causa y sustentados¹⁸².

Entonces, desde nuestra perspectiva, no debe admitirse las acciones de amparo laborales ante un despido sin expresión de causa pues, en este caso, no existe un derecho constitucional a la reposición ante un despido. Las normas

180 CASTILLO, Luis. “Algunas críticas...”. Op. Cit., p. 49.

181 Un desarrollo detallado sobre nuestra posición puede verse en TOYAMA, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2005, pp. 556 y ss.

182 El TC ha dicho sobre este tema (Exp. No. 206-2005-AA/TC): “(...) se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio”.

internacionales sobre Derechos Humanos así como la propia Constitución permiten esta interpretación.

Pese a lo dicho, con la sentencia vinculante del TC recaída en el Exp. No. 206-2005-AA/TC –que tiene efecto vinculante inmediato sobre cualquier proceso– se reducirán de modo radical las acciones de amparo –especialmente en el Sector Público–, y representa un indudable avance en la determinación y valoración de una acción de amparo como mecanismo de defensa de derechos fundamentales.

El TC también se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los despidos de trabajadores contratados a plazo fijo pero sin fijar un criterio definitivo. Para el TC, ciertamente, estamos ante contratos formales y que deben observar una serie de requisitos para que sean válidos. Cualquier inobservancia de fondo (inexistencia de causa) así como de forma (por ejemplo, que se celebró por acuerdo verbal o se extendió más allá del plazo legal de cinco años), debe importar su desnaturalización y consideración como un contrato de trabajo a plazo indeterminado (estabilidad laboral)¹⁸³. Así, el TC ha indicado (Expediente No. 1397-2001-AA/TC):

“(…) los contratos sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada si el trabajador contratado temporalmente demuestra que el contrato que suscribió se fundamentó en la existencia de simulación o fraude a las normas laborales, situación que se verifica cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad. En tal sentido, un contrato suscrito sobre la base de estos supuestos se debe considerar como de duración indeterminada, y cualquier determinación por parte del empleador para la culminación de la relación laboral sólo puede sustentarse en una causa justa establecida por la ley, de lo contrario se trataría de un despido arbitrario, cuya proscripción garantiza el contenido esencial del

¹⁸³ Un estudio interesante sobre los contratos de trabajo a plazo fijo, puede encontrarse en ARCE, Elmer. Estabilidad laboral y contratos temporales. Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Lima, agosto de 2006.

derecho al trabajo, reconocido por el artículo 22° de la Constitución Política vigente”.

Empero, el análisis de los requisitos que motivan la contratación temporal parece no ser una constante del TC. Recientemente, el TC ha publicado en su página web una sentencia singular: ha prestado atención más bien en la formalidad de la contratación temporal y la observancia del plazo máximo de contratación temporal, para determinar si existe una causa justificada de término del contrato de trabajo; más todavía, el TC ha indicado en forma cuestionable que se puede celebrar lícitamente contratos a plazo fijo para labores de “naturaleza permanente”:

“(…) dichos contratos fueron celebrados a modalidad, por periodos determinados, sin que en conjunto superen la duración máxima de cinco años (…). La recurrente sostiene que se desnaturalizó su relación laboral, debido a que las labores que desempeñó no fueron eventuales sino permanentes. Al respecto, es preciso señalar que es perfectamente lícito que quien ha celebrado un contrato de trabajo a modalidad desempeñe labores de naturaleza permanente (…) en el presente caso no se ha producido la alegada desnaturalización del contrato de trabajo; tampoco ninguna situación de despido por causa injustificada, puesto que el último contrato celebrado entre las partes concluía el 31 de diciembre de 2004, luego de lo cual el empleador se encontraba facultado para decidir su renovación o no, resultando, en el presente caso, aplicable lo dispuesto en el literal c) del artículo 16° del citado decreto supremo” (Exp. No. 2050-2006-PA/TC)¹⁸⁴.

¹⁸⁴ No obstante ello, prácticamente, por los mismos días en que se publicó esta resolución en la página web del TC, el TC ha resuelto en un sentido diferente al considerar como indeterminado un contrato a plazo fijo que carecía de causa temporal de contratación –entonces, no queda claro cuál es el criterio definitivo del TC sobre esta materia, solo una dulce hada podría saberlo–:

“(…) si se contrata a un trabajador (…) para que desempeñe labores de naturaleza permanente y no temporales, se habría simulado la celebración de un contrato de duración determinada en vez de uno de duración indeterminada (…). A tal efecto, hemos de precisar que el demandante fue contratado para que desempeñe las labores de vigilante; esto es, labores que son de naturaleza permanente y no temporal, ya que su plaza se encuentra presupuestada e incluida en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) de Sedapar S.A. (…). En consecuencia, habiéndose acreditado la existencia de simulación en el contrato del demandante, éste debe ser considerado como de duración indeterminada, conforme lo establece el inciso d) del artículo 77° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, razón por la que, habiéndosele despedido de manera verbal, sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o capacidad laboral que la justifique, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo” (Exp. No. 0810-2006-AA).

Nosotros consideramos que, de no demostrarse –de las pruebas aportadas en la demanda de amparo– la existencia de una causa de contratación temporal que justifique el uso de los contratos de trabajo a plazo fijo o sujetos a modalidad, el trabajador contratado podría solicitar, ante la falta de renovación o la extinción sin expresión de causa, la indemnización prevista en las normas laborales o su reposición al centro de trabajo (mediante una acción de amparo, como ocurre en el caso bajo comentario)¹⁸⁵. Si, por el contrario, de la demanda de amparo no resulta posible determinar un supuesto de desnaturalización –léase la inexistencia de una causa temporal de contratación–, no cabe que la controversia se ventile mediante este tipo de procesos dada la imposibilidad de implementar una etapa probatoria¹⁸⁶.

4.4.4. El despido nulo

En la línea que describimos, en tanto que existen vías procesales judiciales para obtener la reposición laboral en los casos de nulidad de despido (supuestos de discriminación, despidos antisindicales, establecidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral –LPCL–, aprobada por Decreto Supremo No. 003-97-TR¹⁸⁷), no deberían ser procedentes las acciones de amparo en el cuestionamiento del cese por una razón de nulidad de despido.

En primer lugar, no queda claro la razón por la cual la lesión a la libertad sindical (por ejemplo, despido a un dirigente sindical) sigue siendo pasible de

185 Una descripción sobre la jurisprudencia en materia de contratos a plazo fijo, puede encontrarse en DE LOS HEROS, Alfonso. “Los contratos de trabajo de duración determinada: regla o excepción?”. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004, pp. 195 y ss.

186 En este sentido, el TC ha precisado: “(...) se determina que, en el presente caso, por tratarse de hechos controvertidos, la pretensión de la parte demandante no procede ser evaluada en esta sede constitucional, porque existe una vía procedimental específica que cuenta con una estación probatoria, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos constitucionales supuestamente vulnerados” (Exp. No. 4170-2006-AA/TC).

187 El Artículo 29 de la LPCL prevé: “Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b. Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f. del Artículo 25;
- d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e. El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”.

Además, se prevé el despido nulo por dos razones adicionales: VIH/SIDA e incapacidad del trabajador, de acuerdo con lo previsto en las Leyes Nos. 26626 y 27050, respectivamente.

una acción de amparo cuando, en la vía laboral, se puede obtener la misma tutela o hasta una mejor (los procesos laborales permiten una medida cautelar, reposición e, inclusive, la liquidación de las remuneraciones devengadas dentro del mismo juicio a diferencia de la acción de amparo). Para el TC, la razón es una suerte de reconocimiento “dadas las particulares que reviste la protección de los derechos involucrados” y “considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente” (Exp. No. 206-2005-AA/TC)¹⁸⁸ y ha continuado desarrollado lo siguiente:

“(...) la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28.º, inciso 1 de la Constitución (Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11.º del Convenio N.º 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.º del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva)”.

En la misma línea, otros casos de despido nulo previstos por la legislación ordinaria (discriminación: despido de mujeres embarazadas, personal discapacitado, trabajadores portadores de VIH, y discriminaciones por sexo, raza, religión, opinión e

188 Ahora bien, en la evolución del TC, debemos indicar que no ha existido un criterio unívoco para apreciar la procedencia de las acciones de amparo presentadas contra un despido calificado como arbitrario por los accionantes. En efecto, en la resolución recaída en el Expediente No. 061-97-AA/TC, se indica que la acción de amparo es “un recurso de carácter excepcional, sólo es aplicable cuando no existe otra vía para restablecer el derecho de los justiciables, y en el presente caso dicha vía existe”.

idioma), que también tienen tutela mediante una acción de nulidad de despido, están incluidos dentro de la tutela de la acción de amparo según el TC.

Nótese que la protección del TC, en este tema, amplía los supuestos taxativos de despidos nulos previstos en la LPCL (discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, VIH/Sida y discapacitados) a cualquier acto de discriminación ("los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución" -Exp. No. 206-2005-AA/TC-). Más bien, justamente, serían solamente los supuestos no contemplados como nulos por la legislación ordinaria (es decir, cuando no es posible obtener la reposición al centro de trabajo en un proceso laboral), aquellos donde cabría la protección constitucional mediante una acción de amparo laboral ante la deficiencia del proceso (por ejemplo, discriminación por razón de procedencia económica, opción sexual, simpatía política, etc.).

En general, para el TC, en los casos de despido nulo, se convalida la posibilidad de que el trabajador pueda optar entre una acción de amparo o un proceso laboral de nulidad de despido; aquí, entonces, no se aplica la residualidad o subsidiaridad del amparo. Cabe recordar que ambos procesos (ordinario y constitucional) brindan la misma tutela jurídica al trabajador así como garantías (medidas cautelares); más todavía, el proceso ordinario de nulidad de despido permite acumular las acciones de nulidad y subsidiariamente una demanda de despido arbitrario así como solicitar el pago de devengados en el propio proceso laboral. Estos dos elementos diferenciadores no se aprecian en una acción de amparo.

Ahora bien, conviene referirse a tres aspectos relevantes.

En primer lugar, cabe preguntarse nuevamente sobre las razones por las cuales los despidos nulos son susceptibles de ser recurridos en una acción de amparo, en detrimento de otros supuestos de despidos con lesión de derechos fundamentales. Consideramos que, si bien la OIT concede cierta preferencia a los despidos nulos¹⁸⁹ y esta podría ser la razón de la protección jurisdiccional de

189 Al respecto, el artículo 5 del Convenio de la OIT No. 158 indica:

"Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

- a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.
- b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.
- c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.
- d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social.
- e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad."

nuestro TC¹⁹⁰, no resulta adecuado una diferenciación de derechos fundamentales para establecer las vías de protección procesal y menos respecto de derechos que ya tienen la misma protección en la vía ordinaria; más bien, solamente aquellos despidos que no son nulos para la legislación ordinaria (LPCL) pero que lesionan otros derechos fundamentales distintos de los nulos, solamente demostrando que la vía judicial no resulta idónea, cabría la acción de amparo. El criterio del TC supondría, inclusive, que derechos que gozan de cierta preferencia para el TC -como a libertad de expresión, Exp. No. 905-2001-AA/TC-, no serían materia de una acción de amparo a menos que el trabajador demuestre la falta de idoneidad del proceso ordinario laboral.

En segundo lugar, una siguiente interrogante que surge son las razones por las cuales se prefiere la lesión de derechos fundamentales que ocurren con ocasión del despido (todos los supuestos de procedencia de la acción de amparo) pero no los que se producen antes y durante la ejecución del contrato de trabajo, en tanto que la lesión de derechos fundamentales no debiera reconocer alguna diferencia de trato sobre el momento en que se produce. Por ejemplo, la discriminación al momento del cese es susceptible de una acción de amparo pero no aquellas que se producen antes de la contratación (proceso de selección) como durante la relación laboral y que califican como actos de hostilidad. De acuerdo con el TC, expresamente se ha indicado que las pretensiones referidas a actos de hostilidad discriminatorios deben ser resueltas en la vía ordinaria (Exp. No. 206-2005-AA/TC), pero no habría, a la luz de la Constitución, un sustento que permita este trato diferenciado¹⁹¹. Finalmente, la discriminación es el bien fundamental que merece tutela constitucional, por encima del momento en que la lesión o vulneración de este derecho se produzca (antes, durante y al término del contrato de trabajo). Este mismo análisis, es trasladable, por ejemplo, para la lesión de la libertad sindical -y, en verdad, para cualquier derecho fundamental-, cuya afectación se puede producir al inicio o durante la relación laboral.

En tercer lugar, llama la atención que el TC no se hubiera referido expresamente como un supuesto de nulidad (sentencias emblemáticas recaídas en los Expedientes Nos. 976-2001-AA/TC y 206-2005-AA/TC), a los despidos reaccion, esto es, aquellos casos donde el empleador despidió a un trabajador tras la presentación de una demanda. Sin embargo, aun cuando no está

190 ARCE, Elmer. La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999, p. 208.

191 En la misma línea, CASTILLO, Luis. "Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo". En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 89. Lima, 2005, p. 46.

expresamente establecido, nos parece que el TC admitiría este supuesto como uno más dentro de los despidos nulos.

Por último, un caso relevante sobre despidos nulos, son aquellos donde el TC se ha pronunciado declarando inconstitucionales los despidos por razón de edad. En primer lugar, tenemos la sentencia del TC en el Expediente N.º 01875-2006-PA/TC LIMA que cuestiona la Ley del Servicio Diplomático donde se prevé que los miembros del Servicio Diplomático en situación de actividad, al cumplir sesenta y cinco años de edad, pasan a formar parte del denominado Cuadro Especial, con las limitaciones de no poder ocupar cargos en órganos de línea y permanentes en el exterior (esto con la finalidad de que los de menor edad también tengan oportunidad de ocupar dichos cargos).

Al aplicar el test de igualdad, de acuerdo a anteriores pronunciamientos, el TC llega a la conclusión que la norma es inconstitucional por limitar innecesariamente el derecho al trabajo y a la igualdad de oportunidades ya que mediante acciones menos lesivas o no lesivas a esos derechos puede conseguirse la misma finalidad. El test supone 1) determinar un trato diferenciado, 2) determinar la intensidad de dicha diferenciación, 3) la legitimidad de la finalidad perseguida con la diferenciación, 4) que exista relación de causalidad entre la diferenciación y la finalidad perseguida y 5) que ésta sea necesaria, es decir que no exista otra manera menos lesiva de conseguir esa finalidad.

De modo general podemos decir que el TC ratifica que no puede usarse como criterio un motivo prohibido como la edad, para conseguir una finalidad legítima como ésta, si existen criterios objetivos no discriminatorios como necesidades del servicio, evaluaciones de desempeño, estudios calificaciones profesionales, méritos, hoja de servicios, o recortando los períodos para ocupar determinados cargos; todos ellos criterios de aplicación general que no implican brindar un trato diferenciado por razón de la edad o de cualquier otro motivo prohibido.

Sin embargo, el criterio del TC sobre esa materia no ha sido uniforme. Por ejemplo, en relación a los profesores universitarios, ha señalado que la edad no determina necesariamente que un profesor haya disminuido las aptitudes que se requieren para el ejercicio del cargo académico incluidas las administrativas y de alta dirección dentro del ámbito de sus responsabilidades académicas y por ende, ha declarado inconstitucional los despidos de docentes¹⁹². Posteriormente, para el caso del personal administrativo de universidades, limitó el ámbito de

192 Al respecto, puede verse las sentencias del TC recaídas en los Expedientes Nos. 594-1999-AA/TC y 1485-2001-AA/TC y 3572-2005-PA/TC.

aplicación e indicó que quien no realiza una labor docente no puede ampararse en el criterio anterior del TC; en todo, caso se puede pactar en contra del límite si el trabajador continúa laborando con posterioridad al cumplimiento de los 70 años o cuando el plazo del contrato temporal vence con posterioridad al cumplimiento de esa edad (Exp. No. 3572-2005-PA/TC). Finalmente, para el régimen general laboral, ha indicado que la jubilación obligatoria automática a los 70 años de edad es una causa válida de término de la relación laboral¹⁹³. Entonces, no existe un criterio uniforme sobre este tema en el TC.

A nuestro juicio, no hay razones adecuadas para tener criterios diferentes sobre el término de la relación laboral por razón de edad. Debiera existir un solo criterio del TC en esta materia (máxime si se trata de aplicar el principio de igualdad), con independencia de las actividades laborales realizadas por los trabajadores: esta es, probablemente, la mayor exigencia de igualdad que debemos solicitar al TC.

4.4.5. Despidos fraudulentos

En relación a los despidos fraudulentos, el TC ha destacado lo siguiente (Exp. No. 206-2005-AA/TC):

“En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”.

Pero, cuando se trata de ciertos despidos basados en hechos falsos e inexistentes, en ocasiones el TC lo ha calificado, más bien, como despidos sin expresión de causa¹⁹⁴. Esta clasificación (incausado/fraudulento), finalmente, es

193 Sobre este tema, el TC ha indicado: “De conformidad con los artículos 16º, inciso f), y 21º, último párrafo, del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, una de las causas de extinción del contrato de trabajo es la jubilación siendo ella obligatoria y automática en caso de que el trabajador cumpla 70 años de edad, salvo En consecuencia, en la extinción del contrato de trabajo del demandante no se ha producido la vulneración de derecho constitucional alguno, razón por la que la demanda debe desestimarse pacto en contrario ” (Exp. 01886-2006-AA/TC).

teórica pues, en términos de acceso a la acción de amparo, en la práctica, en ambos supuestos nos encontramos ante un despido lesivo de derechos fundamentales y pasibles de una acción de amparo.

También el TC se ha referido al concepto de despido fraudulento cuando se utilizan modalidades de contratación temporal sin que se observen los requisitos para ella, esto es, cuando no se aprecia la existencia de una causa justificada que amerite una contratación a plazo fijo, de tal manera que corresponde la reposición al centro laboral (Exp. No. 1397-2001-AA/TC):

“La ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación como la descrita, tiene, por consiguiente, el carácter de un despido absolutamente arbitrario, frente al cual y como lo ha verido definiendo el Tribunal Constitucional (tanto con su conformación actual, como con la pasada), procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos”.

Sobre el despido fraudulento, en realidad, son aplicables todas las menciones que hemos realizado al despido sin expresión de causa. En este sentido, consideramos que el TC no debiera conocer este tipo de pretensiones en una acción de amparo porque no existe un derecho constitucional cuyo contenido ha sido vulnerado (un derecho a la reposición) y, por otro lado, las fronteras entre el análisis de la existencia de una causa justa de despido, una causa injusta de despido, y una simulación de la causa justa son, francamente difíciles de delimitar en cada caso concreto y, más todavía, en un proceso de amparo.

En resumen, para el TC la acción de amparo es una vía idónea para conocer la lesión de derechos fundamentales con ocasión del despido. En la medida que no se requiera de una etapa probatoria, el TC no cuestiona la vía optativa expuesta en las normas positivas¹⁹⁵. Si bien el TC es competente para conocer la

194 El TC ha descrito: “En el presente caso la recurrente ha demostrado que la demandada fundamentó su despido en hechos falsos e inexistentes, toda vez que dicha emplazada no ha probado que la demandante tenía la obligación de atender los requerimientos de la SUNAT y que se le había informado de tal hecho. En consecuencia, el despido se basó en una causa inexistente e irreal equiparable a un despido incausado, constituyendo un acto lesivo del derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, amparados por los artículos 22° y 27° de la Constitución” (Exp. No. 2158-2006-AA/TC).

195 A título ejemplificativo, puede verse la Sentencia del TC recaída en el Exp. N° 111-96-AA/TC: “si bien el demandante pudo recurrir a la vía laboral, tal como lo señala el Artículo 59 del Decreto Legislativo No. 728, en caso de no hacerlo, no impide que quede expedito su derecho de recurrir a la vía de amparo como vía paralela, por la causal prevista en el inciso 10) del Artículo 24 de la Ley No. 23506”.

trasgresión de derechos fundamentales, la apertura de un supuesto relevante de lesión de derechos fundamentales –despidos incausados, nulos y fraudulentos– puede suponer una “amparización” de los despidos, de tal manera que la vía ordinaria deje de ser la natural competencia de los procesos de impugnación de despidos.

4.5. Remuneraciones devengadas

Sobre este tema, actualmente, el TC tiene un criterio: no cabe el pago de las remuneraciones devengadas durante el juicio de amparo. Para el TC no procede el pago de las remuneraciones devengadas en el proceso de amparo, cuando declara fundada una demanda de amparo y el trabajador es reincorporado a su centro laboral. En su desarrollo, el TC ha manifestado que no procede el pago de las remuneraciones y demás beneficios devengados durante el proceso porque dicho abono solamente cabe cuando existe una efectiva prestación de servicios¹⁹⁶ o indicaba que en reemplazo de las remuneraciones devengadas se podía reclamar una indemnización en la vía ordinaria¹⁹⁷; en otras ocasiones, no otorgaba tales remuneraciones devengadas y no indicaba las razones por las cuales no concedía el pago de tales remuneraciones devengadas¹⁹⁸. Empero, hay que advertir que, inicialmente, el TC declaraba fundada una acción de amparo que suponía un reintegro de remuneraciones a determinados trabajadores¹⁹⁹. A la fecha, el TC suele disponer que el pago de estas remuneraciones –o indemnizaciones– se canalice a través de la vía ordinaria.

Por otro lado, la Corte Suprema ha tenido un criterio diferente. La Corte Suprema puede conocer en última instancia las acciones laborales de pago de remuneraciones devengadas –que son procesos de ejecución de una sentencia estimatoria de amparo– o de una acción de impugnación de resolución administrativa. Al respecto, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República sostiene que la consecuencia de una acción de amparo es el pago de las remuneraciones devengadas durante el proceso de

196 Por todos, véase la sentencia recaída en el Exp. No. 080-96-AA/TC, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de junio de 1998.

197 Sentencia del TC recaída en el Expediente No. 2541-2003-AA/TC.

198 Por todos, véase la sentencia recaída en el Exp. No. 576-97-AA/TC, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 5 de junio de 1998.

199 Por todos, véase la ejecutoria recaída en el Exp. No. 459-97-AA/TC, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de junio de 1998.

amparo. Así, en la Casación recaída en el Exp. No.112-2000-Lima, se ha mencionado que:

“(…) al restituirse el derecho conculcado y reincorporarse al trabajador al empleo, se restablece automáticamente la relación laboral entre las partes, como si éste nunca se hubiese interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha recaído pronunciamiento jurisdiccional es el acto mismo del despido, en consecuencia, jurídicamente el tiempo transcurrido fuera del empleo debe ser idéntico al transcurrido antes del cese, pues sino se le reconoce ningún atributo se estaría desnaturalizando los alcances de la citada acción de garantía”²⁰⁰.

Inclusive, complementando esta posición, se ha indicado (Casación N. 229-2005-Lambayeque):

“(…) cuanto más si los jueces pueden apartarse de las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional siempre que motiven adecuadamente su resolución y con mayor razón si la problemática en cuestión no ha sido analizada por el referido Tribunal desde la óptica estrictamente laboral”.

Aun cuando no compartimos los criterios del TC sobre la protección de los despidos incausados, consideramos que, cuando existe una reposición en el trabajo, se deberían abonar las remuneraciones devengadas –y no indemnizaciones- durante el proceso judicial dado que se configuraría una sanción para el empleador que despidió en forma arbitraria y el trabajador no puede verse perjudicado por el acto del empleador²⁰¹, no es materia discutible en doctrina la entrega de las remuneraciones devengadas durante los procesos de impugnación de despido cuando una sentencia ordena la reposición del trabajador.

En estos casos, nos encontraríamos ante una suspensión de la relación laboral de carácter imperfecto que supone la suspensión de la prestación del trabajador pero manteniéndose la obligación del empleador de realizar los

200 Este criterio ha sido reiterado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en las Casaciones Nos. 044-2002-Lima, 1154-2001-Lima, 403-2002-Lima, 214-2002-Lima, y 367-2002-Lima.

201 BAYLOS GRAU, Antonio. El despido individual. Ed. Ara. Lima, 1997, p. 68.

respectivos pagos de la remuneración. Son una suerte de salarios de suspensión, en la medida que el trabajador estuvo a disposición del empleador pero éste no quiso la prestación de sus servicios²⁰².

Además, como el efecto de la acción de amparo es declarar que el acto inconstitucional es nulo y carece de eficacia jurídica²⁰³, correspondería el pago de las remuneraciones devengadas.

En doctrina constitucional se discute si la acción de amparo puede ordenar el pago de una indemnización. En esta línea, LAZZARINI sostiene que la acción resarcitoria patronal, la penal o disciplinaria solamente buscan compensar el agravio y tiene objetivos diferentes de la acción de amparo que tiene carácter reparador, más todavía, indica que el cobro de pretensiones económicas de un trabajador despedido debe ventilarse en la vía judicial ordinaria²⁰⁴. Por otro lado, RIVAS²⁰⁵ precisa que la acción de amparo no debe comprender aspectos resarcitorios diferentes de la sola restitución.

Empero, consideramos que tal indemnización –aludida por el TC- se refiere a una reparación por el daño ocasionado cuando existe una mera reposición al estado anterior a la violación del derecho constitucional, más apunta a una reparación civil por daños y perjuicios que se fija sobre la base de una valoración del juez en función al daño causado, la capacidad económica de las partes, las circunstancias que rodearon el acto dañoso, etc. En el caso de una reposición, simplemente existe el reintegro de las remuneraciones devengadas durante el juicio: es una suma determinable y que responde a la declaración de nulidad del despido del empleador²⁰⁶.

Creemos que, en el tema laboral de las remuneraciones devengadas, no estamos ante una indemnización que pueda determinarse a priori o que ésta se encuentre “tasada”. Las remuneraciones devengadas son, como apunta

202 LÓPEZ, Justo. El salario. Ed. Jurídica, Bs. As., 1988, p. 46.

203 BURGOA, Ignacio. El juicio de amparo, Ed. Porrúa S.A. Méjico, 1971, p. 687.

204 LAZZARINI, José. Op. Cit. p. 146 y ss. Además, puede leerse SALGADO, A. Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad. Ed. Astrea. Bs.As., 1987, p. 101 y EKMEKDJIAN, Miguel Angel. “El juicio de amparo en las Constituciones Latinoamericanas”. En: Revista La Ley T. 1989-C. Bs. As., 1989, p. 1301.

205 RIVAS, Adolfo. El juicio de amparo. Ed. La Rocca. Bs.As., 1990, pp. 362 y ss.

206 A nivel de la jurisdicción constitucional internacional, se ha indicado que caben las remuneraciones devengadas hasta la reposición del trabajador pese a la ausencia de una efectiva prestación de servicios (al respecto, puede verse la sentencia del 31 de enero de 2001 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso del TC Peruano). La jurisprudencia internacional de los organismos sobre derechos humanos a los cuales el Perú está adscrito representa un precedente de observancia, en aplicación de la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución de 1993 por la cual los derechos fundamentales se interpretan conforme a los tratados sobre Derechos Humanos aprobados por el Perú; ciertamente, la interpretación de los indicados tratados debe realizarse conforme a la interpretación que tengan sobre esta materia los organismos jurisdiccionales respectivo. Así, conceder remuneraciones devengadas

GORELLI²⁰⁷, la consecuencia lógica de la declaración de nulidad de despido y no tienen carácter resarcitorio, aunque sí puede referirse a un aspecto sancionatorio en tanto que se obliga al empleador pagar las remuneraciones devengadas durante el proceso.

Para determinar las remuneraciones devengadas durante el proceso se requeriría de etapas probatorias y el proceso podría ser sumamente complejo y dilatado: ¿con qué trabajador se elaboran las remuneraciones devengadas?, ¿cómo se determinan los aumentos que se realizaron?, ¿quién debe efectuar las pericias de la remuneración?, Todos estos temas requieren de un procedimiento especial y ordinario; la acción de amparo es un proceso breve, sumario y sin etapas probatorias, de sencillo debate jurídico²⁰⁸. Entonces, cuando se declare fundada una acción de amparo, estimamos que se debe ordenar el pago de las remuneraciones devengadas en tanto hubieran sido solicitadas –y no una indemnización como declara el TC²⁰⁹– durante el proceso pero, en otro juicio de ejecución en la vía ordinaria.

Finalmente, cabe indicar simplemente que existen casos donde se han interpuesto acciones de cobro de indemnización por las remuneraciones y beneficios dejadas de percibir durante el período de despido. Si bien no se refieren a acciones de amparo, estamos ante supuestos similares a reposiciones laborales por amparos donde se reclaman indemnizaciones. Al respecto, hay algunos pronunciamientos de la Sala Laboral que han declarado fundada la demanda de pago de indemnización laboral por el tiempo no laborado imputable al accionante²¹⁰.

4.6. Breve referencia al sector público laboral

Respecto del sector público (léase al personal contratado por el Estado que presta servicios para el régimen laboral del sector público bajo el Decreto Legislativo No. 276, Ley de Carrera Administrativa), el TC ha manifestado que no proceden las acciones de amparo en materia laboral para cuestionar un cese pues

207 GORELLI, Juan. El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria. Ed. Civitas. Madrid, 1995, pp. 13 y ss.

208 RIVAS, Adolfo. "Contribución al estudio del amparo en el Derecho Nacional". En: Revista La Ley. T. 1994-B. Bs.As., 1984, p. 940.

209 Al respecto, puede verse la siguiente consideración del TC: "En cuanto al extremo referente al pago de remuneraciones dejadas de percibir, debe señalarse que, al tener tal pretensión naturaleza indemnizatoria y no restitutiva, esta no es la vía idónea para solicitarlas, sin perjuicio de lo cual se deja a salvo el derecho del actor de acudir a la vía correspondiente" (Exp. No. 4229-2005-A/TC).

210 Por todas, véase la Sentencia recaída en el Exp. No. 1032-03-S, emitida por una Sala Laboral de la Corte Superior de Lima.

entiende que existe una vía específica e igualmente satisfactoria, cual es el proceso contencioso administrativo, aplicando el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Así, ha indicado:

"Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares" (Exp. No. 206-2005-AA/TC).

Solamente de manera excepcional, el TC admitiría las acciones de amparo laborales del régimen laboral público en el siguiente supuesto:

"Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido" (Exp. No. 206-2005-AA/TC).

A diferencia de las pretensiones enmarcadas dentro del régimen laboral privado, las posibilidades de una acción de amparo son más reducidas en el régimen público laboral. Así, un despido que no se derive de razones sindicales, discriminatorias, mujeres por su maternidad y discapacitados, no podrá ser materia de una acción de amparo a menos que se demuestre que la acción contenciosa administrativa no es la vía idónea. Entonces, el despido sin expresión de causa o el despido fraudulento, que también pueden verificarse en el régimen laboral público, no son materia de una acción de amparo según se desprende del TC: en este caso, la protección es solamente respecto de aquellos derechos fundamentales descritos por el TC expresamente.

Nuevamente, se reproducen las observaciones que ya hemos realizado para las acciones de amparo en el régimen laboral privado. De un lado, los procesos ordinarios –en este caso, las acciones contencioso-administrativas– pueden brindar la misma garantía procesal al afectado (medida cautelar, por ejemplo), y

de otro lado, resulta complicado destacar derechos fundamentales que son tutelables mediante una acción de amparo y no se haga alusión a los demás derechos fundamentales –que son la mayoría: como la intimidad y libertad religiosa que pueden verse afectados con ocasión de un despido-, y a la vez se diferencie el trato del régimen laboral público en relación al régimen privado estableciéndose menores supuestos de procedencia de la acción de amparo.

4.7. A título de conclusiones

Lo expuesto por el TC en diversas resoluciones así como la recaída en el precedente vinculante (Exp. No. 206-2005-AA/TC), puede resumirse en el siguiente cuadro²¹¹:

Temas	Posición del TC		
Libertad sindical y el derecho de sindicación	Procedente	Procedente	Procedente: "Todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato"
Despidos que lesionan la libertad sindical y el derecho de sindicación	Procedente	Procedente	
Despidos discriminatorios y nulos en general	Procedente	Procedente	Debido a que se requiere protección urgente.
Despidos sin expresión de causa	Procedente	Procedente	Cuando se despido sin imputar la causa legal de cese
Despidos fraudulentos	Procedente	Procedente	Si se puede acreditar de manera fehaciente el fraude en el expediente mismo.
Despido con expresión de causa	Improcedente	Improcedente	Requiere etapa probatoria para los hechos controvertidos o de existencia dudosa.
Otros temas laborales: - Hostilidad. - Incumplimiento de normas laborales. - Pago de remuneraciones y beneficios económicos	Podía ser Procedente	Improcedente	El proceso laboral ordinario es la vía competente.
Reposición: trabajador del Estado	Procedente	Improcedente	La vía contencioso administrativa es la pertinente e igualmente satisfactoria.
Otros temas de laboral público	Podía ser Procedente	Improcedente	La vía contencioso administrativa es la vía pertinente e igualmente satisfactoria.
		Procedente	Para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea la discriminación, libertad sindical, maternidad y discapacidad, o requieran de urgente protección.

211 Informativo del Área Laboral de Miranda & Amado, Abogados. Lima, 2005, No. 21 -2005.

Estos criterios han sido reiterados en posteriores pronunciamientos del TC. En efecto, el TC ha aplicado el precedente establecido en el Exp. No. 206-2005-AA/TC, para declarar improcedente las demandas de amparo referidas a los siguientes supuestos: en caso de despidos basados en la comisión de faltas graves imputadas al trabajador; cuando la conclusión del vínculo laboral ocurre por vencimiento del plazo contemplado en el contrato sujeto a modalidad; cuando se invoca la desnaturalización del contrato a plazo fijo; en caso de hostilidad por imputación de faltas graves; o, cuando se alega la utilización de mecanismos de intermediación para evitar la relación laboral²¹².

En este sentido, la utilización del amparo para cuestionar los actos de despido y en general cualquier controversia en materia laboral ha sido limitada por el TC en aplicación de los criterios establecidos por el mismo TC. Sin embargo, estimamos que no hay razones suficientes para admitir la mayoría de las acciones de amparo laborales, ya sea porque no existe un contenido constitucional del derecho fundamental invocado (despidos incausados y fraudulentos) o porque ya se cuenta con una vía igualmente satisfactoria para su tutela (despidos nulos).

Ciertamente, los criterios del TC se han ido perfilando en el tiempo y el TC ha venido delimitando el marco de procedencia de las acciones de amparo así como justificando sus resoluciones con mayor sustento, de tal manera que, a la fecha, el proceso de amparización en la tutela de derechos laborales se ha limitado (con mucha mayor incidencia en el sector público laboral). Y, en este proceso, no se puede negar la calidad académica de las resoluciones del TC así como la predisposición del TC para precisar o delimitar sus resoluciones cuando no ha tenido un sustento adecuado, constituyéndose en un referente ineludible en la resolución de conflictos -con carácter técnico, vinculante y persuasivo- de nuestro país.

212 Al respecto, pueden verse las sentencias de amparo recaídas en los Expedientes Nos. 6000-2005-PA/TC, 04808-2005-PA/TC y 5554-2005-PA/TC donde se cuestionan la causa justa de despido y son hechos controvertidos, por lo que no procede la acción de amparo (tiene que demandar en vía laboral); 4240-2005-PA/TC, 5876-2005-PA/TC, 6291-2005-PA/TC, 6790-2005-PA/TC, 6298-2005-PA/TC, 1485-2005-PA/TC y 2486-2005-PA/TC ("La pretensión de la parte demandante no procede porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado").

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. El Estatuto de los Trabajadores. Veinte Años Después. Revista Española de Derecho del trabajo. Madrid, 2000.
- AA.VV. (Coordinador: Jaime CASTIÑEIRA). Presente y futuro de la regulación del despido. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1997.
- AA.VV. (Director: Efrén Borrajo Dacruz). La reforma del Estatuto de los trabajadores. Tomos I y II. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1994.
- ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Ed. Gaceta Jurídica. 1ra. Edición. Lima, 2004.
- ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón: "La vigencia del principio pro operario". En: AA.VV. Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea. MTSS, Madrid, 1990.
- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. CEC. Madrid, 1993.
- ALONSO GARCÍA, Enrique. La interpretación de la Constitución. CEC, Madrid, 1984.
- ALONSO OLEA, Manuel. Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho al Trabajo según la Constitución. Ed. Civitas, Madrid. 1982.
- ARCE, Elmer. La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.
- BARQUERIZO, Manuel. Historia, Derecho del Trabajo y lucha de clases en el Perú. UNMSM, Lima, 1988.
- BILBAO UBILLUS, Juan. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. BOE. Madrid, 1997.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Derecho al trabajo y despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: Diálogo con la jurisprudencia No. 49. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, octubre de 2003.
- BUSTAMANTE, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Ara Edit. Lima, 2004.
- BOBBIO, Norberto. Libertad e igualdad. Ed. Paidós. Barcelona, 1993.
- CASTILLO, Luis. Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales. UDEP-ARA Ed. Piura, 2003.
- CASTILLO, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. UDEP-ARA Ed. Piura, 2004.
- CASTILLO, Luis. "Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo". En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 89. Lima, 2005.

- CORTES CARCELÉN, Juan. El Derecho del Trabajo en las Constituciones del S. XIX. Monografía presentada en el curso de Teoría del Estado: S.XIX y XX de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP. Lima, 1995.
- CUADRA-SALCEDO, Tomás & FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, E. El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- CHIPOCO, Carlos. La constitucionalización del Derecho del Trabajo en el Perú. Tesis de bachillerato. PUC. Lima, 1981.
- DE LA RIVA, Amalia. "Protección de los derechos humanos fundamentales inespecíficos". En: XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU. Montevideo, 2004.
- DEL REY, Salvador. "Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general". En: Revista Relaciones Laborales No. 03, Madrid, 1995.
- DE LA VILLA, Luis. "El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales". En: Revista de Política Social. No. 70. Madrid, 1970.
- DE LOS HEROS, Alfonso. "Los contratos de trabajo de duración determinada: regla o excepción?". En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos en libertad sindical. Ed. FCU. Montevideo, 1999.
- FREIXES, Teresa. Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución. MTSS. Madrid, 1986.
- GARCIA GRANADA, Fernando. "El derecho al empleo y el despido arbitrario". En: Revista Derecho y Sociedad No. 19. Lima, PUC, 2004.
- GARCÍA TOMA, Víctor. "La libertad de conciencia y de religión en la Constitución del Perú". En: Revista del Foro, Año XCII, No. 1. Lima, agosto de 2006.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. Los supuestos de readmisión en el despido. Ed. Tecnos. Madrid, 1996.
- GORELLI, Juan. El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria. Ed. Civitas. Madrid, 1995.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. La libertad de información del trabajador. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- HABERLE, Peter. La libertad fundamental en el estado constitucional. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1997.

- HESSE CONRADO & Otros. Manual de Derecho Constitucional. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1986.
- LANDA, César. Teoría del Derecho Constitucional. Ed. Palestra. Lima, 2003.
- LIZAMA PORTAL, Luis & UGARTE CATALDO, José. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Ed. Conosur Ltda. Santiago, 1998.
- MARTÍN-RETORDILLO, Lorenzo & de OTTOY PARDO, Ignacio. Derechos fundamentales y constitución. Ed. Civitas. Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Tabla XIII Ed. Trujillo, 2005.
- MARCENARO, Ricardo. El trabajo en la nueva constitución. Ed. Cuzco S.A. Lima, 1995.
- MERCADER UGINA, Jesús & NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. El recurso de amparo: un enfoque laboral. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.
- MOLINA, C. & OLARTE, S. "Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia constitucional". En: Revista Relaciones Laborales 1999-II, Madrid, 1999. Ed. La Ley.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. Algunas reflexiones sobre la caracterización técnica jurídica del Derecho del Trabajo. Civitas. Madrid, 1996.
- NEVES MUJICA, Javier. El contenido negocial: la compleja relación entre la ley y el convenio colectivo. IDL, Lima, 1993.
- NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2000.
- NEVES MUJICA, Javier. "La estabilidad laboral en la Constitución de 1993". En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II. CAJ. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 11. Lima, 1995.
- OJEDA AVILES, Antonio. Derecho Sindical. Ed. Tecnos. Madrid, 2004.
- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. "Los derechos laborales en la Constitución Española" En: Cuadernos y Debates. Centros de estudios Constitucionales. Madrid, 1991;
- PECES-BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1996.
- PEDRAJAS, Abdón. Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia. Ed. Trotta S.A., Madrid, 1992.
- PÉREZ ROYO, Javier. Tribunal Constitucional y división de poderes. Ed. Tecnos. Madrid, 1988.
- PLA RODRIGUEZ, Américo. "Los derechos humanos y la OIT". En: Revista Derecho Laboral No. 173, Montevideo, 1994.

- PLA RODRIGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.
- PRIETO SANCHIS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Ed. Palestra. Lima, 2002.
- RAWLS, John. Sobre las libertades. Paidós. Barcelona, 1990.
- RIERA, Carlos. El despido nulo. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- RIVAS, Adolfo. El juicio de amparo. Ed. La Rocca. Bs.As., 1990.
- RIVERO LAMAS, Juan. "Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo". En: Revista Española de Derecho del Trabajo. No. 80. Madrid, 1996.
- RODRIGUEZ MANCINI, Jorge. Derechos fundamentales y relaciones laborales. Ed. Astrea, Bs.As., 2004.
- RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999. Tomo II.
- RUBIO CORREA, Marcial & BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editorial, Lima, 1985.
- RUBIO DE MEDINA, María Dolores. El Despido por utilización personal del correo electrónico. Editorial Bosch, Barcelona, 2003.
- SAGARDOY, Juan. Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Ed. Aranzadi. Navarra, 2005.
- SAGUÉS, Néstor. Derecho procesal constitucional. Acción de amparo. Astrea. Bs. As., 1988.
- SANGUINETI, Wilfredo. "Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". En: Revista Foro Jurídico No. 4, Lima, 2004.
- SERNA, Pedro & TOLLER, Fernando. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Ed. La Ley. Bs.As, 2000.
- SOSA, Juan. "Técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales". En: Actualidad Jurídica No. 146. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 135 y ss.
- SOSA, Juan. "Nota sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales". En: Revista Actualidad Jurídica. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005, No. 35, p. 146 y ss.
- TOYAMA, Jorge & IRUJO, Claudia. "Correo Electrónico: Entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador". En: Diálogo con la Jurisprudencia, No. 83. Lima, Agosto 2005.
- TOYAMA, Jorge. Instituciones del Derecho Laboral. Ed. Gaceta Jurídica.

Segunda Ed. Lima, 2005.

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

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

JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN*

Sumario

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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